

Legal | Opinión | **Opinión** | Artículo 1 de 1

Algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores y Seguros

"... Reconociendo el gran avance que implica en varios de sus puntos, existen materias específicas cuya regulación, en nuestra opinión, amerita un análisis más profundo durante su tramitación legislativa..."

Miércoles, 24 de julio de 2013 a las 16:54 | Actualizado 16:54

Camilo Lledó y José Pardo

El Proyecto de Ley recientemente enviado por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados (Mensaje 011-361 de 2 de julio de 2013), que crea la Comisión de Valores y Seguros (el "Proyecto"), tiene por objeto principal reformar la institucionalidad contencioso administrativa en materia de mercado de valores y seguros. Ciertamente constituye un gran avance en la materia y representa un reconocimiento a la necesidad de crear procedimientos sancionatorios modernos.

En términos generales, y desde una perspectiva sancionatoria, el Proyecto contempla las siguientes modificaciones:

La transformación de la Superintendencia de Valores y Seguros en una Comisión de Valores y Seguros. Se adoptará una estructura colegiada denominada Consejo, el que estará compuesto por cinco miembros. El Presidente del Consejo será de exclusiva confianza del Presidente de la República, quien tendrá la calidad de jefe de servicio. Los otros cuatro miembros serán elegidos por el Presidente la República, con acuerdo de los cuatro séptimos de los Senadores en ejercicio. El Consejo sesionará con al menos tres miembros y adoptará acuerdos con al menos la mayoría absoluta de los Comisionados presentes. Además se regulan expresamente sus incompatibilidades e inhabilidades y se proscriben los conflictos de interés. Todo lo anterior, con el objeto de aumentar la imparcialidad y el debido proceso en materia sancionatoria.

La separación de funciones investigativas y sancionatorias. Con el objeto de fortalecer garantías procedimentales, por una parte, se crea una unidad de carácter especializada dentro de la Comisión, que estará a cargo de un Fiscal. Su función será instruir los procesos de investigación y el levantamiento de cargos. Por otra parte, será el Consejo quien resolverá sobre la imposición de sanciones, sin que haya intervenido (al menos en principio, según se explicará más adelante) en la investigación previa.

Ampliación de facultades investigativas. Entre los avances más relevantes que contempla el Proyecto, se encuentra el otorgamiento de facultades investigativas a la Comisión para efectos de requerir información sobre operaciones bancarias. Asimismo, la Comisión se encuentra facultada para compartir dicha información con otras entidades reguladoras extranjeras con que haya celebrado convenios de intercambio.

En efecto, el Proyecto establece en su Artículo 1º número 6) letra f), la facultad de la Comisión de requerir información relativa a operaciones bancarias de personas determinadas, incluso aquellas que se encuentren sometidas a secreto o reserva. Lo anterior, para verificar la existencia de conductas que se encuentren tipificadas como delito en la legislación de mercado de valores y seguros (artículos 59 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores "LMV"). Asimismo, se faculta a la Comisión para acceder a dicha información cuando deba cumplir requerimientos de entidades extranjeras en caso de que haya celebrado convenios.

Para dichos requerimientos, y considerando que se limitarían derechos protegidos constitucionalmente, el Proyecto exige (a modo de control preventivo) la aprobación de un Ministro de la Iustrísima Corte de Apelaciones

de Santiago. Asimismo, se exige que la solicitud deba ir acompañada de antecedentes que sustenten dicho requerimiento y que justifiquen la necesidad de contar con tal información, tanto para verificar la existencia de la infracción, como para la aplicación de sanciones.

Delación compensada. Con el fin de promover la detección de infracciones, se incorpora la institución de la delación compensada, denominada "auto denuncia". Así, personas que aporten antecedentes que conduzcan a la acreditación de conductas ilícitas serán beneficiadas con reducciones de las multas que se le impongan.

Etapas procedimentales definidas y regulación de recursos. Existirá un procedimiento general y uno simplificado. El primero se desarrollará en tres etapas: investigación, instrucción y resolución del caso. Las dos primeras son de cargo del Fiscal y la última del Consejo. La norma establece un plazo máximo de seis meses para la instrucción y un plazo de 75 días para la resolución del Consejo, prorrogables por una sola vez, por el mismo término. La resolución deberá ser fundada y deberá contener un análisis de todas las defensas, alegaciones y pruebas formuladas en el procedimiento.

