



Banco Central de la República Argentina
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Resolución

Número:

Referencia: TUTASA AR S.A. - 383/1045/18.

VISTO:

I. El presente Sumario en lo Financiero N° 1562, Expediente N° 383/1045/18, dispuesto por Resolución N° 338 del 19.11.2019 de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (fs. 109/110), instruido en los términos del artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 y sus modificatorias, a TUTASA AR S.A. y a diversas personas humanas por su actuación en la misma.

II. El Informe N° 388/114/19 (fs. 99/108), que dio sustento a las imputaciones formuladas consistentes en:

Cargo 1: Intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, sin contar con la previa autorización de este Banco Central, en transgresión a la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, artículo 38°, inciso b), en concordancia con el artículo 1° del citado texto legal.

Cargo 2: Publicidad tendiente a captar recursos del público sin la autorización de este Banco Central, vulnerando lo dispuesto en la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, artículo 19°.

III. Las personas involucradas en el sumario: TUTASA AR S.A., Marcelo Nicolás BARRENECHE PASCALE, Juan Sebastián RUIZ, Sebastián Ariel CARCHIDI, Horacio Pablo LUPPI, Virginia Alicia CUELLO, Nora Lía ANGEL y María Elena DOMÍNGUEZ.

IV. Las notificaciones cursadas (fs. 115/132, 142/146, 149/150 y 321/331), vista conferida (fs. 133), los descargos y escritos presentados y documentación agregada a los mismos (fs. 134/141, 151/318), el Acta de apertura de sobre de fs. 335, el Informe N° 388/03/20 -y sus Anexos (fs. 332/334)-, la presentación de fs. 336/339, la medida para mejor proveer ordenada a fs. 340 y la documentación agregada en consecuencia (fs. 341/358), y

CONSIDERANDO:

I. Que, con carácter previo a la determinación de las responsabilidades individuales, corresponde analizar

las imputaciones de autos, los elementos probatorios que las avalan y la ubicación temporal de los hechos que las motivan.

Con referencia a los cargos imputados, cabe señalar que los hechos que los constituyen fueron descriptos en el Informe N° 388/114/19 (fs. 99/108) citado precedentemente, el cual se tiene por reproducido y se reseñará en sus partes principales.

I.1. Cargo 1: Intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, sin contar con la previa autorización de este Banco Central.

En la pieza acusatoria se indica que mediante el Informe N° 383/1045/18 del 11.05.2018 (fs. 1) la Gerencia de Control informó que tras haberse verificado publicidad de Tutasa AR S.A. en redes sociales y medios gráficos, tendiente a atraer inversores del público en general, a través de la modalidad “*préstamos entre personas, sin bancos*” (fs. 2/6), se efectuó una inspección en el domicilio de la firma, cita en Avenida Belgrano 863, Piso 10° de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Continúa indicándose en el Informe de Cargos que, en oportunidad de la inspección, la comisión actuante fue recibida por el señor Sebastián Carchidi –Director Titular- y la señora María Elena Domínguez - Síndico-, habiéndoles entregado una nota de presentación y el Memorando de Inspección del 20.04.2018, con el detalle de la información y documentación requerida (fs. 9/11). Lo solicitado fue cumplimentado por la sociedad mediante presentaciones del 02.05.2018 (fs. 13, sfs. 3/6) y del 17.07.2018 (fs. 16, sfs. 4), de las que surgen los siguientes elementos de prueba más destacables: (i) descripción de la actividad desarrollada (fs. 13 -sfs. 3/4, punto 1-); (ii) actas de designación de los integrantes del Directorio (fs. 13 -sfs. 12/21-); (iii) Términos y Condiciones que deben aceptar los usuarios de la plataforma web (fs. 13 -fs. 78/111-); (iv) Estatuto Social y su modificación (fs. 13 -sfs. 113/122-); (v) nómina de accionistas, sociedades vinculadas y organigrama del grupo Tutasa (fs. 13 -sfs. 126/128-); (vi) memoria y estados contables al 31.12.2016 -ejercicio irregular N° 1, iniciado el 14.07.2016- (fs. 13 -sfs. 129/139-); (vii) publicidad contratada (fs. 13 -sfs. 140/146-) y (viii) estados contables al 31.12.2017 -ejercicio N° 2- (fs. 16 -sfs. 5/18-).

Asimismo, menciona la instancia acusatoria que la preventora informó que a través del Memorandum N° 2 del 08.08.2018 (fs. 24) y N° 3 del 05.10.2018 (fs. 27) la inspección solicitó elementos adicionales, los que fueron remitidos por la sociedad mediante notas de fechas 16.08.2018 (fs. 26, sfs. 4/5) y 16.10.2018 (fs. 29, sfs. 4/5), con la siguiente documentación: (i) aclaraciones respecto de la actividad desarrollada (fs. 26, sfs. 4, punto 1); (ii) cuadro explicativo del circuito de los fondos “*Flujo de Fondos TuTasa Argentina*” (fs. 26, sfs. 6); (iii) Términos y Condiciones de los usuarios -versión actualizada- (fs. 26, sfs. 7/18); (iv) *pen drive* con video institucional explicativo de la forma de operar de la plataforma (fs. 26, sfs. 19); (v) copia de los extractos bancarios de las cuentas abiertas por la entidad (fs. 29, sfs. 11/44); (vi) mayores contables de las cuentas relacionadas -cuentas del patrimonio en administración- (fs. 29, sfs. 45/52); (vii) balance de sumas y saldos al 31.08.2018 (fs. 29, sfs. 53).

Se señala en el Informe de Cargos que la Gerencia de Control a partir de la documentación e información antes mencionada, realizó un análisis de la operatoria de la firma Tutasa AR S.A., el que fue desarrollado en el Informe N° 383/1427/18 (fs. 36/42) y se describe a continuación:

1. Estatuto Social y actividad declarada por Tutasa AR S.A.: Tal como informó la preventora a fs. 36/37, punto II.a, y surge de las constancias glosadas en autos, la firma de marras fue constituida el 14.07.2016 e inscripta en la Inspección General de Justicia como sociedad anónima con fecha 22.09.2016 (fs. 13, sfs. 113/122). De la lectura del Estatuto Social surge que dentro de su objeto contiene actividades como: “...la administración por cuenta de terceros de negocios financieros, la ejecución de mandatos, comisiones, consignaciones, el asesoramiento, la administración de carteras crediticias... tomar y otorgar préstamos con o sin garantía a corto, mediano o largo plazo...” (fs. 13, sfs. 113 vta.).

De la nota presentada por Tutasa AR S.A. el 02.05.2018, señalada precedentemente, suscripta por el señor

Carchidi (fs. 13, sfs. 3/6), surge que el accionista mayoritario de la sociedad es Tutasa Ltd. (“Tutasa UK”), la que desde el año 2017 opera como plataforma web de *Peer to Peer Lending* (en español préstamo de persona a persona), de acuerdo con las regulaciones de la *Financial Conduct Authority (FCA)* del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

En tal sentido manifestó que Tutasa UK administra una plataforma web con el propósito de “*emparejar*” inversores con tomadores de crédito, permitiendo facilitar la celebración de contratos de préstamo a través de la página www.tutasa.com (y cualquier dominio de nivel superior relacionado). Los inversores pueden ser personas humanas o jurídicas, mientras que los tomadores únicamente pueden ser personas humanas.

Según indica la instancia acusatoria, la firma mencionada designó subsidiarias para operar en las jurisdicciones en que lleva a cabo su actividad, actuando como agente exclusivo en el país Tutasa AR S.A., a los fines de administrar la plataforma web www.tutasa.com.ar y celebrar contratos de préstamo por cuenta y orden de los inversores. Agrega que de las constancias adjuntadas a fs. 13, sfs. 22/27 y 126, se desprende que Tutasa UK fue inscripta como sociedad extranjera en la Inspección General de Justicia el 22.09.2017, en los términos del artículo 123 de la Ley N° 19.550, y al 02.05.2018 poseía el 97,5% del capital social de Tutasa AR S.A.

En la aludida misiva del 02.05.2018 en cuanto a la operatoria desarrollada, la fiscalizada indicó que tanto el inversor como el tomador del crédito deben aceptar los “*Términos y condiciones de uso*”, con lo cual quien invierte a través de la página web instruye a la sociedad a celebrar un contrato bilateral con el tomador bajo las condiciones acordadas, designándola como mandataria para actuar en su nombre, cuenta y orden, en todos los asuntos relativos al origen, negociación, administración y gestión de su contrato de préstamo.

Señaló el representante de la fiscalizada que, siendo los inversores quienes asumirían la totalidad del riesgo de los contratos de préstamo, beneficiándose con los respectivos intereses, no tendrían el carácter de depositantes, indicando que “...*la actividad de la Sociedad no encuadra bajo el concepto de intermediación financiera de la Ley N° 21.526...*” (fs. 13, sfs. 4).

Continuó indicando la fiscalizada que, para invertir en la entidad, el interesado debe crear una “cuenta de inversor” en la página web y ser titular de una cuenta bancaria. Señaló que el inversor debe depositar los fondos vía transferencia (único medio de pago aceptado) para acreditar su billetera *online* y seleccionar el mercado a invertir según su duración -6, 12, 24 y 36 meses-, definir el monto y la tasa de retorno mínima esperada. Por su parte, el solicitante de un préstamo puede cursar el pedido *online* o vía celular, sin acudir a la sucursal (fs. 26, sfs. 4/6 y 19, y fs. 48/49). Indicó asimismo que, a partir de ese momento, la sociedad “*empareja*” las ofertas de inversión con las solicitudes de préstamo, luego de efectuar un análisis de riesgo crediticio automáticamente, en base a la “*inteligencia financiera interna*” y centrales de riesgo (burós de crédito y BCRA). Al efecto, el solicitante recibe una oferta inmediata a determinada tasa de interés y, una vez aceptada la misma, se le transfiere el dinero solicitado.

Sigue describiendo la operatoria manifestando que el pago de la cuota mensual puede realizarse mediante débito automático, transferencia bancaria o en efectivo en la red de cobranzas. Por su parte, el inversor recibirá un pago mensual de capital más intereses, pudiendo retirar o reinvertir los mismos automáticamente en otros préstamos, en cuyo caso puede optar por reinvertir solo capital, interés o ambos, no estando permitido que retire el dinero invertido por anticipado.

Por último, indica que cada deudor contribuye a un “Fondo de Contingencia”, el que permanece bajo custodia de la fiscalizada quien paga al inversor, en caso de incumplimiento, el capital correspondiente a todo el préstamo más las dos primeras cuotas de interés.

2. Instrumentación de las operaciones:

Al respecto el Informe de Cargos indica como necesario resaltar algunos aspectos del modelo de contratación que regula las operaciones de la entidad en el país, bajo el título “*Términos de la Jurisdicción*”

Argentina”, los cuales modifican y complementan los “Términos del Inversor”, que establecen las pautas para el uso de la plataforma y su relación con Tutasa Ltd., así como también los “Términos de uso de la página web y la plataforma” (fs. 13, sfs. 78/111, y fs. 38/40).

A los efectos de que Tutasa AR S.A. pueda celebrar los Acuerdos de Préstamo en nombre, por cuenta e interés de los inversores, los mismos deben aceptar los “Términos de la Jurisdicción Argentina” (fs. 13, sfs. 96, punto 2.3.) otorgando con dicha aceptación un poder especial a la entidad, a los fines de: 1) seleccionar uno o más tomadores de crédito a través de la plataforma y mediante “emparejamiento automático”; 2) celebrar Acuerdos de Préstamo con los tomadores de crédito seleccionados; 3) efectuar los actos tendientes a la cobranza y recupero de préstamos y sus accesorios, incluyendo la posibilidad de gestionar judicial o extrajudicialmente su cobranza; 4) ceder los préstamos a terceros en las condiciones que estime adecuado pactar y 5) efectúe los actos necesarios para el eficaz cumplimiento de su mandato en interés del inversor.

El mencionado poder es irrevocable mientras existan fondos del inversor disponibles en su cuenta no aplicados a un Acuerdo de Préstamo pendiente de cancelación, y puede ser sustituido a favor de Tutasa UK y/o de cualquier sociedad controlada por ella, o de sus subsidiarias y afiliadas en cualquier país del mundo. Asimismo, de lo informado por la entidad y de lo que surge de los “Términos y Condiciones” aplicables en el país, la misma actúa como mandataria de los inversores, quienes asumen el riesgo y se benefician directamente con los intereses (fs. 13, sfs. 96, punto 2.4. y 2.5.).

Continúa señalando el Informe de Cargos que el inversor elige un producto y automáticamente presta su dinero contra ciertos parámetros publicados en la página web, los cuales incluyen el monto invertido, el potencial retorno y plazo de su compromiso. Los productos emparejados se diferencian ofreciendo distintas tasas de retorno -cuanto más altas, mayor resulta el riesgo asumido por el inversionista-.

La aceptación de la oferta de inversión a través de la plataforma crea un “Contrato de Préstamo”, el que constituye una relación contractual directa y separada entre el inversor y el tomador del crédito. El total de dichos contratos forma el “Acuerdo de Préstamo”, celebrado en su nombre por Tutasa AR S.A., actuando como mandataria. De los “Términos Generales para el Otorgamiento de Préstamos” (fs. 13, sfs. 101/102), surge que el tomador de crédito efectúa una solicitud a través de la plataforma, la cual es “emparejada” con una o más ofertas de inversión. Los préstamos quedan instrumentados con su aceptación, y previamente a su desembolso, el solicitante deberá emitir a favor de la sociedad un reconocimiento de deuda que refleje el monto total de los préstamos adeudados a los inversores, los intereses compensatorios, plazo y eventuales intereses moratorios.

Señala el informe acusatorio que los préstamos son desembolsados, neto de gastos, impuestos y comisiones, dentro de los tres días hábiles desde su aceptación, en la cuenta de banco indicada por el tomador del crédito o en la cuenta del proveedor de bienes o servicios que éste indique. El tomador se obliga a su devolución en cuotas mensuales iguales y consecutivas y hará cada pago en pesos mediante transferencia bancaria, redes de cobranzas, tarjeta de débito y débito automático, autorizando a la sociedad a debitar los importes en las fechas de pago, de la cuenta bancaria asociada al CBU indicado en las solicitudes de crédito (fs. 13, sfs. 103).

- Flujo de fondos: Indica el Informe de Cargos que de la cláusula número tres de los “Términos del Inversor” (fs. 13, sfs. 81/82) y del cuadro explicativo del circuito de los fondos (fs. 26, sfs. 6) surge que, para efectuar una oferta de inversión, el interesado debe transferir el dinero desde su cuenta bancaria a su billetera virtual vinculada a la cuenta de Tutasa AR S.A. Dichos fondos son mantenidos por la entidad, en su carácter de mandataria del inversor, en una cuenta bancaria denominada “Cuenta de banco segregada para dinero de los clientes”, que incluye el “Fondo de Contingencia”, y son reflejados en la contabilidad de la firma como “Patrimonio bajo administración”.

Continúa señalando que, una vez acordado el préstamo, el monto es transferido a la cuenta del tomador del crédito. La devolución (pago de cuotas) se realiza mediante transferencias bancarias desde la cuenta

del tomador (banco deudor) a la “Cuenta de banco segregada para dinero de los clientes”, desde la cual se efectúa el “pago de los retornos” y en caso de falta de pago del deudor se utiliza el “Fondo de Contingencia”.

Las comisiones de Tutasa AR S.A. son cobradas a los inversores al recibir los pagos de interés, y a los deudores se las deducen sobre el monto desembolsado. En ambos casos son transferidas desde la “cuenta de banco segregada para dinero de los clientes” a la “cuenta de banco para balance sheet, comisiones y operaciones de TT exclusivamente”.

Seguidamente destaca el Informe de Cargos lo opinado por la Gerencia Principal de Asesoría Legal en el Dictamen N° 201/19 (fs. 43/54) en cuanto a que la actividad de la fiscalizada *“... excede ampliamente el desempeño de una plataforma que conecta potenciales solicitantes de créditos con inversores, es decir, que excede la figura de un mero mediador que se limita a poner en contacto a dos partes para facilitar que concluyan entre sí un contrato de préstamo de dinero... Por el contrario... percibe los fondos de cada prestamista en una cuenta a su nombre y, más allá de mantener registros individualizados o perfeccionar luego la contratación bajo la figura de un mandatario, es la única que conoce tanto a los oferentes como al destinatario del crédito, y define como, a quien se le otorga y con qué fondos...”* (fs. 51, quinto párrafo).

El área jurídica mencionada, consideró asimismo que: *“...si bien puede ser que al perfeccionarlos invoque el mero carácter de apoderado de cada inversor... su mandato es irrevocable y las facultades previstas en el mandato, aunadas a lo anterior y a que administra un fondo de contingencia para el supuesto de que el deudor no pague las cuotas, permiten entender que la actividad de la firma no se reduce a conectar a las partes interesadas en el préstamo (mediación)... Agréguese a esto que el supuesto poder o mandato irrevocable que el inversor otorga a TuTasa Ar tiene lugar en el marco de un contrato de adhesión, lo cual debilita el efecto dispositivo de la supuesta instrucción dada por el mandante, limitado a consentir una fórmula general predispuesta por la sociedad para que ella otorgue, administre y disponga de los préstamos...”* (fs. 51, séptimo párrafo y fs. 52, tercer párrafo).

Asimismo, el Informe de Cargos cita lo mencionado por la preventora en su Informe Presumarial en cuanto a que: *“...Más allá del nomen juris que las partes utilicen en sus negocios jurídicos y por encima del ropaje instrumental al que ellas recurran, es tarea propia e indeclinable del intérprete calificar el vínculo según sus características propias. No importa cuál es la figura legal en que quiera encuadrarse su actuar si lo que la entidad financiera desarrolla es una actividad de intermediación entre la oferta y demanda...”* (fs. 79, cuarto párrafo).

3. Datos contables y monto de las operaciones en infracción:

Seguidamente la instancia acusatoria cita al área técnica en su Informe (fs. 81, punto 3.1.1. (i)) la que manifiesta que, en oportunidad de la inspección efectuada en la entidad, se obtuvieron los Estados Contables correspondientes a los ejercicios cerrados al 31.12.2016 y 31.12.2017 (fs. 13, sfs. 129/139, y fs. 16, sfs. 5/18). Asimismo, agrega que a fs. 29, sfs. 45/53, lucen agregados los “Mayores de Cuentas del Patrimonio Bajo Administración” y el Balance de Sumas y Saldos al 31.08.2018. A la vez, destaca los aspectos más importantes:

Del primer ejercicio contable irregular, iniciado con fecha 14.07.2016 y finalizado el 31.12.2016 se desprende que: *“...en el período considerado la actividad se limitó a realizar las gestiones inherentes a la inscripción de la sociedad ante el organismo de contralor...”* (fs. 13, sfs. 132).

En cuanto al segundo ejercicio contable, finalizado el 31.12.2017, el mismo refleja que la actividad de la firma *“...se limitó a establecer las bases operativas, legales y requisitos de los sistemas para el comienzo de las operaciones. Asimismo, se entablaron relaciones con proveedores de servicios, bancos y se comenzó a gestar la estrategia a ser implementada para la generación de la imagen de marca dentro del mercado argentino...”*, aclarando sobre el particular que: *“...Los estados contables del ejercicio 2017 no muestran resultados ya que todos los gastos incurridos se han considerado gastos de puesta en marcha,*

amortizables en tres ejercicios...” (fs. 16, sfs. 7).

Señala el Informe de Cargos que de lo indicado por la Gerencia de Control a fs. 81 surge que la fiscalizada inició sus operaciones en enero de 2018 y los importes administrados por la misma son reflejados en la contabilidad como “Patrimonio bajo administración” (fs. 29, sfs. 45/52 y fs. 30).

