

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	84
----------	--	---	----

Resolución N° 200

Buenos Aires, 30 SET 2005

VISTO:

I.- El presente sumario en lo financiero N° 1106, que tramita actualmente por Expediente N° 100.468/04, ordenado por Resolución del Señor Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias N° 219 del 17.09.04 (fs. 64/5), en los términos del artículo 41 de la Ley 21.526 -por aplicación del art. 5 de la Ley 18.924-, que se instruye para determinar la responsabilidad de C. A. ARLABOSSE y CÍA. S. A.-Agencia de Cambio- y de los señores Carlos Alberto ARLABOSSE y Estela Adriana GRZONA , en el cual obran :

II.- El Informe N° 381/655/04 (fs. 61/3) de donde surge la existencia de la irregularidad que da lugar a la siguiente imputación:

- Inobservancia de las instrucciones impartidas por el B. C. R. A .

III.- Las personas físicas y jurídica involucradas, cuyos cargos, períodos de actuación, funciones desempeñadas y demás datos personales y de identificación obran a fs. 2 y 25/33.

IV.- Las notificaciones cursadas, vistas conferidas, descargos presentados, instrumentos glosados, que obran a fs.67/ 75, 76 subfs. 1/3, 77 subfs. 1/16, y

CONSIDERANDO:

I- Que con carácter 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.

I. Que el cargo reprochado “Inobservancia de las instrucciones impartidas por el B. C. R. A.” se basa en lo siguiente :

En fecha 15.10.02 la Gerencia de Control de Entidades No Financieras envió la nota 383/1364 (fs.18) a C. A. ARLABOSSE y CÍA. S.A., anexando el Memorando de conclusiones preliminares surgidas de la inspección practicada entre los días 15.04.02 y 19.04.02 (fs.19/21).

En el punto 5 del citado Memorando se reiteraron ciertas observaciones que habían sido advertidas en una verificación anterior, señalándose, entre ellas, que “los retiros de fondos realizados por los socios por operaciones no habituales y/o montos significativos respecto de las existencias de la entidad, deben ser aprobados por la Asamblea de Accionistas”.

Con fecha 8.11.02, la entidad respondió que tales retiros fueron realizados a cuenta de aprobación de honorarios y dividendos, tomando nota del criterio señalado por esta institución y que se daría cumplimiento a lo requerido (fs. 22/24).

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	30 88
----------	--	---	-------

Surge del Informe N° 383/738/04 (fs. 1/3) emanado de la inspección llevada a cabo entre el 7.08.03 y 15.08.03 que el día 01.04.03 el señor Carlos Alberto ARLABOSSE y la señora Estela Adriana GRZONA -Presidente y Vicepresidente, respectivamente- retiraron las sumas de \$ 84.000 y \$ 66.000-, sin la previa aprobación de la asamblea de accionistas. Las extracciones fueron registradas contablemente (ver fs. 8/17).

Posteriormente, el 02.05.03, la Asamblea General Ordinaria aprueba la distribución de dividendos en efectivo por \$ 150.000, conforme lo atestigua el Acta N° 28 cuya copia luce agregada a fs. 6/7.

De las circunstancias expuestas, surge que la Agencia de Cambio de marras ha incurrido en la inobservancia de las instrucciones impartidas por el B.C.R.A. a través de la nota N° 383/1364/02, en transgresión a lo estatuido en el punto 1.10.1.1. del Capítulo XVI - Casas, Agencias, Oficinas y Corredores de Cambio. Autorización y condiciones para funcionar-, Comunicación "A" 90- RUNOR 1, el cual establece "cumplir las resoluciones, disposiciones e instrucciones del Banco Central, cualesquiera sean los medios utilizados (circulares, comunicaciones, comunicados telefónicos, notas, etc.)"

2. La sociedad y las personas físicas imputadas han presentado un único descargo (fs. 77 subfs. 1/16) en el que en síntesis expresan:

2.1. Cuestiones previas: Plantean su disconformidad con las facultades del Señor Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias para aplicar las sanciones del artículo 41 de la ley 21.526, respecto de las casas y agencias de cambio, en virtud de que éstas ya 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). Manifiestan que la interpretación en materia de competencia, debe ser necesariamente estricta por rozar garantías constitucionales -derecho a ser juzgado por los jueces naturales- (fs. 77 subfs. 2).

2.2. En lo que hace al Informe del Área de Control de Entidades No Financieras N° 383/738-04, manifiestan que en él se describen todos los antecedentes sobre los que se estructura la acusación y refieren que en su acápite 1, párrafo segundo, se hace mención al cumplimiento de la Circular Interna de Superintendencia N° 23, pero que no obra agregada en estos actuados por lo que siendo un elemento sustancial de la acusación, vicia estas actuaciones de nulidad.

