

Proceso administrativo sancionatorio
aplicado al incumplimiento del Régimen
Cambiario en materia de inversiones
y endeudamiento externo.

Decreto 1746 de 1991

José Fernando Duque Montoya
Docente de la Facultad de Ciencias Económicas

Introducción

A partir de la Ley 9ª de 1991, norma que derogó en su integridad el Estatuto de Cambios Internacionales del país, nacido desde 1967 a través del Decreto Ley 444 de ese año, régimen restrictivo en el cual todas las operaciones que incluyeran movimiento de divisas, deberían canalizarse a través del Banco de la República, se pasó a un régimen vigilado, en el cual se dio libertad para acudir a los diferentes intermediarios del mercado cambiario, y en el cual sólo algunas de las operaciones están estrictamente vigiladas y sometidas al cumplimiento de una serie de obligaciones, contenidas en lo que se denomina Régimen Cambiario, constituido actualmente por la Resolución

8 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República en desarrollo de las funciones a éste atribuidas por la ley 31 de 1992, y el Estatuto de Inversiones Internacionales, contenido en el Decreto 2080 de 2000 expedido por el Departamento Nacional de Planeación.

Infortunadamente, por el desconocimiento generalizado de las obligaciones legales de quienes en el desarrollo de su actividad diaria efectúan operaciones de cambios en moneda extranjera, que deben canalizarse a través del mercado cambiario, incurren en forma permanente en violaciones al régimen de cambios internacionales.

Estas infracciones, en consecuencia, acarrear sanciones de tipo pecuniario, que de acuerdo con

la clase de operación, serán aplicadas por la Superintendencia Bancaria, por la Superintendencia de Sociedades o por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, a través de la aplicación de un procedimiento distinto en cada caso.

La Superintendencia de Sociedades, asumió a partir de 1992, la competencia para investigar y sancionar las infracciones al régimen de cambios internacionales, relacionado con las inversiones extranjeras en Colombia, inversiones de nacionales en el exterior y endeudamiento externo, aplicando para el efecto el Decreto 1746 de 1991.

Desde esa fecha y hasta hoy, se han iniciado aproximadamente 5000 investigaciones por diferentes infracciones; actualmente están vigentes aproximadamente 2300, determinando que la causa de estas infracciones es el desconocimiento total del régimen de cambios. Este flagelo, no sólo es atribuible a quienes realizan las operaciones cambiarias, sino a los intermediarios del mercado cambiario, por cuanto los representantes de éstos, quienes asesoran a sus clientes, también desconocen las normas, haciendo incurrir en error a los usuarios del servicio.

Sin embargo, dado que la Responsabilidad resultante de la violación de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios, es objetiva, en estos casos no se determina la culpa, el dolo o la preterintención para efectos de aplicar las sanciones respectivas.

Por lo tanto, es importante para quienes las manejan a nivel empresarial, o a nivel personal, conocer en su integridad las normas que regulan la operación que se pretende realizar, evitando que sea aplicada la sanción resultante de la comprobación de la infracción cambiaria.

El Régimen sancionatorio aplicado a las interacciones del Régimen de Cambios Internacionales

El régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, a fin de internacionalizar la economía, promover, fomentar y estimular el comercio exterior, facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior, estimular la inversión de capitales del exterior, aplicar controles a los movimientos de capital, buscar el nivel adecuado de reservas internacionales y coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las políticas macroeconómicas.

Dado que el mercado cambiario está constituido por todas las operaciones de cambio que deben obligatoriamente canalizarse a través de los intermediarios del mercado, autorizados por el Gobierno, la ley 9 de 1991 indicó que correspondía al Gobierno Nacional determinar las operaciones que debían canalizarse a través de los intermediarios del mercado, teniendo como base los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes y derechos en el extranjero realizados por residentes, y las mismas operaciones realizadas en Colombia por no residentes, aquellas en las cuales un residente pudiese ser acreedor o deudor de un no residente, la adquisición de activos en Colombia por un no residente, o de residentes en el exterior, las entradas y salidas del país de divisas o moneda legal colombiana y títulos representativos de las mismas; y por último, los actos en virtud de los cuales se produzca la extinción de obligaciones entre residentes y no residentes.