Indica a la vez la inspección que, a los efectos de establecer un monto infraccional con los elementos obtenidos, se compulsó la partida que infiere una captación de recursos en comparación con su colocación, habiendo computado la menor, con el fin de tener el mayor grado de certeza respecto del monto involucrado en el circuito de toma de fondos de terceros colocados. A partir del análisis de los mayores contables de cuentas relacionadas con la operatoria, se obtuvieron los volúmenes operados al 31.08.2018, fecha de corte de la última documentación contable aportada, surgiendo un total de inversores -depósitos- de \$ 4.938.179 y un total de tomadores -desembolsos- de \$ 4.338.718, remitiendo al detalle obrante en el cuadro de fs. 104, en honor a la brevedad.

Por lo expuesto, el área técnica consideró como monto infraccional total la suma de \$ 4.338.718 que corresponde al total de fondos colocados.

De lo hasta aquí manifestado respecto de este Cargo, como así también de la documentación que sustenta los hechos descriptos, la instancia acusatoria concluyó que la fiscalizada Tutasa AR S.A., habría desarrollado una operatoria de intermediación financiera no autorizada, atento a haberse propuesto al público para desempeñarse en forma habitual como organizador profesional y remunerado de la oferta y demanda de recursos financieros, vulnerando las disposiciones normativas en el marco de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526.

I.1.1. Periodo infraccional:

El Informe de Cargos indica a fs. 105, inciso b), que los hechos cuestionados se habrían verificado a partir del 01.01.2018 -fecha de inicio de la operatoria de otorgamiento de préstamos- hasta el 31.08.2018 -fecha de las últimas operaciones detalladas en los “Mayores de Cuentas del patrimonio Bajo Administración”- (fs. 29, sfs. 46/52 y fs. 89/90, punto 1).

I.1.2. Encuadramiento normativo:

El informe acusatorio a fs. 105, inciso c), señala que en el caso se transgrede la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, artículo 38°, inciso b), en concordancia con el artículo 1° del citado texto legal.

Asimismo, respecto del encuadramiento de la infracción en el marco del Texto Ordenado denominado “*Régimen disciplinario a cargo del BCRA, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias*” (en adelante, el “Régimen Disciplinario” o “RD”), la acusación alude al Informe N° 383/1133/19 del 27.08.2019 (fs. 80 -punto iv-), donde el área preventora señala que el incumplimiento se encuentra individualizado en la Sección 9, punto 9.1.2. del RD (“*Realización de operaciones que implican intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros sin la previa autorización del BCRA*”), el que por sus características se encuentra catalogado como de gravedad “Muy Alta”. A la vez, el referido informe (fs. 85, punto 4) calificó el incumplimiento con una puntuación provisoria “5”.

I.2. Cargo 2: Publicidad tendiente a captar recursos del público sin la autorización de este Banco Central.

Informa la instancia acusatoria que en el marco de los hechos analizados en el Cargo 1, según da cuenta el área preventora en el Informe N° 383/1133/19 (fs. 81/82, ii) la operatoria realizada por la fiscalizada implicaba dos aristas, a través de acciones tendientes a captar recursos del público en general y a la vez intermediar sin autorización del Banco Central.

El área de origen informa asimismo que la prohibición contenida en el artículo 19 de la LEF, conforme el cual “...*Queda prohibida toda publicidad o acción tendiente a captar recursos del público por parte de*

personas o entidades no autorizadas...” es el aspecto en que radica el riesgo de la operatoria desarrollada por la plataforma de Tutasa AR S.A., por ser un medio de información, publicidad y comunicación en línea que permite tomar fondos de inversores.

Acerca de ello, destaca la instancia acusatoria que por nota presentada ante este Banco Central el 02.05.2018 (fs. 13, sfs. 5/6) el señor Sebastián Carchidi, en su carácter de Director de la fiscalizada, informó que la difusión y publicidad de la actividad se efectúa por medios digitales, acompañando copia de las publicaciones realizadas en medios de prensa digitales, que lucen agregadas a fs. 13, sfs. 140/146. A la vez, aclaró que, respecto a los tomadores de crédito en particular, la difusión de la actividad de la sociedad se efectúa principalmente a través del sitio web, que es de acceso público y, en menor medida, mediante “Google Ads” y redes sociales adjuntando un ejemplo de *banner* a fs. 13, sfs. 146.

En el Informe de Cargos se indica que a fs. 41 la Gerencia de Control señaló que en los ejemplos publicitarios aportados se describe a la entidad como una empresa de las denominadas “*fintech*”, que ofrece una plataforma electrónica conocida en Argentina e internacionalmente como *peer to peer lending* (en español préstamo de persona a persona), la cual esperaba terminar el año 2018 con un total de 5.000 inversores, los que podrían operar en múltiples países con una sola cuenta de Tutasa, aclarando que la firma creó un Fondo de Contingencia para salvaguardar el capital invertido ante un eventual incumplimiento de los solicitantes de préstamos (fs. 13, sfs. 140/141).

Asimismo, la acusación repara en la información que surge de la publicidad digital gráfica efectuada por la firma en “*ambito.com*”, en donde se describen los beneficios para el inversor, y se expresaba que: “*Aquellos que decidan utilizar a TuTasa como herramienta de inversión solo tienen que definir monto, plazo y tasa de retorno. Cualquiera la puede usar, no se requiere experiencia financiera, lo cual la hace una opción atractiva para todo el público... La plataforma incluye una sección de estadísticas en la que cada inversor podrá observar el desempeño de su cartera en tiempo real*”. “*Dentro del mercado creciente de las fintech, TuTasa se destaca por ofrecer buenos retornos a los inversores y acceso a créditos con tasas bajas para los solicitantes...*” (fs. 13, sfs. 140 y 142).

De las constancias de publicidad agregadas a fs. 13 -sfs. 144 y 146- por la empresa, las que según ella estarían dirigidas a los tomadores de créditos, se observan frases tendientes a captar recursos del público, tales como: “*La fintech inglesa TuTasa permite invertir en personas online.*”, “*La fintech inglesa TuTasa facilitará a inversores prestar U\$S 20M en Argentina*”, “*¿Cómo Prestar en TuTasa.com.ar? Puedes registrarte y comenzar a ganar dinero aquí...*”, “*...Invertí Online en Argentina. Retornos hasta 45%...*”, “*...Préstamos entre personas, sin bancos...*”.

El Informe de Cargos cita, respecto a lo hasta aquí desarrollado, lo opinado por la Gerencia Principal de Asesoría Legal, quien a través del ya mencionado Dictamen N° 201/19 (fs. 53, primer párrafo) expresó que: “*...realizar publicidad o acción tendiente a captar recursos del público es una figura autónoma a los efectos de una eventual sanción administrativa, en los términos del Art. 19 LEF...*”.

Concluye la acusación que, en virtud de los hechos expuestos y considerando las constancias obrantes en autos, Tutasa AR S.A. habría efectuado publicidad tendiente a la captación de ahorros del público en general, siendo una acción sólo permitida para las entidades financieras autorizadas por este BCRA conforme lo establecido por la Ley N° 21.526 en su artículo 19°.

I.2.1. Período infraccional:

La irregularidad descripta en el Cargo se habría verificado desde el 27.04.2018, considerando la fecha más antigua de las publicidades observadas (fs. 13, sfs. 140/146), hasta el 05.10.2018, fecha de la última visita de la inspección -fs. 27 y fs. 82 (iii)-, conforme lo indicado por la instancia acusatoria a fs. 106, inc. b).

I.2.2. Encuadramiento normativo:

La misma instancia indicó a fs. 106, inciso c), y 107, que los hechos descriptos importan el

incumplimiento de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, artículo 19°.

Asimismo, respecto del encuadramiento de esta infracción en el marco del Régimen Disciplinario, la instancia acusatoria alude al Informe N° 383/1133/19 del 27.08.2019 (fs. 80, punto iv), en el cual el área preventora señala que el incumplimiento es asimilable al individualizado en la Sección 9, punto 9.21.2. del RD (actual 9.22.2., conf. Com. “A” 7352), el que por sus características reviste gravedad “Alta”. A la vez, en el referido informe el área técnica calificó el incumplimiento con una puntuación provisoria “5” (fs. 85, punto 4, último párrafo).

II. Presentación de descargos:

Efectuado el relato de los hechos que configuran cada uno de los cargos imputados, procede exponer los argumentos defensivos esgrimidos mediante la presentación realizada por la totalidad de los sumariados a fs. 151/171, la ratificación de fs. 314/318 efectuada por el señor Marcelo Nicolás Barreneche Pascale y el escrito presentado a fs. 336/339.

II.1. La defensa indica a fs. 152, ap. 2.9., que en el Dictamen N° 201/19 en el que se basa la imputación se emplean argumentos contradictorios basados en un análisis superficial de la operatoria de la compañía, considerando que su actividad quedaba comprendida en el ámbito de los artículos 1 y 38 de la Ley de Entidades Financieras.

Alega que los cargos formulados son improcedentes, arbitrarios y desproporcionados. Que el BCRA conoció desde el inicio la operatoria desarrollada por la empresa y nunca planteó objeciones a la misma. A la vez, señala que la actividad de la compañía carece de regulación específica, encontrándose trabajando tanto el BCRA, como las empresas del sector y la CNV, en un marco regulatorio que quedará bajo la órbita de esta última (fs. 152 vta., ptos. 2.14 y 2.15).

En ese sentido manifiesta que el BCRA sabía que la compañía utilizaba la figura del mandato y consensuó con los representantes de ésta la estructura de dicha operatoria, la cual también fue puesta en conocimiento de la CNV, no habiendo planteado ninguno de estos entes objeción a la misma (fs. 152 vta., pto. 3.2., y fs. 153 pto. 3.3.).

Continúa indicando la defensa que en el año 2017 no existía un marco regulatorio de la actividad de la compañía, y que hubo claras manifestaciones del Gobierno Nacional en apoyo a este tipo de plataformas, con el fin de facilitar la inclusión financiera de los sectores de la sociedad más vulnerables y marginados (fs. 153, pto. 3.4.). En ese orden acompaña en Anexo 2 diversos comunicados de prensa (fs. 197/205).

En el marco de ese alegado vacío regulatorio, la defensa destaca que la Ley de Entidades Financieras no prevé un concepto expreso y taxativo de intermediación financiera y las distintas Comunicaciones emanadas del BCRA no prevén ningún tipo de regulación en materia de plataformas de financiamiento colectivo crediticio -*crowlending*- (fs. 153, pto. 3.5).

Señala que en el mes de abril de 2017 se sancionó la Ley N° 27.349 de “Apoyo al Capital Emprendedor” que reguló las plataformas de financiamiento colectivo, sólo para el financiamiento de proyectos a través de aportes de capital, no así para préstamos, cuya autoridad regulatoria es la CNV (fs. 153, pto. 3.6).

En ese contexto el BCRA y la CNV crearon la Mesa de Innovación Financiera y el Grupo de Trabajo Fintech, respectivamente, sin perjuicio de los cuales no se emitieron resoluciones o comunicaciones que regulen la actividad de *crowlending* (fs. 153, *in fine*). Al respecto adjunta como Anexo 3 comunicados de prensa de ambos organismos en los cuales surge la conformación de esos foros de análisis (fs. 206/212).

Ante la incertidumbre regulatoria, a los fines de contar con seguridad jurídica a la hora de desarrollar la actividad, previo al lanzamiento de la plataforma en la Argentina, lo que ocurrió en enero de 2018, y con posterioridad, la defensa señala que sus mandantes mantuvieron varias reuniones con representantes del BCRA y la CNV a los fines de ponerlos en conocimiento del modelo de negocio y conocer el punto de

vista del regulador respecto de la plataforma (fs. 153 vta., pto. 3.8).

Así, realiza una cronología de las distintas reuniones que habrían mantenido con los funcionarios de ambos Entes, desarrolladas entre los meses de octubre de 2017 y agosto de 2018, a la que cabe remitirse *brevitatis causae* (fs. 153 vta./154, punto 3.9). Acompaña al descargo copia de los correos electrónicos como prueba del intercambio para agendar tales reuniones (Anexo 4, fs. 213/223) y señala que las mismas evidencian que se generó una mesa de trabajo a los fines de conocer en detalle la actividad y regularla adecuadamente (fs. 154, pto. 3.10).

Alega que, como consecuencia de la mesa de trabajo generada entre la compañía, el BCRA y la CNV, el 11.05.2018 se sancionó la Ley N° 27.440 de “Financiamiento Productivo”, la que en su artículo 207 dispuso que la CNV sería la autoridad de aplicación, control, fiscalización y reglamentación, pudiendo regular modalidades de negocios distintos a los contemplados en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor. Es por ello que el entendimiento de la compañía fue que, de existir una regulación, la misma estaría a cargo de la fiscalización y control de la CNV (fs. 154, ptos. 3.11. y 3.12).

Continúa señalando que en ese marco, el 03.06.2019 se lanzó el Grupo de Trabajo *Fintech* en conjunto con la Cámara Argentina de *Fintech*, de la que la Compañía es miembro -ver Anexo 5, fs. 224/225-, la CNV y el BCRA, entre otros organismos del Gobierno Nacional, creándose en el seno de dicho grupo la Comisión *Peer to Peer Lending*, a los fines de analizar alternativas de regulación (fs. 154, ptos. 3.13 y 3.14). Aporta como elemento de prueba el comunicado de prensa de fs. 206/212 -Anexo 3- y la presentación elaborada por la CNV -Anexo 6-A, fs. 226/248-.

Manifiesta la defensa que en la Comisión aludida precedentemente, entre los meses de junio a noviembre de 2019, se llevaron a cabo distintos espacios de trabajo con la CNV, en los que se emitieron: (i) un documento de trabajo que indicó los lineamientos para la elaboración de una norma regulatoria de las plataformas de financiamiento colectivo crediticio, del que surge la competencia de la CNV para el control de las entidades que las administren -Anexo 6-B, fs. 249/269-; y (ii) un primer documento borrador con una propuesta de regulación de la actividad, el que manifiesta que se encuentra bajo análisis y estudio de los integrantes del Grupo de Trabajo *Fintech* -Anexo 7, fs. 270/286- (fs. 154 vta., punto 3.15).

Sostiene que, de todo lo detallado surge con claridad que “...*el BCRA resultaría incompetente para regular la actividad de la Compañía y tenía total conocimiento de dicha circunstancia... estuvo al tanto de la estructura de la operatoria, en particular, del funcionamiento de la Plataforma a través de mandatos de inversión y la creación de un fondo de contingencia ante eventuales incumplimientos de los tomadores.*” (fs. 154 vta., pto. 3.16).

Continúa indicando la defensa que el mismo inspector del BCRA que ordenó instruir las actuaciones presumariales participó en algunas de las reuniones citadas *supra* y tuvo “...*un alto nivel de involucramiento en el proceso de inspección del BCRA que tuvo lugar entre abril y agosto de 2019.*” (fs. 154 vta., *in fine*).

En ese sentido, señala que el 14.08.2019 dicho funcionario remitió a la compañía la nota de intimación de fs. 57 apuntando que debía incorporar en su página web una leyenda que indicara que Tutasa AR S.A. no era una entidad regulada por este Ente Rector y que no contaba con la garantía de la Ley 24.485, advirtiéndose en dicha misiva que, en caso de no dar cumplimiento a lo requerido, debía cesar de manera inmediata toda acción de captación de recursos del público (fs. 155, pto. 3.18).

La defensa alega que el 16.08.2019 la compañía contestó esa intimación, mediante correo electrónico (fs. 64), adjuntando constancias de haber cumplido con lo requerido, oportunidad en la que también manifestó, entre otras cosas, que Tutasa AR S.A. “...*dejará de operar Peer to Peer Lending en Argentina a partir de Octubre de 2019...*” enfocándose en prestar capital propio (fs. 155, ptos. 3.19 y 3.20).

II.1.1. A modo de corolario de estos primeros planteos, la defensa resalta que el BCRA conocía con

exactitud la operatoria y no planteó objeciones a la estructura propuesta por la compañía. Señala que la intimación del BCRA del 14.08.2019 ordenó incluir una leyenda en la página web pero no puso en duda la realización de actividades de intermediación financiera de la compañía. En ese aspecto agrega que resulta “...*incuestionable el arbitrario, ilógico y sorpresivo cambio de criterio del BCRA...*”, destacando que el mismo inspector que inició las actuaciones presumariales participó de las reuniones mantenidas con la compañía, no planteó objeción alguna y formó parte del Grupo de Trabajo *Fintech* de la CNV (fs. 155 pto. 3.21, inciso a, y 156 incisos f y g).

Destaca que, de existir una regulación en la materia, la misma debería emanar de la CNV. Así, indica que el borrador del proyecto de regulación de la actividad por parte de dicho organismo, citado previamente, define a las Plataformas de Financiamiento Colectivo Crediticio señalando que “...*son fidecomisos u otras estructuras o vehículos autorizados por la Comisión que tienen por objeto vincular a través de una página de internet o aplicaciones móviles a personas interesadas en tomar préstamos con personas interesadas en invertir en ellos...*” (fs. 155 vta., pto. 3.21, incisos b y c).

En ese aspecto plantea que, en similares situaciones, este Ente Rector ha sostenido que cuando la vocación regulatoria corresponde a otro organismo la actividad queda fuera del alcance de su jurisdicción, tal como es el caso de las asociaciones mutuales, citando lo resuelto al respecto en el Sumario Financiero N° 1011, Resol. 75/19 (fs. 155 vta., inciso d).

Pone de resalto que la compañía obró diligentemente y colaboró con el BCRA y la CNV para lograr un marco regulatorio de la actividad (fs. 156, inciso e).

En ese contexto alega que admitir las imputaciones de este sumario sería aceptar que los negocios se lleven a cabo en un marco de inseguridad jurídica “...*inadmisibles en un Estado de Derecho...*”. A la vez sostiene que la imputación deviene abstracta porque, como señaló, la empresa informó al BCRA mediante el correo electrónico del 16.08.2019 que comenzaría a operar con capital propio (fs. 156, incisos h. e i.).

II.2. Seguidamente la defensa plantea que mediante el inicio de estas actuaciones el BCRA violó la confianza legítima de la compañía, toda vez que tuvo conocimiento en todo momento de la operatoria de la misma y en las reuniones previas al lanzamiento de la plataforma y con posterioridad a ello, nunca planteó objeciones. Que ha participado en los grupos de trabajo creados en el ámbito de la CNV, no pudiendo negar su conocimiento al proyecto de resolución elaborado y la consecuente falta de competencia para regular las plataformas de financiamiento crediticio (fs. 156 vta./157, incisos 3.25 y 3.26).

En ese sentido señala que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que la doctrina de la confianza legítima en la Administración es una derivación necesaria e inmediata del principio general de la buena fe, enumerando al efecto una serie de fallos -255:216; 279:350; 290:216; 297:236, entre otros-. Al respecto concluye que las conductas del BCRA, como de la CNV, generaron el claro entendimiento de la compañía respecto tanto de la licitud de su actividad, como de la voluntad de cooperar entre tales organismos y los distintos actores del sector para generar un marco normativo aplicable y a cargo de la fiscalización de la CNV (fs. 157, incisos 3.28 y 3.29).

Así manifiesta que la iniciación de estas actuaciones implica una violación a la confianza legítima depositada por la compañía en este BCRA, por lo que toda interpretación diferente sería contraria a la seguridad jurídica y “...*se traduce en un estado de incertidumbre acerca de los efectos jurídicos futuros de los actos...*”, a la vez que contradice abiertamente la política de apoyo a las *Fintech* expresada por el Gobierno Nacional (fs. 157 y vta., incisos 3.30 a 3.34).

II.3. Continúa el descargo planteando la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, alegando que la jurisprudencia, los dictámenes de la PTN y los fallos de la CSJN han resuelto que en la consideración de las sanciones administrativas corresponde la aplicación de los principios que emanan del Código Penal, citando en los puntos 3.38 a 3.40 de fs. 158 distintos ejemplos de lo invocado (fs. 157 vta. a 158, ap. C).