También solicitan la nulidad de estas actuaciones en función de considerar que obra copia de una foja del expediente N° 100.761/03 y no copia íntegra del mismo, no cumplimentándose la carga de acompañar los elementos en que se estructuran los cargos.

2.3. Que en cuanto a la pieza acusatoria (Informe N° 381/655/04 del 07.09.04, fs. 61/3), sostienen que en la misma se deja de lado el concepto de distribución anticipada de dividendos, y por ende la supuesta violación del art. 68 de la Ley 19.550, asignándoles carácter de anticipo de honorarios al referirse al retiro realizado por Carlos A. ARLABOSSE y Estela Adriana GRZONA en sus calidades de Presidente y Vicepresidente de la sociedad, respectivamente.

En cuanto a la distribución de honorarios destacan que fueron aprobados por la Asamblea del 02.05.03, realizada dentro de los plazos legales, respondiendo al Orden del día y con las mayorías que marca la ley y el Estatuto Social, tal como lo ponen de manifiesto ambos informes y consta en el Acta

B.C.R.A.	Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	3 89
----------	---	---------

Nº 28 que luce a fs. 6 de estas actuaciones.

Manifiestan que, por el carácter remunerativo de servicios, los honorarios pueden abonarse bajo la forma de anticipos (art. 64 de la Ley 19.550) y que al momento del pago de los honorarios ya se había cerrado el ejercicio anual y se había confeccionado el balance general, que ya estaba firmado por el contador certificante (fs.77 subfs. 5 /5 vta.).

En cuanto al enfoque dado por la inspección de considerar a la operación cuestionada como inusual o de monto significativo, expresan que no se trata de una cosa ni de otra y que el pago anticipado no sólo no está condicionado por la ley de sociedades, sino que es la práctica usual de la mayoría de las sociedades comerciales (fs.77 subfs. 5 vta.).

Respecto del monto que se objeta por ser significativo, consideran que no lo es (fs. 77 subfs. 6).

2.4. En cuanto a la inobservancia de las instrucciones impartidas por el Banco Central, manifiestan que entendieron que lo exigido era que la Asamblea aprobara el retiro de fondos practicado, lo que oportunamente hizo y no fue objetado por la inspección de agosto de 2003. Sostienen que mal podría apreciar ARLABOSSE que se le requería “abstenerse totalmente de efectuar anticipos de honorarios sin aprobación de la Asamblea”, ya que ello es una tautología, pues si hay un retiro anticipado a algo, se supone que ello ocurre antes de que el otro hecho se produzca; por el contrario, si sólo se le dice que deberá contar con la aprobación de la Asamblea se debe inferir que ellos son anteriores a aquélla, puesto que si son posteriores y no fueron aprobados son actos ilegítimos y violatorios de los estatutos sociales y de las leyes (fs. 77 subfs. 6/7).

Asimismo, señalan que en ninguna de las comunicaciones referidas a este tema se les hizo saber que la aprobación debía ser previa. Enfatizan que la palabra previa se introduce en los informes 383/738-04 (segundo párrafo del punto 1.3.) y 381/655-04 (fs.77 subfs. 7 vta.).

También alegan que no fue clara la instrucción al expresar que la aprobación por el órgano societario máximo sólo le será requerida en los casos que se trate de “operaciones no habituales” o de “montos significativos”, como asimismo que estos conceptos son variables, denotan una noción de medida y por lo tanto se debe contar con un patrón objetivo que posibilite la comparación de una parte con el todo (fs.77 subfs. 7 vta.).

Concluyen expresando que la acción disvaliosa era interpretación de un breve párrafo de un documento -“Conclusiones Preliminares”- (fs.19 y 21) firmado por un funcionario de la Gerencia de Control de Entidades no Financieras y Cambiarias del BCRA. Esa es la ley violada y a partir de ello efectúa una construcción consistente en descalificarla por asimilación con una delegación de grado casi infinito; la considera ilegítima, por cuanto la competencia de la superintendencia emana de la ley 24.144, Capítulo XI, artículo 43 , según la cual le compete solamente la supervisión de la actividad financiera y cambiaria pero nada dice de dictar normas (fs.77 subfs. 8/vta.).

Destacan que el retiro anticipado de fondos no está prohibido por la ley 18.924, ni por su decreto reglamentario 62/71, ni por ninguna otra norma que no sea el Informe de marras; esto los lleva a concluir que en materia de cambios estamos en presencia de un sistema cerrado, es decir que sólo podrán realizar operaciones de cambio las entidades sujetas a la ley 18.924 y 21.526 respectivamente, pero que nada en el régimen aplicable a una casa de cambio establece la conducta

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	4 90
----------	--	---	---------

que deberán tener los socios respecto al retiro de fondos (fs.77 subfs. 11).

