

# LOS PRINCIPIOS DEL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DE CAMBIO EN VENEZUELA

*José Ignacio Hernández G.*

## SUMARIO

### **I. LOS TRES POSTULADOS GENERALES DEL ACTUAL CONTROL DE CAMBIO**

1. Se ha afectado la libertad cambiaria mediante controles administrativos
2. El régimen de control de cambio se fundamenta en la técnica de las autorizaciones para la adquisición de divisas, y en ciertos supuestos de venta forzosa de divisas
3. El régimen de cambio debe ser interpretado restrictivamente, por lo que todas las operaciones no comprendidas expresamente en él, serán lícitas
4. El control establecido se funda en la intensa publicación del mercado cambiario

### **II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO APLICABLES AL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO**

1. Principios relacionados con el derecho a la debida respuesta
2. Principio del despacho subsanador
3. Principio de objetividad, imparcialidad y racionalidad
4. Principios de eficiencia, celeridad y simplificación
5. Principio de confianza legítima
6. Principios de protección de la inversión extranjera

### **III. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL RÉGIMEN CAMBIARIO. CONTENIDO DE LOS CONTROLES PREVISTOS EN EL CONVENIO N° 1**

1. Venta obligatoria de divisas
2. Restricciones a la adquisición de divisas por parte de la inversión extranjera. La venta forzosa de divisas derivadas de tal inversión
3. Régimen aplicable a los hidrocarburos
4. Otras restricciones al ingreso de divisas

#### **IV. LAS NORMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE DIVISAS**

1. El Registro de Usuarios
2. La autorización para la adquisición de divisas
3. El control administrativo sobre la sinceridad y uso dado a las divisas
4. Sobre los derechos derivados de la autorización

#### **V. EL RÉGIMEN APLICABLE DE CADIVI**

1. Naturaleza jurídica de CADIVI
2. Ausencia adscripción
3. Atribuciones
4. Régimen de recursos

#### **REFLEXIONES FINALES**

Expone Eduardo García de Enterría que la utilidad de los principios generales del Derecho es mayor en momentos de excesiva mutabilidad del orden legal aplicable. Característica ésta, si se quiere, común a nuestros tiempos: auténtica legislación motorizada. El Legislador, y también la Administración, parecen iniciar una carrera desbocada, de la cual derivan diversas –y a veces contradictorias– Leyes, Reglamentos, Resoluciones, Decretos, Órdenes y Providencias.

La legislación motorizada es signo común de la Administración contemporánea; lo es, en especial, respecto de la ordenación de la economía, aún cuando la libre iniciativa privada requiere de un marco institucional estable, sólido y confiable para su adecuado desarrollo. No es baladí la afirmación que al respecto efectúa el artículo 299 constitucional, al pregonar como principio del orden socioeconómico la seguridad jurídica.

Seguridad jurídica en la ordenación pública de la economía. Un principio constitucional que parece haber pasado al olvido, en el reciente régimen de control de cambio dictado por el Poder Ejecutivo, con una más que dudosa fundamentación legal. Basta el somero estudio de las providencias dictadas hasta ahora por la Administración cambiaria, para comprobar ese signo: providencias que se modifican y reeditan; otras, que subsanan errores materiales. Una pléyade de normativa sublegal heterogénea, dispersa, dictada al margen de cualquier sistemática formal o material, conforma el régimen jurídico mediante el cual todos los particulares pueden ejercer su libertad cambiaria, que es auténtico corolario de diversos derechos fundamentales.

Nuestro propósito con esta conferencia será adentrarnos en esa maraña de providencias, a fin de abstraer los principios generales que informan el actual régimen cambiario, tanto en lo que respecta a los controles que se han previsto, como en lo relativo al órgano que ha de ejercer éstos, a saber, la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI). Para ello, aludiremos a los postulados generales del régimen cambiario en rigor; los principios generales de Derecho Administrativo aplicables; la estructura del actual régimen cambiario; las normas para la administración de divisas y, por último, al régimen jurídico de CADIVI.

## I. LOS TRES POSTULADOS GENERALES DEL ACTUAL CONTROL DE CAMBIO

El vigente control de cambio se fundamenta en la eliminación del tráfico privado de divisas. Esto es, que los particulares no pueden intercambiar libremente entre sí bolívares y divisas, desde que tal operación fue centralizada en el Banco Central de Venezuela.

Tal eliminación fue progresiva. En efecto, el Decreto N° 2.278 (publicado en la Gaceta Oficial N° 37.614 del 21 de enero de 2003) facultó al Ministro de Finanzas para que "...convenga con el Banco Central de Venezuela, medidas de carácter temporal, que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos, del país hacia el exterior..." (artículo 1). El Ministerio de Finanzas y el Banco Central no establecieron, en realidad, limitación al mercado de divisas, pues éste quedó suspendido completamente por diez días hábiles bancarios. Así, mediante sendos acuerdos se suprimió temporalmente el mercado cambiario, primero, de manera absoluta, y luego de manera relativa, desde que se permitieron ciertas operaciones necesarias para el normal desenvolvimiento del Estado (véanse así los acuerdos publicados en la Gaceta Oficial N° 37.614 de 21 de enero de 2003 y N° 37.618 de 27 de enero de 2003).