En el mismo sentido, señala que también la doctrina es coincidente en sostener que el derecho penal administrativo no configura una disciplina autónoma. Así, sostiene que en la sustanciación y juzgamiento de este sumario deben analizarse en particular los principios generales del derecho penal que se mencionarán a continuación, haciéndose una referencia sucinta de los argumentos presentados en cada caso (fs. 158, ptos. 3.41 y 3.42).

En cuanto al principio de legalidad, sostiene la defensa que el presente sumario se ha instruido vulnerándolo toda vez que las apreciaciones de la Formulación de Cargos no tienen sustento legal y están basadas en un criterio puramente subjetivo y arbitrario, con una total ausencia de argumentos para encuadrar la conducta de la compañía al tipo supuestamente violado. Así, alega que no se llevó a cabo ningún acto ilícito, sino que por el contrario la empresa colaboró activamente en la creación de un marco regulatorio de la actividad (fs. 158 vta. a 159, puntos 3.43 a 3.48).

En lo que respecta al principio de tipicidad, que exige que las conductas punibles se encuentren descriptas en una norma legal, la defensa considera que la Formulación de Cargos efectuó un análisis superficial de la operatoria de la compañía, sin considerar los antecedentes y documentación aportada durante la inspección que demuestran, a su criterio, que la misma no queda alcanzada por la LEF (fs. 159, pto. 3.49 a 3.52).

Con relación al principio del debido proceso y defensa en juicio, señala la defensa que la acusación se basó en consideraciones poco claras y arbitrarias, basándose en una interpretación de la norma presuntamente infringida, sin realizar un análisis global y completo de la normativa vigente, de la conducta desplegada por la Compañía y de la incertidumbre regulatoria imperante y “...*soslayando todos los elementos de prueba aportados por la Compañía para una acabada comprensión de su actividad.*”. Asimismo, respecto de los directores y síndicos sostiene que la Formulación de Cargos no indica ninguna conducta específica imputable a los mismos, ni consideró su actuación al caso concreto, vulnerándose el derecho de defensa en juicio consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Constitución Nacional (fs. 159 vta., ptos. 3.53 a 3.58).

Respecto al principio de reserva señala la defensa que no se admite en nuestro derecho positivo una conducta considerada punible que no afecte un bien jurídico. Así sostiene que el BCRA sólo indicó que la operatoria de la compañía afectó todo el espectro de la política monetaria y crediticia, sin establecer concretamente el perjuicio real que presuntamente se ocasionó, lo que se ve agravado por el hecho de haber cesado en las actividades. Pone de resalto que es necesario al menos “...*que se acredite la posibilidad de que se produzca el daño meramente potencial que las normas pretenden evitar...*”, habiendo procurado la compañía en todo momento la protección de los usuarios de la Plataforma, manteniendo una conducta intachable que fue soslayada por el BCRA. En ese sentido solicita la defensa que, en caso de aplicarse sanción, dichas circunstancias sean tenidas en cuenta y se considere la sanción menos gravosa (fs. 159 vta./160, ptos. 3.59 a 3.66).

II.4. En lo que respecta específicamente al Cargo 1, la defensa señala que no existe ningún elemento que permita subsumir la actividad de la compañía bajo el concepto de intermediación financiera de la LEF (fs. 160 vta., punto 4.2).

Sostiene que para que exista intermediación financiera es necesario que se genere un doble acto, por un lado, un contrato de depósito entre el colocador de los fondos y el intermediador financiero y, por el otro, un contrato de préstamo entre este último y el tomador de los fondos, alegando que no se dan en el caso ninguno de los elementos requeridos por la doctrina y la jurisprudencia para la configuración de la intermediación financiera (fs. 161, ptos. 4.7 a 4.10).

En efecto explica la defensa que la operatoria de la compañía consistía en administrar una plataforma web con el propósito de emparejar inversores con tomadores de crédito para facilitar la celebración de contratos de préstamo, los que eran ejecutados por Tutasa AR S.A. en nombre y por cuenta y en interés de los inversores (fs. 161 y vta., ptos. 4.11 a 4.13).

A la vez indica que cada inversor y cada tomador debían aceptar los términos y condiciones de uso. En ese marco el inversor designaba a la compañía como su mandataria exclusiva, la que instrumentaba préstamos con los tomadores conforme las instrucciones y términos acordados con sus mandantes, valiéndose para ello de la plataforma. (fs. 161 vta., ptos. 4.15/4.17).

Los inversores asumían la totalidad del riesgo de dichos contratos y no asumían el carácter de depositantes de los fondos en la compañía dado que ésta no les aseguraba una renta fija ni tenía la disponibilidad de dichos fondos (fs. 161 vta., pto. 4.18).

Continúa señalando la defensa que, como previsión para incumplimientos, la compañía retenía de cada préstamo un monto para constituir un Fondo de Contingencia por cuenta y orden de los tomadores, los que eran mantenidos en una subcuenta en el rubro “Patrimonio bajo Administración” que reflejaba todos los activos y pasivos de terceros -adjunta como Anexo 8 copia de los estados contables al 31.12.18, fs. 287/304- (fs. 161 vta./162, pto. 4.19).

Explica que, en caso de mora de un tomador, la compañía podía utilizar el Fondo de Contingencia para abonar las sumas adeudadas al inversor, quien aceptaba que todo derecho que tenía contra el tomador relativo a dicho pago quedaba inmediatamente cedido a favor de dicho Fondo. En caso de insolvencia o cese de actividades de la compañía, luego de abonar a los inversores, el saldo del Fondo de Contingencia sería distribuido entre los tomadores a prorrata (fs. 162, ptos. 4.20 a 4.21).

Señala en consecuencia que la actividad de la compañía no constituye intermediación financiera toda vez que el riesgo era asumido por los inversores, los que quedaban vinculados con los tomadores mediante el contrato de préstamo, limitándose la compañía al rol de mera mediadora, percibiendo una comisión de los inversores y los tomadores por la utilización de la plataforma (fs. 162, pto. 4.22).

II.5. Seguidamente la defensa alega que el Dictamen N° 201/19 en el que se basa la imputación, “... *incurre en severas contradicciones y un erróneo análisis de la realidad económica de la operatoria de la Compañía.*” (fs. 162, pto. 4.23 y 4.24).

Expresamente manifiesta que en el dictamen aludido se señala que el BCRA debió expedirse en otras ocasiones sobre plataformas digitales similares y que en esas oportunidades resolvió que dicha actividad no quedaba subsumida bajo el concepto de intermediación financiera, a la vez que afirmó que, en principio, la actividad de las plataformas informáticas destinadas a que demandantes y oferentes de recursos financieros entren en contacto, no conlleva en sí misma el desarrollo de intermediación financiera, siendo más apropiado calificarla como de mera mediación (fs. 162 vta., pto. 4.25).

Continúa alegando que, no obstante lo expuesto *supra*, en el dictamen se “... *consideró que la actividad de la Compañía quedaba comprendida bajo el concepto de intermediación financiera...*” sobre la base de un erróneo análisis de la realidad económica del negocio, por lo que la defensa alude a los elementos tenidos en cuenta por la Asesoría Legal a los fines de intentar desvirtuarlos (fs. 162 vta., pto. 4.26).

Primero se refiere a la afirmación de que quien realiza el emparejamiento es Tutasa AR S.A. y que nada permite sostener que oferentes y prestatarios lleguen a contactarse o siquiera conocer sus datos.

Al respecto sostiene que, conforme surge de los “Términos y Condiciones del tomador” (v. fs. 13, sfs. 112) la compañía ponía a disposición de los intervinientes la información relevante de su contraparte, pudiendo en todo momento acceder a dicha información, conteniendo el contrato -cuya copia era puesta a su alcance- un anexo que preveía la inclusión de los datos del inversor, el monto prestado y cuál fue la oferta de inversión. Asimismo, podían conocer la trazabilidad completa de los fondos si así lo solicitaban. Alega la defensa que, aún cuando no se conocieran entre sí personalmente, ello no desvirtúa el carácter de mandatario de la compañía, en tanto los inversores no depositaban los fondos en la misma, el riesgo era asumido por éstos, y ambos intervinientes quedaban vinculados por un contrato de préstamo (fs. 162 vta./163, ptos. 4.27/4.30).

En segundo término, la defensa sostiene que es falsa la afirmación realizada en el dictamen cuando señala que Tutasa AR S.A. es la que gestiona los avatares del contrato de préstamo, debiendo otorgársele un mandato irrevocable, no previendo ninguna facultad a favor del inversor.

En ese sentido alega que la compañía no podía definir a su plena discreción cómo y a quién se le otorgaría el préstamo, sino que debía ajustarse a los parámetros indicados por el inversor, conforme surge del punto 4.1 de los “Términos y Condiciones del Inversor (agregados a fs. 13, sfs. 82/83). Agrega que los fondos que se acreditaban en la cuenta del tomador una vez aceptada la oferta de inversión, no podían exceder el límite de monto, tasa y plazo indicados por el inversor, y se transferían de una cuenta individualizada y segregada respecto del resto del patrimonio de la compañía (conf. balance de sumas y saldos al 31.12.18, fs. 29, sfs. 53). A la vez, los inversores podían visualizar la *performance* de la cartera en tiempo real, y analizar el riesgo de su inversión y, en su caso, optar por no realizar ofertas de inversión o demandar un retorno mayor (fs. 163 y vta., ptos. 4.31 a 4.35).

Continúa, en tercer orden, refiriendo que es falso lo afirmado en el dictamen relativo a que Tutasa AR S.A. retiene una porción de los montos invertidos para constituir un fondo común que administra, lo que lleva a que parte de los aportes del total de los inversores sea empleada por la compañía para cancelar el capital correspondiente a todo el préstamo más las dos primeras cuotas de interés de los préstamos impagos.

La defensa señala al respecto que a fs. 13, sfs. 4, quedó acreditado que la compañía retenía dichos fondos por cuenta y orden del tomador como una porción del préstamo recibido, no existía retención de fondos del inversor. Ello asimismo surgiría de fs. 13, sfs. 86, donde se detalla la operatoria del Fondo de Contingencia aludiendo, entre otras cosas, que el mismo será financiado por cada tomador de crédito. Concluye que dicho Fondo “...se manejaba y operaba por instrucción de los Tomadores a la Compañía, y funcionaba como protección del Inversor ante una eventual mora.” (fs. 163 vta./164 vta., puntos 4.36/4.41).

Por último, con respecto a la afirmación de que el poder otorgado por el inversor a Tutasa AR S.A. es efectuado mediante un contrato de adhesión que debilita el efecto dispositivo de dicha instrucción, limitando al mandante a consentir una fórmula general predispuesta por la compañía, la defensa alega que dicha clase de contrato no anula la voluntad del contratante y es absolutamente válido, en la medida que cumpla con los requisitos exigidos por el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 985.

Sostiene que dichos requisitos se encontraban cumplidos en su totalidad en el contrato de préstamo entre el inversor y el tomador, careciendo la compañía de discrecionalidad para ejercer el mandato otorgado por el inversor, quien era el que determinaba el monto, plazo y tasa de retorno de su inversión, asumiendo directamente el riesgo de la misma, sin ocupar el rol de depositante respecto de la compañía, según surge de fs. 17/18. (fs. 164 vta./165, puntos 4.42/4.46).

De todo lo volcado en este considerando la defensa concluye que este BCRA ha realizado un análisis superficial de la operatoria de la Plataforma, siendo la compañía un mero mediador entre el inversor - quien no asumía el carácter de depositante- y el tomador del crédito, los cuales quedaban directamente vinculados mediante el contrato de préstamo (fs. 165, ptos. 4.47/ 4.48).

II.6. Con respecto a la imputación contenida en el Cargo 2, la defensa sostiene que este BCRA efectúa una interpretación errónea de lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Entidades Financieras, indicando que ésta no define qué se entiende por captación de recursos del público (fs. 165, ptos. 4.49 a 4.51) y que la disposición citada refiere a personas o entidades no autorizadas (fs. 165 y vta., ptos. 4.52 y 4.53).

En el primer aspecto alude a la doctrina y la jurisprudencia que sostiene que la captación de ahorros es aquella realizada en nombre propio (por sí y por cuenta y riesgo del captador), ahorros que posteriormente son destinados al otorgamiento de préstamos a terceros. En cuanto a la segunda cuestión señala que la

norma refiere a aquellas personas o entidades que requieran autorización del BCRA para desarrollar la actividad regulada bajo la LEF, es decir para llevar a cabo actividades de intermediación financiera.

Así, la defensa señala que en el caso no se configura ni la captación de ahorros, ni se trata de personas o entidades no autorizadas por la LEF, por lo que la infracción no se concreta. Sostiene en efecto que la actividad de la compañía no implicó la captación de fondos de terceros, en nombre propio y por su cuenta y riesgo, limitándose a una mera mediación, por lo que percibe una comisión de los intervinientes en la operatoria. Que una vez realizado el “emparejamiento” por la plataforma queda configurado un contrato bilateral que vincula a inversor y tomador, ajustado a los parámetros de la oferta de inversión, no corriendo la compañía con el riesgo del otorgamiento de préstamos, el que corría por cuenta del inversor (fs. 165 vta./166, ptos. 4.54 a 4.57).

Alega que de todo ello resulta evidente que, si la actividad de la compañía no queda subsumida en los tipos legales comprendidos por la norma, no hay infracción posible bajo el artículo 19 de la LEF.

Asimismo señala que la presunta autonomía de dicho artículo carece de sentido, atento a que la Ley de Entidades Financieras es un sistema normativo que debe ser interpretado armónicamente conforme a su finalidad. Indica que es el propio BCRA el que ratificó que la publicidad captada por el artículo 19 no puede entenderse como un concepto autónomo al de intermediación financiera, citando a tal fin consideraciones efectuadas en la Resolución SEFyC N° 206/19 dictada en el marco del Sumario Financiero N° 1540 (fs. 166, ptos. 4.58 a 4.61).

En efecto la defensa destaca que en el sumario mencionado *supra* -1540- el BCRA señaló que la existencia de publicidad solo agravaría la situación de los sujetos involucrados, es decir que no constituye una infracción en sí misma, sino que funciona como un mero agravante, no como un delito autónomo (fs. 166 vta., ptos. 4.62 y 4.64).

Concluye señalando que: “...*la actividad de la Compañía no queda subsumida bajo los tipos legales contemplados en el artículo 19 de la LEF. Por lo tanto, las publicidades realizadas no quedan alcanzadas por la prohibición prevista en dicha norma y, por ende, el Cargo II resulta absolutamente improcedente.*”. En ese sentido destaca que cuando la actuación es por cuenta ajena no se configura la captación de fondos contemplada en dicho artículo, el cual no es autónomo, previendo el artículo 310 *in fine* del Código Penal la publicidad como un agravante del delito de intermediación financiera no autorizada, en línea con el espíritu de la LEF. (fs. 166 vta., pto. 4.64/4.67).

II.7. Seguidamente la defensa realiza distintos cuestionamientos enderezados a negar la responsabilidad de los miembros del Directorio de Tutasa AR S.A. involucrados en el sumario.

En cuanto a la responsabilidad de los mismos, alega que el artículo 59 de la Ley General de Sociedades exige a los directores obrar como un buen hombre de negocios y en línea con el artículo 274 de dicho cuerpo legal, las obligaciones de los administradores sociales se limitan a obrar conforme a los deberes legales y estatutarios, debiendo las autoridades administrativas juzgar las conductas de los mismos, no imputarles indiscriminadamente infracciones (fs. 167, pto. 4.68/ 4.69).

Argumenta la defensa que la primera objeción a los cargos formulados consiste en la “...*incompetencia del BCRA para juzgar conductas a la luz del artículo 59 de la Ley de Sociedades. Ello es de competencia exclusiva de los jueces, y está sustraído de las atribuciones de cualquier organismo de la Administración Pública.*” (fs. 167, pto. 4.70).

Continúa manifestando que cuando un organismo público pretende aplicar sanciones sólo debe proponer el encuadre del hecho en la tipicidad sancionatoria, pero si tiene una imputación que hacer “...*debe concurrir como cualquier otro administrado a la jurisdicción judicial.*” (fs. 167 vta., pto. 4.71).

Agrega que a la falta de competencia se suma que el BCRA no ha provisto ningún fundamento fáctico de la violación supuestamente cometida por los directores de la compañía. Éstos, a juicio de la defensa,

habrían obrado como buenos hombres de negocios, poniendo todos los medios a su alcance para mantener el actuar de la compañía dentro de un marco de legalidad, trabajando activamente, como se expusiera, para la elaboración de un marco regulatorio adecuado para las plataformas de financiamiento colectivo crediticio (fs. 167 vta., ptos. 4.72, 4.73 y 4.77).

Así, alega que la imputación dirigida a los directores no se apoya en la comprobación de algún tipo de conducta o actuación concreta, que a ninguna de las personas humanas se les ha atribuido un acto u omisión que haya concretado intencionalmente en aras de vulnerar las normas de la LEF, limitándose a señalar que se evidenciaría una conducta permisiva frente a la comisión de los hechos cuestionados (fs. 167 vta., ptos. 4.74/4.76).

Concluye que admitir la imputación de los directores de la compañía “...*implicaría atribuir al BCRA funciones propias de los jueces, y además reconocer que dicha entidad puede imponer sanciones por actividades ilícitas.*” (fs. 168, pto. 4.79).

II.8. A continuación la defensa argumenta y alega la inexistencia de responsabilidad de los síndicos societarios.

En efecto sostiene que la Formulación de Cargos omite siquiera mencionar cual sería el acto concreto en relación con el cual habría un incumplimiento a la LEF por parte de la sindicatura que ameritaría imputarles responsabilidad por violación al artículo 59 de la Ley General de Sociedades. Alega que en este caso también el BCRA opta por no referir a la norma que sustenta la imputación, en flagrante lesión al derecho de defensa (fs. 168, ptos. 4.81/4.82).

Señala que, como se expuso en el Considerando precedente, los directores de la compañía obraron en todo momento diligentemente, por lo que ningún cargo se puede imputar a quienes deben velar por el cumplimiento por parte de éstos a la ley y el estatuto, cuando no se ha verificado incumplimiento alguno de parte de los administradores de la compañía (fs. 168, pto. 4.84).

Destaca lo establecido en el artículo 297 de la Ley General de Sociedades, que dispone que los síndicos son solidariamente responsables en la medida de que el daño no se hubiese provocado si hubieren actuado conforme la ley o el estatuto, entre otros, señalando que en el caso la actuación de los directores y síndicos fue en todo momento entendiendo que no existía infracción alguna. Por ello sostiene que cualquier pretensión de imputar un cargo a los síndicos, sería abstracta y violatoria del principio de legalidad (fs. 168 vta., ptos. 4.85/4.87).

Manifiesta la defensa que la Resolución N° 15 de la FACPCE establece que no forma parte de la función del síndico realizar un control de la gestión de los directores, y por ende evaluar los resultados y las consecuencias de las decisiones de negocio que estos tomen. En el mismo sentido cita doctrina que señala que el límite de las tareas del síndico se encuentra en el control de legalidad y adecuación a las normas imperativas vigentes, un control de legalidad de los actos de gestión, no de oportunidad, conveniencia o mérito de ellos. Así señala que “...la cuestión relativa a la conveniencia de la realización de una determinada operatoria es un acto discrecional, propio del directorio de la sociedad que excede las facultades de control de la sindicatura.” (fs. 168 vta./169, ptos. 4.88. a 4.91).

Concluye reiterando que las decisiones tomadas por el Directorio están exentas del control por parte de la Comisión Fiscalizadora, quien no debe evaluar el mérito o conveniencia de las decisiones de gestión (fs. 169, pto. 4.93).