En desarrollo de los parámetros establecidos por esta ley, se dictó el Decreto 1735 de 1993, en el

cual se indicó que eran operaciones de cambio las siguientes:

- Importaciones y exportaciones de bienes y servicios.
- Inversiones de capitales del exterior en el país.
- Inversiones colombianas en el exterior.
- Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país.
- Todas aquellas que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país.
- Todas las operaciones que efectúen residentes en el país con residentes en el exterior que impliquen la utilización de divisas, tales como depósitos y demás operaciones de carácter financiero en moneda extranjera.
- Las entradas o salidas del país de moneda legal colombiana y de títulos representativos de la misma, y la compra en el exterior de moneda extranjera con moneda legal colombiana o títulos representativos de la misma.
- Las operaciones en divisas o títulos representativos de las mismas que realicen el Banco de la República, los intermediarios del mercado cambiario y los demás agentes autorizados, con otros residentes en el país.

Igualmente, determinó que únicamente las operaciones de importaciones y exportaciones de bienes, de endeudamiento de residentes y sus costos financieros, inversiones de capital del exterior e inversiones de capital colombiano en el exterior junto con sus rendimientos, las inversiones financieras en títulos o en activos radicados en el exterior y sus rendimientos cuando deban canalizarse a través del mercado cambiario, los avales y garantías en moneda extranjera, las operaciones de derivados y operaciones peso-divisas, deben canalizarse a través del mercado cambiario.

El control que ejerce el gobierno respecto de las operaciones anteriormente señaladas, se hace a través de un procedimiento especial, al cual la

misma ley le da el carácter de administrativo cambiario, de ahí que sus principios rectores serán los contenidos en el Código Contencioso Administrativo, y como consecuencia de ello, no puede en ningún caso aplicarse principios del derecho penal, eximiendo de responsabilidad al determinarse el grado de culpa, dolo o preterintención de los investigados.

De ahí, que en estos casos, el procedimiento debe surtirse en su integridad aplicando las normas especiales que lo rigen, y en lo no regulado por ellas, deberán aplicarse las normas generales contenidas en dicho código, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Código Contencioso Administrativo.

Capítulo 1. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

El decreto ley 444 de 1967 constituía hasta 1991 el régimen de cambios internacionales aplicado en el país para todas las operaciones relacionadas con la posesión, tenencia y negociación de divisas.

Para el control del cumplimiento de las normas constitutivas del régimen de cambios internacionales, así como para la aplicación de las sanciones respectivas, se creó la Prefectura de Control de Cambios, llamada posteriormente Superintendencia de Cambios; y el procedimiento administrativo empleado, era el contenido en el mismo decreto ley, y en la Ley 33 de 1975.

En 1991, a raíz de la apertura económica se expidió la Ley 9 de 1991, que derogó en su integridad el Decreto Ley 444 de 1967, con la cual se pasó de un régimen restrictivo a uno de libre competencia, e igualmente fue necesario expedir un decreto sobre procedimiento administrativo que reemplazara el contenido en el citado decreto ley, conocido como el Decreto 1746 de 1991.

En 1992, con la reestructuración del Estado, la Superintendencia de Cambios a través del Decreto 2116 fue suprimida; y en consecuencia las funciones que en materia cambiaria eran ejercidas por ésta, fueron distribuidas entre la Superintendencia Bancaria, en lo relacionado con la posesión, tenencia de divisas, y vigilancia sobre las casas de cambio; la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en cuanto se relaciona con las importaciones y las exportaciones; y por último la Superintendencia de Sociedades, en lo relacionado con las inversiones extranjeras, la inversión colombiana en el exterior y el endeudamiento externo.

Igualmente, la estructura de la Superintendencia de Sociedades fue modificada a través del Decreto 2155 de 1992 y en su artículo 5, incluyó dentro de sus funciones, la de llevar a cabo el proceso administrativo cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.

Posteriormente, con la ley 222 de 1995, que modificó el Código de Comercio y señaló algunas funciones para la Superintendencia de Sociedades, en su artículo 82 advierte que le pertenece esa función; y así lo determina, igualmente, el numeral 15 del artículo 2 del decreto 1080 de 1996.

Así, a partir de junio de 1993, la Superintendencia de Sociedades inicia la competencia para investigar y sancionar las infracciones al régimen de cambios internacionales y para ello aplica en su integridad el Decreto 1746 de 1991, en el cual se establece en el artículo 1, que la competencia de la Superintendencia de Cambios, debe entender Superintendencia de Sociedades desde 1992, es para establecer la comisión de las infracciones cambiarias, y sancionar conforme lo prescribe el citado decreto.

