

Comentario Legislativo

COMENTARIOS A LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS

José Ignacio Hernández G.
*Profesor de la Universidad Monteávila y de la
Universidad Central de Venezuela
Profesor Invitado del IESA*

Resumen: *Se realiza un análisis del régimen jurídico-administrativo de la Ley contra los ilícitos cambiarios, partiendo de su ámbito de aplicación, ilícitos y sanciones consagradas según su incidencia en el principio de legalidad de las penas y sanciones, y el procedimiento administrativo sancionador.*

INTRODUCCIÓN

La *Ley contra los ilícitos cambiarios*, publicada en la *Gaceta Oficial* número 38.272 de 14 de septiembre de 2005, establece el régimen punitivo aplicable a las infracciones cometidas al *régimen cambiario* en vigor.

El *ilícito cambiario* es, pues, toda *infracción* a la normativa que integra en la actualidad el régimen cambiario, el cual se fundamenta -como auténtico principio rector en la materia- en la *centralización del comercio de divisas* en el Banco Central de Venezuela. Tal régimen, como es conocido, se compone de diversas normas *sublegales*, a saber, los *Decretos* dictados por el Presidente de la República (principalmente, el Decreto n° 2.278¹ y el Decreto n° 2.302², reformado luego por el Decreto N° 2.330³); los *convenios cambiarios* suscritos entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela (hasta la fecha se han dictado *ocho*)⁴; y las *providencias* dictadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI).

El régimen cambiario vigente se basa, entonces, en la centralización del mercado de divisas, lo que implica, en *primer lugar*, que la adquisición de divisas sólo podrá efectuarse a través de CADIVI, para los fines expresamente admitidos dentro del control de cambio⁵. Además, y en *segundo lugar*, las divisas que *ingresen* al país serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela⁶.

Ahora bien, al estar contenido en normas de rango sublegal, el control de cambio no contaba con un régimen punitivo general. A pesar de ello, el artículo 3 del Decreto n° 2.330, en sintonía con el Convenio Cambiario n° 1, reconoció la potestad sancionadora de CADIVI.

¹ Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.614 de 21 de enero de 2003.

² Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.644 de 6 de marzo de 2003.

³ Véase la *Gaceta Oficial* n° 37.644, de 6 de marzo de 2003.

⁴ De ellos, el principal o básico es el Convenio Cambiario n° 1, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.653 de 19 de marzo de 2003.

⁵ Véase sobre ello el Decreto n° 2.320 (*Gaceta Oficial* n° 37.644, de 6 de marzo de 2003), mediante el cual se establecen los *Lineamientos Generales para la Distribución de Divisas a ser destinadas al Mercado Cambiario*.

⁶ En general, sobre los principios del actual régimen de control de cambios, *vid.* José Ignacio Hernández G., "Los principios del actual régimen jurídico del control de cambio en Venezuela", en *Derecho y Sociedad* n° 4, Universidad Monteávila, Caracas, 2003, pp. 249 y ss.

En la práctica, sin embargo, la única sanción que en nuestra opinión podía imponer la Comisión, era la *suspensión* del Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas (RUSAD) y de la autorización de adquisición de divisas (artículos 10 y 11 del Convenio Cambiario n° 1).

La *Ley contra los ilícitos cambiarios* está llamada a subsanar esa omisión, pues ella tipifica las sanciones -administrativas y penales- que procederán ante la comisión de los ilícitos cambiarios, tal y como preceptúa su artículo 1. Sólo que tales ilícitos dependerán de la normativa cambiaria vigente *en cada momento*. De allí que la Ley que comentamos pueda ser considerada una *Ley de base movable*, en el sentido que la determinación de la infracción dependerá del alcance del régimen cambiario de divisas establecido por la Administración. En este contexto se entenderá por divisas la “*expresión monetaria en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios distinta del bolívar entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela*” (artículo 2.2). Sin duda, la referencia a los *cheques bancarios* implica notables problemas prácticos.

Nos referiremos, en estas líneas, a los principales aspectos relacionados con las *sanciones administrativas* derivadas de la nueva *Ley contra los ilícitos cambiarios*, vigente desde el 14 de octubre de 2005. Se trata, en todo caso, de una *Ley temporal*, pues de conformidad con su disposición transitoria única, la Ley mantendrá su vigencia mientras “*exista el control cambiario*”. Se aclara que la Ley no regula las condiciones bajo las cuales ese control podrá ser acordado, materia que, exigüamente, sigue estando prevista en la Ley del Banco Central de Venezuela.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS Y SANCIONES Y LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS

El numeral 6 del artículo 49 de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estén previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, consagrando la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto en el artículo 1 del Código Penal. En realidad, la norma constitucional engloba tres principios: sólo la Ley puede establecer delitos; la Ley deberá tipificar expresamente las infracciones que darán lugar a la imposición de esos delitos, y la Ley ha de ser preexistente a la realización de la conducta reputada ilícita. De tradicional aplicación en el Derecho Penal, tal principio aplica, también, al ámbito del Derecho administrativo sancionador, tal y como ahora aclara el encabezamiento del artículo 49 constitucional.

La protección de la reserva legal penal, como auténtico derecho fundamental, es integral, y de allí que las infracciones han de estar contenidas, también, en la Ley. De esa manera, en materia de sanciones administrativas se ha admitido jurisprudencialmente que las infracciones pueden ser desarrolladas por la Administración, exigiéndose, sin embargo, que sea la Ley la que aborde, directamente, los postulados básicos o esenciales conforme a los cuales podrá la Administración, posteriormente, complementar reglamentariamente las infracciones. Con ello se exige que el desarrollo administrativo de infracciones no sea independiente, sino por el contrario, subordinado a la Ley (entre otras muchas, vid. la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 4 de agosto de 1994, caso *Volkswagen Interamericana*). Tal y como ha entendido el Tribunal Constitucional español, el principio de legalidad queda vulnerado:

[...] si la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones careciera de toda base legal o se adoptara en virtud de una habilitación a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los ilícitos administrativos, como a la regulación de las correspondientes consecuencias sancionadoras[...] (Sentencia 177/1992, de 2 de noviembre).

En consecuencia, la infracción, entendida como la descripción de la conducta u omisión que acarreará la imposición de delitos penales o administrativos, debe estar contenida, al menos en sus rasgos definitorios esenciales, en la Ley. Además, rige el principio de tipicidad exhaustiva, en tanto la Ley debe abordar con claridad el tipo infractor.