Vencido ese lapso de suspensión, entró en vigencia el actual régimen cambiario, que como fue acotado, se fundamenta en la restricción impuesta a los particulares para comprar o vender divisas, centralizando el Estado ese mercado privado en el Banco Central de Venezuela. La norma fundamental de ese régimen de control es el Convenio N° 1, dictado por el Banco Central de Venezuela y el Ministro de Finanzas, el cual esboza, a grandes rasgos, el contenido básico del control de cambio acordado. La importancia y trascendencia del Convenio N° 1 no se compadece, sin embargo, con la poca suerte que su contenido ha tenido. Publicado inicialmente en la Gaceta Oficial N° 37.625 de 5 de febrero de 2003, fue reimpresso por errores "materiales", según texto publicado en la Gaceta Oficial N° 37.641 de 27 de febrero de 2002, y de nuevo, vuelto a reimprimir por nuevos errores materiales según texto contenido en la Gaceta Oficial N° 37.653 del 19 de marzo de 2003.

En todo caso, el artículo 1 del Convenio centraliza, en el Banco Central de Venezuela, la compra y venta de divisas en el país, cuya gestión se confía a un ente administrativo especial, a saber, CADIVI, la cual fue creada por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto (artículo 2).

La centralización del comercio de divisas en el Banco Central es materia tradicionalmente regulada en los convenios cambiarios dictados en 1983 y 1994. Ella recoge, en su esencia, el control de cambio que se ha impuesto, pues los particulares no podrán ya intercambiar libremente el bolívar y las divisas; este tráfico queda, ahora, monopolizado en cabeza del Instituto emisor. Es importante insistir en este aspecto, pues el régimen examinado únicamente afecta el comercio de divisas, o sea, su intercambio, de forma tal que no se prohíbe la tenencia de divisas, ni la realización de cualquier operación económica con ésta.

¿Cuáles son los postulados generales que informan a este régimen cambiario? En nuestra opinión, cuatro premisas básicas permiten explicar el funcionamiento del actual régimen de control de cambio.

### **1. Se ha afectado la libertad cambiaria mediante controles administrativos**

El término control de cambio alude a la técnica de intervención a través de la cual la Administración impone restricciones al ejercicio de la libertad cambiaria, atributo inherente a la libertad económica constitucionalmente reconocida, con fundamento en la previa acotación que de ese derecho se ha realizado.

Es preciso señalar que junto a la libertad cambiaria suele ubicarse la libre convertibilidad de la moneda. La libre convertibilidad engloba al derecho del portador de los billetes y monedas de curso legal, a convertir éstos en el respaldo conforme al cual el Banco Central de Venezuela ha efectuado la correspondiente emisión. Derecho, por tanto, a exigir al Banco Central, que convierta los billetes y monedas por él emitidos, incluso, mediante la entrega de las divisas de las cuales es titular.

La diferencia conceptual entre la libertad cambiaria y la libre convertibilidad cobra realce al analizar las normas de la Ley del Banco Central de Venezuela que invocó el Ejecutivo para dictar el actual régimen (artículos

110, 111 y 112). Estos artículos aluden a las restricciones de la libre convertibilidad de la moneda, que pueden ser acordadas por el Banco Central de Venezuela desde que es él el titular de las divisas con las cuales se perfeccionará la convertibilidad externa del bolívar. Empero, estos artículos no pueden extrapolarse a fin de regular el desarrollo de la libertad cambiaria, pues al incidir ello sobre el ejercicio de derechos constitucionales, se precisa la existencia de una clara e inequívoca norma legal.

## **2. El régimen de control de cambio se fundamenta en la técnica de las autorizaciones para la adquisición de divisas, y en ciertos supuestos de venta forzosa de divisas**

La esencia del actual control de cambio reside en dos limitaciones impuestas. En primer lugar, la adquisición de divisas se ha sometido a un especial control, a saber, las llamadas autorizaciones para la adquisición de divisas. De esa manera, tal autorización no sólo habilita el ejercicio de la libertad cambiaria, sino que además, impone las condiciones dentro de las cuales esa libertad podrá ser ejercida, estableciendo –por ejemplo- la cantidad de divisas a adquirir y el destino que a éstas deba darse.

La segunda limitación establecida afecta a la venta de divisas, ello conforme a dos técnicas: venta forzosa, en los supuestos tasados por el Convenio Cambiario Número 1, y la venta centralizada de divisas en el Banco Central de Venezuela o las instituciones financieras debidamente acreditadas para fungir como agentes cambiarios.

Es de hacer notar que, conforme a su recepción en el Convenio Cambiario número 1, el control de cambio dictado es rígido y global, dado que no se ha previsto la existencia de un mercado –legal- paralelo; además, el tipo de cambio es único, y él aplica a todas las operaciones de compra y venta. Tales características agravan, aún más, las consecuencias del actual régimen, pues en éste el desarrollo de la libertad económica ha quedado completamente desvirtuado.

### **3. El régimen de cambio debe ser interpretado restrictivamente, por lo que todas las operaciones no comprendidas expresamente en él, serán lícitas**

Si la libertad cambiaria deriva del ejercicio de derechos fundamentales, principalmente de la libertad económica, rige en la materia la máxima *in dubio pro libertate*, en caso de duda, debe beneficiarse el ejercicio de la libertad cambiaria.

Es por ello que los Decretos, Convenios y Providencias que integran el actual régimen son de interpretación literal y restrictiva, y de allí que todo lo no expresamente prohibido en esa normativa debe considerarse lícito. Además, las restricciones cambiarias han de ser aplicadas restrictivamente, siempre en el sentido más favorable al principio general de libertad.