II.9. Subsidiariamente la defensa pone de resalto que la conducta reprochada no causó daño alguno al BCRA o a terceros, sosteniendo que para que la imputación sea procedente es necesario que se acredite la posibilidad de que se produzca o que se haya producido el daño que la norma pretende evitar. En ese sentido alega que el bien jurídico protegido en este caso sería la protección de los usuarios de la plataforma, el que ha sido constantemente vigilado por la compañía, tal como se expresó en los considerandos precedentes (fs. 169, ptos. 4.95 a 4.98).

Así sostiene que “...Admitir el dispendio de la administración pública en la formación de sumarios administrativos por conductas que no ocasionaron ningún daño, resultaría en una vulneración al principio de celeridad, sencillez y economía procesal y un dispendio absurdo e innecesario de recursos del Estado.” (fs. 169 vta. punto 4.99).

II.10. Por todo lo expuesto en los apartados previos, la defensa solicita el archivo de las actuaciones, sosteniendo que resulta irracional la imposición de una sanción en atención a que ello resulta desproporcionado y genera a sus asistidos un antecedente desfavorable en materia de infracciones financieras, en el marco de lo establecido en cuanto a la reincidencia en el Régimen Disciplinario vigente (fs. 170, ap. V).

Subsidiariamente, exige la utilización de las pautas de graduación de sanciones establecidas en el mencionado Régimen, solicitando la aplicación de la sanción más leve (fs. 170 y vta., ap. VI).

II.11. Por último, la defensa hace reserva del caso federal (fs. 170 vta., ap. VIII).

II.12. Prueba:

1. Prueba Documental:

La defensa acompaña las constancias que se hallan agregadas a fs. 198/304 (Anexos II a VIII), consistentes en: (i) Distintas comunicaciones de la Gerencia de Prensa del BCRA sobre el lanzamiento del Programa de Innovación Financiera 2017 (fs. 198/201); (ii) Comunicado de Prensa de la CNV acerca del Programa de Innovación Financiera 2019 (fs. 202/205); (iii) Publicación en la página web del BCRA de la noticia acerca de la Mesa de Innovación Financiera, 2019 (fs. 207/209); (iv) Comunicado de prensa de la CNV informado el lanzamiento del Grupo de Trabajo Fintech 2019 (fs. 210/212); (v) Acta de Comprobación, Escritura N° 486 del 10/12/2019, autenticando correos electrónicos entre el Estudio Bomchil y la CNV (fs. 214/224); (vi) copia de la factura emitida por la Cámara Argentina Fintech correspondiente al Arancel 2° trimestre 2019 (fs. 225); (vii) Presentación del Comité Fintech 2019 (fs. 227/248); (viii) Presentación de la CNV del Grupo de Trabajo sobre las Plataformas de Financiamiento Colectivo Crediticio del 25/10/2019 (fs. 250/269); (ix) Copia del proyecto de Resolución General de la CNV sobre Plataformas de Financiamiento Colectivo Crediticio (fs. 271/286); (x) Copia de la Memoria y Estados contables Balance de Tutasa AR S.A. al 31/12/2018 (fs. 288/304).

2. Prueba Testimonial:

Asimismo, ofrece la declaración de tres funcionarios de este BCRA, cuyos datos personales y pliegosa tenor de los cuales cada uno debería deponer obran a fs. 170 vta., ap. B.

3. Prueba Informativa:

Por último, ofrece que se libre oficio a la CNV a los fines de ratificar la autenticidad de la documentación acompañada en los Anexos 6A, 6B y 7 que obran a fs. 227/286 -fs. 171, ap. C-.

II.13. Posteriormente, a través del escrito agregado a fs. 336/339, la defensa denuncia como hecho nuevo el dictado de la Comunicación “A” 7406 del 25.11.2021, por la que este BCRA dio a conocer la aprobación de las normas sobre “Proveedores de servicios de crédito entre particulares a través de plataformas” (PSCPP).

Así, en líneas generales, sostiene que la normativa aludida refuerza los argumentos del descargo que acreditan que la actividad de la compañía no quedaba subsumida bajo el concepto de intermediación financiera y por ende tampoco estaba alcanzada por el artículo 19 de la Ley de Entidades Financieras.

Afirma que, el dictado de la citada Comunicación “A” 7406, demuestra que la actividad de la Compañía,

al momento de iniciar operaciones, era una actividad no regulada, que de su lectura surge que la regulación considera que la actividad de los PSCPP configura mediación entre inversores y tomadores de créditos, conforme lo expresado en su punto 1.1.

Entiende que, aún sin regulación, la Plataforma operada por la Compañía cumplía con varias de las pautas de actuación que el BCRA consideró necesarias para regular la actividad de los PSCPP, según lo dispuesto en el punto 1.3. de la Comunicación “A” 7406. En ese sentido cita a modo de ejemplo lo previsto en los puntos 1.3.1. -no asumir riesgo crediticio ni garantizar las obligaciones concertadas a través de la plataforma-; 1.3.2. -no comprometerse a la devolución de los créditos, ni adquirir o comprar los créditos concertados-; 1.3.5. -obligaciones hacia los inversores y créditos otorgados deben estar jurídicamente separados del patrimonio del PSCPP-; 1.3.3. -conocimiento de la contraparte en forma previa al otorgamiento de los créditos, luego de concertada la operación ofrecer la documentación para ejercer los respectivos derechos sin participación del PSCPP-; 1.3.4. -cuentas utilizadas para administrar los créditos distintas de las utilizadas por el PSCPP para transacciones por cuenta propia- y lo relaciona con lo expresado en el descargo originariamente presentado.

Conteste con lo expuesto, reitera la solicitud de archivo de las actuaciones, alegando que de haber continuado la operatoria de la compañía al día de la fecha, su actividad hubiera quedado enrolada en los PSCPP, por lo que sería absurdo proseguir una imputación que no constituye infracción bajo el marco normativo actual.

Por último, reitera reserva del caso federal.

III. Análisis de los argumentos defensivos presentados:

Que a continuación se procede a tratar los extremos invocados por la defensa de los sumariados en el descargo agregado a fs. 151/171, los que fueron volcados en los Considerandos II.1. a II.11. de la presente.

En ese orden, preliminarmente, cabe recordar que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los jueces no están obligados a ponderar uno por uno exhaustivamente todos los argumentos y pruebas ofrecidas y/o producidas en un proceso, sino aquellos que estime conducentes para basar sus conclusiones. Pueden además omitir el tratamiento de cuestiones propuestas como también el análisis de invocaciones que no sean decisivas (Conf. CSJN, Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 278:271, 291:390, 397:140, 301:970, entre otros).

III.1. En primer lugar, cabe considerar lo mencionado en cuanto a la falta de regulación específica respecto de la actividad desarrollada por la compañía y la incompetencia de este BCRA para hacerlo atento a que ello es alegado como un impedimento para la instrucción del presente sumario (Considerando II.1. y II.1.1.).

En ese sentido debe tenerse presente que el BCRA es la autoridad de aplicación de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, carácter que la legislación le asigna de manera exclusiva y excluyente de otras autoridades (arts. 4, 5 y 6 LEF).

Es en ese carácter que, a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (art. 47 -incisos d y e- Carta Orgánica), el Banco Central instruye y sustancia -en los términos del artículo 41 de la LEF- las presentes actuaciones ante la existencia de elementos que llevan razonablemente a interpretar “*prima facie*” que la conducta de la sociedad contravino las disposiciones cuya custodia le ha sido legalmente encomendada, a los efectos de determinar si ha existido o no una transgresión.

Al respecto es pertinente recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la regulación sobre la prestación de servicios financieros, siempre que no se realice oferta pública de títulos valores, recae exclusivamente sobre el BCRA.

En efecto, por la importancia que tienen sobre la economía, aquellas sociedades comerciales que realizan captación de ahorro público e intermediación financiera se encuentran sometidas a la fiscalización permanente de este Ente Rector, por aplicación del artículo 2º de la Ley 21.526. En tal sentido, del texto de la misma ley (artículos 1º, 2º y 38º) y del artículo 4º de la Carta Orgánica del BCRA, se desprende que el legislador ha querido dotar al Banco Central de la República Argentina de todas las facultades necesarias para ejercer el poder de policía sobre todas las personas que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

Cabe puntualizar en ese aspecto que resulta innegable la responsabilidad que tienen los Estados en la organización y supervisión del funcionamiento de los sistemas financieros, lo que se traduce en el dictado de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de acceso a la actividad bancaria y financiera con el fin de prevenir irregularidades que pongan en riesgo el sistema en su integridad. De ello se deriva que los integrantes de un sistema (cualquier sea su rol), deben tener plena conciencia de su entorno de actuación y de su influencia en los otros miembros del sistema. En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, reiteradamente, -Fallos: 308:418, 303:1776, 275:265 y 305:2130- que la legislación reguladora y ordenadora de la actividad bancaria y financiera, responde a razones de bien público y de necesario gobierno y que su base normativa se encuentra en la propia Constitución Nacional (cfr. Barreira Delfino, E. A., 2011. Caracterología institucional de la intermediación financiera. Revista Jurídica, 15, 170-211, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, UCES).

Lógicamente, así es reconocido también por la jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal al afirmar que: *“la importancia de la actividad específica... (la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros) afecta de forma directa e inmediata todo el espectro de la política monetaria y crediticia, en la que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales. Por esa razón se ha instituido un sistema de contralor permanente que comprende desde la autorización para operar hasta la cancelación de la misma (cf. Dictamen del Procurador Gral de la CSJN, acogido por el Tribunal en Fallos 303:1776; y 307:2153)...”* (Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Banco Mercurio S.A. y otros c/ BCRA – Resolución 87/04 (Ex 100539/00) Sum. Fin. 381/1016”, 21.03.2006; y CNACAF, Sala V, “BNP PARIBAS Sucursal Buenos Aires y otros c/BCRA s/Entidades Financieras Ley 21.526 – Art. 42”, 25.08.2020).

Esta regulación y fiscalización permanente resulta de vital importancia ya que cuando se establece un mecanismo paralelo de intermediación financiera por parte de sujetos que no cuentan con la pertinente autorización para realizar la actividad -regla basal del sistema-, se evita el amplio margen de control que ejerce el Banco Central sobre las entidades financieras, respecto de la cuales, por ejemplo, fija los capitales mínimos con que pueden actuar, determina las operaciones que pueden realizar y cuáles no, autoriza fusiones, escisiones y ventas de paquetes accionarios, supervisa el cumplimiento de las normas en materia de liquidez y solvencia, sanciona las transgresiones al sistema, e incluso, revoca la autorización para funcionar previamente conferida.

Todo este poder de inspección, supervisión y sanción naturalmente queda deshabilitado cuando se opera por fuera del sistema legal, pudiendo conllevar desde posibles maniobras de blanqueo de capitales producto, por ejemplo, de evasiones impositivas, hasta circuitos financieros a través de los cuales se obtienen capitales para negocios personales, muchas veces en perjuicio del propio cliente.

Precisamente, la sospecha de que una sociedad no regulada ni controlada por el BCRA – como es el caso de Tutasa AR S.A.- realiza intermediación financiera en los términos del artículo 1 de la Ley N° 21.526 y/o efectúa publicidad tendiente a captar recursos del público, es lo que justifica la procedencia de la intrucción de sumarios -como el que nos ocupa- por parte de esta Autoridad, en virtud de lo previsto en los artículos 19 y 38 del citado cuerpo legal.

Debe destacarse que la situación de la entidad sumariada es diferente a la de las asociaciones mutuales con las que parecería pretender equipararse al citar la defensa la Resolución SEFyC N° 75/19 (Sumario

en lo Financiero N° 1101), argumento que cabe rechazar.

En efecto, la regulación y fiscalización de la actividad de tales asociaciones se encuentran bajo la órbita del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), tal como expresamente se establece en el texto de la Ley N° 20.321 y se encuentra regulado pormenorizadamente. Asimismo, cabe tener en consideración que la actividad desarrollada por dichas asociaciones mutuales carece de fines de lucro, las mismas no actúan en el circuito financiero abierto, encontrándose limitadas y acotadas a sus socios o asociados, y su fin específico es atender exclusivamente las necesidades personales de éstos. No obstante, aún en ese ámbito, solo los préstamos que otorguen las mutuales a sus asociados, ya sea con fondos provenientes de los ahorros de los mismos o con recursos propios de la mutual, quedan fuera de la regulación y supervisión del BCRA.

En el mismo orden de ideas cabe rechazar lo pretendido por la defensa al señalar que la operatoria desarrollada por Tutasa AR S.A. caería bajo la órbita de la CNV, acompañando a los fines probatorios un borrador de un proyecto de resolución general de dicha entidad (Anexo VII, fs. 271 y ss.).

Con respecto al mencionado proyecto de la CNV, vale indicar en primer término que, precisamente, se trata de un “proyecto” o “borrador” y que como tal no es susceptible de producir efectos. En segundo lugar, conforme señala la propia defensa a fs. 154, ptos. 3.13 a 3.15, ese proyecto se habría elaborado entre los meses de junio a noviembre de 2019, en el seno de la Comisión *Peer to Peer Lending* dentro del Grupo de Trabajo Fintech creado en el mes de junio de ese mismo año, siendo notoriamente posterior al inicio de la operatoria cuestionada -enero de 2018-, e incluso a la conclusión del período infraccional imputado -agosto de 2018-, por lo que su contenido, inoponible como se expresó, no puede servir como basamento del supuesto obrar de buena fe argüido por la defensa.

Tampoco cabe tomar en consideración como argumento para rebatir las imputaciones efectuadas en autos las alegaciones que realiza la defensa respecto del funcionamiento de la Mesa de Innovación Financiera y el Grupo de Trabajo Fintech, teniendo en cuenta no solo que en dichos ámbitos no se resolvió la problemática de la ausencia de reglamentación de las plataformas planteada, sino que su creación -en el año 2019 (v. fs. 207/212)- resulta ser posterior a los hechos infraccionales aquí investigados.

Es importante tener presente que el vacío regulatorio que se invoca en el descargo refiere a la plataforma web que Tutasa AR S.A. administra, pero no es así en lo que hace a la actividad habitual de intermediación financiera la cual se halla legal y reglamentariamente regulada.

En ese contexto, lo señalado por la defensa en cuanto al conocimiento informal que de la operatoria de la firma sumariada esta Institución pudo haber adquirido a través de las reuniones mantenidas con distintos funcionarios resulta insuficiente para eximir de responsabilidad a las personas involucradas en el sumario en caso de quedar comprobadas las infracciones que se imputan.

En ese sentido, cabe enfatizar que las aludidas reuniones no constituyen la vía adecuada para requerir al BCRA su opinión, criterio o convalidación de la operatoria desarrollada, no pudiendo entenderse que la falta de formulación de objeciones en ese ámbito -como aduce la defensa- implica una conformidad, ni mucho menos una autorización válida para el inicio de una operatoria fuera del marco regulatorio reinante.

Nótese que según se señala en el punto 3.9. a. del descargo (fs. 153 vta.), en la reunión del 02.10.2017 “... se planteó la necesidad de contar con la visión del ente regulador de las entidades financieras respecto a la viabilidad del proyecto.” Sin embargo, no consta en autos que los interesados hayan instado al BCRA para que brindara su visión a través de los canales formales con que cuenta la Institución, ni mucho menos que ésta haya prestado conformidad, convalidación o autorización alguna a la operatoria desarrollada.

Precisamente, la ausencia normativa que insistentemente se alega constituye un dato fundamental que debió llevar a la sociedad sumariada a extremar sus cuidados y prudencia y, en razón de ello, a requerir

formalmente una manifestación expresa de este Ente Rector.

La compañía, para cerciorarse de la legalidad de su accionar, debió realizar una presentación formal solicitando a esta Institución que se expidiera respecto de si las actividades que proyectaba realizar en Argentina eran pasibles de ser consideradas como intermediación financiera en los términos de la ley nacional y, en su caso, solicitar autorización para funcionar por encontrarse sujeta a la regulación específica del BCRA.

Es que en esta materia existe una inversión de la capacidad de los particulares, siendo el principio rector el de la “prohibición” y la excepción el de “la permisión”, mediante la previa autorización del BCRA y así lo ha sostenido la jurisprudencia (conf. CNACAF, Sala IV, “Trust S.A. de Ahorro y Préstamo para Vivienda y otro Inmueble c/ BCRA”, sentencia del 29/07/1988 y “Banco Mercurio S.A. y otros c/BCRA - Resolución 87/04 - Expediente N° 100.539/00, Sumario Financiero N° 1016”, sentencia del 21/03/2006).

En línea con lo expuesto, corresponde citar autorizada doctrina que entiende que: “...la exigencia de obtener ‘previa autorización’ encierra un deber de no hacer (prohibición) que, conforme a lo afirmado supra, incide sobre el ejercicio de un derecho preexistente. Mientras no se esté autorizado no debe desarrollar [la] actividad” (Labanca, Jorge, “Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco”, Jurisprudencia Argentina 1967-IV, 810). La violación de la prohibición entraña infaliblemente las consecuencias de la desobediencia (cfr. Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, T. V, TEA, Buenos Aires, 1954, página 213, con cita de Otto Mayer).

A todo evento se deja constancia de que todos los correos electrónicos agregados a fs. 213/223, acompañados por la defensa como elemento probatorio de las reuniones mantenidas con funcionarios del BCRA, fueron cursados con funcionarios de la CNV por lo que resultan inconducentes para acreditar el extremo pretendido.

De lo expuesto hasta aquí se desprende que, contrariamente a lo argumentado en el descargo, los cargos formulados lejos están de ser improcedentes, arbitrarios y desproporcionados, siendo la conducta de esta Entidad Rectora consecuencia de las disposiciones legales vigentes.

III.2. En línea con lo recién señalado en el considerando precedente, cabe rechazar lo argumentado en cuanto a que con el inicio del presente sumario este BCRA habría violado la confianza legítima de la compañía y que una resolución desfavorable sería contraria a la seguridad jurídica (Considerando II.2.).

Procede reiterar que en el caso concreto no existe vacío legal ni incertidumbre regulatoria, surgiendo con toda claridad del propio texto de la Ley de Entidades Financieras la prohibición de llevar a cabo toda publicidad o acción tendiente a la captación de ahorro público e intermediación financiera habitual por parte de sujetos no autorizados por esta autoridad rectora (arts. 19 y 38).

De ello se colige que no existe margen de duda en cuanto a que las conductas que aquí se reprochan corresponden a una materia que ya tiene una legislación y reglamentación específica que la regula, encontrándose establecido cual es su autoridad de aplicación, que sujetos resultan alcanzados por estas disposiciones, como así también las consecuencias de su inobservancia.

No hay oscuridad, ambigüedad o imprevisión alguna al respecto, resultando manifiesto las conductas que están permitidas y las prohibidas, según se cuente o no con autorización de la autoridad de aplicación de la Ley N° 21.526, lo que permite a todos los administrados organizar su comportamiento y prever las consecuencias del mismo.

Tal es así que las características de la operatoria de la sociedad sumariada, que más adelante se analizaran puntualmente, evidencian el pleno conocimiento de las disposiciones aplicables habiendo diseñado un andamiaje jurídico - informático para evadir el proceso de autorización, los costos y regulaciones propias del sistema financiero, como también las normas de prevención LA/FT y el rol de sujeto obligado.

Es que si a criterio de Tutasa AR S.A. existía incertidumbre regulatoria -tal como argumenta-, ésta debió obtener certeza de la legalidad de su accionar requiriendo a este BCRA que se expidiera respecto de si las actividades que proyectaba realizar en Argentina implicaban la realización de intermediación financiera en los términos de la ley local y si como tal requería de su autorización para operar.

En este aspecto, cabe destacar que no obra en las actuaciones constancia alguna de que la compañía haya instado al BCRA para que se expidiera en el sentido indicado. En el caso de autos no hubo por parte del BCRA una manifestación formal y expresa prestando conformidad a la operatoria desarrollada por Tutasa AR S.A. que pueda ser invocada por esa compañía como argumento válido para desvirtuar las imputaciones.

