

101 298 08

ANIO DEL BICENTENARIO DE LA ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE DE 1810



B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

Resolución N° 343

Buenos Aires, 28 MAY 2013

VISTO:

I. El presente sumario en lo financiero N° 1297, que tramita por Expediente N° 101.298/08, ordenado por Resolución del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias N° 307 del 13.07.10 (fs. 152/3) de acuerdo con lo previsto en los artículos 5 de la Ley N° 18.924 y 41 de la Ley N° 21.526 aplicable conforme el art. 64 de esta última ley -con las modificaciones de las Leyes N° 24.144, 24.485, 24.627 y 25.780-, en lo que fuera pertinente-, que se instruye para determinar la responsabilidad de CASA DE CAMBIO MAGUITUR S.A. y de los señores María de la Macarena GUIÑAZÚ, Gabriel Horacio MORTAROTTI y Jorge Alberto MARTOS, por su actuación en ella.

II. El Informe N° 381/594-09 (fs. 148/51) del que surge la irregularidad imputada, consistente en:

- Incumplimiento del Régimen Informativo, mediando omisión de informar a empresas vinculadas en transgresión a lo dispuesto por la Comunicación "A" 3440, CONAU 1-415, Anexo, Cuadro II.

III. Las personas físicas y la persona jurídica ya citadas, cuyos cargos, períodos de actuación, funciones desempeñadas y demás datos personales y de identificación obran a fs. 2/3, 93/110, 114, 120 y 126/7.

IV. Las notificaciones cursadas, vistas conferidas, descargos presentados, instrumentos glosados, que obran a fs. 158/237 y 241/5, de lo que dan cuenta la recapitulación obrante a fs. 238 y sus respectivos anexos I y II de fs. 239/40, y

CONSIDERANDO:

I- Que previo a la determinación de las responsabilidades individuales, corresponde analizar la imputación de autos, los elementos probatorios que la avalan y la ubicación temporal de los hechos que la motivan.

1. Descripción del cargo imputado

- *"Incumplimiento del Régimen Informativo, mediando omisión de informar a empresas vinculadas"*

En el marco de la inspección llevada a cabo en la entidad entre el 14 y el 25 de abril de 2008, se habría constatado la omisión por parte de la inspeccionada de informar a las firmas Compañía de Comercio Internacional S.A. y Desarrolladora Las Corzuelas S.A. como empresas vinculadas al 31.12.07.

Con respecto a la vinculación de la empresa Compañía de Comercio Internacional S.A., se hace notar que, de la documentación obtenida del sistema de la AFIP (fs. 10), se desprende que la señora Ana María Mosso (accionista de Casa de Cambio Maguitur S.A.) y el señor Gabriel Horacio Mortarotti (Director de Casa de Cambio Maguitur S.A.) detentaban una participación accionaria en la mencionada firma del 30% y del 10%, respectivamente (fs. 117). En cuanto a la vinculación con la empresa Desarrolladora Las Corzuelas S.A., el señor Emiliano Guiñazú (accionista de Casa de Cambio Maguitur S.A.) tenía una participación del 50% en el capital de dicha sociedad (ver cuadro a fs. 14). No obstante, la casa de cambio omitió incluir a ambas empresas en el Cuadro II del Régimen Informativo para Casas y Agencias de Cambio al 31.12.07 (fs. 118).

Habiendo sido consultada la entidad al respecto (ver Acta del 24.04.08, fs. 6/7), la misma reconoció la irregularidad, manifestando que se trataba en ambos casos de omisiones involuntarias. Para mayor detalle de las explicaciones brindadas se remite *brevitatis causae* a la lectura de la nota de fs. 21.



B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

Finalmente, con fecha 26.02.09 la entidad efectúa la presentación ante esta Institución del Cuadro II con la información rectificada, incluyendo a las empresas Compañía de Comercio Internacional S.A. y Desarrolladora Las Corzuelas S.A., la que resultó validada por esta Institución el 03.03.09, quedando regularizada la observación señalada (v. fs. 117/20 y fs.122).

A modo de antecedente, se menciona que la entidad ya habría cometido una irregularidad similar a la descripta precedentemente al omitir informar, en el Cuadro II correspondiente al 31.12.06, a la empresa Magui Express S.A. como vinculada. En esa oportunidad, luego de haber sido advertida al respecto por esta Institución, la entidad procedió a rectificar la información (v. fs. 1, fs. 4/5 y fs. 8).

2. Argumentos de los sumariados respecto del cargo imputado

En cuanto a los hechos y su encuadre normativo la defensa de los imputados (fs. 186/9) admite que se encontrarían en la situación infraccional descripta precedentemente. En efecto, tanto el señor Mortarotti se desempeñaba como director de Casa de Cambio Maguitur siendo a su vez accionista de Compañía de Comercio Internacional S.A (10%) y, por otro lado, Emiliano Guiñazú era titular del 5% de las acciones de Casa de Cambio Maguitur S.A. y accionista de Desarrolladora Las Corzuelas S.A. (50%). A su entender, ello no era suficiente para conformar el incumplimiento imputado, ya que debía cumplirse una segunda condición que no se daba en este caso: que esas otras dos empresas pudieran ser consideradas "vinculadas".