Ello permite detenernos en el análisis del objeto del control de cambio. Muchas especulaciones se han realizado al respecto. Algunas interpretaciones apuntan, incluso, a que la realización de toda operación vinculada con divisas necesariamente debe someterse a los controles que han sido previstos. Es ese un planteamiento que conviene desmitificar. Es falso que todas las operaciones económicas relacionadas con divisas queden sometidas a los controles administrativos previstos. Antes por el contrario, el régimen en vigor **únicamente afectó el mercado –público y privado– de divisas, el cual se centraliza en el Banco Central de Venezuela a través de los controles que, al respecto, adopte CADIVI**, tal y como se desprende del artículo 1 del Convenio Cambiario N°. 1. El resto de operaciones económicas que entrañen el uso de divisas queda, así, fuera del régimen aplicable, de suerte tal que la tenencia de divisas, e incluso, su utilización como medio de pago, no encuentra obstáculo para su realización.

### **4. El control establecido se funda en la intensa publicación del mercado cambiario**

Las bases del actual régimen cambiario evidencian la intensidad de los controles que por esa vía han sido establecidos. De esa manera, al centralizarse el comercio de divisas en el Instituto emisor, se ha aniquilado la libertad para adquirir y vender divisas. En cuanto a la primera, es preceptiva la correspondiente autorización; en cuanto a la segunda, la venta ha de

efectuarse siempre al Banco Central de Venezuela conforme a la tasa fijada, siendo ocasionales los supuestos de venta forzosa. En adición, es la Administración quien determina la disponibilidad de divisas que podrán ser destinadas al mercado privado (artículo 7 del Convenio N° 1), así como los lineamientos conforme a los cuales tales divisas podrán ser entregadas (cfr.: Decreto N° 2.320, GO N° 37.644 de 6 de marzo de 2003). La Administración impone la venta forzosa de las divisas que ingresan a Venezuela; fija el volumen de divisas que se destinará al mercado privado interno; establece las finalidades que marcarán las prioridades a los fines de entregar las divisas, ahora consideradas recursos escasos; desarrolla normativamente los requisitos que determinan quiénes podrán solicitar y obtener la correspondiente autorización; establece los recaudos exigidos y los procedimientos aplicables, e impone, finalmente, los controles a los cuales se sujetarán todos los particulares.

Auténtica publicación del mercado privado de divisas. El ejercicio de la libertad económica, en este contexto, ha quedado desnaturalizado, por la intensidad desmesurada de los controles que han sido establecidos. Se ha enervado, también, el papel que la libre iniciativa empresarial desempeña en la distribución eficaz de divisas, pues es la Administración quien ha asumido tal función de distribución, en detrimento de la eficacia y celeridad, principios anhelados en la toma de decisiones empresariales, siempre dinámicas y flexibles.

## **II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO APLICABLES AL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO**

Que el control de cambio se instrumente mediante procedimientos regidos por Leyes administrativas, supone la aplicación de principios generales que se erigen en garantías jurídicas de los operadores que han de concurrir a ese complejo sistema de controles, a fin de solicitar la autorización para la adquisición de divisas.

Resumiremos, a continuación, cuáles son esos principios generales, de cara a la utilidad práctica que éstos representan en la aplicación de la normativa cambiaria dictada.

## **1. Principios relacionados con el derecho a la debida respuesta**

La solicitud para la obtención de la autorización de adquisición de divisas, en tanto solicitud administrativa, genera la obligación por parte de la Administración cambiaria de otorgar una debida respuesta dentro del plazo previsto para ello. En caso de no producirse tal respuesta, se entenderá denegada la autorización, todo ello de conformidad con los artículos 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP).

## **2. Principio del despacho subsanador**

Cualquier omisión en la solicitud contentiva de la autorización para la adquisición de divisas, deberá ser indicada por la Administración al particular, para su debida subsanación (artículo 50 de la LOPA).

## **3. Principio de objetividad, imparcialidad y racionalidad**

Con fundamento en los artículos 11 y 30 de la LOPA, la Administración cambiaria deberá actuar objetivamente, procurando un trato igual a todos los operadores económicos que se encuentren en situaciones comparables. Además, los criterios contenidos en las distintas resoluciones que al efecto dicte la Administración deberán preservarse para la futura decisión de casos similares, sin que puedan adoptarse sobrevenidamente nuevos criterios. Aplicación, por tanto, de la teoría del precedente administrativo, en los términos contenidos en el artículo 11 de la LOPA.

En adición, CADIVI debe actuar razonable y racionalmente, lo que exige la debida motivación de sus decisiones, así como la adecuada proporcionalidad entre éstas y el fin perseguido. Todo ello con la intención de proscribir tratos arbitrarios o discriminatorios en la asignación de divisas.

## **4. Principios de eficiencia, celeridad y simplificación**

Una de las modernas tendencias que informan la actuación de la Administración, con clara inspiración alemana, es la simplificación de los trámites administrativos, o desregulación burocrática. Política que propende, en definitiva, a la agilización de la Administración, especialmente cuan-

do ella actúa en el orden económico, pues como observara Bullinger, los procedimientos administrativos han de adecuarse a las exigencias derivadas de la economía de mercado.