Ahora bien, el principio de legalidad de las penas y sanciones sufre importantes inflexiones en los llamados ilícitos cambiarios, dado que en ellos la infracción estará determinada por la contravención a la normativa de rango sublegal dictada por la Administración. El resguardo a la garantía del artículo 49.6 constitucional residirá entonces en la necesaria cobertura legal suficiente con la cual ha de contar tal normativa cambiaria.

Va de suyo, de lo anterior, que la previsión de penas y sanciones sobre la base de cláusulas genéricas de remisión a normativas administrativas contradice el consabido principio de legalidad. La jurisprudencia en Venezuela, sin embargo, ha mostrado una línea de evolución que convendría analizar.

1. *Los criterios iniciales: la rigurosidad del principio de legalidad. Especial referencia a la nulidad de la Ley de Régimen Cambiario*

La *Ley de Régimen Cambiario*, de 1995, estableció un régimen punitivo sobre la base de la comisión de ilícitos cambiarios, es decir, que la infracción se configuraba por la violación del régimen cambiario establecido por el Poder Ejecutivo mediante actos de rango sublegal. En tanto el alcance de la infracción dependía de normas de rango sublegal, las principales normas punitivas de esa Ley fueron reputadas contrarias al principio de legalidad de las penas y sanciones.

Así, la Sala Constitucional, en sentencia de 21 de noviembre de 2001, declaró la nulidad parcial de la *Ley de Régimen Cambiario*, visto que esa Ley, en su artículo 2, habilitó genéricamente a la Administración para acordar restricciones a la libertad cambiaria cuya contravención daría lugar a la imposición de penas y sanciones:

[...] En el caso de autos, la Ley bajo estudio contiene los delitos e infracciones cambiarios, sin embargo, el establecimiento de los parámetros del control a la libre convertibilidad de la moneda -que en caso de incumplirse implicará la configuración de tales delitos cambiarios-, queda en manos del Ejecutivo, quien establecerá los controles mediante un instrumento de rango sublegal, posterior a la ley. Ello así, debe esta Sala Constitucional declarar que las normas contenidas en los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario están viciadas de inconstitucionalidad al ser contrarios a los principios de la reserva legal y separación de los poderes públicos antes referidos [...].

Con meridiana claridad estimó la Sala Constitucional que resulta contrario al consabido principio, el que el alcance de la potestad punitiva del Estado dependa de las obligaciones discrecionalmente fijadas por el Poder Ejecutivo a través de la normativa cambiaria. Este criterio fue posteriormente reiterado por esa Sala, al señalar que la inclusión como tipo delictual de infracciones de normas administrativas, supone una “...apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé...” (sentencia de 11 de junio de 2002, caso nulidad del artículo 52 de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia).

El artículo en cuestión permitía a la Administración ejercer su potestad sancionadora ante la infracción a cualquier normativa reglamentaria, lo que en definitiva quebraba el principio de legalidad, desde que la infracción no estaba comprendida, en su esencia, en la Ley:

[...] Analizada la situación en la forma que antecede, no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad. Así se declara [...]

En resumen, en esta primera etapa, la jurisprudencia de la Sala Constitucional consideró que el principio de legalidad de las penas y sanciones se oponía a la tipificación, como ilícito, de las infracciones cometidas a normas sublegales dictadas por la Administración. La infracción, es decir, el incumplimiento de determinada obligación que habilita el ejercicio de la potestad punitiva, deba estar establecida en la Ley.

2. *La matización de este principio en la jurisprudencia posterior. Referencia al criterio mantenido en relación con el actual régimen cambiario*

La jurisprudencia posterior de la Sala Constitucional modificó este criterio, para matizar, significativamente, el alcance que tiene el principio de legalidad de las penas y sanciones. Este nuevo criterio se estableció en la sentencia de la Sala Constitucional de 30 de marzo de 2004, caso *Freddy Orlando*. La sentencia comienza recordando que, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, se admite la colaboración del Reglamento con la Ley:

[...] En lo que se refiere al campo sancionador administrativo propiamente dicho, el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva pero que resulten extensibles a la legalidad sancionadora en general. Así, este principio implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene cierta correspondencia con el dispositivo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Entonces, la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa [...].

De manera acertada la Sala delimita cuál es la incidencia concreta del principio de legalidad respecto del ejercicio de la potestad sancionadora. Empero, hay una inflexión que debe señalarse. Para la Sala Constitucional, el principio de legalidad garantiza “una descripción básica” del tipo infractor. En realidad, lo que se ha aceptado en Derecho Comparado e incluso, entre nosotros, es que la infracción administrativa debe estar tipificada exhaustivamente en la Ley; sus detalles ciertamente podrán ser complementados por el Reglamento, pero en modo alguno bastará una descripción básica: la descripción, se insiste, ha de ser exhaustiva. Como resume Rubio Llorente, debe ser la Ley -en sentido formal- la que contenga al menos la regulación esencial, tipificando así el ilícito y definiendo la sanción⁷. Alejandro Nieto -a quien cita la sentencia- afirma que en efecto, al Legislador puede serle difícil agotar la descripción de la infracción, remitiéndose en consecuencia al Reglamento, pero en tal caso -advierte Nieto- la Ley debe contener instrucciones suficientes a la Administración para que se complete su labor vía reglamentaria⁸. Es importante retener estas reflexiones, de cara a lo que precisará la sentencia comentada:

[...] Vistas las argumentaciones precedentemente expuestas, debe la Sala recordar que la actividad administrativa, por su propia naturaleza, se encuentra en un constante movimiento y evolución, suscitándose con frecuencia nuevas situaciones y necesidades que no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador, estimándose por tanto que el sujetar la actuación de las autoridades administrativas, a lo que prescriba exclusivamente un texto de carácter legal, conllevaría indefectiblemente a que la gestión pública se torne ineficiente e incapaz de darle respuesta a las nuevas necesidades del colectivo.

⁷. *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 354

⁸. *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 267

Por ello se ha venido aceptando que es viable que el legislador, en la misma ley, faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias, lo cual de modo alguno puede estimarse como una transgresión de los principios de legalidad y de reserva legal.