Expresa que "deben tratarse ambas de empresas que posean una vinculación económica directa o indirecta en los términos de la Comunicación "A" 49 apartados 4.I.1. y 4.I.2. respectivamente".

Sostiene que la norma exige el control total de la empresa vinculada por parte del director o accionista en más del 5% de la casa de cambio. Manifiesta que la definición de control total, surge de la misma norma y pasa por el ejercicio del control, patrimonial o personal, sobre esa segunda empresa, lo que justifica que tales hechos se pongan en conocimiento del BCRA, ente regulador de la sociedad obligada al informe.

Los elementos que conforman ese control pueden sintetizarse en la posibilidad de que se domine el funcionamiento de dicha empresa, que se la asista significativamente en materia crediticia, que una no pudiera subsistir y realizar su objeto social sin el apoyo de la otra, que la dirección de una se imponga sobre la otra, tener los votos necesarios para influir en la aprobación de los estados contables, influencia sobre el órgano de conducción de la vinculada, existencia de operaciones importantes con la vinculada, intercambio de personal directivo o una dependencia técnica o administrativa.

Es decir, entiende que no basta una mera "relación "o la simple calidad de accionista o director de la persona ideal, se requiera algo más que ello.

Señala que el señor Mortarotti solo tiene el 10% del capital accionario de Compañía de Comercio Internacional y no integra sus órganos de conducción. Manifiesta que tampoco se han realizado operaciones sustanciales entre ambas empresas, y las únicas realizadas lo fueron con posterioridad a su reporte al BCRA como vinculada. Realza que la compañía es totalmente ajena a Maguitur, salvo en la persona de Gabriel Mortarotti que sin ser accionista es uno de los directores de Maguitur.

Alega que tampoco se dan los requisitos de la "vinculación indirecta" por no existir control total ni ejercicio de influencia significativa de una sobre otra por la presencia de Mortarotti, que si bien es accionista de la vinculada (minoritario), no lo es de la entidad cambiaria.

En el caso de Emiliano Guiñazú (vinculado con Desarrolladora Las Corzuelas S.A.), no es director de Casa de Cambio Maguitur y tampoco controla la vinculada por tener un 50%. Además desde el año 2007 había dejado la presidencia de la misma y no participaba en nada de la vida social desde entonces.

En conclusión, reafirma que no concurre ninguna de las hipótesis que la regulación exige para configurarse la vinculación.



B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.
<p>Además, alega que la supuesta infracción no fue de magnitud significativa, porque el porcentaje de tenencia de Emiliano Guiñazú en Casa de Cambio Maguitur S.A. era sólo del 5%, es decir, justo en el límite fijado. A su vez, Gabriel Mortarotti no posee acciones de Casa de Cambio Maguitur S.A. y sólo es titular del 10% de la Compañía de Comercio Internacional S.A., (no tiene siquiera mayoría simple dentro del directorio de Casa de Cambio Maguitur S.A.).</p> <p>Sostiene que la obligación de informar surge cuando se constate que:</p> <p>a) "...la persona física o jurídica que sea accionista en el 5% o más del capital o del total de los votos de instrumentos emitidos por las casas de cambio o sea director, síndico o gerente general mantenga relaciones con otra empresa" (fs. 186/7).</p> <p>b) "...esta segunda empresa posea la cualidad de "vinculada" con la casa de cambio o alguno de sus directivos".</p> <p>Admite que objetivamente se da la vinculación con connotaciones formales pero, a su entender, no es suficiente pues las otras dos empresas deben considerarse vinculadas directa o indirectamente en los términos de la Comunicación "A" 49 apartados 4.1.1 y 4.1.2, respectivamente.</p> <p>Vinculación directa requiere del control total de la empresa vinculada por parte del director o accionista en más del 5% de la casa de cambio. La definición de control total pasa por el ejercicio del control patrimonial o personal sobre la segunda empresa, lo que justifica que tales hechos se pongan en conocimiento del BCRA.</p> <p>A su criterio, los elementos que conforman el control son la posibilidad de que se domine el funcionamiento de dicha empresa, que se la asista significativamente en materia crediticia, que una no pudiera subsistir y realizar su objeto social sin la otra, la dirección de una se impone sobre la otra, tener los votos necesarios para influir en la aprobación de los estados contables, influencia sobre el órgano de conducción de la vinculada, existencia de operaciones importantes con la vinculada, intercambio de personal directivo o una dependencia técnica o administrativa.</p> <p>La información omitida de informar era de carácter formal, de público conocimiento, de fácil acceso por el organismo requirente, destaca que no fue motivo de ocultamiento alguno (a lo sumo admite la omisión por error excusable).</p> <p>Concluye que no se dan las condiciones fácticas que permitan acreditar la condición de empresas vinculadas de las dos señaladas, y que al haber designado al responsable del cumplimiento del régimen informativo no debe extenderse la responsabilidad a la persona jurídica ni a los demás miembros del directorio.</p> <p>3. Período infraccional:</p> <p>Cabría extender el mismo desde el 30.01.08 (fecha desde la cual la casa de cambio debió informar las empresas vinculadas al 31.12.07 -conf. Com. "A" 3440, Anexo, Normas de Procedimiento-) al 26.02.09 (fecha en que fue presentado el Cuadro II con la información rectificada -fs. 117 y fs. 119-).</p> <p>4. Análisis de los argumentos de los sumariados</p> <p>En la especie, rige la Comunicación "A" 3440, que estableció el Régimen Informativo para Casas y Agencias de Cambios, recayendo en ellas la obligación de informar la existencia de esas empresas como vinculadas al ente de contralor.</p> <p>A tal efecto en las instrucciones para la integración del Cuadro Informativo se estableció que: "se integrará con los datos de las empresas o entidades del país o del exterior vinculadas económicamente a accionistas que posean el 5% o más del capital y/o del total de los votos de instrumentos con derecho a voto en esas sociedades operen o no con la Casa o Agencia de Cambio".</p>		