Los trámites administrativos necesarios para la adquisición de divisas han de simplificarse, obviando la realización de actuaciones inútiles o la exigencia de requisitos injustificados. El deber de simplificación encuentra cobijo en los artículos 30 de la LOPA y 22 de la LOAP, aún cuando ha sido desarrollado por la Ley de simplificación de trámites administrativos, de aplicación a la Administración Cambiaria. Así, esa Ley exige la adecuación de principios especiales que convendría reseñar:

- a. Toda información presentada por los particulares, en los trámites para la adquisición de divisas, se presume cierta, salvo prueba en contrario aportada por la Administración (artículo 9 de la Ley de simplificación).
- b. No podrá exigirse la presentación de recaudos que habían sido ya consignados en solicitudes anteriores, ni podrá exigir la Administración cambiaria la consignación de documentos que ella tenga en su poder, o que reposen en los archivos de otras Administraciones Públicas, y a los cuales aquélla pueda tener acceso. Tampoco podrán requerirse documentos fútiles o injustificados (artículo 23).
- c. No podrán exigirse requisitos especiales, no contemplados de manera general en la normativa cambiaria (artículo 22 de la Ley de simplificación y 7.5 de la LOAC).
- d. La Administración Cambiaria deberá formular trámites simples, transparentes, debiendo informar a los particulares acerca de éstos. A su vez, los operadores económicos privados podrán requerir el auxilio de la Administración Cambiaria para el mejor entendimiento de esos trámites, pudiendo celebrar al respecto, incluso, consultas telefónicas (artículos 37 y siguientes).

## **5. Principio de confianza legítima**

De todos los principios anteriores, éste es, quizás, el de mayor operatividad en la práctica. La confianza legítima, conforme a su recepción en

el artículo 12 de la LOAP, se traduce en el derecho de los operadores económicos a confiar en la estabilidad de la normativa cambiaria dictada por la Administración, proscribiendo por ello reformas imprevistas.

Tal dimensión de la confianza legítima, tomada de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es de gran utilidad en la coyuntura actual, como puede anticiparse. La inestabilidad de las providencias dictadas por CADIVI contraría el derecho a la confianza legítima de los operadores económicos privados, desde que tales modificaciones sobrevenidas son, generalmente, imprevistas, sorprendiendo en su buena a fe a los particulares.

## **6. Principios de protección de la inversión extranjera**

El régimen de control de cambio no puede afectar los derechos de los inversionistas extranjeros derivados de los Tratados Bilaterales suscritos, y que han sido realzados por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones. En efecto, el artículo 12 de esa Ley reconoce el derecho a la libre transferencia de las inversiones y ganancias, derecho cuyo ejercicio, si bien puede ser regulado por la normativa cambiaria en vigor, en modo alguno puede ser enervado o impedido. A ello habrá que agregar que la transferencia, aún a resultas del régimen cambiario, deberá ser efectuada “sin demoras”, por así exigirlo el artículo comentado.

El derecho a la libre transferencia, decíamos, se encuentra también amparado en los Tratados Bilaterales, los cuales reconocen el derecho a realizar tal transferencia “sin demora” (Brasil o Canadá), “sin restricción” (Perú); “sin tardanza” (Dinamarca) o “sin retardo indebido” (Lituania). Ocasionalmente, se ha establecido como lapso debido para la realización de la transferencia, un mes contado a partir de la respectiva solicitud (Portugal), o tres meses (España).

Se insiste, el derecho a la transferencia de la inversión, sin demoras indebidas o injustificadas, no puede ser desconocido por el régimen cambiario. Así lo establece el artículo 10 del Convenio N° 1, el cual señala que las normas y compromisos internacionales suscritos por la República y establecidos en los acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y de integración serán de aplicación preferente a las disposiciones del Convenio Cambiario. También aplica, en la materia, el derecho a la remisión de la

inversión y ganancias reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario, mediante la Decisión 291, y su norma de desarrollo, el Decreto 2.095.

### **III. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL RÉGIMEN CAMBIARIO. CONTENIDO DE LOS CONTROLES PREVISTOS EN EL CONVENIO N° 1**

El actual régimen del control de cambio quedó estructurado en tres niveles. El primero, comprendido por el Decreto 2.278, que habilitó la sanción de toda la normativa posterior. Junto a éste encontramos el Decreto 2.302, que además de regular el funcionamiento de CADIVI, estableció los principios generales aplicables, norma reformada por el Decreto 2.330; en segundo término, encontramos los Convenios Cambiarios, pues además del número 1, se han dictado otros dos, que fijan el tipo de cambio aplicable. Finalmente, y en tercer lugar, se ubican las –llamadas– providencias dictadas por CADIVI.

La sistemática empleada no es, ciertamente, esclarecedora. Por ello, al adentrarse en el régimen cambiario actual es preciso partir de dos normas básicas: el Convenio Cambiario N° 1 y el Decreto 2.302, con las reformas instrumentadas por el Decreto 2.330.

En lo que respecta al contenido de los controles a los que se refiere el Convenio N° 1, interesa señalar que éste reguló, en realidad, dos regímenes distintos: uno, para el sector público, y otro, únicamente aplicable a los particulares. En estricto sentido, sólo a éste último se refiere el término control de cambio, dado que la libertad cambiaria es derecho ejercido únicamente por los operadores económicos privados, en tanto derivación de derechos fundamentales individuales.

De esa manera, como norma de apertura, encontramos el artículo 26, conforme al cual la adquisición de divisas por personas naturales y jurídicas para transferencias, remesas y pago de importaciones de bienes y servicios, así como el capital e intereses de la deuda privada externa debidamente registrada, estará limitada y sujeta a los requisitos y condiciones que al efecto establezca CADIVI. Tal artículo debe ser interpretado restrictivamente. Por tanto, puede concluirse que sólo se ha controlado la adquisición de divisas para la realización de las expresas operaciones enumeradas en el artículo 26, enumeración que debe ser taxativa: transfe-

rencias y remesas; pago, además, de importaciones, capital e intereses de deuda privada externa registrada. ¿Qué ocurre con la adquisición de divisas para la realización de otras operaciones?; ¿queda tal adquisición sometida igualmente al régimen de control?.