Señalan que en el Plan y Manual de Cuentas establecido por la Comunicación "A"4134 encontramos la cuenta Anticipos de honorarios a directores y síndicos y la cuenta Anticipos a accionistas a cuenta de futuras utilidades (fs.77 subfs. 11).

En cuanto a la responsabilidad penal que se les atribuye, señalan que no existió incumplimiento alguno a obligaciones emanadas de normas dictadas por el BCRA, por cuanto si la norma infringida es esa breve y deslucida mención de fs. 21, el retiro contó con la aprobación de la asamblea (fs.77 subfs. 11 vta.). Asimismo, plantean que deberá probarse la existencia de subjetividad a título de culpa (fs.77 subfs. 13).

Solicitan que eventualmente se aplique la figura del error excusable como causal que elimina la culpabilidad (fs.77 subfs.15).

3. Que, pasando a analizar los argumentos defensivos, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

3.1. En relación a las cuestiones previas entabladas, 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.

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 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".

Que en lo estrictamente 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

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	5 91
----------	--	---	---------

Señor 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....”

También la jurisprudencia se expidió al respecto, afirmando que el “Banco Central es el órgano de aplicación del sistema jurídico cambiario y la ley le ha concedido facultades para dictar actos de alcance o reglamentos en dicha materia...Ejerce por expresa disposición legislativa, el control federal de la actividad cambiaria que se desarrolle en cualquier lugar del país” (“Ossola S.A. c. Banco Central, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 26.03.85).

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, como así también a la actuación de los inspectores y la obligatoriedad que revisten los Memorandos remitidos por la inspección actuante en ejercicio del poder de policía de la actividad cambiaria que la ley deposita en esta Institución, todo lo cual torna improcedente la nulidad impetrada.

3.2. Que en cuanto al planteo de nulidad por la falta de agregación a los actuados de la Circular Interna de Superintendencia N° 23 no obstante su cita, cabe mencionar que ella 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 resulta necesaria 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.

3.3. Que en relación a la ausencia de copia íntegra del Expediente N° 100.761/03, su incorporación deviene irrelevante frente al cúmulo de constancias existentes que hacen a la imputación formulada, máxime cuando con motivo de la inspección que diera lugar al mismo se labraran los Memorandos preliminar y complementario con las observaciones de la visita, de los que tuvo conocimiento la entidad, ya que constan a fs. 4 sus respuestas.

3.4. Que con referencia al argumento defensivo que expresa “que el Informe N° 381/655/04 deja de lado el concepto de distribución anticipada de dividendos, asignándoles el carácter de anticipo de honorarios”, debe señalarse que el mismo no debe ser tenido en cuenta, toda vez que la Dra. Lanciotti en el Informe referido remite al Acta de Asamblea de Accionistas N° 28, agregada a fs. 6/7, de la que surge palmaria e irrefutablemente que la operación que da sustento a la imputación consistió en anticipo de dividendos, pues el citado documento diferencia las sumas aprobadas por la Asamblea por diferentes conceptos, “honorarios al Directorio (\$ 202.500) y por dividendos en efectivo (\$150.000)”.

Que, a su vez, cabe poner de resalto que no se cuestiona en autos la distribución de honorarios al Directorio, sino el proceder antijurídico señalado en el Memorando de Inspección, vinculado a la distribución anticipada de dividendos. Si alguna duda o disconformidad con el criterio expuesto en él se les hubiera presentado, pudieron los sumariados haber utilizado la vía recursiva contra el referido

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	6 92
----------	--	---	---------

instrumento.

Que, asimismo, corresponde puntualizar que la Ley de Sociedades establece la prohibición de la distribución anticipada de dividendos y que para que el dividendo se configure y pueda ser percibido lícitamente debe cumplir determinados requisitos, que son:

- Balance confeccionado de acuerdo a la ley y al Estatuto.
- Que el Balance arroje "ganancias" en el sentido de utilidades.
- Que se cubran pérdidas de ejercicios anteriores, en caso de existir.
- Que esas "utilidades" sean realizadas y líquidas.
- Reunión del órgano social competente que apruebe el balance.
- Que la distribución se efectúe conforme al Estatuto o las disposiciones legales.

Cumplidas todas estas exigencias, podemos decir que la ley ampara el derecho a la distribución periódica de utilidades o dividendos regulares y lícitos.

De lo expuesto puede concluirse que debido a la claridad del texto legal, los sumariados no pueden alegar desconocimiento ni pretender acordarles "legalidad" a los dividendos anticipados, sin la previa aprobación de la Asamblea de Accionistas, circunstancia esta última que no se ha verificado en autos, y por consiguiente ha merecido la observación de la inspección actuante en la entidad, ello independientemente de si se le ha hecho saber que la aprobación debía ser previa.