101.298.08
2013 - AÑO DEL BICENTENARIO DE LA ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE

B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

Entonces todas las digresiones efectuadas por los sumariados en orden a alegar que no tenían obligación de informar, ya que no detentaban el control total de las empresas vinculadas, no pueden aplicarse por cuanto Gabriel Mortarotti, siendo director de Maguitur detentaba el 10% de las acciones de Compañía de Comercio Internacional y a su vez Emiliano Guiñazú, siendo accionista de Maguitur, poseía el 50% de las acciones de Desarrolladora Las Corzuelas S.A.

Idéntico razonamiento corresponde aplicar respecto de la omisión de informar que la señora Ana María Mosso de Mortarotti (ver fs. 212), en su calidad de accionista de Maguitur, detentaba el 30% de acciones en la Compañía de Comercio Internacional S.A.

Se destaca que el reproche se basa en el incumplimiento de la obligación de informar de acuerdo con las pautas expresadas precedentemente.

En conclusión, de los elementos obrantes en autos surge que Casa de Cambio Maguitur S.A. no habría cumplimentado debidamente su obligación de remitir a este Banco Central la pertinente información referida a empresas vinculadas, ello al no haber incluido como tales a Compañía de Comercio Internacional S.A. y Desarrolladora Las Corzuelas S.A., en el Cuadro II del Régimen Informativo para Casas y Agencias de Cambio previsto por la Comunicación "A" 3440, conducta que fue reconocida por la inspeccionada (fs. 21). Cabe destacar que, conforme lo establece la mencionada comunicación, los datos remitidos a través del Régimen Informativo tienen el carácter de declaración jurada y la verificación de omisiones se considera falta grave sujeta al régimen del artículo 41 de la Ley N° 21.526.

Cabe mencionar que la entidad ya cometió una irregularidad similar al cargo imputado, al omitir informar en el Cuadro II correspondiente al 31.12.06 a la empresa Magui Express S.A. como vinculada. En dicha oportunidad fue advertida por el BCRA, luego de lo cual procedió a rectificar la información (ver fs. 1, 4/5, y fs. 8).

5. Que, en consecuencia no existiendo elementos que controvertan la imputación formulada cabe tener por acreditado el Incumplimiento del Régimen Informativo, mediando omisión de informar a empresas vinculadas en transgresión a lo dispuesto por la Comunicación "A" 3440, CONAU 1-415, Anexo, Cuadro II.

II.- Que hallándose probado el cargo imputado se realiza a continuación la atribución de las responsabilidades de los encartados, tratándose en forma conjunta en razón de haber presentado un único descargo (fs. 177/210) y desempeñado sus funciones durante el período infraccional, con relación a los hechos constitutivos del ilícito acreditado.

III.- CASA DE CAMBIO MAGUITUR S.A. (CUIT 33-70964658-9), María de la Macarena GUIÑAZÚ (Presidente y Responsable de la Generación y Cumplimiento de los Regímenes Informativos, DNI 21.370.117), Gabriel Horacio MORTAROTTI (Vicepresidente, DNI 24.996.303) y Jorge Alberto MARTOS (Director, DNI 08.146.367)

a) Para un mejor y claro desarrollo de los temas a considerar, en primer término se expondrán todas aquellas cuestiones planteadas en el descargo como previas.

1. Falta de competencia del Señor Superintendente: fundada en que en el art. 47, incisos f) y g), de la Ley 21.526 y sus reformas (con las aclaraciones que le habría agregado el decreto 13/95), lo autorizan a "...promover y sustanciar los sumarios por infracciones a la Ley de Entidades Financieras y del Régimen Penal Cambiario elevando sus conclusiones a la consideración del Directorio..." señalando que las presentes actuaciones se refieren a actos que no corresponden al ámbito de aplicación de ninguna de estas dos leyes.

Manifiestan que la interpretación en materia de competencia, debe ser necesariamente estricta por rozar garantías constitucionales -derecho a ser juzgado por los jueces naturales- por lo que debe ser acotada en su ejercicio por claros principios constitucionales (fs.179, 2do párrafo).