El principio *in dubio pro libertate* forzaría a dar una respuesta negativa. Sin embargo, no debe olvidarse que existe una limitación general, en el artículo primero del Convenio N° 1: la adquisición de divisas se centraliza en el Banco Central y, por ende, está limitada en cuanto a su realización por los particulares, con independencia de la finalidad dada a las divisas adquiridas. De allí que, en realidad, *toda* adquisición de divisas –encuadre o no dentro del artículo 26- se somete al actual régimen de control de cambio.

En todo caso, la enumeración del artículo 26 es complementada por las diversas limitaciones especiales que a la libertad cambiaria recoge el Convenio, y que pueden sistematizarse de la siguiente manera:

### **1. Venta obligatoria de divisas**

Serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 del Convenio, todas las divisas originadas por las exportaciones de bienes, servicios y tecnologías, realizadas a partir de la entrada en vigencia del Convenio Cambiario. La venta de divisas deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles bancarios siguientes a la disponibilidad de las mismas, calculadas sobre el valor FOB declarado en la respectiva Declaración de Aduanas o Manifiesto de Exportación.

El párrafo primero del artículo 6 faculta a CADIVI para autorizar regímenes de administración de divisas, ello con la intención de procurar la flexibilidad necesaria para cubrir los gastos derivados de la actividad de exportación, distintos a la deuda financiera e insumos.

Además, todas las divisas que ingresen al país por concepto de servicios de transporte, operaciones de viajes y turismo, remesas, transferencias, rentas de inversión, contratos de arrendamiento y de otros servicios o actividades comerciales, industriales, profesionales, personales o de la construcción, serán también de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, conforme al artículo 28.

La interpretación de esa norma ha planteado severas dudas, por lo que interesa detenernos en su alcance. Recordando el principio *in dubio pro libertate*, hemos de observar que el prenombrado artículo 28 es de interpretación literal y restrictiva: no se afectan las divisas derivadas de actividades económicas; únicamente se impone la venta obligatoria de las divisas que ingresen al país, término que en su acepción restrictiva, debe entenderse referido al ingreso físico. Luego, las divisas derivadas de actividades económicas prestadas en el país, no serán de venta obligatoria, puesto que, respecto de ellas, no ha habido “ingreso” alguno. Tampoco lo serán aquellas divisas que, referidas a servicios prestados en Venezuela, sean empleadas como medio de pago en el exterior.

## **2. Restricciones a la adquisición de divisas por parte de la inversión extranjera. La venta forzosa de divisas derivadas de tal inversión**

Según el artículo 29, para la adquisición de divisas destinadas a la remisión de dividendos, ganancias de capitales e intereses, si fuere el caso, producto de la inversión extranjera directa, así como para los pagos en divisas derivados de contratos sobre importación de tecnología y sobre el uso y explotación de patentes y marcas, las personas naturales o jurídicas deberán inscribirse en el registro respectivo que al efecto lleva el “Organismo Nacional Competente que corresponda”, el cual parece ser la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX). La Autorización de Compra de Divisas debe ser solicitada por los interesados debidamente registrados ante el Organismo Nacional Competente que corresponda, a cuyos efectos CADIVI “pondrá su empeño a fin de que este proceso se cumpla en forma expedita”.

Además, y según el artículo 33, las personas naturales o jurídicas extranjeras que ingresen divisas al país destinadas a fines de inversión extranjera directa y en activos financieros, estando vigentes las restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, deberán registrarlas ante la SIEX, a fin de tener derecho a exportarlas con los beneficios e intereses. Las divisas ingresadas serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas.

### 3. Régimen aplicable a los hidrocarburos

También impone el Convenio Cambiario N° 1 restricciones a las divisas derivadas de las actividades amparadas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH).

En efecto, las empresas constituidas o que se constituyan para desarrollar cualesquiera de las actividades a que se refiere la LOH, en la medida en que reciban o administren divisas como consecuencia de la operación de los “instrumentos legales que los vinculan”, solamente podrán mantener en el exterior cuentas en divisas en instituciones bancarias o de similar naturaleza, incluyendo las recibidas por el producto de sus ventas o por concepto de fondos pagados o aportados por los inversionistas o por instituciones crediticias, con el fin de efectuar los pagos y desembolsos que corresponda realizar fuera de Venezuela, los cuales deberán ser verificados por el Directorio del Banco Central de Venezuela. El resto de las divisas, será de venta obligatoria al Instituto emisor, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con el artículo 6 del Convenio (artículo 30). Aclara la norma siguiente que estas empresas no tendrán derecho a obtener divisas otorgadas por el Banco Central de Venezuela destinadas a cubrir sus obligaciones y pagos en moneda extranjera.

Pese la redacción enrevesada de ese artículo, se infiere que él otorga el derecho de remitir, al extranjero, divisas obtenidas de las actividades a que se refiere la LOH, aún cuando se trata de un derecho limitado, en función del destino que debe darse a estas divisas.

Ahora bien, el régimen legal del comercio de divisas en el mercado de los hidrocarburos no se agota con esta norma. Antes por el contrario, la temática de ese régimen es mucho más compleja.

De esa manera, si se trata de empresas del Estado que realizan algunas de las actividades a que se contrae la LOH, será aplicable el régimen de PDVSA y sus empresas filiales delineado en el artículo 12 del Convenio. Ello opera, en especial, respecto de las empresas del Estado que explotan las actividades primarias e, incluso, las llamadas “empresas mixtas”, puesto que ellas son empresas del Estado. Esto es, que en tales supuestos aplica el régimen de control para el sector público.