Asimismo, el legislador delega en la Administración, la posibilidad de dictar normas para su eficaz funcionamiento, de manera de evitar que las autoridades públicas se constituyan en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas previamente por él, lo que perjudicaría el cumplimiento de la gestión [...].

Bajo estos postulados, la Sala Constitucional aceptó que las *obligaciones* cuyo incumplimiento podía ser tipificado como infracción, podían estar contenidas en normas de rango sublegal. Con estos nuevos postulados, la Sala Constitucional, en sentencia de 17 de agosto de 2004, consideró que el actual régimen cambiario -basado en los artículos 110, 111 y 112 de la *Ley del Banco Central de Venezuela*- resultaba cónsono con la Constitución y especialmente, con el principio de legalidad. Entendió la Sala Constitucional que la configuración de Venezuela como Estado social impone una suerte de *matización a la reserva legal*, la cual solamente “...*implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado...*”. Advirtió la Sala Constitucional, además, que “...*no todas las referencias que hace la Constitución a la ley establecen realmente una reserva legal...*”. Sobre la base de estas consideraciones entendió la sentencia que los Convenios Cambiarios respondían a la suficiente habilitación legal que la Ley del Banco Central de Venezuela otorga al respecto:

[...] Ello así, considera la Sala que la remisión hecha por el legislador a los convenios cambiarios [...] no hacen posible una regulación independiente del régimen cambiario consagrado en la misma Ley del Banco Central de Venezuela, por lo que dichos convenios se encuentran claramente subordinados a ésta; por consiguiente, la remisión que hizo el legislador no constituye un caso de “deslegalización” que infrinja la reserva legal de la materia cambiaria [...].

Aun cuando la sentencia no ahonda en el análisis del alcance del principio de legalidad de las penas y sanciones, sí avaló la potestad sancionadora de la cual fue apertrechada CADIVI en la normativa cambiaria. De tal manera, había sido denunciado que CADIVI, conforme a los Decretos Presidenciales y Convenios Cambiarios dictados, podía ejercer potestades sancionadoras, específicamente, mediante la suspensión de la inscripción en el RUSAD, lo que resultaba contrario al principio de legalidad de las penas y sanciones. La Sala desestimó tal argumento al considerar que la referida suspensión no reviste naturaleza sancionadora:

[...] esta Sala considera que la suspensión de la tramitación de la solicitud de adquisición de divisas o de la solicitud de inscripción en el respectivo registro, mientras se realiza la correspondiente investigación, no constituye una sanción para el peticionante ni prejuzga sobre su responsabilidad en los hechos que se le imputan, ya que si se determina la veracidad o autenticidad de los datos y documentos suministrados, el trámite por él iniciado debe continuar en la misma fase en que éste fue suspendido [...].

De manera tal que, en la actualidad, el principio de legalidad es interpretado por la Sala Constitucional con un carácter relativo y matizado, tal y como reiteró, luego, en la decisión de 14 de septiembre de 2004, caso *nulidad de la Ley de Mercados de Capitales*. Bajo esta nueva interpretación se admite que la potestad punitiva puede ser ejercida ante la violación de obligaciones precisadas en actos sublegales.

Esa conclusión atempera el alcance del principio de legalidad respecto de la potestad sancionadora de la Administración, pero también, y especialmente, respecto la potestad punitiva ejercida por el Estado mediante penas privativas de libertad.

No obstante, la matización del principio de legalidad, para reconocer la potestad reglamentaria de la Administración, opera solamente en relación con los ilícitos administrativos, mas no con los ilícitos penales. La Administración carece, pues, de potestad normativa en materia penal.

3. *El principio de legalidad y la Ley contra los ilícitos cambiarios*

La *Ley contra los ilícitos cambiarios* tipifica dos tipos de sanciones: administrativas y penales, estas últimas consistentes en penas privativas de libertad. El rasgo común de esos ilícitos es que la infracción depende de la violación del régimen cambiario vigente, el cual, como se señaló, ha sido desarrollado en normas de rango sublegal.

Que las infracciones tipificadas en la Ley dependen de la violación de normas administrativas, es premisa que puede constatarse, en primer lugar, del artículo 3 de de la Ley:

[...] Esta Ley será aplicable a las personas naturales o jurídicas, que actuando en nombre propio o como administradores, intermediarios, verificadores o beneficiarios de las operaciones cambiarias, contravengan lo dispuesto en esta Ley, en los convenios suscritos en materia cambiaria por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela o cualquier norma de rango legal aplicable en esta materia [...]

Esos “convenios suscritos en materia cambiaria” son los Convenios Cambiarios, es decir, *actos administrativos complejos* dictados conjuntamente por el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela. Junto a esta norma, el artículo 6 establece como infracción la violación a “cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiaria”, lo que incluye, además de los Decretos, las *providencias* dictadas por CADIVI.

De manera tal que la violación a esa normativa sublegal será considerada infracción y sancionada de conformidad con la *Ley contra los ilícitos cambiarios*. Dicha Ley tipifica, entonces, la sanción aplicable más no la infracción⁹. Sin embargo, y como un postulado meramente formal, el artículo 18 de la Ley señala que la potestad sancionadora de la Administración será ejercida de conformidad con el principio de legalidad. En realidad, sin embargo, tal principio sólo aplica a la tipificación de las sanciones y no de todas las infracciones, lo que supone un quebrantamiento al artículo 49.6 de la Constitución.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La *Ley contra los ilícitos cambiarios* aplica a varias categorías de sujetos.

1. *Los usuarios (directos e indirectos) del sistema de administración de divisas*

En *primer lugar*, la Ley aplica a quienes actúan como *usuarios* (directos o indirectos) del sistema de administración de divisas. Conforme al artículo 3, aquí se incluyen a las personas naturales o jurídicas, que actúen en nombre propio o como administradores, intermediarios, verificadores o beneficiarios de las operaciones cambiarias, lo que abarca a los usuarios inscritos en el RUSAD. En relación con esos sujetos, las infracciones estarán determinadas por la violación de las obligaciones establecidas en la normativa cambiaria que les resulta aplicable.

2. *Las personas que no son usuarias del sistema de administración de divisas*

En *segundo lugar*, la Ley rige, también, a cualquier otra persona que, no siendo usuaria del sistema, realice operaciones cambiarias¹⁰, es decir, de cambio de bolívares en divisas y viceversa. Incluimos, aquí, a todas las personas que, fuera del sistema de administración de divisas, realicen operaciones de cambio.