B.C.R.A.	Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.
----------	--

Sostienen que la ley 21.526 no les es aplicable a la Casa de Cambio Maguitur ya que dicha norma se dirige a regular la existencia, funcionamiento y extinción de entidades que intermedian con recursos financieros o que fueron consideradas especialmente incluidas en su régimen y por ello atraídas a su régimen legal, a través de un acto formal que en este caso no se ha producido (fs.179, 3er párrafo).

Consideran que tampoco les es aplicable la Ley 19.359 (t.o. 480/95) que se refiere a las infracciones al régimen cambiario. Las casas de cambio tienen en la ley 18.924 y su decreto reglamentario, su propio régimen legal, completo y autosuficiente, siendo innecesario recurrir a normas como la ley de entidades financieras -art. 3º- (fs. 178, 181).

El art. 47, inciso f), expresa que son facultades propias del Superintendente de Entidades Financieras "...aplicar las sanciones que establece la ley de entidades financieras por infracciones cometidas por las personas o entidades, o ambas a la vez, a las disposiciones de la misma, es decir no a cualquier transgresión, es decir que el sujeto debe ser una entidad financiera y la conducta típica debe encuadrar en la ley 21.526" (fs. 180 2do. Párrafo).

Expresan que en el art. 47 la única facultad que se le confiere a la Superintendencia con relación a las entidades cambiarias que tienen su propio régimen, es cuando en su inciso a) la autoriza a "Establecer el régimen informativo y contable para las entidades financieras y cambiarias...", pero nada dice de instruirles sumarios o aplicarles sanciones. Sólo procederá la aplicación de la ley 21.526 cuando el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria, cambiaria o crediticia lo hagan aconsejable (fs. 180, 3er. Párrafo).

Tampoco consideran que este sumario encuentre sustento normativo en el decreto 13/95, ya que nada dice respecto del juzgamiento de otros apartamientos por parte de las entidades cambiarias y un régimen jurisdiccional aunque sea administrativo (fs. 180 punto 4.2.).

2. Alegan incorrecta imputación a las personas físicas (ver fs. 181/ punto 4.3.), basada en que ella se realiza en grado de sospecha, atribución que tiene su sustento en lo dicho por los instructores en el párrafo segundo del punto III del informe 381/594/09, a fs. 149 y que se funda en la pertenencia a los órganos de la persona jurídica. Destacan que ninguno de los sindicados son autores materiales o inmediatos, ni están involucrados personalmente sino que solo son miembros del directorio y en tal condición se los trae a este sumario.

El respeto a los principios liminares del derecho exige que no solo las imputaciones sean concretas y determinadas, relacionando el accionar y su responsable, sino que los cargos contra cada persona imputada de una infracción deben ser individuales atendiendo a su propia actuación (fs.185 3er. párrafo).

Sostienen que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, que no existe la responsabilidad objetiva y que las infracciones y sanciones administrativas integran el derecho penal especial y le son aplicables las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario.

3. Para el caso de los hechos acaecidos en MAGUITUR que son materia de este sumario alegan que no se puede tener por responsable al Directivo por todos y cualquiera de los actos de sus subordinados, que se debe señalar para cada uno de los autores cada uno de los hechos y circunstancias que los relacionan con la supuesta conducta infraccional, lo que también es exigido por la CIS 23 –situación que no se da en autos- (fs.190/3).

Para que haya omisión debe existir un deber y el mismo debe estar definido en una norma válida y aplicable al sujeto obligado. Solo así el no hacer se puede equiparar a la conducta positiva.

Esa conducta es exigida a una persona determinada, el responsable del régimen informativo exclusivamente porque a su entender la empresa descentralizó, asignó funciones e impuso los mecanismos de control adecuados.

101 298 08
"2013 - AÑO DEL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ - ANIVERSARIO 130 DE LA B.C.R.A."



B.C.R.A.	Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.
----------	--

Con relación a la Casa de Cambio Maguitur S.A. sostiene que no se pueden extender los cargos al ente ideal cuando el mismo ha designado los órganos y atribuido responsabilidades en los estímulos propios de la entidad (fs.193).

4. Respecto del derecho se agravan de antijuricidad, falta de tipicidad e incumplimiento del criterio de "personalidad de la pena" (fs. 189/190). Subsidiariamente sostienen que en caso de haberse verificado alguna conducta omisiva, ésta no le resulte imputable en razón de encontrarse frente a un caso de error de derecho no penal perfectamente excusable y, como tal, eximiente de la aplicación de sanciones, y si algo justifica el error es el continuo, permanente, acelerado y confuso cambio en las regulaciones del Banco Central

Sostiene que la conducta atribuida a Maguitur constituye una acción típica y antijurídica por lo que no podría sancionarse por el simple hecho de la determinación de la omisión, siendo ese elemento la única causa de la sanción.

5. Alegan buenas fe como eximiente de culpabilidad (fs. 194) y error excusable (fs. 193, pto. 6.4).

6. Luego analiza el derecho aplicable, sosteniendo que la antijuricidad requiere una contradicción material de la conducta con el precepto, a su entender no puede ser considerada infracción por cuanto no reviste el carácter de ser contraria al orden jurídico vigente.