Es así, como la Superintendencia de Sociedades, a quien corresponde la tutela del orden público

económico, investiga y sanciona las contravenciones cambiarias relacionadas con inversiones internacionales y endeudamiento externo, efectuadas por personas naturales, y por personas jurídicas. Solamente escapan al control de la Superintendencia de Sociedades, los intermediarios del mercado cambiario que realicen esta clase de operaciones, quienes son vigilados por la Superintendencia Bancaria, en forma exclusiva.

Capítulo 2.

DEFINICIÓN DE INFRACCIONES CAMBIARIAS

En primer término debemos analizar la naturaleza del proceso cambiario, con el objeto de determinar los principios que lo caracterizan, pues atendiendo su naturaleza podemos ubicarnos frente a las normas relacionadas con estas materias.

El artículo 2 del Decreto 1746 de 1991, define las infracciones cambiarias como la contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios, vigentes al momento de la infracción; y señala que esta conducta tiene una sanción coercitiva, cuya finalidad es el cumplimiento de tales preceptos.

Por contravención se entiende el simple desconocimiento de un deber legal, sea por acción o por omisión, es decir, por hacer sin el cumplimiento del lleno de los requisitos, o aquello que está expresamente prohibido, o simplemente por dejar de realizar lo que se pide.

Las contravenciones cambiarias, constituyen infracciones administrativas, que se dan por el hecho de que el autor de la conducta, independientemente de su intención o voluntad, su conocimiento o no de las normas, viole alguna de las disposiciones que regulan la operación cambiaria que realiza.

Como es conocido por todos, el Régimen de Cambios Internacionales está constituido por la Ley 9 de 1991, las Resoluciones que expide el Banco de la República como autoridad crediticia, monetaria y cambiaria en razón de las facultades a éste otorgadas por la Ley 31 de 1992, actualmente, la Resolución 8 de 2000 y por el Estatuto de Inversiones Internacionales, contenido en el Decreto 2080 de ese año, expedido por el Departamento Nacional de Planeación.

Ahora bien, estas normas son aplicables tanto a residentes como a no residentes en el país, siempre y cuando realicen operaciones cambiarias dentro del territorio nacional y que estén sujetas a control por parte de las autoridades administrativas.

De ahí que el incumplimiento de cualquiera de estas disposiciones, constituye por sí una infracción al régimen de cambios internacionales.

En conclusión, dada la naturaleza administrativa de las infracciones cambiarias, podemos decir que una de las diferencias con las contravenciones penales o los delitos, está precisamente en el hecho de que no se requiere que la norma exprese que su incumplimiento constituya una infracción, como sí lo es en materia penal, pues toda conducta que se pretenda sancionar como delito o contravención penal debe señalarse en norma expresa.

Capítulo 3 RÉGIMEN SANCIONATORIO

El derecho administrativo Sancionatorio se rige por normas especiales, por lo cual no le son aplicables principios propios del derecho penal; su finalidad está dirigida a la protección del orden público económico, para lo cual utiliza mecanismos que permitan a la administración hacer cumplir sus preceptos a través de normas que

tengan efecto general inmediato, y para ello se lo ha dotado de medios coercitivos que lo único que buscan es el cumplimiento por parte de los particulares de las normas vigentes; por ello, teniendo en cuenta que el proceso que se sigue para la investigación y sanción por las infracciones al régimen cambiario es de naturaleza eminentemente administrativa, la sanción aplicable no es otra que la imposición de multas y en algunos casos, la administración puede imponer sanciones accesorias, que limiten el actuar de los sancionados.

El artículo 3 del Decreto 1746 de 1991, determina que quien infrinja el régimen cambiario, sea persona natural o jurídica, a excepción de los intermediarios del mercado cambiario, serán sancionadas con multas hasta de 200% de la infracción cambiaria comprobada.

Como puede observarse, la sanción por imponer es discrecional del Superintendente, quien nunca podrá imponer una sanción superior a 200%.

Sin embargo, esta sanción debe aplicarse atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la infracción, y por lo tanto a pesar de la discrecionalidad del Superintendente, la sanción debe ser proporcional a la conducta sancionada y debe ser razonable, por ello es importante que a través del proceso, se determinen con claridad y precisión los hechos que condujeron al investigado a incurrir en infracción cambiaria, pues si bien no lo exoneran de la sanción a que haya lugar, sí pueden determinar que la sanción sea favorable.

