

SOBRE LA DECLARACIÓN DE IRREGULARIDAD E INEFICACIA Y SUS ALCANCES EN LA LEY DEL MERCADO DE CAPITALES, ART. 19, INCISO I)

Víctor Zamenfeld

SUMARIO

Se trata en la ponencia el artículo 19, inciso i, de la Ley del Mercado de Capitales (LMC), sobre declaración de irregularidad e ineficacia (DIEI). Se analizan a tal efecto dos partes de su texto, aquél que se refiere a la eliminación del sumario previo, esto es que permite decretarla sin intervención de administrado y la del efecto o alcance de tal decisión. A tal fin se comienza explicando que la DIEI es una decisión administrativa, no una sanción, explicándose ello a la luz del propio texto de la ley.

Entrando al análisis de la supresión del sumario previo, se lo considera notoriamente inconstitucional, por violar derechos constitucionalmente protegidos, particularmente el de defensa en juicio, como tal inviolable. Se expone además sobre la dificultad, sino imposibilidad, de que aun cuando la ley declara recurrible la DIEI, sería casi imposible para el administrado ejercer como es corresponde su derecho de defensa, puesto que no pudo intervenir en el sumario, porque posee un plazo limitado para recurrir y fundar su apelación (5 días), ya que en ese plazo no será posible hacer todo ello razonablemente. Se concluye el punto con citas doctrinarias de apoyo.

Sobre la imposibilidad de extender los efectos de la DIEI a un ámbito que no sea el administrativo, se recuerda que, con ese alcance limitado, estamos en presencia de una regla traída por la ley reglamentaria de la IGJ, 22315, que la aporta a nuestro sistema jurídico societario, que fue luego seguida por el decreto 677/2001, siempre con el mismo alcance. Ello no obstante, se apunta la existencia de circunstancias que podrían intentar extender su alcance, lo que sería ilegítimo, explicándose las razones que existen para ello.

Se concluye que ciertamente la justicia, cuando sea llamada a intervenir, impedirá la aplicación de estas reglas, tal como vienen propuestas en la LMC, sea por inconstitucional en el primer caso y por igualmente ilegítima si se pretendiera extender sus efectos, por lo que se expone sobre el otro tema.



I. Introducción

Hemos presentado, simultáneamente con ésta, una ponencia sobre el art. 20, inciso a), de la LMC, postulando su inconstitucionalidad. En ella hicimos una introducción general sobre la sociedad anónima, a la que cabe remitir, apuntando allí a la necesidad de no afectar su estructura, que de ocurrir deteriorará amén del jurídico, el funcionamiento empresarial, impidiéndole así cumplir su objeto. Y que, obviamente, ello será mucho más sensible y por tanto más grave, en la cotizante. Por eso es que pasaremos directamente, sin más detalles al respecto, a tratar el tema motivo de este trabajo, esto es el que versa artículo 19, inciso i, de la ley del mercado de capitales, 26.831 (LMC), que ha venido a derogar el decreto delegado 677/2001.

El art. 19, inc. i) establece que una de las “funciones” (“atribuciones” dice en el título del artículo) que posee la Comisión Nacional de Valores (CNV) es la de “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”. El reciente decreto 1023/2013 (del 1-8-2013), no reglamentó este inciso del artículo.

Hemos destacado en **negrita** dos partes del texto, porque son sus partes relevantes a los fines del presente.

El primer marcado es preexistente a esta ley, puesto que se refiere al exclusivo efecto administrativo de la declaración, que ya existía en el decreto delegado 677/01, art. 9, inc. h (que a su vez fue traído del art. 6, inc. f, de la ley orgánica de la Inspección de Personas Jurídicas, 22.315, la inicial introductora de la norma). Es importante haber mantenido ese efecto, pues de tal modo queda reafirmado el limitado alcance de la regla, larga-

mente sustentado por la doctrina y la jurisprudencia existente al respecto, que es lo que justifica que en éste lo tratemos.

El segundo destacado es la única y nueva incorporación que trae la ley respecto del texto del decreto 677/01 y es la eliminación de la exigencia de “sumario previo” para decidir una declaración de irregularidad e ineficacia (DIEI en adelante)¹.