7. En cuanto a la gradación de la sanción sostiene que del análisis de los presupuestos del art. 41 de la ley 21.526 y de la comunicación "A" 2124 se desprende a su criterio que corresponde la aplicación del principio de insignificancia o bagatela. Adicionalmente expresa que cualquier sanción no debería recaer sobre la entidad ni sobre los directores ajenos a las responsabilidades especialmente contempladas en la regulación del régimen informativo.

8. Prueba: acompañan las siguientes constancias:

- Organigrama de la Casa de Cambio Maguitur S.A. (fs. 199).

- Estatuto Social de Desarrolladora Las Corzuelas S.A. y Acta de renuncia del Sr. Emiliano Guiñazú a la Presidencia de la misma.

- Estatuto y constancia de acciones en poder de Gabriel Antonio Mortarotti en Compañía de Comercio Internacional S.A.

9. Finalmente dejan planteado el "caso federal" (fs. 198, punto 9).

b) Análisis de las cuestiones planteadas

1. En relación a la falta de competencia planteada, corresponde puntualizar que el Señor Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias es el funcionario plenamente competente para ejercer la supervisión de la actividad financiera y cambiaria según lo normado por el art. 43 de la Ley 21.526 y el Decreto N° 13/95 del 04.01.95 aplicable al tiempo de los hechos, y actualmente según las reformas introducidas por la Ley 26.739/2012.

Si bien es evidente que "la autoridad competente" a la que refiere el art. 41 de la Ley de Entidades Financieras es el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias, el Poder Ejecutivo Nacional, a los efectos de disipar toda duda al respecto, dictó el mencionado decreto plasmando esa interpretación con carácter normativo indubitable.

En la citada norma, el Presidente de la Nación decreta en su artículo 1º que "*El proceso sumario por infracciones a la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras y sus normas reglamentarias, se encuentra a cargo de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, desde la formulación del cargo hasta la aplicación de la sanción inclusive, a excepción de que ésta consistiere en la revocación de la autorización para funcionar de la entidad financiera, la que corresponde que sea aplicada por el Directorio del Banco*



B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

Central de la República Argentina conforme a lo previsto por el inciso h) del artículo 14 de la Carta Orgánica de dicha Institución aprobada por el artículo 1º de la Ley 24.144" y en su artículo 2º que establece "En concordancia con lo expresado en el artículo precedente, las menciones del Directorio del Banco Central de la República Argentina y del Presidente de esa Institución hechas en los artículos 41 y 42 de la Ley 21.526, modificados por el artículo 3º de la Ley N° 24.144, deben entenderse referidas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias y al Superintendente, respectivamente, excepto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 41 y en el párrafo quinto, primera parte, del artículo 42, en los que se mantiene la expresión Directorio del Banco Central de la República Argentina. A su vez, la segunda mención del citado Banco efectuada en el primer párrafo del artículo 41 debe entenderse referida tanto al Directorio del Banco Central de la República Argentina como a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias"

En lo apuntado sobre la aplicación restrictiva de la Ley 18.924 que rige la actividad cambiaria, cabe señalar que el fundamento normativo necesario para que la competencia del Sr. Superintendente tenga validez, se halla en los preceptos establecidos en ella y su decreto reglamentario. Así, el artículo 3 de la Ley N° 18.924 dispone que el Banco Central de la República Argentina sea la autoridad de aplicación y el artículo 6 del Decreto Nacional 62/71 establece que "Las casas de cambio, agencias de cambio y oficinas de cambio, quedan sujetas a la inspección del Banco Central de la República Argentina cuando éste lo considere conveniente...."

El máximo tribunal de nuestro sistema judicial se expidió al respecto en los autos caratulados "JP Morgan Chase Bank NA (Sucursal Buenos Aires) c/Banco Central de la República Argentina s/Proceso de Conocimiento", fallo del 05.07.2011, afirmando "que la autorización del Banco Central para actuar como casa, agencia u oficina de cambio implica el sometimiento a un régimen jurídico que establece un marco de actuación particularmente limitado y controlado, que impone la obligación de constituirse bajo un determinado tipo societario, especifica cuáles son las operaciones y actividades que se pueden realizar y cuáles están vedadas y faculta a aquél a determinar las modalidades del mercado cambiario, a dictar normas que aseguren un adecuado grado de solvencia y liquidez por parte de las entidades cambiarias, a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a los distintos aspectos vinculados con su funcionamiento, a inspeccionarlas cuando lo estimara conveniente, como así también a revocarles la autorización para funcionar cuando dejaren de cumplir los fines que se tuvieron en cuenta al otorgársela. Las relaciones jurídicas entre éstos y aquél se desenvuelven en el marco del derecho administrativo y esta situación particular es bien diversa al vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado (Fallos: 310:203).

De lo expuesto precedentemente, se desprende la legalidad de la competencia de esta Institución en materia cambiaria y el fundamento normativo que da sustento a la competencia del señor Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias para el dictado de la Resolución que dispone la instrucción del presente sumario, tornando improcedente el planteo de falta de competencia por la materia interpuesto por la defensa, como así también la obligatoriedad de la normativa emanada de esta institución.