Ahora bien, el mencionado artículo 3, del decreto 1746 de 1991, dispone que en caso de que se infrinja el régimen cambiario de manera reiterada, de tal suerte que de manera razonada pueda determinarse que las operaciones cambiarias fueron utilizadas ficticiamente para amparar ingresos o egresos de divisas para operaciones que no estén autorizadas, se podrá imponer una sanción accesoria a la multa, la cual consiste en

la prohibición de realizar operaciones de cambio durante un término no inferior a un año, ni superior a cinco.

Nótese, que para la aplicación de esta sanción adicional debe demostrarse:

- Que se ha violado el régimen de cambios internacionales, reiteradamente; en este caso, serán los mismos sujetos quienes han intervenido en las operaciones investigadas.
- Que las operaciones han sido realizadas con una finalidad distinta a la mencionada en las diferentes declaraciones de cambio.
- Que se trata de ingresos o egresos de divisas para operaciones prohibidas, tales como inversiones en sectores no permitidos.

Reunidos estos elementos, se impondrá la sanción accesoria a la multa de que trata este artículo.

Capítulo 4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CAMBIARIO

4.1 Caducidad de la acción

La caducidad es la extinción del plazo concedido por la ley para ejercitar un derecho o intentar un proceso; por lo tanto, vencido este plazo, improrrogable y perentorio, se produce sin necesidad de que exista actividad alguna por parte del juez o del interesado.

Determina el artículo 6 del Decreto 1746 de 1996, que la caducidad de la acción de las infracciones cambiarias es de dos años, contados a partir de la ocurrencia de los hechos.

Igualmente, señala que este plazo se interrumpirá con la notificación del acto de formulación de cargos y correrá por un año más a partir de dicha notificación.

En consecuencia, ocurridos los hechos la Superintendencia de Sociedades cuenta con dos años para notificar el pliego de cargos; por lo tanto, debe determinarse el momento exacto de la ocurrencia de éstos.

Dependiendo entonces de la operación investigada, comienza a contarse el término de caducidad. Los hechos que con más frecuencia se investigan son:

- Diligenciamiento de la declaración de cambio, dado que el artículo 4 de la Resolución 8 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, señala que quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen de cambios, especialmente la de presentar correctamente la declaración de cambios, se hará acreedor a las sanciones establecidas en el decreto 1746 de 1991; en este caso, el término de caducidad comienza a contarse a partir de la fecha en que se realizó la operación.
- Cumplimiento de los plazos señalados para perfeccionar la operación. En estos casos, debe tenerse en cuenta que la realización de la operación no es la que señala el momento para iniciar a contar el término de caducidad, sino que se hace necesario esperar que transcurra el plazo que la ley les ha otorgado para el cumplimiento de las obligaciones; y si vencido éste no ha cumplido con aquellas, al día siguiente de su vencimiento se entiende que ha ocurrido el hecho constitutivo de infracción cambiaria, y a partir de allí se cuentan los dos años de que trata el artículo 6 del citado decreto.
- Sobre otras operaciones, se tiene en cuenta el momento de su realización, es decir, que se cuenta a partir de la declaración de cambio.

Tratándose de infracciones continuadas, que son aquellas operaciones realizadas por los mismos sujetos en un lapso de tiempo y la misma

operación, el término de caducidad cuenta a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de infracción, de tal suerte, que si ingresan al país divisas para invertir en una sociedad colombiana 7 veces durante un año, y no se intenta el registro de las inversiones ante el Banco Emisor, los dos años se cuentan a partir del vencimiento de los tres meses que para el registro se concede, de la última inversión.

Cabe señalar, que la prescripción de la sanción es de tres años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la impuso.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 25 del decreto 1746 de 1991, señala que una de las causas que interrumpe la caducidad de la acción es cuando se presenta una causal de impedimento o de recusación contra el funcionario que deba practicar las diligencias o que deba decidir respecto de ellas; se interrumpe el proceso hasta tanto se surta el trámite correspondiente.

4.2 Diligencias preliminares

Con este nombre se conoce la etapa inicial de la investigación, etapa en la cual la administración deberá practicar todas las pruebas tendientes a establecer la comisión de una infracción cambiaria, para lo cual no se requiere que el presunto infractor conozca sobre la actuación de la administración.

El inicio de ésta, podrá ser de acuerdo con lo señalado en el artículo 7 del Decreto 1746 de 1991:

- De oficio, por solicitud de informes o a través de la práctica de visitas administrativas.
- Por traslado de otras autoridades, como informes del Banco de la República, y otros.
- Por quejas o informes de personas naturales o jurídicas públicas o privadas.