⁹. Con ciertas excepciones, pues como se verá, hay obligaciones establecidas en la Ley cuya violación da lugar al ejercicio de la potestad punitiva.

¹⁰. Conforme al artículo 2.3, se entiende por *operación cambiaria* la “...compra o venta de cualquier divisa con el bolívar, moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela...”.

3. Operadores cambiarios

En tercer lugar, la Ley se aplica a los operadores cambiarios, esto es, las "...personas jurídicas autorizadas por la legislación correspondiente y por la normativa dictada por el Banco Central de Venezuela que, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el órgano administrativo competente, realicen operaciones de corretaje o intermediación de divisas..." (artículo 2.2).

4. El caso especial de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

En cuarto y último lugar, la Ley aplica a los gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica, cuando "...de sus hechos se evidencie la constitución de cualquiera de los ilícitos establecidos en esta Ley..." (artículo 3). En este sentido se observa que las personas jurídicas (una *sociedad mercantil*, por ejemplo) son sujetos pasivos de la Ley, aun cuando la infracción al régimen cambiario siempre sea cometida por sus gerentes, administradores, directores o dependientes, en tanto éstos obren cumpliendo la voluntad social de aquéllas¹¹. En tal hipótesis la responsabilidad recae sobre la persona y no sobre sus dependientes. Por el contrario, si éstos cometen la infracción al margen de esa voluntad social (obrando con dolo o culpa grave) la responsabilidad no debería recaer sobre la persona jurídica, sino únicamente sobre sus dependientes, según la norma que se comenta.

En relación con lo expuesto, el artículo 17 de la Ley establece que la Administración sancionará las personas jurídicas con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la operación, cuando "en su representación", los gerentes, administradores, directores o dependientes, incurran en algunos de los ilícitos previstos la Ley, valiéndose para ello de los recursos sociales de la persona jurídica o por decisión de sus órganos directivos incurrieren. La interpretación de la norma, como luego se verá, se presta a grandes confusiones.

De esa manera, si en el curso del procedimiento administrativo sancionador contra una persona jurídica (una empresa de importación, por ejemplo) la Administración no logra demostrar que la operación ilícita fue cometida por un gerente, administrador, director o dependiente siguiendo una decisión social (aprobada por los órganos de dirección de la empresa), no podrá exigirse la responsabilidad personal de esa persona jurídica. Una útil herramienta que puede solventar los problemas prácticos que aquí se señalan, es que los órganos de decisión de la persona jurídica aprueben un *manual interno* dirigido a sus empleados que tienen facultades para representarla (el caso regular de los gerentes, administradores, directores o dependientes), estableciendo las pautas a seguir para efectuar operaciones cambiarias, e implementando además mecanismos de control sobre el cumplimiento de ese manual. De tal manera, si un gerente, administrador, director o dependiente comete una infracción, quedará comprobado que tal infracción no responde a una voluntad social sino todo lo contrario, responde a una expresa violación de esa voluntad social, lo que puede constituir una causa extraña que exima de responsabilidad a la persona jurídica.

III. DESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley establece diversas *infracciones*, estableciendo para cada una de ellas la correspondiente *sanción*, que podrá ser de índole *administrativa (multa)* o *penal*. Ocasionalmente, una misma infracción es sancionada con multa y con sanción penal. Ello no supone contradicción al principio conforme al cual nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa o *non bis in idem* (artículo 49.7 constitucional), dado que la responsabilidad administrativa es independiente a la responsabilidad penal; asunto muy distinto al anterior es que

¹¹. No sucede así, obviamente, con la responsabilidad penal, la cual aplicará sólo a los gerentes, administradores, directores o dependientes, siempre y cuando, por supuesto, su culpabilidad personal pueda ser establecida.

existe prejudicialidad de la responsabilidad penal frente a la responsabilidad administrativa (sentencia de la Sala Constitucional de 17 de julio de 2002, caso *William Claret Girón*). En todo caso, la imposición simultánea de sanciones administrativas y penales puede resultar contraria al principio general de proporcionalidad que rige al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, lo que exige siempre adecuar la concurrencia de sanciones a ese principio de proporcionalidad (sentencia de la Sala Constitucional de 16 de marzo de 2005, caso *Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador*).

1. *Infracción simple*

El primer párrafo del artículo 6 establece la norma sancionadora básica y general del régimen punitivo establecido en la Ley. Nos referimos a la *infracción simple*, la cual se compone de tres elementos: (i) las *operaciones* que pueden dar lugar a la infracción; (ii) las *condiciones de ilicitud* de esas operaciones y (iii) el *límite cuantitativo* que determina el tipo de sanción aplicable.

- Así, en cuanto a las *operaciones* que pueden dar lugar a la infracción, el artículo 6 se refiere a la compra, venta, oferta, enajenación, transferencia, recepción, exportación o importación de divisas. La enumeración parece redundante, pudiendo ser reducida a tres tipos: enajenación (lo que incluye la compra y venta; transferencia y recepción); oferta de compra y venta y exportación e importación.

- En cuanto a la *condición de ilicitud*, la norma tipifica como infracción la realización de esas operaciones “en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, los convenios suscritos por la República, o cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiario vigente a la fecha de la comisión del ilícito”. En tanto el régimen cambiario en vigor se compone fundamentalmente de normas sublegales, la condición de ilicitud de las operaciones descritas en la norma estarán determinadas por la violación a esa normativa, con independencia de la *norma infringida*, la *gravedad* de la violación o sus *consecuencias*. Cualquier operación de enajenación; oferta de compra y venta y exportación e importación de divisas, realizadas en contravención al régimen cambiario vigente, será considerada una infracción, aun cuando no necesariamente sancionable, como se verá. La gravedad de la violación importará, en todo caso, a los fines de graduar la sanción a imponer.

- El *elemento cuantitativo* está representado por cuantía monto de la operación ilegal de divisas. Tal cuantía será tomada en cuenta por *año calendario*, es decir, que no es relevante la cuantía *individual* de cada operación, sino la sumatoria global de todas las operaciones realizadas dentro del año calendario. De tal manera, se han fijado los siguientes umbrales:

- Si las operaciones ilícitas, en el curso de un año calendario, no superan el tope de diez mil un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (10.001 US\$), *no será aplicable ningún tipo de sanción*, salvo lo indicado más adelante en el punto 2.