2. El planteo referido a la incorrecta imputación de las personas físicas, no resulta acertado por cuanto no sólo del Informe de fs. 383/1917 del 20.11.08 (fs. 1/3 y fs. 112), sino también de la resolución de apertura sumarial (fs. 152/3) y del Informe N° 381/594/09 de fs. 148/151, surge que la transgresión imputada lo ha sido describiendo los hechos configurantes, las disposiciones violadas y el material acreditante de ella. En lo que hace a las personas imputadas se ha aclarado respecto a cada uno de ellos los datos identificatorios y los cargos desempeñados como así también los hechos constitutivos de la infracción que se les imputó.

En efecto, a ellos se les ha dirigido la imputación concreta de autos, respecto de hechos acaecidos en la entidad y en razón de haber tenido los prevenidos el manejo de ese ente ideal; por lo cual presumiblemente han ejercido sus deberes de conducción y control de la actividad de la sociedad que ellos dirigieron y por ende se presume que han estado involucrados en los hechos ocurridos.

De modo que el acto acusatorio tuvo suficiente especificidad para llevar adelante la pretensión punitiva. Por todo lo expuesto no puede llegar a inferirse que se halla comprometida la defensa en juicio ni nuestro régimen constitucional, correspondiendo rechazar el planteo formulado.



B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

3. En orden a la determinación de las responsabilidades que les caben a las personas sumariadas por su función directiva, se impone destacar que es la conducta de los prevenidos la que, en rigor, generó la transgresión a la normativa aplicable en materia financiera, ocasionando la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica y, además, mereciendo ellos personalmente reproche en virtud de haberse desempeñado incorrectamente como integrantes de su órgano de conducción, ya que, desde luego, la actividad del ente ideal, se desarrolla mediante la actuación de sus dirigentes.

Asimismo, la función de director de una sociedad anónima es personal e indelegable, aún cuando en la práctica delegue las distintas funciones específicas de la actividad, como en este caso en que normativamente debe existir un funcionario designado a cargo del régimen informativo, el resto del cuerpo directivo y de fiscalización no puede omitir un estricto control respecto de todas las funciones incluso las delegadas, ya que tiene encomendado por la ley la conducción de la sociedad debiendo responder por los resultados de esa gestión. Así, es su deber interiorizarse de la marcha de la entidad financiera, oponiéndose a cualquier acto o conducta que configure el incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la actividad financiera y cambiaria.

En tal sentido se ha expedido la jurisprudencia de alzada cuando dijo "*Para el efectivo ejercicio de ese control, el legislador atribuyó al Banco Central determinadas facultades procedimentales y sancionatorias en cuyo ámbito de aplicación se encuentran comprendidas sólo aquellas personas que hayan decidido ejercer la actividad que esa autoridad controla. Así, las relaciones jurídicas existentes entre el Banco Central y los sujetos sometidos a su fiscalización se desenvuelven dentro del marco del derecho administrativo, y esa situación particular es 'bien diversa del vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado'(del ya citado dictamen de Fallos 303:1776). (conf. causa 25102/2007, 'Koldobsky, Marcela A. v. Banco Central de la República Argentina -BCRA- s/resolución 118/2007 (expte. 100214/2005 Sum Fin 1153)'. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V. Fecha: 06/05/2008. Partes: Banco Mercurio S.A. y otros v. Banco Central de la República Argentina.*

4. Con relación a los argumentos vertidos sobre la responsabilidad objetiva cabe recordar el criterio sustentado por el Tribunal de Alzada que reconoce que la asignación de responsabilidad no supone necesariamente la autoría material o física de los incriminados, ya que quien acepta un cargo directivo debe responder por actos en los cuales no pudo tener participación directa, pero que por su función debió conocer e impedir su perpetración. "*Las personas que menciona el art. 41 de la ley 21526 saben de antemano que se hallan sujetas al poder de policía bancario y que su responsabilidad -que debe entenderse en íntima relación a las circunstancias con que desempeñaron la administración- es la consecuencia del deber que les incumbe de asumir y aceptar funciones de dirección que los habilitan razonablemente para verificar y oponerse a los procedimientos irregulares*" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, Sala Contenciosa N°3, Fallo del 06.04.2009, en autos: "Jonás Julio C. y otros v. Banco Central de la República Argentina -BCRA- Expediente: 14.869/2008").

5. En cuanto al planteo de nulidad por la mención efectuada en estos actuados de la Circular Interna de Superintendencia N° 23 y su no agregación, cabe mencionar que aquélla establece el procedimiento interno de esta Institución para unificar la remisión de actuaciones presumariales por parte de los grupos de Supervisión de Entidades Financieras y demás dependencias a la Gerencia de Asuntos Contenciosos, y que tiene por objeto optimizar resultados en cuanto a la misión y funciones asignadas a esta última dependencia; motivo por el cual no se aprecia la necesidad de su incorporación, ni corresponde su análisis en la etapa sumarial, toda vez que dichos informes presumariales no son vinculantes a los efectos de la elaboración de la resolución de apertura sumarial.

6. En relación a la ausencia de intencionalidad en la conducta reprochada, no los dispensa de la comisión de las infracciones imputadas por tratarse de infracciones de tipo formal, que no requieren la presencia del elemento subjetivo o el evento dañoso para su configuración (conf. Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, pág. 579 y ss. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972).