En los artículos 8, 9 y 10 del citado decreto 1746 de 1991, se indica la manera como deben adelan-

tarse las diligencias preliminares, y las facultades que la Superintendencia de Sociedades tiene para la práctica de pruebas, así:

Estas diligencias deberán ser adelantadas por funcionarios competentes; la ley no define qué se entiende por funcionarios competentes, pero se ha entendido que serán aquellos cuyas funciones propias del cargo que ocupan les señale la facultad para adelantar las investigaciones sobre infracciones cambiarias.

En el caso de la Superintendencia de Sociedades, son los funcionarios asignados al Grupo de Inversión y Deuda Externa, a quienes la Resolución 100-1397 del 3 de Agosto de 1998, expedida por el Superintendente de Sociedades, les delegó expresamente la función de investigar las infracciones cambiarias en materia de inversión extranjera en Colombia, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.

Iniciada la investigación, se podrán pedir y decretar pruebas, allegar informaciones, para lo cual no se requiere cumplir con requisitos especiales ni establecer términos, (artículo 34 del Código Contencioso Administrativo).

Ahora bien, dado que algunos documentos están amparados por la reserva, el Decreto 1746 de 1991, determinó que a las actuaciones de la Superintendencia no se pueden oponer la reserva bancaria, tributaria o judicial; sin embargo, determina que los documentos e informaciones que se obtengan a través de este medio, deberán seguir amparados con la reserva que la ley establezca para cada caso.

Igualmente, se podrán realizar visitas administrativas de inspección, vigilancia y control a los intermediarios del mercado cambiario, a las casas de cambio y a cualquier entidad o persona que realice operaciones de cambio, con el objeto de prevenir y de investigar la comisión de infracciones cambiarias.

En las visitas, el funcionario tiene la facultad de examinar los archivos, los muebles, revisar la contabilidad, y en general practicar las diligencias tendientes a determinar el manejo de las operaciones cambiarias que realicen, tales como interrogatorios, obtener copias, y tomar las medidas necesarias para evitar que se destruyan o adulteren las pruebas que conduzcan a determinar la infracción cambiaria.

Inclusive, si el funcionario que practica la visita encuentra divisas sobre las cuales no se determine su origen, puede retenerlas hasta tanto se concluya la actuación administrativa correspondiente, y se demuestre el origen lícito de ellas; en el evento de que la investigación termine con sanción, se podrá ordenar que se descuente el valor de la multa sin autorización del investigado, y el excedente se entregará a su propietario. (artículo 23 decreto 1746 de 1991).

4.3 Formulación de cargos

Finalizadas las diligencias preliminares, el funcionario competente determinará si los hechos investigados constituyen o no infracción cambiaria, y se pronunciará a través de un acto motivado.

Si considera que no hay infracción cambiaria, expide el acto y contra este procede el recurso de reposición, interpuesto ante el mismo funcionario que expidió el acto, tal como lo dispone el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

Este acto deberá notificarse tal como lo disponen los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, es decir, en forma personal, o enviando una comunicación por correo certificado a la dirección registrada, y si no comparece el interesado, la notificación se surte a través del Edicto que se fija por el término de diez días.

Ahora bien, si el funcionario a cuyo cargo se encuentra el expediente considera que existe una

infracción cambiaria, deberá expedir mediante auto motivado, el pliego de cargos contra los presuntos infractores; contra esta providencia no procede recurso alguno.

Es claro que dada la naturaleza del acto de formulación de cargos, contra este no proceda ningún recurso, pues se trata de un acto de trámite, con el cual se pone fin a una etapa del proceso, y da inicio a la subsiguiente, en la cual el posible infractor tiene plena participación. Debemos aclarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de reposición sólo procede contra los actos definitivos, es decir, contra aquellos que ponen fin a la actuación.

De ahí, que finalizadas las diligencias preliminares con acto motivado en el cual se indica que no hay infracción cambiaria, contra este sí procede el recurso de reposición.

4.4 Notificación y traslado del auto de cargos

Establece el artículo 12 del decreto 1746 de 1991, que del pliego de cargos se correrá traslado a los presuntos infractores mediante la entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita de la providencia.

Al respecto, debemos anotar que la ley 446 de 1998, suprimió la autenticación de las providencias expedidas por la administración.