Se aplicará el segundo procedimiento respecto de hechos infraccionales de menor entidad, fijados por instrucción general del Consejo. Se iniciará con un llamado del Fiscal al infractor a admitir la responsabilidad, informándole la sanción que solicitaría al Consejo en dicho caso. Si el infractor no accediere, el procedimiento simplificado se tramitará de la misma forma que el general, pero con plazos más breves para presentar descargos y prueba. Además, se regula de forma más detallada la reclamación ante la Corte de Apelaciones, cuya sentencia podrá ser apelada ante la Corte Suprema.

Al respecto, hay que considerar la innovación del Proyecto al establecer plazos máximos para la consecución del procedimiento. Esperamos que estos plazos se interpreten y apliquen efectivamente como fatales, pues la Contraloría General de la República ha dictaminado reiteradamente que, salvo disposición expresa en contrario, los plazos que la ley establece para los trámites y decisiones de la Administración no son fatales, ya que tienen por finalidad el logro de un buen orden administrativo para el cumplimiento de las funciones y potestades públicas. Lo anterior, especialmente considerando que los plazos en los procedimientos sancionatorios debiesen siempre ser fatales.

Sin embargo, y reconociendo el gran avance que implica este Proyecto en varios de sus puntos, existen materias específicas cuya regulación, en nuestra opinión, amerita un análisis más profundo durante su tramitación legislativa.

En cuanto al procedimiento sancionador, en primer lugar, deben revisarse **ciertas inconsistencias entre las funciones investigadoras, acusadoras y sancionadoras**, las que se confunden y no están separadas absolutamente. En efecto, resulta inconsistente que sea la Comisión quien tenga la facultad de solicitar acceso a la información bancaria. Pues si el objetivo del proyecto es separar funciones (investigativas y sancionadoras), la regulación propuesta afecta la debida imparcialidad del procedimiento al radicar en la Comisión el uso de las facultades investigativas más intrusivas. Por otra parte, es el Fiscal (y no la Comisión) quién instruye el procedimiento, debiendo fijar los plazos de descargos y de presentación de la prueba, aspectos que deberían competir a la Comisión.

Podría optarse por una separación absoluta, entregando al Fiscal la investigación, con todas sus atribuciones, además del impulso acusatorio, y a la Comisión, la instrucción del procedimiento y resolución final.

En segundo lugar, el Proyecto **omite consagrar una serie de garantías que debiesen resguardar a la persona afectada por la medida de acceso a información bancaria**. En efecto, no se contempla la notificación obligatoria a la persona afectada con la intrusión. Dicha obligación se justifica en garantías mínimas de debido proceso, tal como ocurre en materia penal respecto de medidas como la interceptación telefónica (artículo 224 del Código Procesal Penal). Al respecto, la regulación propuesta implicaría en los hechos, que el afectado podría ignorar que se ha accedido a su información bancaria hasta la imposición de la sanción en su contra, en caso que exista.

Asimismo, el Proyecto no reconoce el derecho de la persona investigada de tomar conocimiento e impugnar la prueba obtenida y utilizada en su contra. Lo anterior, tanto dentro del período de investigación, como tampoco durante el procedimiento sancionatorio. Esto, porque el Fiscal, quien instruye el procedimiento, no se encuentra

obligado a dar acceso a las partes ni a presentar en la instrucción del procedimiento la prueba con la que cuenta.

Al respecto, hay que considerar que la Corte Suprema ha señalado que una de las garantías mínimas de todo procedimiento sancionatorio consiste en el acceso a toda la información del juicio, garantía que implica que: *"Las partes, y especialmente los requeridos deben tener la posibilidad de conocer todos los aspectos de la investigación y de la prueba aportada al juicio, como de las discusiones sobre temas accesorios durante el juicio, salvo excepciones legales expresas"* (Sentencia de 7 de septiembre de 2012, Rol 2578-2012). Tal vez, para subsanar lo anterior podría adoptarse una regla general de publicidad en materia investigativa, como aquella contemplada en el artículo 182 del Código Procesal Penal a favor del imputado para acceder a los registros y documentos de la investigación.