II. Sanción o acto administrativo

Antes de entrar al tema que en sí nos ocupa, no está de más señalar que la DIEI no es una sanción, sino un acto administrativo; las cosas son lo que su sustancia indica, no lo que un título o una referencia circunstancial pueda asignarle.

La enumeración de las sanciones del art. 132 no la incluye y no puede ser de otro modo aun cuando el art. 143, LMC, establezca —con relación a los recursos directos que se pueden interponer contra ciertas decisiones de la CNV— que corresponde a las Cámaras Federales de Apelaciones, “a) Entender en la revisión de las sanciones que imponga la Comisión Nacional de Valores, *incluso las declaraciones de irregularidad e ineficacia* a los efectos administrativos y la suspensión o revocación de inscripciones o autorizaciones”.

Es que el texto transcrito no dice que sanción y DIEI sean conceptos similares, sino simplemente que ambos están sujetos a una misma jurisdicción, como que el artículo se encuentra incluido —no casualmente— en el título “Procesos judiciales, capítulo. *Competencia*”, de la LMC.

En el mismo sentido que venimos exponiendo, hace algo más de dos años atrás fue ese el criterio sustentado por la Procuración General de la Nación, en los considerandos de su dictamen producido en autos “Comisión Nacional de Valores c/ Papel Prensa SA s/ verificación s/ recurso de hecho”, de fecha 18.05.2011, cuando señalase que “la CNV efectúa la *declaración de irregulares e ineficaces a los efectos administrativos*; no es un acto sancionatorio sino que, antes bien, es un acto administrativo de

¹ Art., 39, inc. h, del dec. 677/01: “Declarar irregulares e ineficaces *a los efectos administrativos* los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, a las reglamentaciones dictadas por la COMISION NACIONAL DE VALORES, al estatuto o a los reglamentos. Se ve así su absoluta correspondencia con el texto actual y la sola inclusión de la frase “sin sumario previo”.

prevención por el cual ese organismo traduce el ejercicio de sus facultades de fiscalización e investigación, con apoyo en la ley 17.811, que regula sus funciones y competencias como organismo de control de la actividad bursátil. De hecho, dicho acto declarativo no configura en la enumeración de sanciones del artículo 10 de la ley 17.811”.

Y ya antes de la sanción de la ley 26.831, CAMERINI (“La declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos dictada por la CNV”, en RDByF, 24-11-2011) había señalado, en sentido similar al que venimos exponiendo, que “Se abre camino en la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Comercial, la idea que todos los actos administrativos definitivos de la CNV deben tener recurso judicial directo, aún cuando ello no sea previsto por la LOP (Ley de Oferta Pública), como es el caso de la sanción sumarial de apercibimiento (conf. inc. a, del art. 10 de la LOP, modificado por el Decreto 677/01, situación que se ha verificado en recientes precedentes jurisprudenciales (CNCom., Sala “C”, in re: Comisión Nacional de Valores c/ Equity Trust Company (Arg) S.A. s/ verificación contable s/ queja” 22-2-2008; sala “B” in re: “Comisión Nacional de Valores c/ Carranza, Hugo Marcelo y otros s/ queja”, 12-10-2006)”.

III. La supresión del sumario previo. El recurso

Hemos adelantado en I que la LMC ha suprimido, inexplicablemente, la exigencia del sumario previo. Este texto es inadmisibles, viola garantías constitucionales, particularmente arts. 17 y 18, C.N. y, entre otros pactos, el de San José de Costa Rica, arts. 8 y 25. Es insustentable que se haya establecido que una decisión grave para una sociedad, como lo es una DIeI, se pueda dictar sin sustanciación, esto es sin que el administrado sea oído para, obviamente, poder defenderse.

Es evidente que el legislador no ha advertido que una DIeI, que pudiera decretarse tal como hoy lo establece la ley, sería nula (conf. CNComCap, sala C, en CNV c/ Papel Prensa s/ organismos externos”, 17-X-2010 y “CNV c/ Papel Prensa s/ apelación directa”, expte. 75479/09, 24/6/2010), de nulidad absoluta y como tal no sólo recurrible, sino susceptible de ser suspendida por la vía cautelar, lo que parece más que obvio. En consecuencia, declarada la nulidad, se abrirá el sumario omitido, se sustanciará, consecuentemente será oído el administrado, se producirá la prueba ofrecida y, tras ello, recién entonces la CNV estará en condiciones de resolver.