7. En referencia al elemento subjetivo aludido -la culpa-, tampoco puede erigirse su ausencia en causal de exoneración ni admitirse como justificación para los sumariados, ya que ha quedado demostrada su actuación en la entidad (ejerciendo los cargos indicados en el título durante el período de ocurrencia de los



101 - 298 08

2013 - AÑO DEL BICENTENARIO DE LA ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE DE 1813

B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

hechos), de donde su responsabilidad desencadena las consecuencias previstas por el art. 41 de la Ley 21.526 en tanto se verifique una infracción a las normas vigentes, con prescindencia de los perjuicios materiales que el obrar ilícito pudiera ocasionar y de las formas de culpabilidad que se apliquen para la consumación de las irregularidades. Ello ha sido confirmado por la jurisprudencia “*Tampoco pueden ser atendidas las críticas relacionadas con la ausencia de elementos subjetivos en las conductas reprochadas, pues el carácter técnico administrativo de las irregularidades en cuestión impone que su punibilidad surja de la contrariedad objetiva de la regulación y el daño potencial que de ello derive, motivo por el cual tanto la existencia de dolo como el resultado, son indiferentes*” (*Jonás, Julio C. y otros v. Banco Central de la República Argentina -BCRA C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3^a, 06/04/2009 Citar Lexis N° 70053141*)

8. El argumento referido a que no puede ser considerada infracción una conducta que no es contraria al orden jurídico vigente, no puede ser aceptado como válido, ya que las imputaciones que se les achacan se sustentan en la violación a la normativa emitida por el Banco Central de la República Argentina, en ejercicio del poder de policía perfectamente enumerada en el punto I del presente y las sanciones a aplicar surgen de lo prescripto por el art. 41 de la Ley de Entidades Financieras.

9. En respuesta a los conceptos arguidos sobre la determinación de la sanción se seguirán las pautas que el legislador ha determinado en el art. 41 de la ley 21.526, parámetros a los que debe ajustarse este organismo de control para establecer la naturaleza de las penas que impondrá, las que necesariamente deberán recaer sobre la entidad y sobre las personas consideradas responsables apreciando el período de actuación y los cargos desempeñados a tenor del análisis realizado precedentemente, debiendo descartarse la penalización exclusiva y excluyente de los responsables por considerar que solamente correspondería penalizar a la persona que detentaba la responsabilidad de generar y cumplir con los regímenes informativos ante este Banco Central. Tampoco se observa que corresponda aplicar en el caso la teoría de la insignificancia o bagatela.

10. En lo que hace al resto de los planteos centralizados en la aplicación de los principios del derecho penal, cabe destacar que la facultad represiva del Banco Central, al revestir caracteres específicos, no se halla condicionada en su ejercicio al que se haga respecto de quienes puedan incurrir también en responsabilidad penal y disciplinaria.

11. Respecto del caso federal no corresponde a esta instancia expedirse sobre el particular.

12. Prueba:

Tanto el organigrama de la casa de cambio imputada como el estatuto social de Compañía de Comercio Internacional S.A. confirman la vinculación entre la señora Ana María Mosso de Mortarotti, accionista de Casa de Cambio Maguitur S.A. (ver fs. 212) y a su vez, accionista de Compañía de Comercio Internacional. Idéntica situación se plantea respecto del señor Gabriel Horacio Mortarotti, director de Casa de Cambio Maguitur S.A. y accionista de Compañía de Comercio Internacional S.A. (ver fs. 211)

Asimismo el estatuto de Desarrolladora Las Corzuelas S.A. confirma también la calidad de accionista del señor Emiliano Guiñazú y su renuncia a la presidencia de la empresa citada efectuada en el mes de mayo de 2007 no elimina la vinculación dado que no se desprendió de las acciones que detentaba en la citada compañía (fs. 228).

13. En cuanto a que no se puede extender la responsabilidad a la persona jurídica cabe considerar que los hechos configurantes del cargo imputado, ocurrieron en el ámbito de la agencia de cambio sumariada, siendo producto de la acción u omisión de sus órganos representativos, ya que la persona jurídica puede sólo actuar a través de los órganos que la representan, pues, dentro de los entes ideales, no puede haber otra voluntad que la expresada por las personas físicas que tienen facultades estatutarias para actuar en su nombre (*conf. jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal dictada por la Sala 3^a, el 06/04/2009, en los autos caratulados “Jonás, Julio C. y otro c/BCRA”, Expediente 14.869/2008*, debe concluirse que esos hechos le son atribuibles y que generan su responsabilidad en cuanto contravienen las normas reglamentarias de la actividad financiera dictadas por este Banco Central dentro de sus facultades legales, y conforme el artículo 41 de la L.E.F., el cual establece en su segundo párrafo que “*Las sanciones serán aplicadas por la*



B.C.R.A.		Referencia Exp. N° 101.298/08 Act.	
----------	--	--	--

autoridad competente a las personas o entidades o ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones...".