Para ello, el funcionario notificador se traslada a la dirección que aparezca en el expediente.

Si no es posible localizar al infractor, dispuso el citado decreto que se le envíe por correo certificado una citación a la dirección que aparezca en el expediente o a la que figure en el directorio telefónico, la cual debe ser remitida dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto, y de ello se deja constancia en el expediente.

Si dentro de los cinco días siguientes a la citación, no comparece el presunto infractor, deberá fijarse un edicto en la secretaría por el término de diez días; en el evento de que dentro de ese término comparezca el infractor o su apoderado, de inmediato se le correrá traslado del pliego de cargos, pero si se niega a ello, el edicto continuará fijada hasta su vencimiento.

Desfijado el edicto sin que hubiere comparecido el presunto infractor o su apoderado, deberá nombrarse un curador **ad litem** con quien se surtirá el traslado del pliego de cargos en la misma diligencia de posesión, y con este se continuará la actuación administrativa.

El término de traslado es de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación del acto de formulación de cargos; para ello el expediente permanece a disposición del interesado.

Ahora bien, señala el artículo 15 del citado decreto, que la actuación administrativa es divisible, por lo tanto pueden formularse cargos por una misma operación a personas distintas en forma separada, correr el traslado de los cargos en forma independiente y así mismo imponer la sanción respectiva separadamente.

Sin embargo, se hace la salvedad de que tratándose de hechos conexos, se procurará el traslado de los cargos a los infractores en forma simultánea con el fin de confrontar los respectivos descargos.

El traslado, en consecuencia, se constituye en la única oportunidad que tiene el presunto infractor para solicitar las pruebas que considere pertinentes, para controvertir las que se hubieran obtenido en las diligencias preliminares y para presentar los descargos.

También, es la única oportunidad que tienen los infractores para allanarse manifiesta y totalmente

a los cargos formulados, pero sólo será válido si quien lo presenta es el infractor o su apoderado con facultad expresa para ello, y que no se encuentre dentro de las previsiones señaladas en el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que quien se allana no tenga capacidad dispositiva, el derecho no sea susceptible de disposición entre las partes y el hecho no sea susceptible de confesión, entre otros.

A quien se allane a los cargos, dispone el artículo 22 del decreto 1746 de 1991, de que la sanción por imponer no puede exceder de 70% de la infracción cambiaria comprobada, salvo que la investigación se haya iniciado con ocasión de disposiciones dictadas en desarrollo de los estados de excepción.

4.5 Pruebas

Hay que tener en cuenta que la prueba es simplemente la acción de verificar que lo afirmado es cierto, o constatar lo afirmado en el acto de formulación de cargos, de tal suerte que se compruebe la existencia de la infracción cambiaria.

Así, vencido el traslado, el funcionario encargado se pronunciará sobre las pruebas solicitadas, mediante auto motivado, en el cual las rechazará o aceptará, y a la vez, ordenará de oficio practicar las pruebas que considere necesarias.

Como es sabido, en nuestro sistema judicial, toda decisión judicial debe estar fundamentada en pruebas, regular, oportuna y legalmente allegadas al proceso.

Entiéndese por regular, el debido diligenciamiento de las pruebas, es decir con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos y diligencias exigidos para cada caso y deben estar practicadas e incorporadas al proceso en los términos y condiciones que para el efecto se hayan establecido.

Por tal motivo se tiene que las pruebas deben ser pertinentes, conducentes y relevantes; la pertinencia de la prueba se refiere a que los hechos deben estar encaminados a la demostración de lo que se pretende probar en el proceso, que lleguen al fondo del asunto y que tengan una relación lógica con lo que se busca establecer. La conducencia por su parte, se refiere a la idoneidad del medio empleado para obtener lo que se pretende demostrar, se relaciona con la eficacia del mismo, y la relevancia se refiere a que el objeto de comprobación es el idóneo para la comprobación de la verdad.

Para la práctica de estas pruebas, a diferencia de las realizadas en la etapa de diligencias preliminares, el funcionario deberá señalar el término en el cual han de realizarse, sin que exceda de treinta días si son dentro del territorio nacional y de sesenta días si son fuera del país.

La providencia, debe notificarse mediante fijación en el estado, por un término de tres días, dentro del cual el interesado podrá interponer el recurso de reposición, pero sólo contra el acto que las niega total o parcialmente.

Interpuesto el recurso, el funcionario deberá resolverlo de plano dentro de los cinco días siguientes a la desfijación del estado, y se deberá notificar a través de estado el cual durará fijado por el término de un día.

