

“BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ART. 19 INC. I DE LA LEY 26.831”***Santiago F. CASTELLANOS – José Carlos D’FELICE***

Abstract: Se estudia el poder discrecional de la Comisión Nacional de Valores para aplicar sanciones luego de la Nueva Ley de Mercados de Capitales (Ley Nº 26.831)

Palabras Claves: COMISION NACIONAL DE VALORES – ACTIVIDAD BURSÁTIL – DISCRECIONALIDAD.

La actividad bursátil, como una forma especialísima de actividad comercial, ha ido sufriendo a lo largo del tiempo un cambio en lo que es su regulación.-

Así, en un principio, apareció siendo una actividad libre, donde los sujetos podían intervenir sin mayores requisitos, sea emitiendo valores que luego se negociaba, siendo adquiriendo los mismos, o bien sea participando en la intermediación entre vendedores y adquirentes.-

Sin embargo, la historia ha demostrado, que quienes intervienen en transacciones de este tipo, priorizan de modo exacerbado la rentabilidad económica de la operación en sí por encima de otras variables. Este modo de conducta ponía de manifiesto un proceder que no siempre condice con el interés general.

Debe tenerse en cuenta que la actividad bursátil como tal, resulta una forma de canalizar el ahorro de un sector de la población; en una operación de bolsa ideal, sujetos superavitarios, entregan a sujetos deficitarios, sumas de dinero a cambio de la participación en unas futuras ganancias.-

Pero, como ya dijimos, el choque de intereses entre una correcta canalización del ahorro, y el ánimo de hacerse de fondos por parte de terceros sin tener un adecuado plan de inversión o sin tomar las previsiones necesarias para su restitución, se puso de manifiesto de modo claro en el mundo mediante la crisis internacional del año 1929 (se sancionan dos normas: Securities Acto of 1933 y la Exchange Acta of 1934, la primera imponiendo el requisito de previa autorización de las emisiones de valores negociables de la Federal Trade Commission, y la segunda ampliando las regulaciones en materia de valores negociables y sus instituciones la cual se denominó Securities and Exchange Commission).-

Fue en ese punto donde se toma una cabal conciencia de la necesidad de contar con un órgano rector y unificador de la actividad, atento que los controles internos que existan hasta el momento, aparecían como laxos para la protección del sistema.-

Nuestro país no fue ajeno a esta modalidad de contralor, ya que los vicios más que del sistema en sí, son conductas humanas que exigían una regulación de la cual estábamos desprovistos, y así con la creación del Banco Central surge, dentro de este, como una repartición careciendo de personería jurídica.

Ahora bien, frente a la necesidad de contralor la actividad bursátil, la misma puede asumir diferentes modos, y así ha quedado demostrado en los distintos sistemas imperantes en el mundo. Podrá ser a través de una intervención directa, tal es el caso de la autorización de la emisión de valores negociales (criterio adoptado por el derecho continental en el que se prioriza la regulación económica), o de lo contrario, a través de una intervención indirecta la que se materializará por

intermedio de una supervisión externa, priorizando un modo de conducta de transparencia y comportamiento ético (EEUU).

Hoy difícilmente existan estos modelos en estado puro, sino que por el contrario coexisten con un mayor grado de participación de uno sobre el otro, y ello estará en atención a la naturaleza del mercado a regular, dado el volumen de sus operaciones y la dinámica que se pretenda imponer a este segmento de la económica. De este modo es que se podrá advertir que de esta combinación se dará una supervisión pública externa con una regulación directa

No cabe duda que el éxito de ésta *supervisión* y su *regulación directa* estará dado entre otras cosas en la medida que se exteriorice mediante un actuar totalmente imparcial.-

Con el paso del tiempo, la llegada de la globalización, y la interconexión de los mercados a nivel mundial que trajo aparejada, empezó a haber intentos de crear organizaciones supra-estatales que permitieran un control adecuado a una actividad que no conocía las viejas fronteras.

En este marco surge la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO en sus siglas en ingles), a la cual la Argentina adhirió, lo mismo que el Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, que se constituyó el 20 de mayo de 1999, por iniciativa del Ministerio de Economía y Hacienda y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España y se encuentra compuesto hoy por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, R. Dominicana, Uruguay, Venezuela).-

La participación en estos organismos, implica una cooperación a nivel mundial, que deviene de la rapidez con que se realizan las transacciones, y los efectos transnacionales de las operaciones que, necesitan de una ardua colaboración por parte de todos los estados miembros, para evitar situaciones de fraude o lavado de dinero a nivel internacional.-

Claro que el participar de estos órganos internacionales no implica renunciar a la existencia de los propios órganos locales de regulación, fiscalización y sanción, pero si conllevan la existencia de una serie de responsabilidades a nivel internacional, ante los demás países miembros de dichos organismos.-

Específicamente en el Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, los supervisores de los diecisiete países participantes cuentan con capacidad o potestad sancionadora, es decir, puede imponer sanciones ante acreditadas violaciones de las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.

Pero este ejercicio de la potestad sancionadora, como manifestación del *ius punendi* que en general tiene la Administración, no puede llevarse a cabo de forma indiscriminada, arbitraria, injusta o inquisitorial. Es una potestad con límites, y debe ejercerse a través de un determinado procedimiento establecido con plenas garantías para los inculpados.