Por el contrario, si se trata de actividades comprendidas por la LOH, pero explotadas por particulares (las actividades aguas abajo), será aplicable el mencionado artículo 30, en la medida en que tales empresas “reciban o administren divisas” como consecuencia de la explotación de la actividad que le es propia. El resto de las empresas privadas relacionadas con el sector de los hidrocarburos se regirá por el régimen ordinario aplicable al sector privado.

Finalmente, y en la medida que las actividades reguladas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) están “referidas” en la LOH (cfr.: artículo 2), estimamos que respecto esas actividades será aplicable también el régimen precedentemente esbozado.

#### **4. Otras restricciones al ingreso de divisas**

El artículo 34 señala que todas las divisas de personas naturales o jurídicas que ingresen al país, no contemplados en los artículos anteriores, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio. Norma censurable, por la vaguedad e indeterminación de su contenido.

### **IV. LAS NORMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE DIVISAS**

El citado Decreto N° 2.302, junto con sus modificaciones contenidas en el Decreto N°. 2.330, desarrolla los principios generales que informarán la administración y control de divisas contenidos en el Convenio N° 1.

#### **1. El Registro de Usuarios**

El primer control administrativo por medio del cual se regula el ejercicio de la libertad cambiaria, es el registro de usuarios, condición previa a la adquisición de divisas.

Basta con señalar, ahora, que la figura del Registro es un trámite burocrático que, como tal, ha de quedar sometido a los principios de celeridad, eficiencia y eficacia derivados de la Ley de simplificación de trámites

administrativos, conforme lo que antes ha sido expuesto. En concreto, sólo podrán exigirse documentos justificados en razón de la *ratio* del control de cambios, quedando proscrita la exigencia de documentos no necesarios, injustificados, que obedezcan a otro fin, o que ya reposen en los archivos de CADIVI o de otro órgano de la Administración. Además, deberá tenerse como cierta la declaración del particular efectuada al solicitar su correspondiente inscripción.

## **2. La autorización para la adquisición de divisas**

El registro de usuarios es, como se dijo, un simple trámite burocrático, de dudosa utilidad, pues la inscripción en tal registro no habilita a los particulares para adquirir divisas. Éstos, por el contrario, deberán solicitar a la Administración Cambiaria la Autorización de Adquisición de Divisas, la cual será nominal e intransferible y tendrá una validez de ciento veinte (120) días continuos, contados a partir de la fecha de su notificación. La Comisión podrá conceder un lapso de validez mayor, cuando lo considere indispensable y justificado (artículo 8).

La autorización habilita al particular para la compra de divisas, pero además establece las modalidades a través de las cuales podrá efectuarse esa compra. Así, según el artículo 9, la utilización de las divisas deberá corresponder a los términos establecidos en la autorización. No obstante, la Comisión podrá reconocer márgenes razonables de variación en los términos autorizados, siempre y cuando no impliquen desviaciones sustanciales frente a los originalmente aprobados. Nótese así que, tal y como antes se indicó, el control de cambio consiste en un mandato positivo, desde que la autorización fija los estándares dentro de los cuales los operadores económicos privados podrán ejercer su libertad de cambio, estándares que podrán referirse a aspectos cuantitativos –cantidad de divisas a comprar– y cualitativas –destino dado a las divisas–.

## **3. El control administrativo sobre la sinceridad y uso dado a las divisas**

El artículo 10 consagra un auténtico régimen de policía sobre la ejecución de la autorización, al señalar que para velar por el cumplimiento de las normas que informan la administración de divisas, CADIVI establecerá los documentos y demás recaudos que deberán presentar los adqui-

rentes para comprobar la utilización de las mismas y podrá realizar la verificación física o contable correspondiente. La Comisión podrá exigir la comprobación de la utilización de las divisas autorizadas con anterioridad, como requisito previo a la aprobación de nuevas solicitudes del mismo usuario.

Asimismo, y como medio de control, el artículo 11 prevé que CADIVI podrá suspender, mediante providencia motivada, el registro y la tramitación de la autorización de adquisición de cualquier solicitante de divisas “mientras se culmina la investigación respectiva”, en aquellos casos en que existan serios indicios de que las personas interesadas hayan suministrado información o documentación falsa o errónea para su inscripción en el respectivo registro o en la solicitud de adquisición de divisas, “sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a que haya lugar”.

Esa suspensión luce como una auténtica sanción, lo que permite la aplicación de las garantías subjetivas establecidas en el artículo 49 de la Constitución, y entre ellas, el principio de legalidad de las sanciones administrativa. Ninguna Ley, sin embargo, consagra la prenombrada sanción de suspensión.

#### **4. Sobre los derechos derivados de la autorización**

Acudiendo a la teoría general de la actividad administrativa, puede señalarse que la autorización es un acto declarativo, pues incide sobre el derecho previo de libertad cambiaria. Además, en tanto acto favorable, genera el derecho en el particular a confiar en la legalidad y mantenimiento de su validez en el tiempo, de forma tal que sólo puede la Administración revisar la autorización expedida declarando su nulidad absoluta, *ex* artículo 82 de la LOPA, y previa sustanciación del debido procedimiento.

Sin embargo, en dos recientes sentencias del 25 de marzo de 2003, caso Avianca y del 26 de ese mes, caso American Airlines, la Sala Político-Administrativa, reiterando un criterio anterior (sentencia de 07 de octubre de 1993, caso Laboratorios Sánalo C.A.), indicó que:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que las autorizaciones emitidas por las autoridades cambiarias respecto de las solicitudes de divisas dentro de un mercado controlado, no generan derechos subjetivos para los

particulares, porque las medidas que dicta el Ejecutivo Nacional en materia económica, monetaria o fiscal son adoptadas en función del interés colectivo y en ejercicio del poder soberano que lo inviste de una facultad discrecional”.