En el procedimiento administrativo cambiario, pueden practicarse todas las pruebas admitidas en el procedimiento civil, tales como, la confesión, la declaración de parte, documentos públicos y privados, dictámenes periciales, reconocimientos o inspecciones administrativas, etc.; lo importante es que se cumpla la finalidad de la misma, es decir que se obtenga la convicción ya sea de la comisión de la infracción, o de que la conducta investigada no constituyó infracción cambiaria alguna.

Valoración de las pruebas.

Determina el artículo 19 del decreto 1746 de 1991, que las pruebas deben valorarse atendiendo a los siguientes criterios:

- La sana crítica: a través de este sistema de valoración, el funcionario a cuyo cargo se encuentra el expediente, tiene la libre facultad de establecer el valor que dará a cada uno de los medios de prueba practicados; sin embargo, las pruebas deben ser valoradas en su conjunto. Con este sistema se busca que el juez tenga libertad para formar en su conciencia la realidad de los hechos, sin los formalismos propios de los sistemas que imponen tarifas a las pruebas, y lo obliguen a llegar a conclusiones alejadas de la realidad. Pero esto no significa que el juez, por aplicar la sana crítica, desconozca las solemnidades que determinan la práctica de cada una de las pruebas, y que forman parte del derecho sustancial para la existencia y validez de éstas. Por esta razón, y para evitar que el juez arbitrariamente tome decisiones, se exige que motive los actos que expide.
- Atender la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria: Como se indicó anteriormente, las infracciones al régimen de cambios internacionales son contravenciones administrativas de las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos, lo que determina la imposición de una sanción coercitiva, cuya única finalidad es el cumplimiento de estas disposiciones. Debemos hacer énfasis en el hecho de que se haya cumplido tardíamente una obligación impuesta por estas disposiciones, no exonera al investigado de la imposición de la sanción, pues lo que se pretende con ello es proteger el orden público económico, el cual se vio lesionado por la omisión del cumplimiento de la obligación en los términos señalados en la norma.

- La índole objetiva de la responsabilidad correspondiente: al respecto, es de anotar que el decreto 1746 de 1991, señala que la responsabilidad resultante de la violación al régimen de cambios es objetiva, por lo tanto, en este procedimiento no se tienen en cuenta los aspectos subjetivos que rodean las actuaciones de quienes infringen el régimen de cambios, tales como el dolo, la culpa o la preterintención.

Los objetivos perseguidos por el régimen de cambios son: promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, a fin de internacionalizar la economía, promover, fomentar y estimular el comercio exterior, facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior, estimular la inversión de capitales del exterior, aplicar controles a los movimientos de capital, buscar el nivel adecuado de reservas internacionales y coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las políticas macroeconómicas.

Vencido el término de traslado sin que los interesados hayan solicitado la práctica de pruebas, o vencido el término probatorio, el funcionario competente expedirá el acto que decide de fondo, contra el cual procede el recurso de reposición. Este acto, debe notificarse de acuerdo con lo consagrado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

4.6 Responsabilidad de los infractores del régimen cambiario

Como se dijo, la responsabilidad resultante de la violación del régimen de cambios es objetiva; así lo dispone el artículo 21 del Decreto 1746 de 1991.

Al respecto, en primer término debemos anotar que la finalidad que persigue la administración con este procedimiento es la de tutelar el orden público económico, y como resultado de ello, la administración ha establecido una serie de obliga-

ciones que deben cumplir quienes ejerzan actividades relacionadas con estas materias, sea operaciones cambiarias, o pago de tributos, entre otros; por lo tanto, los juicios que se adelanten por el incumplimiento de estas obligaciones no pueden estar sometidos a la prueba de factores subjetivos como el dolo, la culpa o la preterintención, pues se exige de la administración una pronta respuesta, ya que su actuación busca no tanto la sanción de una conducta sino la eficacia de las políticas de gobierno.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en el campo administrativo, las personas jurídicas pueden ser objeto de investigaciones por incurrir en infracciones al régimen de cambios internacionales, o al tributario, etc.; por lo tanto, el juicio que se requiere para la aplicación de la sanción correspondiente no puede estar atado a los elementos subjetivos, propios de la actuación de las personas naturales.