En modo alguno la participación y/o colaboración de esta Institución con otros organismos oficiales y/o con los individuos que forman el llamado ecosistema de las Fintech pudieron ser legítima y razonablemente entendidas como una renuncia y/o autolimitación de las funciones y responsabilidades que la ley le asigna, ni mucho menos ser interpretadas como la convalidación de la actividad desarrollada por la compañía.

Esta cuestión resulta trascendental pues, ciertamente, la circunstancia de que la autoridad administrativa esté al tanto de la existencia de un “sujeto” que participa o participaría del ecosistema Fintech a través de los propios dichos de los representantes de la empresa en ámbitos informales, si se quiere descriptivos de las actividades, académicos o de experiencias, no es equiparable al conocimiento que puede adquirir producto de la normal y debida inspección especializada de los sujetos que desarrollan actividades que pueden contener o no actividades de intermediación financiera (sin autorización).

Así, por ejemplo, debido al "ropaje jurídico" que Tutasa AR S.A. construyó para operar a través de mandatos, una cuestión tan específica como es la realización de intermediación financiera pudo no ser detectada en un formato de charla debate, en el que participan funcionarios que no tiene competencia atribuida para la inspección de tales actividades. Entonces, la barrera construida por la propia empresa sólo pudo ser levantada a través de una inspección integral realizada por funcionarios especializados y con competencia específica.

Lo que pretende la defensa es poner en cabeza de los funcionarios de las áreas del BCRA una supuesta facultad de dispensar el cumplimiento de una norma legal, lo cual luce no solo irrazonable e ilegítimo sino también disparatado.

Vale destacar que la política de apoyo a las Fintech expresada por el Gobierno Nacional desde el 2017, que pretende utilizar como argumento la defensa, es comprensiva de toda actividad que se efectúe en el sector financiero que implique el uso de desarrollos tecnológicos y que podrían dar lugar a nuevos modelos de negocios, aplicaciones, procesos o productos innovadores.

En ese marco este BCRA ha trabajado sobre la innovación financiera entendida como la creación de nuevos productos y servicios financieros o el desarrollo de soluciones que mejoren los existentes, a través de la aplicación de nuevas tecnologías que permitan agilizar los procesos, reducir los costos y llegar a nuevos usuarios. Ello puede observarse en los diversos comunicados aportados por la defensa como Anexo II (fs. 197/205).

Ahora bien, esto no implica liberar o permitir de manera generalizada la realización de las actividades reservadas exclusivamente a las entidades financieras autorizadas por el BCRA, como es la intermediación financiera habitual, la que cuenta con regulación específica y se encuentra sujeta a la estricta supervisión de este ente regulador.

En ese sentido, corresponde distinguir los servicios que hacen a la esencia de la actividad bancaria y que por lo tanto su prestación esta reservada solo para aquellas entidades que posean licencia bancaria, de aquellos que son servicios adicionales a éstos y que por lo tanto pueden ser ofrecidos tanto por los bancos tradicionales como por otro tipo de empresas entre las que se pueden ubicar las denominadas empresas

Fintech. Ello puesto que la esencia de la actividad bancaria radica en la posibilidad que tienen los bancos de proveer liquidez a los otros sectores de la economía, a través de los depósitos y los préstamos de dinero. Esta labor fundamental, que los bancos cumplen a través de la creación secundaria de dinero, determina la esencia de su actividad, les da un rol especial frente a las situaciones de crisis y los hace actores principales para conservar la estabilidad del sistema.

III.3. Respecto a lo alegado por la defensa aludiendo a que la imputación deviene abstracta por cuanto en el mes de agosto de 2019 la compañía habría manifestado que a partir de octubre de ese año iba a comenzar a operar con capital propio (Considerandos II.1. *in fine* y II.1.1. *in fine*), procede señalar que ello no obsta a que se considere configurada la infracción ni resultará suficiente a los fines de eximir de responsabilidad a los encartados en caso de ser comprobado el accionar irregular investigado.

En ese sentido, cabe poner de resalto que en la materia que nos ocupa, la sola ocurrencia de las irregularidades basta para que el BCRA ejerza su poder de policía y sancione las conductas ilegales comprobadas. Por ello, de concluir en el presente sumario que se han infringido las disposiciones de la Ley N° 21.526, la conducta desarrollada por la sociedad sumariada a posteriori de aquellos hechos irregulares no resultará suficiente para eludir la responsabilidad investigada en autos, bastando la configuración de la mera contrariedad objetiva de la norma.

Nótese que en los artículos 19 y 38 de la citada ley el legislador expresamente dispuso la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 41 a quienes hicieron caso omiso a las prohibiciones que en ellos estableció con carácter general. Sin embargo, ni en dichas disposiciones ni en ninguna otra aplicable al presente ha estipulado alguna causal de excusación o de eximición de responsabilidad.

A todo evento, es dable indicar que, en este aspecto, la jurisprudencia sostiene que: “...la corrección posterior por parte de la entidad financiera de las irregularidades en que hubiese incurrido, efectuada a instancias del Banco Central que las detectó a través del ejercicio de su función de control, no es causal bastante para tenerla por no cometida”. (Banco do Estado de Sao Paulo S.A. y otro /c B.C.R.A. - Res. 281/99 Expte. 102.793 Sum. Fin. 738). Corresponde además citar que: “...las infracciones imputadas en el marco de la ley 21.526, son formales y como tales se consuman al momento de incumplirse con la obligación debida, de modo tal que la subsanación posterior de la irregularidad no borra la ilicitud de la conducta reprochable anteriormente configurada...” (“Banco Patagonia S.A. y otros c/ BCRA s/ entidades financieras – Ley 21.526 – Art. 42” - Expte. 87.208/2018, CNACAF, Sala II - 23/04/2019).

III.4. En cuanto a lo planteado en el descargo respecto a la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador (Considerando II.3.), sosteniendo que en la sustanciación y el juzgamiento de este sumario deben analizarse los principios generales del derecho penal, cabe señalar que no corresponde la aplicación indiscriminada de tales principios a los sumarios en materia financiera, tal como sostiene la extensa jurisprudencia del fuero contenciosos administrativo federal en cuyo ámbito tramitan los recursos directos deducidos contra resoluciones como la presente (art. 42 LEF).

En ese sentido, se ha indicado que: “En efecto, si bien conceptualmente la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal pueden ser reconducidas a principios comunes al ejercicio de toda potestad sancionatoria, la aplicación de sanciones por parte del Banco Central de la República Argentina no constituye ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha (Fallos 303:1776; 305:2130 y sus citas). Tal como se ha expresado, y como regla, no corresponde la aplicación indiscriminada de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, pues el primero parte de la premisa de la mínima intervención estatal dirigida exclusivamente a la represión de aquellas conductas de los particulares que merecen el máximo reproche legal, mientras que el segundo constituye el respaldo efectivo de la intervención estatal en la mayoría de los ámbitos sujetos a regulación administrativa y el medio necesario para asegurar su cumplimiento (esta Sala, en causa nro. 30.811/2006 “Ferrero, Jorge Omar y otros c/ B.C.R.A. – Resol. 131/05 (Expte. 100939) (Sum. Fin. 611)”, del 4 de diciembre de 2008; y nro. 48760/2013 “Banco de Galicia y Buenos Aires SA y Otros c/ BCRA”, del 13 de diciembre de 2016).” (Expte. 49587/2015 “Global Exchange SA y otros c/ Banco

Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21526 – Art. 42, del 09 de marzo de 2021).

En la misma línea, a modo de ejemplo vale citar los siguientes fallos: Sala I: sentencia del 23.04.15 en autos “R. C., J. y otros c. BCRA s/resol. 203/07, sentencia del 18.09.14 en autos “Banco Integrado Departamental Cooperativo c/ BCRA - Resol. 295/99 (Expte. 100.194/96 Sum. Fin. 883) s/ recurso directo a Cámara”; Sala II: sentencia del 12.08.14 en causa “Ghibaudi, Enrique Roberto c/ Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras – ley 21.526 art. 42”, sentencia del 08.06.17 en autos “Libres Cambio SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras – Ley 21.526”; Sala III: sentencia del 11.02.14 en causa “Banco Empresario de Tucumán Coop. Ltda. y otros c/ BCRA-resol. 475/12 (ex. 1.236/06 sum. fin. 1183)”; Sala IV: sentencia del 13.05.14 en la causa “Taboada, Jorge Manuel y otros C/ BCRA-resol. 220/11 (expte. 100.495/04 sum. fin. 1.129)”, sentencia del 23.04.82 en causa N° 6208 “Álvarez, Celso Juan y otros c/Resolución N° 166 del Banco Central s/apelación -expediente N° 100.167/80, Coop. Sáenz Peña de Crédito Limitada”; Fallo plenario: sentencia del 09.05.12 autos “NAVARRINE, Roberto Héctor y Otros c/ BCRA-RESOL 208/05 (Expte. 101226/83 Sum. Fin. 578)”.

No obstante lo expuesto, a continuación, nos referiremos a cada uno de los principios que a criterio de la defensa se habrían vulnerado en el presente sumario, planteo que fue volcado en el Considerando II.3., a efectos de poner en evidencia la inexistencia de los agravios alegados pues, sin perjuicio de lo señalado, lo cierto es que en la tramitación del sumario administrativo se han respetado todas las garantías constitucionales que hacen al derecho de defensa y debido proceso.

En primer término, en cuanto al principio de legalidad, es dable indicar que lo expuesto en el descargo carece por completo de basamento en tanto las imputaciones formuladas se fundan en las conductas *a priori* ilegales llevadas a cabo por la compañía sumariada y no en meras apreciaciones. Nótese que tanto del Informe presumarial elaborado por el área técnica preventora (N° 383/1133/19 del 27.08.2019 fs. 75/77-) como del Informe de Cargos N° 388/114/19 (fs. 99/108) que forma parte de la Resolución SEFyC N° 338/19 (fs. 109/110) surge que la acusación fue realizada describiendo los hechos que configuran cada una de las transgresiones imputadas, puntualizando las disposiciones eventualmente violadas y citando las pruebas en las que se apoya.

En ese aspecto vale indicar que tampoco es viable como causal exculpatoria el argumento de que la compañía habría colaborado en la creación de un marco regulatorio de la actividad pues, tal como fuera expuesto en el Considerando III.1., las conductas que aquí se reprochan ya tienen una legislación específica que las rige, sin que el vacío legislativo invocado respecto de las plataformas web constituya un justificativo para ignorarla.

En cuanto al principio de tipicidad, cabe indicar que resulta absolutamente falso lo manifestado por la defensa en cuanto a que en la imputación se habría realizado un análisis superficial de la operatoria desarrollada. Tanto la Gerencia de Control, como la Gerencia Principal de Asesoría Legal, realizaron un análisis exhaustivo de la documentación que obra en el sumario y de la totalidad de las manifestaciones que realizaron los representantes de la sociedad -las que son coincidentes con las efectuadas en el escrito de descargo-, y concluyeron que la firma Tutasa AR S.A., durante el período bajo análisis, presumiblemente llevó a cabo operaciones de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros y acciones destinadas a captar fondos del público (fs. 99/108 y 43/54). A su tiempo, todo ello fue considerado y claramente expuesto en la formulación técnica y legal del cargo dando basamento a la acusación efectuada mediante la citada Resolución SEFyC (fs. 99/110), siendo el objeto de este sumario determinar la verdad material de los hechos reprochados.

En lo que respecta a la alegada vulneración del principio de debido proceso y defensa en juicio por cuanto, a criterio de la defensa la acusación se habría basado en consideraciones poco claras y precisas, cabe remitir a lo expuesto en los párrafos precedentes y rechazar dicho argumento.

Al respecto es dable agregar que al formular los cargos se consideró la regulación legal imperante en la materia en la que es competente esta Institución, cuya claridad solo arroja certidumbre y previsibilidad respecto de las conductas debidas. En efecto, tal como se expresó anteriormente, la incertidumbre regulatoria que alega la defensa refiere exclusivamente a la plataforma web que administraba Tutasa AR S.A., por lo que si a su juicio a la fecha de los hechos no existía certeza en cuanto al encuadramiento legal de la conducta que quería llevar a cabo, hacerlo fue un acto de su exclusiva responsabilidad y por lo tanto debe asumir las consecuencias que ello puede acarrear.

Además, procede indicar que en el acto acusatorio se expuso el criterio de imputación aplicado para determinar las personas humanas contra las que debía dirigirse la acción (fs. 107), explicitándose allí los motivos por los que correspondía imputar a los directores y síndicos a fin de determinar su responsabilidad. El hecho de que los sumariados no compartan el criterio aplicado no es suficiente para invalidarlo. Vale anticipar que más adelante se analizará la situación de cada uno de los imputados.

Con relación al planteo de vulneración del principio de reserva, basado en que en el caso no se estableció el perjuicio real que presuntamente se ocasionó, cabe señalar que en la materia de autos no se requiere la existencia de un daño concreto, no constituyendo ello un requisito necesario para la configuración infraccional.

El daño que el tipo de prácticas imputadas puede ocasionar configura una situación potencialmente peligrosa para la política crediticia y monetaria nacional. Sin la fiscalización del BCRA no hay control sobre la política crediticia del intermediario financiero, y sin control por parte de la autoridad administrativa resulta imposible detectar y, eventualmente, impedir la utilización indebida de los fondos de los inversores. Por ese motivo, los hechos infraccionales reprochados deben ser analizados dentro del marco jurídico que resulta aplicable dada la naturaleza de la actividad involucrada -Ley N° 21.526 y normas reglamentarias-, y prestando especial atención a la afectación que sufre el poder de policía que el Banco Central de la República Argentina -como eje del sistema financiero-,ejercido respecto del sector con la finalidad última de preservar y promover el bien común y, en particular, hacer lo propio respecto de los intereses económicos de toda la comunidad, lo cual lo habilita en circunstancias particulares a emplear medios idóneos, eficaces y compatibles con la tutela del bien puesto a su custodia.

Es así como el aludido peligro potencial resulta suficiente para que este Banco Central ejerza su poder de policía y eventualmente sancione las conductas anti normativas que se comprueben en el marco del sumario administrativo, toda vez que el sistema normativo aplicable al caso no requiere para consumar las infracciones que consagra otro elemento que el daño potencial.

A todo evento, vale mencionar al respecto que la jurisprudencia del fuero competente ha sostenido reiteradamente que en el sistema de control del BCRA “...el reproche de las conductas puede surgir de su contrariedad objetiva con la regulación y del daño potencial que de ello derive, motivo por el cual tanto la existencia de dolo como el resultado, son indiferentes, sin que el elemento subjetivo revista la calidad de condición necesaria de la punición. El carácter técnico administrativo de las irregularidades allí previstas posibilita que esas infracciones se produzcan sólo por el potencial daño que provoque una actividad emprendida sin cumplir con las exigencias legales, careciendo de toda entidad, a los efectos de la aplicación de sanciones, la falta de un efectivo daño a los intereses públicos y privados que el sistema legal tiende a preservar. Se trata de ilícitos de “pura acción u omisión”, en los que el resultado no quita antijuridicidad a los hechos en que se fundan las sanciones que se impongan con sustento en las disposiciones de los incisos 3 y 5 del art. 41 de la ley 21.526, norma que no exige, como condición para su aplicación, que las infracciones conduzcan a un resultado determinado (Fallos: 319:3033, y Sala I, in re: causa N°20.772/07 “Banco Mercurio S.A. y otros c/ B.C.R.A. -Resol. N°376/06 (Expte. 100.435/05 Sum Fin 1134)”, del 20/05/10, entre muchos otros).” (“Cooperativa de Crédito Premium Limitada y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21.526”, CNACAF, Sala II, 18/06/2015). Asimismo, ha dicho que: “...la ausencia de daño concreto no obsta a que el BCRA ejerza sus potestades de control y, frente a la constatación de infracciones, aplique las sanciones que estima que corresponden (...) Precisamente, en actividades intensamente reguladas, corresponde a la autoridad

administrativa ejercer con especial celo las potestades de verificación, control y sancionatoria que tiene a su cargo. Frente al carácter técnico administrativo de las irregularidades en cuestión, su punibilidad surge 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...” (Estévez, Miguel Ángel c/ BCRA - Resol. 526/15 - Expte. 100.159/11 - Sum. Fin. 1376 – CNACAF, Sala IV - 16/02/2017).

Lo expuesto sin perjuicio de indicar que la ausencia de daño es uno de los elementos que se deben considerar en oportunidad de graduar la sanción en caso de que ella sea procedente.

III.5. A continuación procede analizar los argumentos defensivos alegados con relación a los hechos imputados en el Cargo 1.

En ese orden, y atendiendo a que la defensa alega que la Ley de Entidades Financieras no prevé un concepto expreso y taxativo de intermediación financiera (Considerando II.1., 5to. párrafo) y que no existiría ningún elemento que permita subsumir la actividad de la compañía bajo el concepto de intermediación financiera elaborado doctrinal y jurisprudencialmente (Considerando II.4.), cuadra hacer hincapié en que es doctrina de esta Institución que dicho concepto no debe interpretarse de manera restrictiva dadas las múltiples modalidades con que puede llevarse a cabo dicha actividad, conforme lo indicó el servicio jurídico permanente en el Dictamen N° 201/19 (fs. 43/54), entre otros.

En efecto, tal interpretación debe realizarse atendiendo a las características propias de cada operatoria considerándola en su conjunto, a fin de que este Banco Central pueda cumplir con las funciones que en su Carta Orgánica se le asigna con relación a la protección del ahorro público y la regulación de la cantidad de dinero y crédito en la economía.

De otra forma, definiciones limitativas o rígidas de tal concepto podrían poner fuera de control de este BCRA modalidades operativas que afecten la política monetaria y crediticia nacional, contraviniendo el espíritu de la propia ley.

Vale destacar que el aludido criterio interpretativo también es aplicado en el ámbito judicial, habiendo considerado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el artículo 1° y concordantes de la Ley de Entidades Financieras no destaca como un elemento relevante el tipo de actos o negocios jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, ni la calificación que se otorgue a tales actos, pues “...*más allá del nomen juris que las partes utilicen en sus negocios jurídicos y por encima del ropaje instrumental al que ellas recurran, es tarea propia e indeclinable del intérprete calificar el vínculo según sus características propias... no sería correcto enfocar el problema desde el punto de vista de la tipificación jurídico negocial de cada transacción individualmente considerada. Ello podrá tener importancia para la regulación de los derechos y deberes recíprocos de los intervinientes en cada transacción, mas no para otros fines que trascienden el mero interés individual de aquéllos. En el terreno de la normativa que nos ocupa entran en juego otros factores, tales como: las características de la actividad desplegada por el sujeto que aparece como centro en la captación y colocación de dinero, la habitualidad de la misma, la frecuencia y velocidad de las transacciones y su efecto multiplicador, etcétera; porque lo que aquí primordialmente importa es la repercusión de dicha actividad en el mercado financiero.*”

“*Tal actividad específica afecta en una u otra forma todo el espectro de la política monetaria y crediticia, en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido un sistema de contralor permanente, cuya custodia la ley ha delegado en el Banco Central, colocándolo como eje del sistema financiero*” (Fallos CSJN: 305:2130).

La jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal expresó en ese sentido que la intermediación financiera “...*no debe ser apreciada con criterio restrictivo en razón de la variedad de formas que puede asumir tal actividad, debiendo atenderse sustancialmente a su índole y calidad y a la repercusión que esa actividad produce en el mercado financiero...*”. (CNACAF, Sala II, fallo “Hamburgo S.A.” del 08/09/92, LL 1993 – C).

Es por ello que a fin de determinar si una actividad implica la realización de intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros, y por ende si se encuentra alcanzada por la Ley N° 21.526, debe analizarse la operatoria integral llevada a cabo por un sujeto atendiendo a la verdadera naturaleza del negocio subyacente independientemente de las apariencias y formalidades con que se lo exteriorice, en tanto que son las características de la operación las que determinan su naturaleza financiera, resultando totalmente indiferente la persona o entidad que la realiza.