- Si las operaciones ilícitas, en el curso de un año calendario, se ubican entre diez mil un dólar (US\$ 10.001,00) hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000,00), de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, *se aplicará sanción de multa*, “...equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación...”.

- Si las operaciones ilícitas, en el curso de un año calendario, superan los veinte mil un dólares (US\$ 20.001,00), de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, *se aplicará sanción privativa de libertad*, consistente en “...prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. ...”.

Como consecuencia adicional, la norma establece que el Banco Central de Venezuela podrá exigir el “...reintegro o venta de las divisas...” transadas en las operaciones ilícitas “...según el ordenamiento jurídico aplicable...”, lo que dependerá de cada *providencia* que resulte aplicable.

Finalmente, el artículo 6 exceptúa a las "...operaciones en títulos valores...", esto es, las operaciones efectuadas con títulos valores con la intención de adquirir divisas, las cuales deberían entenderse exceptuadas de la Ley en tanto ellas, estrictamente, no están reñidas con el régimen cambiario en vigor.

2. *Infracción al principio de centralización del mercado de divisas*

La principal característica del actual régimen cambiario, como se indicó, es la centralización del mercado de divisas en el Banco Central de Venezuela, lo que implica que toda operación de compra y venta de divisas deberá efectuarse a través del Instituto Emisor.

Afianzando ese principio, el comentado artículo 6 en su párrafo segundo, dispone que "...es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, a través de los operadores cambiarios autorizados, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa se le aplicará una multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación...". Esto es, que quien compra y venda divisas directamente, y no a través del Banco Central de Venezuela (mediante los operadores cambiarios autorizados) será sancionado con la multa ahí prevista.

Para nosotros, esta infracción se solapa con la infracción simple tipificada en el primer párrafo en el artículo 6. En efecto, las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas fuera del sistema centralizado del Banco Central de Venezuela infringen un principio básico del actual régimen cambiario, establecido en el artículo 1 del Convenio Cambiario n° 1. De allí que esa compra y venta sean operaciones contrarias al régimen cambiario, tipificadas como infracciones por el párrafo primero del artículo 6. Y simultáneamente, el párrafo segundo tipifica esa operación como infracción, sin prever límite cuantitativo alguno.

Teniendo en cuenta que las normas punitivas han de ser interpretadas siempre en el sentido más favorable al reo, como dimana del artículo 49 constitucional, podría establecerse que el párrafo segundo del artículo 6 de la Ley reitera el ilícito general consagrado en el párrafo primero de esa norma. Como consecuencia de ello, y visto que un mismo hecho no puede estar tipificado dos veces como infracción administrativa, al colidir ello con el artículo 49.7 de la Constitución, podría estimarse que la compra y venta de divisas fuera del régimen centralizado del Banco Central de Venezuela, será sancionada *de conformidad con el parámetro cuantitativo definido en el primer párrafo del artículo 6*, antes comentado, al tratarse, en realidad, del mismo ilícito establecido en esa norma.

3. *Infracción debida a engaño*

El artículo 7 tipifica otra infracción, definiendo la operación reputada ilegal y las características que ésta debe reunir.

Así, la operación reputada ilícita es la "obtención de divisas", es decir, su adquisición o compra. Adicionalmente, se exige que tal adquisición haya sido realizada "...mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento...". De tal manera, en nuestra opinión, quien *solicite y obtenga efectivamente* de la Administración Cambiaria divisas, mediante engaño, causa falsa o cualquier otro medio fraudulento, incurre en el ilícito establecido en la norma comentada, y será "...penado de tres a siete años de prisión y multa del doble del equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria, además de la venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela...".

Ahora bien, si sólo media la solicitud de adquisición de divisas mediante engaño, causa falsa o mecanismos fraudulentos, mas no se llegaran a adquirir las divisas, al descubrirse esos medios fraudulentos, la pena "...se rebajará conforme a las disposiciones del Código Penal...".

El principio de culpabilidad, inherente a la garantía de la presunción de inocencia (artículo 49.2 constitucional) exige, en todo caso, que el *error* al cual se refiere la norma responda a dolo o culpa grave.

4. *Desvío de divisas*

La infracción tipificada en el artículo 8 de la Ley exige la previa adquisición de divisas por parte de CADIVI, adquisición que, como tal, deberá estar destinada a cualquiera de las actividades expresamente contenidas en las *providencias* dictadas hasta ahora (por ejemplo, operaciones de importación y exportación).

Así, quien habiendo obtenido lícitamente divisas, destine éstas a fines distintos a los que motivaron la solicitud, será sancionado "...con prisión de tres a siete años y multa del doble del equivalente en bolívares de la operación cambiaria...".

5. *Infracciones cometidas por funcionarios públicos*

Conforme al artículo 9, todo funcionario público que valiéndose de su condición o en razón de su cargo, *incurra, participe o coadyuve* a la comisión de cualquiera de los ilícitos establecidos en la Ley, se le aplicará "...la pena del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin menoscabo de las sanciones administrativas y disciplinarias a que haya lugar...". Nótese entonces que se alude a diversos grados de participación. La sanción aplicable, según la infracción cometida, podrá ser penal o administrativa y es por ello que no podrán establecerse las sanciones penales o administrativas tipificadas en Leyes especiales (por ejemplo, Ley contra la corrupción), en salvaguarda del derecho reconocido en el artículo 49.7 constitucional. Sí procederá concurrentemente la responsabilidad disciplinaria y, por supuesto, la responsabilidad civil.

6. *Infracciones relacionadas con la oferta, compra y venta de bienes y servicios*

Una de las normas que sufrió algunas modificaciones en relación con los Proyectos elaborados es el artículo 14, que establece ilícitos relacionados con la oferta, compra y venta de bienes y servicios. Conviene fijar, en primer término, cuál es la operación descrita en la norma, para luego precisar la consecuencia aplicable.

La norma aplica a las *ofertas públicas o privadas realizadas en el país*, por personas naturales y jurídicas, para la compra o venta de bienes y servicios en *divisas*, siempre y cuando -y ello es relevante- tal oferta se realice "...en violación de los convenios suscritos por la República, la normativa cambiaria o las leyes de la República aplicables al respecto...". Esto es, que no se contempla como ilícita toda oferta de compra o venta de bienes y servicios en divisas, sino únicamente, las ofertas realizadas en contravención a Tratados, Leyes o la normativa cambiaria en vigor.