En este procedimiento son de aplicación, y deben respetarse, los principios y garantías que para los imputados contempla el Derecho administrativo sancionador, que no son otros que los principios y garantías propios del Derecho penal, en cuanto a que ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.

Estos principios abarcan las garantías del procedimiento, los derechos del presunto responsable o culpable, las medidas de carácter provisional o cautelar que se pueden adoptar, la presunción de inocencia y la resolución.

Las Garantías de Procedimiento tiene las siguientes manifestaciones:

- 1) Exigencia de que el ejercicio de la potestad sancionadora requiere un procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

- 2) Exigencia de que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora establezcan la debida separación entre la fase instructora y la fase sancionadora, encomendándose a órganos distintos. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 establecía, en su art. 10, el derecho de toda persona, “en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. De igual forma, el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, recogía el derecho a un proceso equitativo.

Este derecho ha sido contemplado en las Constituciones de todos los países democráticos, como el derecho a la tutela judicial efectiva.

El concepto de órgano que ejerce, iniciando, instruyendo o resolviendo, la potestad sancionadora resulta de la atribución de tales competencias a las unidades administrativas que componen dicho órgano que, en el marco del procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora y a sus efectos, se constituyen en órganos, garantizándose que no concurren en el mismo las funciones de instrucción y resolución.

De lo que no quedan dudas es de la exigencia de que para imponer una sanción haya de seguirse el necesario procedimiento; este procedimiento se trasluce como el Debido Proceso, en el cual el presunto responsable cuenta con derechos y garantías, entre los cuales se pueden citar:

- 3) Ser notificado de los hechos que se le imputan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que le pudieran corresponder, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que le atribuya tal competencia.
- 4) Formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.
- 5) El acceso permanente al procedimiento.
- 6) A trato respetuoso por las autoridades y funcionarios que les deberán facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, así como cualesquiera otros reconocidos por las Constituciones y las Leyes de cada país (a la igualdad, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la tutela judicial efectiva, a no declarar contra sí mismo, etc.).
- 7) No existirá responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Este principio o exigencia es básico y fundamental en el procedimiento.

Finalmente deberá tenerse en cuenta que todo procedimiento administrativo sancionador ha de concluir con una resolución que debe cumplir con las siguientes exigencias:

- 8) La exigencia de que la resolución que ponga fin al procedimiento sea motivada y resuelva todas las cuestiones planteadas en el expediente.
- 9) La exigencia de que la resolución no acepte hechos diferentes que los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.
- 10) La exigencia de que la resolución solo será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

Ahora bien, recientemente la Ley 26.831 que comenzó a regir el día 28 de diciembre del año 2012, y cuya reglamentación aún se encuentra pendiente, estando próximo a vencer el plazo de 180 días que prevé la norma, ha fijado en su Art. 19 Inc. i) lo siguiente: “*La Comisión Nacional de Valores será la autoridad de aplicación y contralor de la presente ley y, a tal fin, tendrá las siguientes funciones:... Declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos*

sometidos a su fiscalización, sin sumario previo, cuando sean contrarios a esta ley, a las demás leyes aplicables, a las reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores, a los estatutos, a las disposiciones dictadas por entidades y aprobadas por el organismo...”.-

No deja de llamar la atención la incorporación de esta regla, en una Ley que se catapulto por sus loables fines de actualizar el alicaído mercado bursátil argentino, proponiendo un nuevo sistema de inversión ágil, seguro, y beneficioso para todos.-

Estamos ante una verdadera aberración jurídica que no dudamos en tildar de inconstitucional, y que de aplicarse, seguramente, entrañara responsabilidad internacional para nuestro país.-

Es que contrariamente a lo que es la Constitución Nacional, y los diversos tratados internacionales, y foros mundiales en los que participa nuestro país, se violan los principios más básicos de las personas.-

La inexistencia de un sumario previo para aplicar una sanción es algo inaudito y que nos retrotrae a los pasajes más oscuros de nuestra nación.-

Con este mentado Art. 19 Inc. i, se brinda a la Comisión Nacional de Valores, un poder absolutamente discrecional para aplicar sanciones; es que considerara a un actor como irregular y como consecuencia de ello declararlo ineficaz, termina siendo una sanción.-

Si se repasa el texto legal, se ve las amplísimas facultades y actos sometidos a control de la CNV, y sobre todos ellos pesara esta tacha que en cualquier momento, y por la sola discrecionalidad de órgano, un acto sea reputado como contrario a la ley, las “demás leyes aplicables” o a las reglamentaciones de la CNV, estatutos y disposiciones, lo que implicara que carecerá de efectos.-

Se ha creado una verdadera Caja de Pandora con esta norma, un arma que puede ser usada para destruir todo un sistema, y sobre todo se ha logrado dar un tiro certero hiriendo de muerte a nuestra tan debilitada actividad bursátil, ya sea ahuyentando a los eventuales inversionistas particulares, como a las empresas interesadas en lograr financiamiento mediante las herramientas que esta actividad ofrece. Hoy con esta norma se consume la mayor de las arbitrariedades y se ahonda el camino ya iniciado cuyo destino final es: LA INSEGURIDAD JURIDICA.

Esperamos que más temprano que tarde, el Art. 19 Inc. i sea derogado, y si ello no ocurre que la Justicia se encargue de declarar su pronta inconstitucionalidad.-