En la misma línea se ha dicho que: *“... el texto del art. 1 es diáfano, toda vez que en él se establece que ‘quedan comprendidas en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades...que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros’; de modo que el legislador ha consagrado un principio objetivo que permite, en cada caso y mediante el empleo de un simple silogismo, determinar si una entidad resulta o no alcanzada por sus disposiciones, pues si se adopta la norma del artículo transcrito como la premisa mayor, sólo restará determinar si en el caso concreto la entidad de que se trata intermedió habitualmente entre la oferta y la demanda de recursos financieros; si, como en autos, se comprueba que efectivamente lo hizo, la conclusión surge naturalmente sin ningún esfuerzo: ella está comprendida en los términos de la ley, salvo disposición expresa en contrario”* (CNACAF, Sala II, fallo del 10.05.83, en autos: “Banco Comercial del Norte c/ BCRA s/ apelación de la Resolución N° 215”).

Cabe indicar que no obstante la exégesis amplia que procede realizar, para concluir que existe intermediación financiera en los términos del artículo 1 de la Ley N° 21.526, es necesario que *“...se encuentren presentes, de alguna manera, los dos extremos de captación y colocación de recursos a crédito...”*, como lo indicó el servicio jurídico de este Ente Rector en el dictamen antes citado (v. fs. 50).

Nótese que la exigencia de la concurrencia de los extremos involucrados en la actividad de intermediación también es señalada por los propios imputados, aunque desde un punto restrictivo del concepto al plantear que para que exista intermediación financiera resulta necesario que se genere un doble acto, el contrato de depósito entre el tomador y el intermediario, y un contrato entre este último y el tomador de los fondos (Considerando II.4.).

En el caso bajo examen, vale indicar que ese “doble acto” se configuró al vincularse ambas partes con la compañía, el inversor depositando fondos mediante transferencia bancaria en una cuenta perteneciente y administrada por Tutasa AR S.A. (Cuenta de banco segregada para dinero de los clientes), previa suscripción de los “Términos y Condiciones del inversor” (fs. 13, sfs. 78/79) y “Términos de la Jurisdicción Argentina” (fs. 13, sfs. 96/100); y el tomador al recibir fondos provenientes de la referida cuenta bancaria de la compañía, previa firma de los “Términos Generales para el Otorgamiento de Préstamos” (fs. 13, sfs. 101/108) y el “Reconocimiento de Deuda” (fs. 13, sfs. 109/111), sin que resulte relevante que éstos últimos sean suscriptos por la compañía invocando su carácter de mandataria de los acreedores, ni la manera en que es denominada y reflejada contablemente la referida cuenta bancaria de Tutasa AR S.A., tal como se expondrá oportunamente.

Adviértase que en la operatoria diseñada, implementada y desarrollada por la compañía es ésta la que recibe en su cuenta bancaria los fondos de quienes denomina “inversores/mandatarios”, realiza a través de su plataforma el “emparejamiento” de las ofertas de inversión con las solicitudes de préstamos de los “tomadores”, realiza el “desembolso” de los fondos en préstamo y recibe los “pagos de cuotas” abonadas por los tomadores para luego transferir el “pago de retorno” a los inversores -o les abona con dinero del “Fondo de Contingencia” en caso que los deudores no paguen-. Todo ello se refleja gráficamente en el cuadro explicativo del flujo de fondos que obra a fs. 26, sfs. 6, cuerpo 2, el que fue adjuntado a las explicaciones presentadas el 16.08.2018 por la apoderada de la entidad (fs. 26, sfs. 4/5).

En el esquema expuesto fácilmente se advierte que no se verifica una contratación individual y directa entre las dos partes que se ubican en los extremos de la operación, la que presta dinero y la que toma el préstamo, existiendo un tercer sujeto con un rol preponderantemente activo con el que ambas partes

obligatoriamente deben vincularse de manera independiente para que se efectivice la operación crediticia ya que entre ellas no hay ninguna interacción.

Es así que el alegado contrato bilateral entre el inversor -actuando Tutasa AR S.A. como su mandataria- y el tomador -conforme lo previsto por la compañía en cláusulas 1.3 y 4.4 de los “Términos del Inversor” (v. fs. 165 vta., ptos. 4.55. d, y fs. 13, sfs. 78)-, no es más que una ficción en tanto que todas las cláusulas y condiciones de la operación crediticia, salvo en lo que respecta al monto, plazo y tasa de retorno, fueron previamente dispuestas con carácter general por la compañía sin que en ningún momento las otras dos partes tuviesen oportunidad de entrar en contacto ni entablar negociación alguna.

En efecto Tutasa AR S.A. es la única que tiene contacto y conoce tanto a los inversores como a los tomadores de los préstamos, recibe los fondos de los inversores y luego perfecciona e instrumenta los contratos, se encarga de administrar los créditos realizando la negociación, cobranza y pago y, de ser necesario, define cómo procede a gestionar el recupero de las sumas impagas tramitando cualquier acción legal necesaria. Incluso puede transferir los préstamos a otros clientes, o a un tercero, y hasta designar un agente que realice todas las tareas indicadas (fs. 13, sfs. 80/81).

El hecho de que el riesgo sea asumido por los inversores no obsta a considerar que la actividad de Tutasa AR S.A. consiste en intermediación financiera, siendo que en el modelo de negocio diseñado, implementado y desarrollado por la mencionada sociedad esa circunstancia no es más que otro de los beneficios/ventajas que la compañía se reservó para sí (v. cláusula 3.1. de los “Términos de la Jurisdicción Argentina”, fs. 13, sfs. 97).

Al respecto, vale señalar que, si bien la defensa insiste en esta cuestión como un elemento clave, lo cierto es que la ley no exige que el intermediario financiero asuma económicamente el riesgo de la operación ni tampoco lo hizo la jurisprudencia a la hora de analizar esta figura.

En este escenario la afirmación de la defensa en orden a los contratos eran ejecutados por Tutasa AR S.A. en nombre, por cuenta y en interés de los inversores -quienes designaban a la compañía como su mandataria exclusiva- y que ésta instrumentaba los préstamos conforme a las instrucciones acordadas con sus mandantes, tampoco obsta a que la actividad de la compañía encuadre en una intermediación financiera no autorizada en tanto que, más allá de la apariencia formal e inicial que la interesada pretende darle a su intervención, resulta manifiesto que la misma excede ampliamente la mera administración de una plataforma que sólo se limita a conectar potenciales solicitantes de créditos con inversores.

En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia del fuero al señalar que *“No enerva la probanza de que ha habido intermediación el hecho de que los recurrentes sostengan que actuaron como “gestores de negocios” de los fondos que administran de terceros, por cuanto no importa cuál es la figura legal en que quiera encuadrarse su actuar si lo que la entidad financiera desarrolla es una actividad de intermediación entre la oferta y la demanda.”* (CNACAF – 11/05/2010 “Guiar S.A. y Otros c/ BCRA-Resol. 11/00 y 71/03 (Expte. 14497/96 Sum. Fin. 930)”, elDial - AA60C6).

En el mismo orden procede indicar que manifestaciones como las incluidas en los documentos redactados por Tutasa AR S.A. a los que obligatoriamente deben adherir quienes pretendan utilizar sus servicios, en el sentido de que su actividad “no será considerada intermediación financiera, ni captación de ahorro público” (v. cláusula 3.2 de “Términos de la Jurisdicción Argentina”, fs. 13, sfs. 97), resultan absolutamente irrelevantes al momento de analizar y determinar si ciertas operatorias implican o no la realización de esas actividades pues de lo contrario bastaría con una cláusula de autoexclusión para poder operar como intermediario financiero por fuera del marco legal.

Lo cierto es que en la mayoría de este tipo de actividades existe quien promueve y administra el negocio - en el caso a través de una plataforma web-, que es el que acaba fijando los términos y condiciones de la operatoria -a la que deben ceñirse aquellos que desean invertir sus ahorros y quienes necesitan crédito- y percibe ciertas comisiones por la prestación de ese servicio.

En el presente caso, Tutasa AR S.A. percibía cargos y comisiones tanto del inversor como del tomador (fs. 13, sfs. 91 -cláusula 4-, sfs. 97 -cláusula V-, sfs. 102 -cláusula III- y fs. 162 -pto. 4.22 (ii)-). Así, los montos invertidos, aún con el plazo y la tasa de retorno seleccionados por los aportantes, pasan a integrar una masa de dinero depositada en una cuenta bancaria de “fondos de clientes” que pertenece y es administrada por la compañía. De dicha cuenta luego se debita el monto desembolsado a favor del tomador, una vez que éste acepta los términos de la oferta de inversión y emite el reconocimiento de deuda, descontado un porcentaje que pasa a integrar el “Fondo de Contingencia” y los gastos, impuestos y comisiones (fs. 13 -sfs. 86, cláusula 11- y fs. 26 -sfs. 6-). La compañía cobraba las comisiones a los inversores al recibir los pagos de intereses y a los deudores se las deducía sobre el monto desembolsado.

El análisis y consideraciones expuestas hasta aquí permiten sostener que en la operatoria desarrollada por Tutasa AR S.A. se encuentran presentes la captación de recursos financieros del público -en el caso solo dinero- y su colocación a crédito, asumiendo dicha sociedad un rol no solo preponderantemente activo sino también decisivo para la concreción, desenvolvimiento y conclusión del negocio sin cuya intervención el mismo no tendría lugar.

Vale destacar que en la operatoria desarrollada por la compañía también se verifican otras dos características propias de la intermediación financiera tales como la habitualidad y la captación masiva, lo que puede evidenciarse en las palabras de su Presidente, señor Marcelo Barreneche, cuando manifestó -según consta a fs. 3- que en el mes de mayo de 2018 -a escasos meses desde su lanzamiento- la plataforma ya contaba con más de 2000 inversores registrados, aspirando a lograr llegar ese año a los 500.000. También es válido citar que el nombrado aseveró en el artículo periodístico obrante a fs. 13, sfs. 140, que: “...en solo tres meses ya recibió más de 10.000 solicitudes... y espera mover U\$S 20 millones durante su primer año en la Argentina.”.

Es por todo lo expuesto que no puede acogerse la pretensión de los sumariados de ser considerados meros mediadores administradores de una plataforma web a través de la cual entrarían en contacto oferentes y demandantes de créditos para concretar operaciones de préstamo enmascarando su verdadera actuación detrás de la herramienta electrónica utilizada y la figura del mandato otorgado a su favor por los primeros.

Al respecto, vale destacar que es evidente que la situación concreta de Tutasa AR S.A. dista ostensiblemente de aquella a la que se aludió en el Dictamen N° 201/19 (v. fs. 50, tercer párrafo) y que es invocada por la defensa en el punto 4.25 de su descargo (Considerando II.5.).

Véase que en el referido dictamen (v. fs. 50, cuarto y quinto párrafo) también se sostuvo que para determinar si una plataforma informática conlleva el desarrollo de intermediación financiera “...es necesario atender a las particularidades específicas de la operatoria...”, debiendo dejarse de lado “...el encuadramiento jurídico que pretenda adjudicarle la entidad de que se trate, para detectar la verdadera naturaleza de la actividad subyacente.”.

En efecto, para determinar en qué casos estamos ante una mediación o una intermediación se debe proceder a realizar un análisis de cada caso puntual y estar a las particularidades específicas de cada operatoria, ya que de otra forma se corre el riesgo de excluir alguna actividad de la vigilancia que hace al buen funcionamiento del mercado financiero y de la aplicación de las disposiciones de la LEF y normas reglamentarias.

En el caso que aquí analizamos la plataforma digital tan sólo fue el medio o herramienta de la que se valió la sociedad sumariada para llevar a cabo un negocio que implica la realización de intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros, siendo ello revelado por las características propias de la operatoria y la actuación relevante y determinante que en ella tenía Tutasa AR S.A. En ese orden, a riesgo de resultar reiterativo, debe recordarse que la empresa sumariada no solo administraba la mencionada plataforma, sino que celebraba los contratos y realizaba la liquidación de los préstamos, como así también toda la gestión de cobranza. Téngase en cuenta que los fondos invertidos eran

depositados en la cuenta de Tutasa AR S.A. de cada inversor, de la que ésta debitaba el importe de los préstamos otorgados. Dichos fondos eran depositados en una cuenta bancaria de fondos de clientes y eran registrados en el balance de la compañía, aun cuando aparecían en una cuenta segregada y registrada como “Patrimonio bajo Administración” -que contenía asimismo el Fondo de Contingencia- (fs. 26, sfs. 4/6). A la vez cabe destacar que la compañía realiza publicidad destinada a inversores para que colocaran su dinero en paquetes de préstamo en forma automática, mediante un emparejamiento que realiza la plataforma que la sociedad administraba.

Conteste con lo señalado procede rechazar las críticas formuladas al Dictamen N° 201/19 (v. Consid. V) por cuanto no solo el análisis de la realidad económica del negocio sino también el jurídico que emergen de él se advierten acertados al examinar el presente caso eliminando el escudo detrás del cual pretende disimularse la verdadera significancia de la actuación que tenía Tutasa AR S.A. en la operatoria descripta.

En esa línea, se observa que pese a que en ningún momento los interesados niegan o discuten las importantes actividades que en el referido Dictamen se señalan realizadas por la compañía -no obstante el intento de relativizarlas invocando que eran efectuadas en carácter de mandataria de los inversores-, en el descargo se califican de falsas ciertas afirmaciones brindando explicaciones e indicando evidencias que no desvirtúan la cuestión central (v. ptos. 4.26 a 4.47 de fs. 162 vta. /165).

Así, el hecho de poner a disposición del tomador del préstamo ciertos datos de identificación del inversor y de la operación (monto y oferta de inversión) conforme la constancia de fs. 13, sfs. 112 (cuerpo 1) que indica la defensa, no implica que la contratación se realizara en forma directa entre los particulares ya que ello no demuestra que aquellos hayan entrado en contacto ni tampoco tenido oportunidad de negociar o acordar ningún otro aspecto que no fuese el monto, la tasa de retorno y el plazo, luego de que la oferta y demanda fueran emparejadas automáticamente por la plataforma diseñada y administrada por Tutasa AR S.A. Esa circunstancia se hace aún más evidente al considerar que dentro de las condiciones de la operatoria se permitía que un deudor tomara préstamos de varios inversores hasta integrar el total del monto del préstamo requerido, tal como se expone en el “Modelo de Reconocimiento de Deuda” de fs. 13, sfs. 109 (cuerpo 1), donde un único deudor suscribe un contrato con uno o varios acreedores -sin limitación aparente de número- representados estos últimos ineludiblemente por Tutasa AR S.A.

De lo expuesto a lo largo del presente punto se desprende que inversores y tomadores de préstamos no se vincularon directamente ni antes ni después de formalizarse el contrato de préstamo como pretende la defensa, ya que toda la operación se realizaba a través de la plataforma y siempre dependiendo absoluta y exclusivamente de la intervención de la compañía. Nótese que hasta la posibilidad de conocer la trazabilidad completa de los fondos dependía de la intervención de aquella ya que era menester solicitárselo, según es señalado en su descargo (fs. 162 vta., punto 4.28, *in fine*).

Dadas estas innegables circunstancias, conforme ya se ha expuesto, es que carece de relevancia el hecho de que al momento de perfeccionar los contratos de crédito la compañía invocara el mero carácter de mandataria de los inversores, cuando la realidad demuestra que ésta no hacía más que ejecutar lo que previamente había establecido de manera uniforme para todos los negocios en los que interviniera.

En efecto, en esos mandatos las condiciones eran previamente determinadas por el mandatario, y en virtud de ello, Tutasa AR S.A. contaba, entre otras, con la facultad de ceder el contrato de préstamo a un tercero “...*en las condiciones que estime adecuado pactar...*”, sustituir sus facultades en Tutasa UK o cualquier sociedad controlada por aquella, o por sus subsidiarias y afiliadas en cualquier país del mundo, tal como dejó sentado el área jurídica de esta Institución en el dictamen en cuestión (fs. 51, tercer párrafo). Así estaba previsto en las cláusulas 2.3 (ítem iv) y 2.5 de los “Términos de la Jurisdicción Argentina”, sin que los inversores tuviesen esos mismos derechos.

Para mayor ilustración respecto de las amplias facultades que la compañía unilateralmente previó para sí, sin que pudiesen ser objeto de negociación, ver cláusulas 2.1, 2.3, 2.4 y 7.1 de los “Términos del

Inversor”, cláusula 2.3 de los “Términos de la Jurisdicción Argentina”, cláusula 12.2 de los “Términos de uso de la página web y la plataforma”, entre otras.

A la vez que se destacan dos factores de ineludible consideración, a saber:

El primero es la condición de irrevocable de esos poderes especiales mientras existieran fondos del inversor disponibles en su cuenta de Tutasa AR S.A. no aplicados a un acuerdo de Préstamo pendiente de cancelación (cláusula 2.4 de los “Términos de la Jurisdicción Argentina”), en virtud de los cuales la sociedad contaba con amplísimas facultades para gestionar desde la selección de los deudores hasta la cancelación definitiva de los créditos (cláusula 2.3 de los citados términos). No se observa la existencia de ningún mecanismo que permitiera a los inversores cuanto menos consultar o manifestar su desacuerdo en caso de que la gestión que realizara la mandataria no fuese de su satisfacción.

El segundo factor, conforme se señaló precedentemente, es el hecho de que los supuestos mandatos se formalizaban a través de un contrato de adhesión -o denominado en doctrina de contenido predispuesto-, es decir, de un contrato con cláusulas generales preestablecidas por la mandataria (Tutasa AR S.A.). En este punto resulta importante señalar que en el Dictamen N° 201/19 en ningún momento se indicó que este tipo de contratos anulara la voluntad del contratante ni se puso en duda su validez legal -motivo por el cual cabe rechazar lo expresado en el descargo en ese sentido (v. ptos. 4.42 a 4.45, fs. 164 vta.) sino que tan solo se puso de manifiesto la innegable restricción que sufría la libertad de disposición del inversor -mandante- el cual se encontraba así limitado a consentir o no una fórmula general predispuesta en su totalidad por la compañía para otorgar, administrar y disponer de los préstamos dados (v. fs. 52, anteuúltimo párrafo). En efecto, la voluntad de los inversores quedaba reducida a aceptar o rechazar las condiciones en que Tutasa AR S.A. había prefijado el contenido y alcance del mandato que debía otorgarse a su favor. Obviamente que los inversores decidían cuánto dinero prestaban a través de la plataforma, y la tasa y plazo de retorno, siendo éstos los únicos parámetros que ellos podían elegir y a los que la firma reconoce que debía ajustarse (v. fs. 163 vta., ptos. 4.32 a 4.35).

En relación a lo manifestado, cabe reiterar lo ya expresado en cuanto a que la mera circunstancia de vestir la actividad descripta con la figura del mandato no descarta la existencia de intermediación financiera, pues esto se desprende de la realidad de la operatoria llevada a cabo y no de la denominación jurídica -“*nomen iuris*” al que refiere el dictamen citado- que se le dé a quienes intervienen en la misma.

Es así que no importa la figura legal en la que la interesada quiera auto encuadrar su actuación cuando resulta evidente que la actividad de la firma no se reducía a conectar a dos partes para facilitar que concluyeran entre sí un contrato de préstamo de dinero.

En este sentido es dable destacar que el mandato otorgado por el inversor, y en particular la actuación de la compañía, revestía características propias que excedían el rol de ésta como mandataria o mediadora entre aquel y quien en definitiva era asistido crediticiamente.