Al respecto, se observa que el principio general del Derecho venezolano, refrendado incluso por el artículo 118 de la Ley del Banco Central de Venezuela¹², es la libertad de fijación de la moneda de pago para la realización de ofertas de compra y venta de bienes y servicios, y por supuesto, para la propia compra y venta. Sólo excepcionalmente se han establecido algunas restricciones al respecto: el artículo 87.7 de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, en materia de contratos de adhesión, y el artículo 23 de la *Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda*, para las operaciones inmobiliarias allí descritas. De hecho, el actual régimen cambiario no impide fijar divisas como moneda de pago en operaciones de compra y venta de bienes y servicios. Sólo las ofertas que violen las prohibiciones existentes -como en los ejemplos citados- se subsumen dentro del artículo comentado.

¹². Según esa norma, todos "...los memoriales, escritos, asientos o documentos que se presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativos a operaciones de intercambio internacional en que se expresen valores en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares...".

Pues bien, la norma regula tres sujetos pasivos en relación con la comisión de esa infracción:

- En *primer lugar*, quienes realicen tales ofertas de manera ilegal, serán sancionados "...con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la oferta...".

- Además, y en *segundo lugar*, si la oferta ilegal de compra de bienes y servicios se ha efectuado de manera pública a través de un medio de comunicación social o "cualquier otra persona natural o jurídica que coadyuve a dar publicidad a este tipo de ofertas", se aplicará esa misma sanción a tales sujetos, lo que implica, obviamente, determinar su culpabilidad en la comisión de tal infracción.

- Por último, y en *tercer lugar*, la misma sanción será aplicada a "...quien autenticare o registrare con tales características en inobservancia a lo dispuesto en la Ley del Banco Central de Venezuela y a la normativa contenida en los Convenios Cambiarios...", referencia que alude, básicamente, a la obligación derivada del artículo 118 de la Ley del Banco Central de Venezuela, puesto que los Convenios Cambiarios en vigor nada dicen al respecto¹³.

7. Infracciones relacionadas con el deber de declarar

Los artículos 4 y 5 de la Ley establecen el deber de declarar ciertas operaciones, consagrándose en el artículo 15 la infracción por la omisión de ese deber. Por ello, determinaremos, primero, en qué consiste ese deber de declarar para luego precisar cuál ha sido la infracción tipificada.

- La *primera* obligación de declarar ha sido establecida en el artículo 4 para las personas naturales o jurídicas que "...importen o exporten divisas, desde o hacia el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras divisas...". Tales sujetos están obligados a declarar ante CADIVI el monto y la naturaleza de la respectiva operación, salvo cuando esas operaciones se realicen con "...títulos valores emitidos por la República y adquiridos por las personas naturales o jurídicas o personas naturales no residentes, que se encuentren en situación de tránsito o turismo en el territorio nacional y cuya permanencia en el país sea inferior a ciento ochenta días continuos...". La excepción opera sólo en relación con el deber de declarar, mas no con la sujeción al resto de ilícitos establecidos en la Ley.

- La *segunda* obligación de declarar, prevista en el artículo 5, aplica a los exportadores de bienes o servicios, operaciones distintas a las enunciadas en el artículo 4. Cuando la operación de exportación ascienda a un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras divisas, los exportadores "...están obligados a declarar al Banco Central de Venezuela, a través de un operador Cambiario, los montos en divisas y las características de cada operación de exportación, a los fines de su posterior venta al ente emisor, en un plazo que no excederá de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de la declaración de la exportación ante las autoridades aduaneras correspondientes...".

Se exceptúan de este deber de declarar: (i) la República, sólo cuando "obre a través de sus órganos", expresión ciertamente equívoca, pero que ha de ser interpretada en el sentido que sólo la República -y no otras personas jurídicas del sector público- están exceptuadas, sin

¹³. De conformidad con el artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, la Dirección General de Registros y Notarías del Ministerio de Interior y Justicia, mediante circular de 28 de marzo de 2005, ha prohibido a los registros y notarías inscribir documentos de compra venta y de constitución de hipotecas en divisas. Esa prohibición sólo puede entenderse referida a inmuebles que funjan como vivienda, de conformidad con el citado artículo 23, dado que sólo esos inmuebles quedan regulados por la Ley en cuestión.

perjuicio de casos especiales establecidos en el propio artículo 5; (ii) Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), en lo que concierne a su régimen especial de administración de divisas previsto en la Ley del Banco Central de Venezuela, y (iii) las Empresas -públicas y privadas- constituidas o que se constituyan para desarrollar cualesquiera de las actividades (aguas arriba o aguas abajo) a que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos, dentro de los límites y requisitos previstos en el respectivo convenio Cambiario, actualmente, el Convenio n° 1.

Pues bien, quien incumpla cualquiera de esas obligaciones de declarar, o quien haya culpablemente declarado o suministrado datos falsos o inexactos, será sancionado "...con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria...".

8. *Infracciones relacionadas con el régimen de ventas de divisas derivadas de exportaciones*

Hemos visto ya que el artículo 5 de la Ley establece la obligación del exportador de declarar el monto en divisas de la exportación y sus características, ello, a los fines de su "...posterior venta al ente emisor en un plazo que no excederá de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de la declaración de la exportación ante las autoridades aduaneras correspondientes...".

Sin embargo, el artículo 16 señala que la obligación de "reintegrar o vender" al Banco Central de Venezuela la totalidad o parte de las divisas obtenidas lícitamente a través de la operación de exportación, deberá cumplirse "...dentro de los quince días hábiles a la orden de reintegro o a la fecha de su disponibilidad material...". Esto es, que la obligación de *venta* -no ya de declaración- debe hacerse efectiva quince días hábiles después de la ocurrencia de cualquiera de estas dos situaciones: la notificación de la orden de reintegro o la disponibilidad material (es decir, efectiva) de las divisas obtenidas. De esa obligación se exceptúan operaciones realizadas por la República¹⁴.

De tal manera, quien incumpla esa obligación de venta será sancionado con "...multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria...". En caso de reincidencia, se aplicará el doble de esa multa.