Ahora bien, determina el citado artículo 21 que la responsabilidad en que incurran las personas jurídicas por infracciones al régimen de cambios internacionales, se hace extensiva a todas las personas naturales con poder decisorio para obligarlas, tales como los representantes legales, los socios, o los administradores, pero condiciona esta responsabilidad al hecho de que estas personas hubieran actuado contraviniendo los límites fijados en los estatutos sociales y hayan participado en la decisión.

Para ello, la carga de la prueba está en cabeza del investigador, quien de acuerdo con el artículo 21 citado determina que durante la actuación administrativa deberá demostrarse la participación activa de la persona natural en la toma de la decisión que dio lugar a la infracción cambiaria.

También se extiende la responsabilidad de las personas jurídicas a las personas naturales, cuando después de haberse surtido el traslado de los

cargos, y antes de que se decida de fondo, se decreta la disolución y liquidación de la persona jurídica por decisión de los asociados, quienes deberán responder solidariamente en el caso de que se imponga la sanción.

Como puede verse, esta responsabilidad solidaria en cabeza de los asociados, sólo está consagrada en los casos en los cuales se pruebe que la persona jurídica se disolvió y liquidó, entre el traslado de los cargos y la decisión que impuso la sanción, y que se haya demostrado la participación de los asociados en tal decisión.

4.7 Sanción a quien se niegue a colaborar

Una sanción accesoria que contempla el decreto 1746 de 1991, es la que va encaminada a obtener de las personas naturales o jurídicas la colaboración necesaria para determinar la comisión de infracciones cambiarias.

Dada la labor que desarrolla la Superintendencia de Sociedades como entidad de control y tutelante del orden público económico, y dadas las facultades otorgadas por el decreto 1746 de 1991 para el desarrollo de sus funciones, como se vio atrás, las diligencias que puede y debe practicar son amplias, y no se le interpone la reserva bancaria ni tributaria; de ahí que la solicitud de informes a los particulares y a las entidades públicas debe ser atendida en los términos que esta los solicite y en el tiempo asignado para ello.

En consecuencia quien no presente los informes que la Superintendencia le solicite, tendientes a la verificación de las operaciones cambiarias, podrán ser objeto de multas sucesivas hasta de cien mil pesos, sin perjuicio de las sanciones que por violación al régimen de cambios se le impusieron.

5. Recursos y actuaciones ante el Contencioso Administrativo:

El régimen Sancionatorio contenido en el decreto 1746 de 1991, contempla solamente el recurso de reposición como medio para impugnar las actuaciones de la Superintendencia de Sociedades, encaminadas a lograr el cumplimiento del régimen de cambios internacionales.

Lo anterior, no significa en modo alguno, que el afectado no tenga otros medios para lograr la revisión de estos actos, pues el código contencioso administrativo contempla el control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por lo tanto, son objeto de recurso de reposición, los actos administrativos mediante los cuales se niega la práctica de pruebas, y los actos administrativos que deciden de fondo la actuación administrativa.

Los artículos 50 y s.s. del Código Contencioso Administrativo, determinan la manera como deben tramitarse los recursos; así, el artículo 50 prevé que el recurso de reposición debe interponerse por escrito ante el mismo funcionario que expidió el acto con el objeto de que lo aclare, modifique o revoque, en el momento de la notificación personal o dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto que se impugna, o a la desfijación del edicto o a la publicación, según el caso.

El escrito de recurso debe presentarse dentro del término legal, y sustentarse con la expresión concreta de los motivos de inconformidad, y fundamentarse en las pruebas que se pretendan hacer valer.

Si el escrito no reúne los requisitos señalados, el funcionario competente deberá rechazarlo.

Transcurridos los dos meses desde la interposición del recurso sin que se profiera la decisión, se entiende que la decisión es negativa, pero ello no exonera a la administración de responsabilidad, ni la impide para resolver, siempre y cuando no se haya acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como consecuencia de lo anterior, una vez en firme el acto, puede el interesado acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para hacer uso de las acciones que se otorgan a fin de que se ejerza el control de las actuaciones administrativas; al acudir a la jurisdicción deberá

demandar tanto el acto que impuso la sanción como el acto que lo confirmó. Es de anotar que de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 1746 de 1991, deberá acompañar a la demanda, el recibo de pago de la sanción.

Las acciones que se intentan ante el contencioso administrativo, son las de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho; con esta última, no sólo se pretende que se declare la nulidad del acto sino además que se paguen los perjuicios ocasionados por la administración, de tal suerte, que puede solicitar se le devuelva lo que ha pagado injustamente.