Por esa misma razón las afirmaciones de que los inversores no depositaban los fondos en la compañía o que no asumían el carácter de depositantes que se realizan en el descargo (v. ptos. 4.30 y 4.46 de fs. 163 y 164, respectivamente, entre otros), conforme lo disponía unilateralmente la sociedad aquí sumariada en la cláusula 3.1 de los “Términos de la Jurisdicción Argentina” (fs. 13, sfs. 97), no son suficientes para negar el hecho de que los fondos estaban depositados en una cuenta de la compañía -si bien individualizada y segregada del resto de su patrimonio- y que eran administrados por ésta. Ciertoes que los fondos eran dados en préstamo con arreglo a la tasa y plazo de retorno indicado por el inversor, pero a partir de allí el propio emparejamiento de la oferta y la demanda, como la gestión de cobro, aún en los casos de incumplimiento del deudor, quedaba al arbitrio de Tutasa AR S.A., sin perjuicio de las demás facultades que predispuso para sí y a las que ya se hizo referencia.

Entonces, en línea con lo señalado, también cabe rechazar la crítica que formula la defensa acerca de que es incorrecto lo señalado en el Dictamen aludido en cuanto a que Tutasa AR S.A. era quien gestionaba el contrato de préstamo y que no se preveía ninguna facultad a favor del inversor correspondiendo destacar

que el hecho de que este último determinara los parámetros de su inversión no obsta a la veracidad de lo afirmado. En efecto, el inversor sólo definía el monto de su inversión y el plazo y la tasa de retorno esperada, a la vez que otorgaba a Tutasa AR S.A. amplias facultades irrevocables entre las que se encontraba la realización de acuerdos de préstamo, su cobranza y recupero, la cesión del préstamo a terceros, entre otras.

Por último, resulta procedente indicar que el hecho de que en el referido Dictamen se haya señalado erróneamente que los fondos para la constitución del Fondo de Contingencia provenían de los montos invertidos (fs. 51, cuarto párrafo), no resulta relevante a los fines rebatir la conclusión arribada por la Gerencia Principal de Asesoría Legal en cuanto a que “...una operatoria del tipo descrito en las actuaciones, por la cual una empresa desarrolla como actividad lucrativa la captación habitual de fondos del público para luego otorgarlos en préstamo reviste, en principio, las características propias de una actividad de intermediación financiera alcanzada por el Art. 1º y 38º LEF.” (fs. 53, quinto párrafo), cuando al puntualizar la operatoria realizada y la administración y funcionamiento de dicho Fondo, tuvo en cuenta que era el deudor el que contribuía a su conformación, tal como claramente consta a fs. 49, segundo párrafo.

III.6. Con relación a los planteos tendientes a desvirtuar la imputación contenida en el Cargo 2 (Considerando II.6.) cabe señalar que los mismos resultan inconducentes para alcanzar la finalidad perseguida, siendo esta conclusión consecuencia de la interpretación armónica del sistema normativo en el que se encuentra incluida la disposición en cuestión -art. 19 LEF-, exégesis que reclama la defensa (v. fs. 166, pto. 4.59).

En ese orden, en primer lugar, procede señalar que resulta irrelevante el hecho de que la Ley N° 21.526 no defina qué se entiende por “captación de recursos del público” ya que dicho concepto no requiere de mayores definiciones para ser comprendido su significado en el marco legal que nos ocupa.

En segundo término, contrariamente a lo sostenido por la defensa, resulta indudable que la prohibición contenida en el citado artículo 19 de la Ley de Entidades Financieras -en este caso, de realizar publicidad o acciones tendientes a captar recursos del público-, refiere a cualquier persona o entidad que no cuente con autorización del BCRA sin más condicionamientos.

En el presente caso, cabe considerar que siendo que Tutasa AR S.A. no es una entidad autorizada por el BCRA, al realizar publicidad tendiente a captar recursos del público incurrió en la prohibición señalada precedentemente.

En efecto, el hecho irregular quedó claramente configurado con la invitación a terceros a invertir sus ahorros, difundida a través de distintos medios de prensa digitales -Ámbito.com y El Cronista- y redes sociales -Twitter-, por medio de la utilización de anuncios y artículos periodísticos -ver fs. 2/6, fs. 13 -sfs. 140/145-, cuyas copias fueron acompañadas y citadas por el señor Sebastián Carchidi en representación de la entidad, tal como surge de fs. 13, sfs. 5/6, pto. 10 “Publicidad” (cuerpo 1).

Ello, y tal como consta en el Informe de Cargos, surge manifiesto de las constancias de publicidad agregadas en las fojas citadas precedentemente, en las que se observan frases dirigidas a terceros indeterminados, tales como: “...Retornos de 45% en TuTasa.com.ar atraen miles de inversores...”; “La fintech inglesa TuTasa permite invertir en personas online.”, “La fintech inglesa TuTasa facilitará a inversores prestar U\$S 20M en Argentina”, “¿Cómo Prestar en TuTasa.com.ar? Puedes registrarte y comenzar a ganar dinero aquí...”, “...Invertí Online en Argentina. Retornos hasta 45%...”, “...Préstamos entre personas, sin bancos...”, las que claramente se encuentran encaminadas a captar recursos del público inversor.

Esa propaganda o publicidad comercial es la que se encuentra prohibida a través de lo dispuesto en el mentado artículo 19, previsto bajo el Título I “Régimen General”, Capítulo 4: “Publicidad”, de la Ley de Entidades Financieras, constituyendo su transgresión una infracción autónoma a la de la intermediación financiera no autorizada.

Para tener por transgredida la disposición en análisis basta con comprobar la realización de publicidad tendiente a captar recursos del público -difusión o propaganda de carácter comercial- por parte de un sujeto no autorizado por este Ente Rector, independientemente de que esa finalidad haya sido lograda o no.

Es por ello que resulta erróneo el planteamiento de la defensa en cuanto sostiene que la infracción del artículo 19 de la LEF carece de autonomía y que debe funcionar como un mero agravante de la intermediación no autorizada, tergiversando en su análisis lo expresado por este BCRA en otra actuación - Sumario en lo Financiero N° 1540-.

Al respecto, procede indicar que en la resolución invocada en el descargo se señaló que para tener por configurada la realización de intermediación financiera no autorizada no era necesaria la existencia de publicidad tendiente a captar fondos en forma masiva, la que de haberse realizado -no se verificó publicidad comercial en el Sumario 1540- habría importado el incumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 19, agravándose la situación de los sujetos.

A efectos de evidenciar lo expuesto, se transcriben a continuación los párrafos pertinentes de la Resolución SEFyC N° 206 del 28.06.2019 (publicada en el sitio web de este BCRA -Sistema Financiero, Marco legal y normativo, Sumarios Financieros-):

“(iv) publicidad: cabe precisar que para tener por configurado la realización de intermediación financiera no autorizada no es necesaria la existencia de publicidad tendiente a captar fondos en forma masiva, siendo que la constatación de dicha situación sólo agravaría la situación de los sujetos involucrados, en tanto importa el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 21.526.

En efecto, la existencia de la infracción puede establecerse con prescindencia de que la entidad haya hecho o no publicidad comercial de su actividad, pues éste es un concepto técnico distinto que recoge el artículo 19 de la Ley 21.526 a fin de acentuar la prohibición que pesa sobre las entidades no autorizadas.” -el destacado es propio-.

Vale destacar que al plantear el argumento defensivo (v. fs. 166 vta., pto. 4.62) se omitió considerar el segundo párrafo transcripto, el cual demuestra de manera indiscutible que en ningún momento este Banco Central consideró a la publicidad a la que refiere el citado artículo 19 como un mero agravante de la intermediación no autorizada.

A mayor abundamiento, es dable indicar que el criterio sostenido por este BCRA también fue expresamente expuesto en las Resoluciones SEFyC 238/19, 43/2020 y 119/2020, entre otras dictadas en el marco de los Sumarios Financieros 1547, 1550 y 1553, respectivamente (v. pag. web institucional).

Atento a lo expuesto precedentemente resulta superfluo referirnos aquí a las explicaciones de la defensa tendientes a negar la captación de recursos financieros por parte de Tutasa AR S.A.

En consecuencia, a tenor del análisis efectuado, corresponde tener por comprobada la infracción contenida en el Cargo 2.

III.7. Por otra parte, cabe considerar los argumentos defensivos formulados con relación a la ausencia de responsabilidad de los Directores de Tutasa AR S.A. (fs. 167/168, ptos. 4.70/4.77. y 4.79), que fueron volcados sucintamente en el Considerando II.7.

Al respecto, frente a la inexistencia de incertidumbre regulatoria en cuanto a lo que a la actividad de intermediación financiera refiere -cuestión que ya ha sido tratada-, no cabe acoger favorablemente el planteamiento efectuado a fs. 167 vta., ptos. 4.72, 4.73 y 4.77, relativo a la ausencia de responsabilidad de los miembros del Directorio de la sociedad por cuanto éstos, a juicio de la defensa, habrían actuado como buenos hombres de negocios.

Debe recordarse que la actividad de oferta y demanda de recursos financieros se rige por la Ley N° 21.526 y que, conforme con ella, ésta condicionada a la autorización previa del BCRA, desde mucho tiempo antes a que tuvieran lugar los hechos objeto de investigación. En consecuencia, es evidente que las operaciones que no se ajusten a esas previsiones normativas son ilegales y quien las realiza está haciendo lo que la ley prohíbe, resultando pasible de las consecuencias que la propia legislación prevé.

Es así como la incertidumbre invocada solo puede entenderse referida a la plataforma web que Tutasa AR S.A. utilizaba para realizar su negocio, situación que debió conducir a los integrantes de su órgano de administración, a cerciorarse de la legalidad de la actividad instando, por los canales formales, a la Autoridad Rectora del sistema financiero para que expresara su opinión al respecto, comportamiento que no se verifica en autos, tal como se señaló.

Téngase en cuenta que estas personas se dedican a una actividad de cierta sofisticación y tecnicismo por lo que cabe suponer que los sujetos que la llevan a cabo cuentan con un alto grado de especialización en la materia y amplios conocimientos en cuanto a las repercusiones que tienen cada uno de sus actos. El grado de previsión, cuidado y prudencia que cabe exigir en éstos es mucho mayor al que puede demandarse a un comerciante cuyo actuar no tenga más implicancias que el ámbito circundante.

Asimismo, cabe rechazar el planteo de incompetencia de este BCRA para juzgar la conducta de los administradores y representantes sociales de Tutasa AR S.A., pues cabe señalar que dicha competencia halla su sustento legal, precisamente, en el artículo 41 de la Ley N° 21.526 en el cual se establece que esta Institución es la autoridad competente para dictar las normas de procedimiento con sujeción a las cuales instruirá sumario y aplicará sanciones a “...las personas o entidades o ambas a la vez...” que sean responsables de las infracciones a la citada Ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte en uso de sus facultades.

Es decir que, de la letra de la mencionada disposición legal se desprende con toda claridad que este BCRA se encuentra plenamente facultado para investigar las infracciones al orden jurídico financiero que constituyen el objeto de autos, sustanciar el presente sumario e imponer las sanciones previstas, de forma aislada o acumulativa, a las personas que sean halladas responsables de las infracciones que quedaron comprobadas.

Va de suyo que lo expuesto refiere a las infracciones de orden administrativo y que como tales son susceptibles de ser investigadas, juzgadas y sancionadas en el ámbito de la competencia legal de esta Entidad Rectora, sin perjuicio de los procesos que pueden tener lugar en la órbita de otros entes de contralor o en el ámbito judicial, conforme con las normas y principios que resulten pertinentes.

Es válido mencionar que la jurisprudencia se pronunció en ese sentido al sostener que: “...Tal como lo ha establecido el Máximo Tribunal, las sanciones que aplica el Banco Central por infracciones a la Ley de Entidades Financieras, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dicta en ejercicio de sus facultades, persiguen evitar o corregir conductas que constituyan un apartamiento de las reglas a que debe atenderse estrictamente la actividad de los intermediarios financieros, con prescindencia de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de aquéllas (Fallos: 321:747). Tal accionar se encuentra ligado a la delegación estipulada por la Constitución Nacional, debiendo reconocerse que las razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera, en cuanto reguladora y ordenadora de la actividad bancaria, encuentran base normativa en los arts. 75, incs. 6, 18, y 32 de la Carta Magna (esta Sala, in re: “Caja de Crédito Cuenca Cooperativa Ltda. y otros c/ B.C.R.A. - Resol. 483/12 (expte. 100993/07 Sum Fin 1219)”, del 12/06/14 y su cita). En idéntica línea, se ha dicho que: “[e]sa interpretación se impone con motivo de la importancia de la actividad de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros -que afecta directa e inmediatamente la política monetaria y crediticia-, la que se traduce en un sistema de control permanente, que comprende desde la autorización para operar hasta su cancelación, y cuya custodia la ley ha delegado en el B.C.R.A., colocándolo como eje del sistema financiero” (conf. dictamen del Procurador General de la C.S.J.N., al que el Tribunal se remitió en Fallos: 303:1776 y 307:2153). En este sentido, la Ley N°

21.526 delega en el B.C.R.A. dichas normas de policía bancario, estableciéndolo como el órgano especializado de aplicación, control, reglamentación y fiscalización del sistema monetario, financiero y bancario, y otorgándole facultades exclusivas de superintendencia sobre todos los intermediarios financieros. Es la importancia de la función financiera la que justifica sobradamente las atribuciones de control conferidas al Banco Central, aún las razonablemente implícitas, derivadas de aquellas expresamente contempladas en la ley (conf. disidencia del juez Fayt en Fallos: 310:1129, citada en 328:3518)...” (“Cooperativa de Crédito Premium Limitada y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21.526” - CNACAF (Sala II) - 18/06/2015). A la vez que sostuvo que: “la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad por parte del Poder Ejecutivo de actuar como juez administrativo, siempre que contra sus resoluciones se de satisfacción al derecho de defensa del infractor (Fallos 205:249). Como asimismo, que el control judicial de las resoluciones jurisdiccionales administrativas, debe ejercitarse para proscribir la irrazonabilidad y prescindencia arbitraria de la ley... Es que no puede olvidarse que la Corte Suprema, como se destacara, sólo ha reconocido la posibilidad que la administración aplique sanciones, siempre que la ley así lo autorice y que las decisiones respectivas se encuentren sujetas a ‘control judicial suficiente’ (Fallos 171:366; 193:408, 198:79...)” (“De los Santos, Luis Carlos c/Banco Central de la República Argentina s/Entidades Financieras – Ley 21.526”, CNACAF, Sala V, 17/09/2019).

En estos casos el BCRA actúa en ejercicio de las facultades que la legislación especial en la materia le atribuye con carácter exclusivo y excluyente de otras autoridades, lo que en modo alguno le impide considerar disposiciones de otros órdenes normativos cuando ello resulta pertinente en función del tema específico que debe analizar como, por ejemplo, lo normado en la Ley General de Sociedades respecto de la responsabilidad de las autoridades de las personas jurídicas.

Tampoco resulta atendible la argumentada violación del derecho de defensa, alegándose que en la Formulación de Cargos no se haya indicado ninguna conducta específica imputable a los directores y que la imputación realizada no se apoye en la comprobación de algún tipo de actuación concreta (Considerandos II.3. y II.7.), pues en el Capítulo III del informe acusatorio (fs. 107) que forma parte integrante de la Resolución SEFyC N° 338/19 (fs. 109/110) fue debidamente explicitada la vinculación entre los hechos imputados y los sujetos sumariados.

En efecto, en dicha oportunidad se expresó que la acción sumarial debía dirigirse contra la persona jurídica, contra los miembros integrantes del Directorio por evidenciar una conducta permisiva frente a la comisión de los hechos en cuestión, no pudiendo alegar desconocimiento de la normativa aplicable, y también contra los miembros de la Comisión Fiscalizadora por ser éstos responsables del control de legalidad de los actos del órgano de administración sin que exista en autos constancia de que hayan practicado observación alguna respecto de los temas cuestionados.

Es decir que al formular la acusación se exteriorizó el criterio de imputación aplicado en el presente, habiendo reunido ese acto todos los elementos necesarios para que los sumariados ejerzan su derecho de defensa ya que previo a ello se expusieron los hechos reprochados, se precisaron los períodos en que ellos habrían tenido lugar y se puntualizaron las disposiciones consideradas transgredidas. Vale destacar que en este sentido se ha expedido la jurisprudencia señalando que “... las imputaciones que se imputan, en modo alguno puede ser consideradas ‘genéricas’, toda vez que contienen una determinación de la ubicación temporal de la situación fáctica y la normativa legal transgredida, especificándose los períodos infraccionales y los hechos configurativos de la infracción, imputando las mismas a quienes presumiblemente pudieran estar comprometidos en los alegados incumplimientos.” (CNACAF, Sala V, “De Los Santos, Luis Carlos c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras- Ley 21526”, sentencia del 17.09.19).

Cabe agregar una vez más que la distinta interpretación o bien el hecho de que los sumariados no compartan el criterio de imputación explicitado por este Ente Rector no resulta suficiente para invalidarlo, como pretende la defensa (Consid. II.3. y II.7.), correspondiendo remitir, en lo que fuera pertinente, a lo expresado en el precedente Considerando III.4.

Debe ponerse de resalto que no obstante conocer el criterio que determinó su inclusión en el sumario, y más allá de los cuestionamientos analizados, ninguna de las 4 personas que se desempeñaron como Directores de Tutasa AR S.A. al tiempo en que tuvieron lugar las infracciones, ha cuanto menos alegado en su descargo, ser ajena a los hechos irregulares imputados, ni invocado y probado alguna circunstancia que permita excusar su responsabilidad personal en los términos requeridos por la ley, como se detallará seguidamente.

Se estima oportuno mencionar al respecto que como principio rector en materia de responsabilidad por transgresiones a la Ley de Entidades Financieras y normativa reglamentaria de esta Entidad de Control no es dirimente el haber tenido una intervención personal y directa en su configuración, sino que también *“...resultan sancionables quienes, por su omisión, aún sin actuar materialmente en los hechos, no desempeñaron su cometido de dirigir y fiscalizar la actividad desarrollada y coadyuvaron de ese modo -por omisión no justificable- a que se configuren los comportamientos irregulares...”* (Expte. N° 28998/2014 “Banco del Chubut y Otros / BCRA s/ Entidades Financieras – Ley 21.526 Art. 41” sentencia del 12/09/2019).

En el mismo sentido se ha señalado que *“...En el plano sancionatorio, basta no satisfacer el deber exigido por negligente o impudente conducta activa u omisión de adoptar las diligentes medidas que hubieran evitado la producción del resultado, de suerte tal que resulta improcedente indagar sobre el elemento subjetivo...”* (Sala II CNACAF “HSBC Bank Argentina SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/Entidades financieras – Ley 21.526 – Art. 42”, causa n° 25.155/19, sentencia del 13/08/2020).

Destáquese que el criterio expuesto también resulta aplicable respecto de las personas implicadas en estas actuaciones habiendo señalado el Tribunal interviniente en un caso similar al que nos convoca que *“... lo cierto es que la sola aceptación por su parte de un cargo directivo lo obligaba a responder -como regla- por los actos de la entidad, aun cuando no hubiera tenido una participación directa en ellos, debido a que por su función debió conocerlos y, en su caso, de haberlo creído oportuno, propender a impedir su ejecución. En efecto, es jurisprudencia reiterada de este fuero que “resultan sancionables quienes, por omisión, aun sin actuar materialmente en los hechos, no desempeñaron su cometido de dirigir y fiscalizar la actividad desarrollada por la entidad, y coadyuvaron de este modo por omisión no justificable a que se configuraran los comportamientos irregulares” (conf. doctr. Sala III, “Canovas Lamarque Mónica Silvia c/ BCRA – Resol 53/01 – Expte. 103.413/89 Sum Fin 890”, 15/4/2004, y “Romeo Vicente Emilio y otros c/ Banco Central de la República Argentina – Resol 115/04”, 10/12/2008; y Sala V “Ordoñez, Manuel Javier Felipe y otros c/ BCRA – Resol. 45/01 – Expte. 101.319/83 – Sum Fin 682”, 7/10/2002 -entre otros)...”*.