Subyace, tras este planteamiento de la Sala Político-Administrativa, la supuesta antinomia existente entre la seguridad jurídica y el interés público, aportándose como solución la deferencia por este último. Ciertamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia recaída en el caso Tomandini, asunto 84/78, señaló que la seguridad jurídica cedía frente a un interés público preponderante, lo que permitiría la modificación del marco jurídico de la ordenación de la economía. Sin embargo, una cosa es afirmar que las autorizaciones para la adquisición de divisas pueden ser modificadas, y otra es sostener que éstas no generan derecho alguno. Premisa que, en definitiva, incrementa la ya precaria seguridad jurídica, pues los operadores económicos no tendrán ninguna garantía de esa autorización será respetada por la Administración.

## **V. EL RÉGIMEN APLICABLE DE CADIVI**

El régimen jurídico de CADIVI está contenido en el Decreto 2.330. Analicemos los aspectos jurídicos más resaltantes de éste.

### **1. Naturaleza jurídica de CADIVI**

CADIVI carece de personalidad jurídica propia; luego, sus decisiones son siempre imputables a la República. Ello sitúa a la Comisión dentro de la Administración Pública Central. Además, CADIVI tiene un cúmulo de competencias originalmente atribuidas a ella, sin que ningún órgano de la Administración Central (i.e. Ministerio de Finanzas) ejerza ningún control. Es, por tanto, un órgano desconcentrado con autonomía funcional.

### **2. Ausencia de adscripción**

Enseña la teoría general de la organización administrativa que todo órgano ha de estar inserto dentro de determinada organización administrativa, en concreto, a nivel central. En otras palabras, todo órgano desconcentrado debe estar adscrito a algún Ministerio. No sucede así con CADIVI, puesto que dicho órgano no fue adscrito a ningún Ministerio. Es, por tanto,

un verdadero órgano apátrida, aunque a falta de previsión expresa, y como solución práctica, bien pudiera entenderse que tal Comisión está adscrita al Ministerio de Finanzas, con fundamento en el artículo 12 del Decreto 2.330.

Lo anterior permite aseverar que, en la creación de CADIVI, fue violado el artículo 90 de la LOAP, pues no le es dado al Poder Ejecutivo crear originariamente órganos desconcentrados. En efecto, lo que permite el comentado artículo 90 es transformar unidades ministeriales en órganos desconcentrados, y no –como se ha hecho- crear tales órganos sin previa transformación.

### 3. Atribuciones

Corresponde a CADIVI, como fue indicado, ejecutar la política cambiaria concertada entre el Ministro de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, instrumentando los controles que han sido dictados. Ejerce, por ende, la función de regulación sobre la libertad cambiaria, según la siguiente sistemática resumida en extremo, por razones de tiempo:

- a. **Funciones de control sobre la libertad de cambio.** Sin duda, es el núcleo de las competencias que le han sido asignadas. Corresponderá a CADIVI regentar los registros de usuario y otorgar las autorizaciones para la adquisición de divisas por parte de los usuarios del régimen cambiario.
- b. **Funciones normativas.** A CADIVI le ha sido reconocido, sin cobertura legal de ningún tipo, amplias potestades normativas que le permiten reglamentar el régimen de control de cambio según cada operación en concreto, a través de las llamadas providencias. El origen de esas normas se encuentra igualmente viciado de nulidad. En efecto, las providencias son normas de inequívoco carácter regulatorio, pese a lo cual –como ha observado David Quiróz Rendón- no se dio cumplimiento al procedimiento preceptivo de consulta pública, exigido en esos casos por los artículos 136 y 137 de la LOAP.
- c. **Potestad sancionadora.** Finalmente, se ha atribuido a CADIVI la aplicación de las sanciones administrativas que le correspondan. Tal competencia carece de contenido práctico

pues no existe, en el ordenamiento jurídico vigente, Ley alguna que prevea como infracción la contravención al actual régimen de control de cambio, sin que pueda la Administración aplicar analógicamente otras infracciones, o establecer éstas mediante actos sublegales. Por esa razón –junto a otras consideraciones– la Sala Constitucional anuló los artículos 2 y 6 de la Ley de Régimen Cambiario, hoy carente de mayor aplicación práctica, en su sentencia de 21 de noviembre de 2001.

#### **4. Régimen de recursos**

Otro aspecto a considerar es el régimen de recursos administrativos y contencioso-administrativos que proceden contra los actos de CADIVI. Cualquier consideración al respecto debe partir de la expresión contenida en el artículo 3 del Convenio N° 1, según el cual las decisiones de CADIVI agotan la vía administrativa.

Sin embargo, la regulación del agotamiento de la vía administrativa es materia de la reserva legal, pues se encuentra ya consagrada en diversas Leyes (numeral 2 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, LOCSJ), en concordancia con el artículo 93 de la LOPA). La conclusión de lo anterior es que el artículo 3 del Convenio N° 1 invadió materias de la reserva legal, desconociendo la regulación derivada de la LOCSJ y de la LOPA, lo que vicia de nulidad esa disposición. Los actos de CADIVI no pueden agotar la vía administrativa, desde que ninguna disposición legal alteró, respecto de ese órgano, la regla del artículo 93 de la LOPA.