Pero, maguer la referida jurisprudencia citada, también recientemente, la CNV decidió en línea con la regla en análisis la nulidad de más de una DIeI, pese a mediar la referida inexistencia de sumario previo, índice de que esto que la ley trae no es algo novedoso en la práctica actual de la CNV.

A ello se agrega que el art. 145, LMC, dispone que “Los recursos directos previstos en el inciso a) del artículo 143 se interpondrán y fundarán ante la Comisión Nacional de Valores dentro de los cinco (5) días hábiles de la notificación del acto recurrido”. Resulta evidente, que de tal modo se agrava aún más el resguardo del debido proceso, garantizado por la ley de procedimientos administrativos (19549, LPA) y muro infranqueable para todo aquél que pretenda limitar los derechos de los administrados, por caso los de ser oído, de poder probar y de obtener una decisión fundada (LPA, art. 1º, inc. f).

Para comprender por qué decimos esto, bastará con advertir las dificultades aquello que puede llegar a sufrir un administrado, contra el que se dicte una DIeI sin sumario previo. Ellas son notables, como que hasta ese momento no habrá tenido acceso a lo actuado, desconoce a qué se debe que haya merecido semejante decisión, deberá tomar vista de lo actuado a partir de ese momento, analizar hechos y derecho invocado y recurrir y fundar su recurso contando solo con apenas cinco días para todo esto. Amén de inconstitucional, configura un notorio maltrato para el administrado, es materialmente inaceptable.

El art. 19, i, LMC, permite a la CNV una tramitación casi fulminante en la CNV en lo que hace a dictar una DIeI. Por ello es que cabe hacer notar porque entendemos que se advierte en este punto la existencia de similar discrecionalidad, con igual o hasta quizás mayor extensión, que la que apuntamos existe en el art. 20 de la LMC, al que nos referimos en otra ponencia de este Congreso.

IV. Sobre los alcances o efectos de la DIeI

Como dijéramos en el inicio, nos parece necesario traer algún texto de doctrina o jurisprudencia a este trabajo, en lo que hace al alcance de la DIeI, pues el tema no debería siquiera justificar una polémica. Pero aquello que en los hechos viene ocurriendo en la sede administrativa, lo justifica.

VANASCO, exponiendo sobre la DIEI, señala que “notificada, la sociedad podría consentir la decisión y cumplirla. Si ello no ocurriese y la sociedad siguiese adelante con su vida jurídica, *siendo que la DIEI solo produce efectos administrativos*, la autoridad de control debería —o podría, si así lo considera, pues en ocasiones el solo efecto administrativo puede ser considerado un efecto suficiente— por aplicación del art. 303, inc. 1º, solicitar como medida cautelar “*la suspensión de la ejecución de la decisión asamblearia (declarada irregular), del directorio, del síndico (la ley dice “de sus órganos”)*”, según el caso y, amén de ello y por imperativo procesal y de fondo demandar la nulidad de la o las resoluciones cuestionadas². Es lo que en su momento y sobre el alcance de art. 303, p. 1º, señalé en el mismo sentido en un texto publicado mucho tiempo atrás³.

Sucede que el solo efecto administrativo que establece la ley *le impide ir más allá* de ese estricto límite a la CNV. La sociedad podrá seguir desarrollando su actividad económica y jurídica, sin inconvenientes, salvo en el orden administrativo. La CNV, para pretender dar otro alcance a su decisión debería ocurrir a la sede judicial⁴. En sentido similar, ROITMAN señala que “Nunca la administración podrá hacerlas valer (a las DIEI) por sí mismas, pues no poseen ni el *imperium*, ni facultad para ejecutarlas sin contralor jurisdiccional⁵. Igualmente, la Corte Suprema ha declarado la validez limitada de determinadas decisiones de la Administración, en el sentido de que solo producen efectos para y en la sede *administrativa*⁶.”

Adviértase que para adoptar decisiones de trascendencia contra una sociedad susceptibles de crear daño, ellas deberán ser decretadas con la prudencia que exigen actos de tal naturaleza, a fin de no causar perjuicios en el giro de la sociedad que superen, incluso, los que preventivamente se

² VANASCO, *Sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2006, vol. 2, pág. 732, nº 403.