Siendo así, resulta en la especie aplicable lo expresado por el Dr. Barreira Delfino "... las personas físicas y las entidades o ambas a la vez, pueden ser pasibles de sanciones, en mérito a una derivación de la personalidad que corresponde a las entidades y que ciertamente es diferente a la de sus miembros componentes, circunstancia que la erige en un sujeto de derecho independiente y titular exclusivo de las relaciones en que intervienen" (autor citado, "Ley de Entidades Financieras" pág. 185, Edit. Asociación de Bancos de la República Argentina, 1993).

14. Que en consecuencia, a tenor del análisis y fundamentos expuestos precedentemente, no habiendo los sumariados demostrado ser ajenos al cargo imputado y probado en autos, procede atribuir responsabilidad a CASA DE CAMBIO MAGUITUR S.A. y a los señores María de la Macarena GUIÑAZÚ, Gabriel Horacio MORTAROTTI y Jorge Alberto MARTOS, en razón del deficiente ejercicio de sus funciones directivas en ella.

IV. CONCLUSIONES

1. Que por todo lo expuesto, corresponde sancionar a las personas físicas y jurídica halladas responsables de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 21.526, según el texto vigente introducido por la Ley 24.144, graduando las penalidades en función de las características de las infracciones y ponderando las circunstancias y formas de su participación en los ilícitos.

Para la graduación de las sanciones se tiene en cuenta la Comunicación "A" 3579.

En cuanto a la sanción que establece el inciso 3) del mencionado artículo 41, para la graduación de la multa se tienen en cuenta los factores de ponderación prescriptos en el tercer párrafo de dicho artículo, cuya evaluación, respecto de la infracción analizada emanada del Informe Nro. 383/1917/08 del 20.11.08 (fs. 3)) determinan que la responsabilidad patrimonial computable ajustada al 31.12.07 ascendía a \$ 4.948.756.

A su vez del Informe N° 383/261/09 del 03.03.09 fs.117 se desprende que el incumplimiento observado no resultó cuantificable y que no pudo determinarse si existió o no algún beneficio personal para la casa de cambio o algunos de los involucrados, ni si hubo perjuicio a terceros.

En el caso de la entidad y del señor Jorge Alberto Martos se tuvo en consideración a los efectos de la determinación de la multa su carácter de reincidente, según lo establecido en la Comunicación "A" 3579, Sección 2, Sanciones, pto. 2.4. (fs. 247/8).

Respecto de la señora María de la Macarena Guiñazú se contempló además de su función de Presidente de la casa de cambio, su rol de Responsable de la Generación y Cumplimiento de los Regímenes Informativos. En relación al señor Gabriel Horacio Mortarotti se consideró que se desempeñó como director y vicepresidente de la entidad cambiaria.

2. Que la Gerencia Principal de Asesoría Legal ha tomado la intervención que le compete.

3. Que esta Instancia se encuentra facultada para la emisión del presente acto, en virtud de lo normado en el artículo 47 inciso d) de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

Por ello,

EL SUPERINTENDENTE DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

RESUELVE:

101 - 298 - 08
2013 - AÑO DEL BICENTENARIO DE LA ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE DE 1813



B.C.R.A.		Referencia <u>Exp. N° 101.298/08</u> Act.
----------	--	---

1º) Imponer las siguientes sanciones en los términos del artículo 41 -inciso 3) de la Ley N° 21.526, según el texto vigente introducido por la Ley 24.144 y modificatorias:

- A Casa de Cambio MAGUITUR S.A. (CUIT 33-70964658-9) multa de \$ 165.000 (pesos ciento sesenta y cinco mil)
- A la señora María de la Macarena GUIÑAZÚ (DNI 21.370.117) multa de \$ 160.000 (pesos ciento sesenta mil)
- Al señor Gabriel Horacio MORTAROTTI (DNI 24.996.303) multa de \$ 150.000 (pesos ciento cincuenta mil)
- Al señor Jorge Alberto MARTOS (DNI 08.146.367) multa de \$ 165.000 (pesos ciento sesenta y cinco mil).

2º) El importe de las multas deberá ser depositado en este Banco Central en "Cuentas Transitorias Pasivas -Multas- Ley de Entidades Financieras - Artículo 41", dentro de los 5 (cinco) días de notificada la presente, bajo apercibimiento del devengamiento de los intereses respectivos a partir de esa fecha y perseguirse su cobro por la vía de ejecución fiscal prevista en el artículo 42 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526.

3º) Las sanciones impuestas únicamente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, en los términos del artículo 42 de la Ley 21.526.

4º) Notifíquese con los recaudos que establece la Sección 3 de la Comunicación "B" | 10.451 del 18.09.2012, publicada en el Boletín Oficial Nro. 32.499 de fecha 12.10.2012, circular RUNOR 1-545, en cuanto al régimen de facilidades de pago oportunamente aprobado por el Directorio, por el cual podrán optar - en su caso - los sujetos sancionados con la penalidad prevista por los inc. 3º del artículo 41 de la Ley N° 21.526 y modificatorias.


SANTIAGO CARNERO
 SUPERINTENDENTE DE ENTIDADES
 FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

60//

TOMADO NOTA PARA DAR CUENTA AL DIRECTORIO
SECRETARIA DEL DIRECTORIO

28 MAY 2013


VIVIANA FOGLIA
PROSECRETARIO DEL DIRECTORIO