Por otra parte, el Proyecto tampoco regula la procedencia de recursos que faculten a los particulares afectados con la medida intrusiva a impugnarla en el evento que estimen que se ha ejercido dicha facultad de forma viciada. Por el contrario, sólo contempla el recurso de apelación en beneficio de la Comisión cuando el Ministro de Corte rechaza la petición de acceso.

En tercer lugar, el Proyecto **no regula expresamente la utilización o proscripción de la utilización de los hallazgos casuales**. Este es un tema especialmente sensible. Al respecto, no se regulan expresamente aquellos casos en que en ejercicio de la facultad intrusiva de acceso a información bancaria, la Comisión obtenga antecedentes que no eran el objeto específico de la investigación. Es decir, antecedentes obtenidos casualmente y constitutivos de ilícitos diversos a los investigados. En general, la prohibición de dicha utilización tiene por objeto impedirle al ente investigador la conducción de investigaciones amplias o genéricas (*inquisitio generalis*).

Al respecto, se ha sostenido que el ejercicio del poder sancionatorio del Estado sólo se legitima con el escrupuloso respeto de las garantías procesales de los investigados. Así, tal como sostuvo el Tribunal Supremo español, *"no se puede permitir llevar a cabo una inquisición general sobre la actividad de una persona, para posteriormente, en virtud de lo averiguado imputar a la misma unos hechos concretos"* (Sentencia 41/1998). Para subsanar lo anterior, sugerimos la adopción de una regla como la establecida en el artículo 39 letra ñ) inciso final del DL 211, que regula los hallazgos casuales en materia de libre competencia.

En cuarto lugar, **resulta cuestionable que entidades extranjeras puedan acceder a información confidencial bancaria dentro del territorio nacional, sin que dicho acceso sea regulado y limitado previamente por la ley**. Efectivamente, el Proyecto permite que la información bancaria pueda ser solicitada a propósito de requerimientos de entidades fiscalizadoras extranjeras, siempre que las entidades hayan firmado un convenio. Por un lado, desde una perspectiva procedimental, el afectado no dispondrá de control interno (recursos y medios de impugnación) respecto de los deberes de confidencialidad y reserva que debiese cumplir la entidad extranjera. Por otro lado, hay que considerar que estamos ante un caso paradigmático de delegación de facultades en organismos supranacionales (Slaughter. A New World Order). En efecto, mirado desde la óptica del derecho tradicional, la delegación de facultades intrusivas en entidades extranjeras, sin estar previamente individualizadas en el Proyecto, podría constituir un atentado al principio de soberanía del Estado; una verdadera atribución de potestades a organismos extranjeros normativamente indeterminados.

Finalmente, respecto de la **institución de la delación compensada**, el Proyecto en su artículo 59 ("Auto denuncia") establece que *"el que cometa una infracción sancionable por la Comisión, podrá acceder a una reducción de entre un 20% y un 50% de la sanción pecuniaria aplicable cuando aporte a la Comisión antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta"*.

Entre los beneficios más importantes de la delación compensada se encuentra la detección y posterior sanción de ilícitos a la LMV. Sin embargo, el Proyecto podría no tener los resultados esperados, principalmente por dos razones: en primer lugar, porque no se contempla el trámite de notificación obligatoria de la investigación. Así, si la persona infractora no toma conocimiento de que está siendo investigada, pocos incentivos tendrá para delatarse y colaborar con la investigación. En segundo lugar, y similar a lo que ha ocurrido en sede de libre competencia, en el caso que estemos frente a infracciones que pueden ser constitutivas de delitos regulados en la LMV, existirán escasos incentivos para auto denunciarse si no se establece expresamente que la confesión y el reconocimiento de responsabilidad efectuado ante el organismo administrativo, configurará la atenuante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 8 o 9 del Código Penal para todos los efectos legales, en el evento de que los mismos hechos sean constitutivos de delito.

** Camilo Lledó y José Pardo son abogados de Carey y ayudantes del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile.*

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online