³ “La posibilidad de atacar de nulidad los actos del Directorio y del síndico por los accionistas de la sociedad anónima”, en revista “La Información”, t. LIV, p. 148., con cita de CNCom, sala D, LL: 1968-A-342.

⁴ CNCom., sala B, 5.12.77, ED. 76, 305.

⁵ ROITMAN, “Ley de sociedades comerciales”, *La Ley*, año 2006, t. IV, págs. 742/746).

⁶ CSJN: *In re* “Fernández Arias”, Fallos: 247:646. “Frigorífico Setti S.A. s/ convocatoria, hoy quiebra”, 4.set.1968, RDCO, año 1970-239, comentado por **Cusnir**. Conc.: GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, págs. 753 y sigs.

procura evitar”, denegándose las medidas que comprometan el funcionamiento de la sociedad” (CN Com.Cap., sala E, 7/5/92, “Masri Julio y otros c. Percuyen S.A. s/ sumario, incidente de apelación, art. 250 CPCCN; íd., sala C, 22/6/92, “Mues Cesáreo c. Rin Riv S.A. s/ sumario”). Si esa prudencia se exige en casos de similar gravedad, cómo pretender soslayarlo en la sociedad cotizante, tal como surge del texto en análisis, en que la DIeI puede ser dictada sin sustanciación, sin sumario previo, esto es siquiera escuchar al ente contra el que se dirige la medida

Como se viene explicando (*supra* II), hasta antes de la sanción de la LMC, las DIeI dictadas sin sustanciación que han sido conocidas, no superaron la valla judicial. Pero, aunque ello hubiese sido así, no es menos cierto que se insinúa una nueva tendencia enderezada a producir declaraciones instadas por accionistas minoritarios o por algunos integrantes de los órganos de administración o de control interno, las que producidas son presentadas como algo equivalente a una nulidad, pretendiendo que por ello la misma afecte todos los actos sociales realizados con posterioridad al impugnado.

Tras ello hasta podría sobrevenir la intervención, por aplicación del mecanismo que explicamos al tratar el art. 20, inc. a, LMC. No tenemos noticia que la CNV haya así procedido hasta aquí, puesto que se trata de un tema jamás previsto con ese alcance y extensión en la legislación societaria (art. 6º, f, de la ley 22315, orgánica de la IGJ; art. 6º, inc. h, decreto 677/01 y arts. 113/17, LSC). La realidad demostrará si podría pasar algo así.

V. A modo de cierre

Del modo en que se han estructurado los dos artículos referidos de la LMC (19 y 20), no es exceso de suspicacia suponer que lo que se ha expuesto como actos inconstitucionales, contrarios a la ley, podría así ocurrir. Es nuestra esperanza que así no sea, haría tanto daño a la sociedad, como a los accionistas, incluidos los minoritarios, salvo que en estos últimos existan motivaciones que no tengan que ver con el objeto y el interés social; algo cuyo análisis por cierto evade el marco de este trabajo.

Es notorio por lo que venimos explicando hasta aquí, que la declaración de irregularidad e ineficacia es nula de haberse dictado sin sumario previo. Amén de ello, aun en el supuesto de decidirse previa sustanciación,

la aplicación de la medida no puede superar el solo efecto administrativo. Pretender que pueda avanzar más allá de ese estricto y limitado marco, es ilegítimo y como tal también impugnabile en la sede judicial, pues como lo explicase VANASCO en la cita ya hecha (ver nota 2), si la CNV pretendiera extender los efectos de una DfEI a otros ámbitos sin plantearlo en sede judicial.

Entonces, resulta obvio que siempre el Poder Judicial será el llamado a “desfacer el entuerto”, cuando se den los supuestos de ilegitimidad como los que hemos expuesto. Es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma o la revocación por nulidad de una decisión contraria a derecho es la protección que dan la Constitución y las leyes contra los actos que se aparten de sus principios. Si pudiera acaecer algún acto de esa laya, no dudamos que la justicia lo impedirá. No puede ser de otra manera, la larga tradición de nuestros Tribunales así lo ha venido haciendo desde el origen de la República.