3.5. Que asimismo la jurisprudencia tiene dicho que "La declaración de existencia de utilidades realizadas y líquidas es función esencial de la asamblea y no puede ser delegada en otro órgano, ni cabe darla antes de la consideración de los estados contables" (C.Nac.Com., L.L.49-466, citado por Verón, Soc. Comerciales, t. 3, p. 633).

A su vez, del Acta N° 28 de la Asamblea de Accionistas de C.A. ARLABOSSE y CÍA. S.A. (fs.6/7) celebrada el día 2.05.03, surge la aprobación simultánea de la Memoria, Estados Contables, Cuadros, Notas y Anexos del ejercicio económico N° 17 finalizado el 31 de diciembre de 2002, lo que hace a la confirmación del carácter anticipado y contrario a normas de los anticipos retirados por los socios directores.

Que, también, como elemento concluyente del cabal conocimiento de la conducta contraria a normas de C.A. ARLABOSSE y CÍA S.A., obra en estos autos la nota de respuesta al Memorando de Conclusiones de la Inspección del 12.11.2002 (fs. 23), en la que se reconoce que los retiros revisten el carácter "de retiros a cuenta de aprobación de honorarios y dividendos", como también "...que se toma debida nota de lo manifestado y se dará cumplimiento a lo requerido".

3.6. Que los sumariados esgrimen diversos argumentos defensivos tendientes a justificar el apartamiento de las exigencias normativas, pero que en modo alguno logran desvirtuar las constancias obrantes en el expediente.

Ha quedado demostrado que C.A. ARLABOSSE Y CÍA. S.A. -AGENCIA DE CAMBIO- y los señores Carlos Alberto ARLABOSSE y Estela Adriana GRZONA han incumplido las instrucciones impartidas por el Banco Central a través de la nota N° 383/1364/02, en transgresión a lo estatuido en el punto 1.10.1.1 del Capítulo XVI - Casas, Agencias, Oficinas y Corredores de Cambio, Autorización y condiciones para funcionar, Comunicación "A" 90, RUNOR 1, al 1.04.03, fecha en que se realizaron los retiros de fondos.

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	7 93
----------	--	---	---------

II. Que los hechos configurantes del cargo imputado ocurrieron en el ámbito de la agencia de cambio sumariada, habiendo intervenido en él, su Presidente y Vicepresidente. Así, habida cuenta que la persona jurídica sólo puede actuar a través de los órganos que la representan, ya que 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 (Cfme. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sentencia del 16.10.94, causa 2128, autos "Bolsa de Comercio de San Juan c/Bco. Central s/ Resolución N° 214/81"), debe concluirse que esos hechos le son atribuibles y generan su responsabilidad en tanto contravienen las normas reglamentarias de la actividad financiera, dictadas por este Banco Central dentro de sus facultades legales, y conforme el art. 41 de la L.E.F., el cual establece en su segundo párrafo que "Las sanciones serán aplicadas por la autoridad competente a las personas o entidades o ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones...".

Que, 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).

4. Que, en consecuencia, a tenor del análisis y fundamentos expuestos precedentemente, procede atribuir responsabilidad a C.A. ARLABOSSE y CÍA. S.A. -Agencia de Cambio-.

4.1 Que, asimismo, cabe atribuir responsabilidad a los señores Carlos Alberto ARLABOSSE y Estela Adriana GRZONA, por cuanto contaban con todas las facultades decisorias y de contralor respecto del cumplimiento del cargo acreditado.

III. 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 cometidas y ponderando las circunstancias y formas de su participación en los ilícitos.

2. Que la Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes de la SEFyC ha tomado la intervención que le compete.

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

Por ello,

**EL SUPERINTENDENTE DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS
RESUELVE:**

1º) Desestimar la nulidad impetrada por los sumariados en razón de los argumentos expuestos en los apartados 3.1., 3.2. y 3.3. del Considerando I.

B.C.R.A.		Referencia Exp. N°100.468/04 Act.	8 94
----------	--	---	---------

2º) Imponer a C.A. ARLABOSSE Y CÍA. S.A. -Agencia de Cambio- y a cada uno de los señores Carlos Alberto ARLABOSSE y Estela Adriana GRZONA la sanción de llamado de atención establecida en el inc. 1 del art. 41 de la Ley 21.526, de Entidades Financieras.

3º) Notifíquese.


WALDO J. M. FARIAS
SUPERINTENDENTE DE
ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIO 04

ter 11

~~TOMADO NOTA PARA DAR CUENTA AL DIRECTORIO~~

Secretaría del Directorio

30 SET 2005

J. C.
NIEVES A. RODRIGUEZ
PROSECRETARIO DEL DIRECTORIO AV