Subsiste sin embargo un problema práctico, pues, como se dijo, los particulares se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica frente al régimen de recursos contra los actos de CADIVI. ¿Qué hacer en caso que sea necesario atacar un acto dictado por ese órgano? Sumariamente, presentaremos diversas soluciones a esa problemática.

- a. En primer lugar, los particulares afectados por las decisiones de CADIVI deberán atenerse al contenido de la notificación del acto lesivo, que a tales efectos debe hacer la Comisión; cualquier omisión en tal notificación derivará en la ineficacia del acto.

- b. La problemática en cuanto a la vía administrativa puede solventarse mediante la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad, conjuntamente con la acción de amparo constitucional, dado que en esos casos la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales exime al interesado de la carga de agotar la vía en sede administrativa.
- c. Contra los actos de CADIVI siempre podrá ejercerse el recurso de reconsideración, con fundamento en los artículos 92 y 94 de la LOPA. Los recursos administrativos son medios de defensa de los particulares, y de allí que su interposición –aún optativa- no puede negarse.
- d. El principal problema se presentará cuando, interpuesto el recurso de reconsideración, éste sea negado expresa o tácitamente. Dos alternativas resultan aplicables. Por un lado, puede optarse por impugnar tal decisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aún cuando no sea un acto que cause estado. El tribunal competente sería la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quien al admitir el recurso de nulidad incoado se encontrará en la diatriba de decidir si entiende agotada la vía administrativa, por una disposición contenida en un simple contrato interadministrativo. Otra opción es acogerse al recurso jerárquico, pero aquí encontramos otro obstáculo, pues CADIVI no está adscrita a ningún Ministerio, lo que impediría –de hecho- presentar el recurso ante la máxima autoridad jerárquica. En todo este tortuoso camino el particular afectado deberá advertir la existencia del lapso de caducidad de seis meses, a fin de acudir al contencioso administrativo.
- e. Pero frente a CADIVI no sólo cabe la interposición de recursos de nulidad. Por el contrario, también la inactividad de ese órgano es susceptible de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La presentación de la solicitud de autorización para la adquisición de divisas genera, en cabeza de la Administración, el deber de otorgar oportuna y debida respuesta. Si presentada tal solicitud, la Administración se abstie-

ne de dictar la correspondiente autorización, podría ser procedente la interposición de la llamada acción por abstención o carencia, solicitando al Juez contencioso administrativo –de nuevo, la Corte Primera– que condene a la Administración a dictar el correspondiente acto.

- f. Con carácter general, es la acción de amparo el mecanismo idóneo para asegurar la garantía del derecho de libertad económica, menoscabado por el régimen en vigor. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –tribunal competente para conocer de tales acciones– ha establecido los cánones que deben cumplir las limitaciones a la libertad económica, todos los cuales han sido vulnerados en el presente caso (cfr.: sentencia de 8 de mayo de 2002, caso Brahma). Principalmente, se exige que la limitación a esa libertad sea razonable y proporcional. Cabe preguntar si un régimen como el vigente, que ha derivado en la suspensión de *facto* del mercado cambiario por más de noventa días, supone una restricción razonable y justificada a la libertad económica, derecho que, en lo que respecta al mercado cambiario, ha quedado desnaturalizado.

## REFLEXIONES FINALES

El control de cambio vigente pivota sobre tres principios generales. El primero, la centralización del mercado cambiario en el Banco Central de Venezuela y consecuentemente, la limitación a la adquisición de divisas y a su venta. El segundo principio es la creación de una Administración Cambiaria especial, CADIVI, encargada de instrumentar los controles a la compra y venta de divisas. Finalmente, se reconocen amplias potestades de ordenación y control que implican la gestión pública de las divisas, desde que será el Estado a quien corresponda dictar los lineamientos conforme a los cuales serán distribuidas divisas entre los particulares, así como proceder a su posterior administración en el mercado privado.

Ha operado la publicación del otrora mercado privado de divisas. Así, toda compra de divisas debe pasar por los controles administrativos que se establezcan, y que actualmente se fundamentan en el registro previo

y en la autorización para la adquisición de divisas al tipo de cambio fijado en los Convenios Cambiarios celebrados. La arbitrariedad del sistema adoptado –ante lo desmesurado de los controles acordados– pone en duda la racionalidad del actual régimen cambiario, ante la desproporción existente entre las externalidades que se pretenden controlar y las medidas de intervención pública acordadas.

En lo que respecta a la venta forzosa de divisas, en los términos del Convenio N° 1, ella sólo aplica cuando ingresen físicamente divisas a Venezuela. La tenencia de divisas, fuera de este supuesto, no apareja entonces la venta coactiva.

Ahora bien, el régimen cambiario cuyos principios generales han sido esbozados, como es sabido, ha tenido una tímida expresión en la práctica: un control de cambio *de iure*, ha degenerado en la suspensión del mercado cambiario *de facto*, por más de noventa días, dado que son ciertamente pocas las autorizaciones hasta ahora emitidas por CADIVI.

Ante tal coyuntura, debe recordarse que la falta de reglamentación de los derechos de los ciudadanos no es óbice para su efectivo ejercicio, de suerte tal que la inactividad normativa de CADIVI no puede impedir la adquisición de divisas necesarias para la realización de actividades económicas cuyo desarrollo protege la Constitución e, incluso, para la prestación de servicios de innegable contenido social, como ocurre en los casos de los servicios de salud, en los cuales la adquisición de divisas puede resultar esencial.

La faceta más delicada del actual control de cambios, por tanto, aún no se ha implementado, desde que será en la ejecución de la normativa cambiaria donde cobrarán realce los principios generales que han sido expuestos en esta conferencia.