9. *Condición agravante por el uso de medios especiales*

El régimen cambiario en vigor, con fundamento en el principio de simplificación administrativa, se ha encauzado fundamentalmente a través de medios electrónicos. Por ello, el artículo 9 establece una condición agravante de los ilícitos establecidos en la Ley, que impliquen el uso indebido de esos recursos tecnológicos y en general, de instrumentos y mecanismos bancarios o financieros.

Así, cuando se cometa *cualquiera* de los delitos tipificados en la Ley, mediante el uso de medios electrónicos o informáticos, o de especiales conocimientos o instrumentos propios de la materia bancaria, financiera o contable, la pena "...será la del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes especiales que regulen estas actividades...".

10. *Los ilícitos cometidos por representantes de las personas jurídicas. De nuevo, sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*

Como vimos, el artículo 17 de la Ley parece consagrar un supuesto sancionador especial, referido a las personas jurídicas. Como sea que la redacción de la norma no es suficientemente clara, conviene fundamentar su análisis en una exégesis de su contenido, tomando en

¹⁴ Confróntese lo ahí dispuesto con el artículo 27 del Convenio Cambiario n° 1, desarrollado también en el artículo 8 de la Providencia n° 61 (*Gaceta Oficial* n° 38.069 de 19 de noviembre de 2004).

cuenta las *operaciones* consideradas ilícitas; las *condiciones* que esas operaciones deben reunir para ser reputadas ilícitas; los *sujetos activos* de la infracción y finalmente, la *sanción* aplicable.

- La *operación* reputada ilícita consiste en la realización de cualquiera de los *ilícitos* tipificados en la Ley. Esto es, toda operación considerada infracción por la *Ley contra los ilícitos cambiarios*, será considerada también infracción a los fines del artículo 17 comentado, lo que exige analizar con detenimiento -como luego se hará- la compatibilidad de ese supuesto con la garantía reconocida en el artículo 49.7 constitucional.

- Para que esas operaciones se reputen infracciones de cara al artículo 17, se requiere cumplir, concurrentemente, con diversas condiciones. Así, la operación deberá ser realizada (i) por los gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica; (ii) actuando en su representación y (iii) mediante el uso de sus recursos sociales o por decisión de sus órganos directivos.

- El sujeto activo es, por ello, la *persona jurídica*, en tanto la operación reputada ilícita ha sido realizada por terceras personas (gerentes, administradores, directores o dependientes) actuando como sus representantes.

- La *sanción* establecida es administrativa, y consiste en multa por "...el doble al equivalente en bolívares del monto de la operación...", sin perjuicio de la obligación de venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela que se pudiera derivar del ilícito, de conformidad con el régimen concreto que resulte aplicable.

Llevado a cabo este análisis surgen sin embargo diversas dudas. La infracción tipificada en el artículo 17 se perfecciona por la comisión de otros ilícitos establecidos en la Ley, ilícitos que como tales serán sancionados. Incluso, como antes se vio, en el caso de las personas jurídicas (una sociedad mercantil, por ejemplo), la operación considerada ilegal será siempre realizada por una persona natural que actúa como órgano, representante o trabajador de tal persona (como es el caso de los gerentes, administradores, directores o dependientes). Con fundamento en el artículo 49.2 constitucional, los ilícitos realizados por esas terceras personas, respondiendo a una decisión de toda la persona jurídica, serán imputables a ésta; por el contrario, si esas terceras personas actúan al margen de esa *voluntad social*, con dolo o culpa grave, no podrá formularse juicio de reproche a la persona jurídica, subsistiendo sin embargo la responsabilidad personal de esas terceras personas, como parece asomar el artículo 3 de la Ley. Precisamente, si los gerentes, administradores, directores o dependientes actúan en representación de una persona jurídica, valiéndose para ello de sus recursos sociales o por decisión de sus órganos directivos, la infracción cometida *siempre será imputable a esa persona jurídica*.

Aquí se constata una grave contradicción. Los ilícitos establecidos en la Ley, como aclara su artículo 3, aplican tanto a personas naturales como a personas jurídicas. Respecto de estas últimas, sin embargo, el ilícito será materialmente cometido por personas naturales (un gerente, por ejemplo), sólo que, por las razones vistas, ese ilícito se imputa a la persona jurídica, la cual será el sujeto pasivo de sanciones administrativas. Nótese entonces que, en estos supuestos, la comisión de los ilícitos cambiarios dará lugar a la imposición de la sanción de multa que señalan cada una de las normas punitivas de la Ley, pero *simultáneamente*, esas operaciones ilícitas serán también sancionadas conforme al artículo 17. La persona jurídica será objeto, por ello, de dos sanciones: la contenida en la norma que regula el ilícito y la prevista en el artículo 17.

De llegarse a interpretar el artículo 17 de esa manera, se estará violando el artículo 49.7 de la Constitución. Piénsese así, por ejemplo, en la *infracción simple*. Las operaciones cambiarias ilícitas son efectuadas siempre por personas naturales: el gerente de una empresa

de importación, por ejemplo. Si la actuación de ese gerente refleja la existencia de una voluntad social (cuando el gerente hace uso de los recursos sociales de esa sociedad o cuando la operación responde a una decisión de sus órganos directivos) la infracción simple será imputada a la persona jurídica, quien será objeto de la sanción tipificada, en el ejemplo dado, en el artículo 6. Por el contrario, si no puede establecerse esa voluntad social, y en concreto, si la operación que realiza el gerente no compromete recursos de las personas jurídicas o no responde a una decisión de sus órganos colectivos, no será posible imputar el ilícito a la persona jurídica, subsistiendo en todo caso la responsabilidad personal del gerente. Notar que si la operación cambiaria ilícita realizada por el gerente es imputable a la persona jurídica, ésta será sancionada conforme al artículo 6, pero simultáneamente, la persona jurídica será también sancionada conforme al artículo 17, al reunirse todas las condiciones de procedencia del ilícito allí regulado, con lo cual se procurará una directa violación al artículo 49.7 de la Constitución, dado que para un mismo ilícito se tipifican dos sanciones administrativas concurrentes.

En consecuencia, debe procurarse una interpretación constitucional del aludido artículo 17, a fin de concluir que esa norma no consagra ningún ilícito, sino que en realidad, establece cuándo la operación cambiaria realizada por gerentes, administradores, directores o dependientes será imputable a la persona jurídica y cuando no.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. *Formas de inicio*

El procedimiento sancionador para la determinación de los ilícitos administrativos establecidos en la Ley, será iniciado de oficio por la Administración Cambiaria, esto es, CADIVI, hasta tanto las competencias en materia cambiaria no sean asignadas a algún otro órgano (artículo 2.4). Para iniciar tales procedimientos CADIVI podrá hacer uso de las facultades de inspección derivadas del actual régimen cambiario. Igualmente, los hechos constitutivos de la presunta infracción podrán ser comunicados a la Administración a través de denuncia formulada por cualquier persona (artículo 19). Si los hechos abarcan la comisión de uno o más presuntos ilícitos por dos o más personas, podrá iniciarse un procedimiento contra todos esos sujetos, o varios procedimientos que podrán ser luego acumulados (artículo 20).

2. *Garantía de los cargos previos*

El artículo 49.1 de la Constitución establece la garantía de los previos cargos, según la cual el sujeto pasivo de toda investigación punitiva debe conocer, previamente, qué hechos se le imputan y cuáles consecuencias jurídicas pueden derivar de esa imputación.

En previsión de esa garantía, el artículo 21 de la *Ley contra los ilícitos cambiarios* establece que el auto de apertura del procedimiento administrativo sancionador será dictado por la máxima autoridad de CADIVI, oída la opinión de la Consultoría Jurídica. Tal auto establecerá "...con claridad los hechos imputados y las consecuencias que pudiesen desprenderse de su constatación...". Ahora bien, una vez abierto el procedimiento, pueden acontecer dos situaciones, resueltas por el artículo 22:

- En *primer* lugar, si durante la investigación se determina que los hechos imputados pueden subsumirse en una infracción distinta a la establecida -a modo de presunción- en el auto de apertura, se notifica al sujeto pasivo a fin de iniciar un nuevo lapso de sustanciación, quedando pues sin efecto la primera imputación.

- En *segundo* lugar, si sobrevenidamente se determinan nuevos hechos no relacionados con el auto de apertura, que pueden subsumirse en otras infracciones, se iniciará otro procedimiento distinto.

El auto de apertura será notificado personalmente al sujeto imputado y, si tal notificación no fuere posible, se practicará la notificación por cartel "...en prensa nacional publicado por una sola vez, copia de lo cual será consignada en el domicilio, sede social, establecimiento permanente o base fija del presunto infractor en los cinco días hábiles siguientes a su publicación en la prensa nacional..." (artículo 21).

3. *Lapso de sustanciación*

Notificado el auto de apertura se iniciará un lapso de quince días hábiles para que el sujeto investigado alegue y pruebe en su defensa (artículo 21). La sustanciación quedará a cargo de la Consultoría Jurídica de CADIVI, quien podrá, de oficio, ordenar las actuaciones conducentes para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados, tal y como prevé el artículo 24 de la Ley, reiterando el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Recordar que, en tanto derivación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde exclusivamente a la Administración (sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003).

Estas potestades inquisitivas abarcan, entre otras, las siguientes medidas: llamar a declarar a cualquier persona en relación con la presunta infracción; requerir de las personas relacionadas con el procedimiento, documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos; emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier otra persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción; solicitar a otros organismos públicos, información relevante respecto de las personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieren no hubiese sido declarada confidencial o secreta de conformidad con la Ley (medida que debe interpretarse conforme al artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); realizar las inspecciones que consideren pertinentes, a los fines de la investigación y evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento sancionador (de conformidad con el principio de flexibilidad probatoria establecido en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

La sustanciación durará treinta días continuos, prorrogables por diez días más.

4. *La decisión y su ejecución*

Culminada la sustanciación el expediente será remitido a la máxima autoridad de CADIVI para la adopción de la decisión, aun cuando puede, también, dictar las medidas de instrucción que estime pertinentes. El acto conclusivo del procedimiento deberá ser dictado dentro de los quince días continuos siguientes a la recepción del expediente, lapso que podrá ser prorrogado mediante auto razonado hasta por quince días continuos más (artículo 25).

La decisión, conforme al artículo 26, determinará si se cometió o no la infracción investigada y en caso afirmativo establecerá la sanción aplicable, atendiendo al principio general de proporcionalidad, que obliga a graduar las sanciones según las condiciones agravantes o atenuantes apreciadas.

La Ley reguló también la *ejecución* de dicha decisión. De tal manera, el sujeto sancionado deberá dar cumplimiento voluntario a la sanción dentro del lapso que al efecto fije la Administración, que "...en el caso de imposición de multas no será un término mayor de diez días hábiles bancarios para su pago..." (artículo 27). La expresión no luce clara pues conforme a la *Ley contra los ilícitos cambiarios*, la única sanción administrativa tipificada es la multa.

De no ejecutarse voluntariamente la multa, la Administración quedará facultada para "...ejecutarla forzosamente de conformidad con lo dispuesto en la ley que rige la materia de los procedimientos administrativos, salvo que por expresa decisión legal deba ser encomendada a una autoridad judicial...". En realidad, conforme al artículo 80.2 de la Ley Orgánica

de Procedimientos Administrativos, la ejecución de actos administrativos de cumplimiento personal (como el pago de una suma de dinero) no podrá ser realizada en especie sino por equivalente, al contemplar la Ley un sistema de multas coercitivas que sólo fungen como incentivo para el pago de la multa, lo que resulta cuando menos contradictorio pues las multas tampoco puede ser cobradas coactivamente. Esto es, que no puede la Administración, mediante un procedimiento ejecutivo, obtener el cobro coactivo de la multa impuesta.

5. *Recursos contra la decisión*

La dudosa disposición del artículo 3 del Convenio Cambiario n° 1, en cuanto a que las decisiones de CADIVI agotan la vía administrativa, ha quedado confirmada por la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que suprimió tácitamente el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad.

Por ello, el acto dictado por la Comisión podrá ser impugnado directamente ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo (sentencia n° 1900 de 27 de octubre de 2004 de la Sala Político-Administrativa, caso *Marlon Rodríguez*) o también ante la propia Administración, mediante los recursos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

6. *Prescripción*

La prescripción de las sanciones administrativas será de tres años, contados a partir de la fecha de la infracción, y para las infracciones continuadas o permanentes, se comenzará a computar desde el día en que haya cesado la continuación o permanencia del hecho (artículo 28).