“Es que, como persona mayor de edad y capaz, se encontraba en condiciones de valorar y tener conciencia suficiente de que cuanto mayor era el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor era la obligación que resultare de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Código Civil)...”.

“En el sumario... se investigó la comisión de infracciones a la Ley de Entidades Financieras, surgiendo de sus constancias que el Sr.... integró formalmente el Consejo de Administración de la Cooperativa -lo que importó, en esa esfera, asumir las responsabilidades inherentes al cargo- y que incluso reconoció haber firmado documentos, aunque sostuvo desconocer sus connotaciones legales y financieras. Dichos hechos son examinados -en esa órbita- desde el punto de vista del cumplimiento de las normas a las que está sujeta la actividad (financiera, en la especie) y en atención a los deberes que éstas imponen a los que cumplen funciones en las entidades, quienes tienen responsabilidad legal y resultan sancionables no solo en los supuestos en que fueren los autores directos de las transgresiones imputadas sino también cuando por no haber desempeñado plenamente su cometido coadyuvaron, por omisión, a que se configuraran los comportamientos irregulares (conf. doctr. cit., Sala III: “Canovas Lamarque Mónica”, 15/4/2004 y “Romeo Vicente Emilio y otros”, 10/12/2008; y Sala V “Ordoñez, Manuel J.F.”, 7/10/2002).” (CNACAF, Sala II, Ghibaudi, Enrique Roberto c/ Banco Central de la República Argentina

s/ entidades financieras – ley 21.526 art. 42”, sentencia del 12.08.14).

Conteste con lo recientemente señalado, en lo relativo a la responsabilidad de los miembros del Directorio de Tutasa AR S.A. que plantea la defensa a fs. 167, ptos. 4.68 y 4.69, cabe poner de resalto que la responsabilidad que corresponde atribuir a estos sujetos se encuentra ínsita en la naturaleza de las funciones que ejercían y tiene sustento normativo en lo establecido por la propia Ley General de Sociedades N° 19.550 para quienes desempeñen el cargo de directores titulares de sociedades anónimas (artículos 59, 266 y 274).

En efecto, tal como se ha expresado, el BCRA es la autoridad competente para juzgar las conductas de los sujetos involucrados en los sumarios administrativos que lleva adelante a la luz de lo dispuesto en la Ley de Entidades Financieras, siendo los comportamientos irregulares u omisiones indebidas de aquellos sujetos reveladoras del deficiente ejercicio de las funciones que tenían a su cargo dentro de la estructura social en la que se desempeñaban.

Recuérdese que el artículo 59 de la Ley General de Sociedades, aludida precedentemente, establece que: *“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”*. A su vez, el artículo 266 del mencionado cuerpo legal prescribe que: *“El cargo de director es personal e indelegable...”*. En esa línea, el artículo 274 dispone que: *“...Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”*. Cabe señalar en este punto, que como se desprende de lo expuesto en el Considerando II.7 de este decisorio, son los propios sumariados los que invocan dicha normativa con una interpretación contraria a la voluntad de la ley.

En el presente caso no se verifica un obrar diligente por parte de los máximos responsables de la sociedad, por lo menos, en cuanto a los hechos que configuraron las infracciones que motivaron el inicio de las actuaciones, ni se ha demostrado la existencia de circunstancias que permitan eximirlos de responsabilidad.

En este punto debe ponderarse el reducido número de integrantes del Directorio lo que lleva razonablemente a concluir que ninguno de ellos pudo desconocer los hechos que configuraron los 2 cargos comprobados, circunstancia que fue puesta de manifiesto en el acto acusatorio sin que ello haya sido cuestionado por ninguno de los interesados.

En ese orden tiene dicho la jurisprudencia que: *“Consiguientemente, el recurrente no pudo desconocer que las operaciones de intermediación financiera realizadas por la Cooperativa -sujeto que no contaba con la autorización pertinente del B.C.R.A.- no se encontraban autorizadas para una entidad de esa naturaleza, y que se estaba actuando al margen de la ley. Más aún, al asumir voluntariamente las funciones de máxima responsabilidad en la entidad, también adquirió las responsabilidades de orden administrativo y disciplinario inherentes al cumplimiento de ellas.*

Por lo tanto, en función de lo antedicho, y en virtud que el[...] era parte de un reducido grupo de funcionarios a cargo de la administración de la cooperativa, no cabe sino concluir que no pudo éste resultar ajeno a los hechos cuestionados, sino que, en efecto, fue su conducta la que generó la responsabilidad de la persona jurídica. En consecuencia, corresponde desestimar las quejas esbozadas” (CNACAF, Sala II, in re “Cooperativa de Crédito Premium Limitada y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21.526”, sentencia del 18/06/15).

En idéntico sentido, y a todo evento, se citan otros antecedentes jurisprudenciales del mismo fuero en los que se han sostenido que, comprobadas las infracciones, los directores resultan responsables *“...en la medida en que no acrediten -como les incumbe- que tales situaciones les resultaron ajenas o que se opusieron documentalmente a su realización, o demuestren la existencia de alguna circunstancia*

exculpatoria válida (conf. esta Sala “Highton Federico Roberto y otros”, 10/05/2011, cit. y sus citas); circunstancias que no se encuentran mínimamente acreditadas en la especie.” (CNACAF, Sala II, autos “Banco Privado de Inversiones SA y otros c/ BCRA s/ entidades financieras – ley 21.526 – art. 42”, sentencia del 10.05.2016). En el mismo sentido se ha dicho que “...en el ámbito del régimen de policía administrativa la constatación de la comisión de las infracciones genera la consiguiente responsabilidad y sanción del infractor, salvo que éste invoque y demuestre la existencia de alguna circunstancia exculpatoria válida...” ((Banco del Chubut S.A. y otros c/ BCRA s/ Entidades Financieras -Ley 21526 - Art 41 – CNACAF, Sala III, 12/09/2019)

Al respecto, también se ha sostenido que: *“La responsabilidad inherente al cargo que se ocupa, nace por la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno de la sociedad anónima, de manera que cualquiera fueran las funciones efectivamente cumplidas, la conducta debe ser calificada en función de la actividad obrada por el órgano aun cuando el sujeto no haya actuado directamente en los hechos que motivan el encuadramiento, pues como integrantes de los órganos de administración deben controlar la calidad de la gestión empresarial, dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa in vigilando”* (Banco Municipal de Rosario y otros c/ BCRA - Resol. 188/13 - Expte. 100.480/06 - Sum. Fin. 1247, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II - 18/03/2014).

En consecuencia, corresponde rechazar el planteo de incompetencia efectuado por la defensa resaltando la falta de fundamento legal de lo expresado en ese sentido, como así también los restantes argumentos analizados en el presente Considerando, no habiendo los miembros del Directorio invocado ni probado causal exculpatoria alguna, único medio para eximirse de responsabilidad según la legislación societaria.

III.8. En cuanto a los argumentos esbozados por la defensa de las síndicas, relativos a la lesión a su derecho de defensa (Consid. II.8.), cabe reproducir lo expuesto en el precedente Considerando III.7. al tratar idéntico planteo realizado por los miembros del Directorio, atendiendo a la identidad del cuestionamiento formulado, debiendo señalar que la invocación efectuada del art. 297 de la Ley General de Sociedades, no hace más que confirmar todo lo expuesto precedentemente, máxime siendo el período infraccional superior a tres meses, dada la periodicidad mínima para las reuniones del órgano de administración, con presencia de los miembros del órgano de fiscalización establecidas en la ley de fondo, como se reitera más adelante.

En ese aspecto es dable reiterar que, en oportunidad de formular la acusación, se expuso el criterio de imputación señalando que la acción debía dirigirse, entre otros, contra los miembros de la Comisión Fiscalizadora al tiempo de los hechos por haber sido éstos los responsables del “control de legalidad” de los actos del órgano de administración -que es el propio de su función-, pese a lo cual no existía en autos constancia de que hubieran practicado observación alguna respecto de los hechos cuestionados. Yerra la defensa cuando estima que se está solicitando de los Síndicos un “control de gestión” lo cual resulta incorrecto, puesto que no es lo exigido para ellos normativamente.

Es decir que se puso de manifiesto que las síndicas fueron involucradas en estas actuaciones debido al deficiente ejercicio de sus funciones de fiscalización respecto de los hechos que en forma previa habían sido descriptos, precisándose el momento de su ocurrencia y las disposiciones infringidas. En consecuencia, cabe afirmar que el acto acusatorio reunió todos los elementos necesarios para que las sumariadas pudieran ejercer su derecho de defensa.

No obstante, ninguna de las personas que integraban la Comisión Fiscalizadora de Tutasa AR S.A. al tiempo en que tuvieron lugar las infracciones comprobadas en autos ha aportado alguna evidencia concreta orientada a desvirtuar la imputación que se le efectuara. Ninguna ha demostrado haber advertido y observado, de manera formal y oportuna, las conductas ilegales que se llevaban a cabo en el ámbito de su fiscalizada.

Sin esa prueba, no resulta suficiente para excusar la responsabilidad de la sindicatura lo argumentado en el descargo respecto del alcance de sus funciones pues no puede obviarse que se trata de funcionarios

impuestos por la ley dentro de las sociedades anónimas con facultades indelegables y trascendentes, dotados de especial idoneidad para tutelar los intereses de la sociedad, los accionistas y los terceros (conf. Alberto Víctor Verón, “Auditoría y Sindicatura Societaria”, pág. 133, Editorial Errepar).

Entre las funciones de la sindicatura se encuentra la de controlar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, el estatuto, reglamento y decisiones asamblearias (art. 294, inc. 9, LGS), lo cual no se limita a salvaguardar el patrimonio de la sociedad, sino que deben constituirse en garantía de una correcta gestión y tutela del interés de los accionistas y también del público concretamente, se requiere una regular actividad de fiscalización y, de encontrar oposición o dificultad para afrontar dicho cometido, la sindicatura debe activar los mecanismos tendientes a hacer efectiva su gestión de control.

Téngase en cuenta que estas personas contaban con facultades suficientes para ello dadas las funciones que desempeñaban resultando importante considerar respecto de esta situación que por imperativo legal las sumariadas tenían no solo el derecho sino también la obligación de “... *asistir con voz...*” a las reuniones de Directorio (art. 294, inc. 3, LGS), las que debe celebrarse mínimamente cada 3 meses a tenor de lo dispuesto en el artículo 267 de la Ley General de Sociedades. A ello debe sumarse el hecho de que sus funciones son personales e indelegables -art. 293 LGS- al igual que la de los Directores.

Corresponde indicar que nos encontramos ante una atribución, no una facultad, por lo que estos funcionarios están obligados a ejercerla para asegurar el buen desempeño de la fiscalización que les ha sido encomendada.

En ese orden de ideas procede indicar que las sumariadas, en su carácter de síndicas, debieron ejercer sus amplias atribuciones para verificar que el actuar de la compañía se adecuara a las previsiones legales vigentes y así cuanto menos intentar impedir la comisión de infracciones graves como las que se han comprobado en el presente.

El hecho de que no hayan practicado formalmente advertencias u objeciones respecto de la operatoria de intermediación y la publicidad tendiente a captar dinero realizadas por Tutasa AR S.A. -comportamientos prohibidos a todo sujeto que no cuente con autorización previa del BCRA-, revela que mantuvieron una actitud pasiva y de tolerancia que no se condice con la conducta exigible a su cargo.

Téngase presente que la jurisprudencia sentado en una causa donde se comprobó la realización de intermediación financiera por parte de un sujeto no autorizado, al igual que como ocurre en autos, ha señalado que “*Las funciones propias del recurrente le imponían realizar una razonable verificación y evitar o intentar evitar o corregir las faltas cometidas, hasta donde ello resultara previsible y evitable (esta Sala -en otra integración-, in re: “Compañía Consultora de Finanzas y Mandatos S.A.”, del 10/09/92). Ello no ocurrió en el caso: el recurrente no demostró haber advertido y observado -en el momento oportuno- las irregularidades de la entidad; y es claramente insuficiente, al efecto -para eximirlo de su responsabilidad-, la mera manifestación relativa a su falta de título profesional y conocimientos técnicos, su carencia de facultades decisorias, así como su relación de dependencia y subordinación con respecto a los directivos de la Cooperativa.*”

“*Por lo tanto, es a la luz y en función de los parámetros reseñados, que debe concluirse que ha existido en la conducta de la Sra. Jusri una omisión complaciente por un ejercicio deficiente de la fiscalización que le había sido encomendada, y en consecuencia, corresponde desestimar sus agravios.*” (CNACAF, Sala II, in re “Cooperativa de Crédito Premium Limitada y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21.526”, sentencia del 18.06.15).

A todo evento, se deja constancia de que este criterio jurisprudencial es pacífico en cuanto a transgresiones al orden legal y reglamentario de la actividad financiera, siendo dable citar como ejemplo las siguientes conclusiones “...*la condición de síndicos los compromete como responsables de las infracciones cometidas, en la medida en que aceptaron o toleraron -aunque sea por omisión- la realización de esas faltas, incumpliendo los deberes de fiscalización y vigilancia que la ley les imponía en cuanto tales...*” (Banco del Chubut S.A. y otros c/ BCRA s/ Entidades Financieras -Ley 21526 - Art 41 –

CNACAF, Sala III, 12.09.2019); “...conforme a los arts.... y 297 de la ley de sociedades, los... síndicos incurrir -por las violaciones a sus obligaciones, las leyes, los estatutos y los reglamentos- en responsabilidad ilimitada y solidaria hacia la sociedad, los accionistas y los terceros; y, por lo tanto, no resulta irrazonable que, al aplicárseles la sanción de multa respectiva, se los equipare a la entidad en la cual o por la cual actúan” (conf. Sala I, “Banco Extrader SA y Otros c/BCRA (Resol. 587/95) Sumario n° 862)”, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, punto VII.2.; y, esta Sala, “Vaisberg Horacio Adrián y otros...”, cit.; expte. N° 29797/2011, “Intermutual SA y otros c/BCRA-resol 185/11 (exp. 100032/01 sum fin 1026)”, resol. del 29/10/13)” (CNACAF, Sala IV, Expte. N° 17796/2013, “Alhec Tours SA Cambio Bolsa y Turismo y otros c/ BCRA-Resol 150/13 (Expte. 100.971/07 Sum. Fin. 1231)”, sentencia del 21.10.14).

En consecuencia, procede rechazar los argumentos exculpatórios alegados en defensa de las sumariadas.

III.9. Con relación al argumento de que la conducta reprochada no causó daño alguno al BCRA o a terceros -v. Considerando II.9.-, cabe remitirse a lo expuesto en el precedente Considerando III.4. en cuanto que en la materia que nos ocupa resulta suficiente que se configure un peligro potencial para que este Banco Central ejerza su poder de policía y sancione las conductas ilegales comprobadas, toda vez que el sistema normativo aplicable al caso no requiere para consumir las infracciones otro elemento que el daño potencial.

En ese orden, es dable indicar que el fin perseguido por el BCRA, es tutelar el bien jurídico protegido por la Ley N° 21.526 y las normas reglamentarias que dicta en su consecuencia, que es el correcto funcionamiento del sistema financiero, el cual puede verse seriamente comprometido con la actuación de un sujeto que no cuente con habilitación para realizar actividades legalmente reservadas a entidades expresamente autorizadas en razón del interés público que se encuentra comprometido en ellas.

III.10. Por todo lo expuesto en los Considerandos precedentes, corresponde tener por comprobados los Cargos 1 y 2 imputados y, en consecuencia, procede rechazar la solicitud de archivo de las actuaciones volcada en el Considerando II.10.

III.11. Sentado ello, y sin perjuicio del análisis efectuado y conclusiones expuestas, cabe considerar la novedad denunciada por la defensa a través de la presentación de fs. 336/339, consistente en la aprobación por parte de este BCRA de las normas sobre “*Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas*” -en adelante PSCPP-, las que se dieron a conocer por Comunicación “A” 7406 del 25.11.21 (fs. 341/345) y se encuentran vigentes desde el 03.01.22.

Ello atento a que se alega que, de haber continuado operando a la fecha, la actividad de Tutasa AR S.A. habría quedado enrolada en la de estos proveedores, no constituyendo una infracción bajo el actual marco normativo (punto 2.11 y 2.12 de fs. 338 vta./339).

Al respecto, es dable hacer presente que la Resolución por la que se aprobó la citada reglamentación contó con la opinión de la Asesoría Legal de esta Institución expresada en el Dictamen N° 303/21 (fs. 346/358).

En el punto II de dicho dictamen se hicieron constar las circunstancias consideradas por la Subgerencia General de Regulación Financiera y los objetivos que la llevaron a proyectar la reglamentación en cuestión.

Al respecto, se menciona que el área técnica había “... estado observando, tanto en el país como a nivel mundial, la aparición de empresas que no pertenecen a la actividad bancaria -en general, ‘Fintech’- que administran plataformas para conectar a solicitantes de crédito con inversores particulares, con el objetivo de concretar operaciones de préstamo. (el destacado es propio).

Se señala que estas actividades se conocen bajo distintas denominaciones: préstamos entre personas, préstamos entre particulares o entre particulares y empresas, “peer to peer lending”, “crowdlending”,

entre otros; y se explica que esta modalidad se encuentra orientada a préstamos de bajo monto y, en especial, a satisfacer la demanda de personas con dificultades para acceder a la asistencia bancaria tradicional, por carecer de un historial crediticio y/o pertenecer a sectores de bajos ingresos.

En ese sentido, se indica que, de las investigaciones efectuadas surge que, países como Uruguay, Reino Unido y España ya cuentan con un marco normativo de regulación para estas actividades, que reservan la actividad para las empresas que sean autorizadas, y que tienen por objetivo brindar transparencia a la operatoria, estableciendo que las plataformas deberán informar, en forma clara, sus riesgos.

En lo principal, se destaca que, analizada la actuación de las empresas referidas, estas usualmente se encargan de la administración de los préstamos concertados a través de su plataforma y de la gestión de cobranzas, percibiendo una comisión por esos servicios.

Asimismo, se indica que la actividad señalada puede desarrollarse sin incurrir en la intermediación financiera contemplada en el artículo 1° de la LEF y prohibida a sujetos no autorizados por el art. 310 del Código Penal y normas concordantes, en tanto la misma se limite al desarrollo de una actividad de mediación, acercando a las partes para que celebren un contrato de préstamo entre sí y, eventualmente, ofreciendo servicios conexos como los señalados. (el destacado es propio).

Considerando lo anterior, y atendiendo a las funciones y facultades del BCRA para regular y orientar el crédito; se expresa que se entiende necesario generar un marco normativo que brinde mayor transparencia y certeza a la actividad de esas empresas y protección a sus clientes. (el destacado es propio).

Se señala que, en ese contexto, con el objetivo de permitir una adecuada implementación tanto de las precedentes definiciones de política hacia este sector, y de otras que, a futuro, puedan entenderse necesarias en ejercicio de las referidas funciones y facultades del BCRA en esa materia, conforme lo coordinado con la Gerencia General, se considera necesario extender la aplicación de las disposiciones de la LEF a las personas que realicen la actividad bajo análisis en los términos del artículo 3° de esa norma, con el alcance que se así se disponga. (el destacado es propio).

Asimismo, en el dictamen aquí considerado se expone el alcance de la reglamentación a la que refiere, las condiciones para que los PSCPP desarrollen su operatoria, las actividades conexas permitidas, y los requisitos y obligaciones proyectadas a su respecto.

Posteriormente, en el punto III del referido acto, la Asesoría Legal expone las consideraciones que hacen al ámbito de su competencia, expresando en ese orden lo siguiente:

“El acto aquí proyectado contiene una serie de medidas tendientes a regular a los denominados “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas” (PSCPP), definidos en el proyecto de marras como ‘aquellas personas jurídicas que ofrezcan como actividad principal o accesoria de su objeto social- el servicio de acercar y poner en contacto a uno o más oferentes con demandantes de crédito para concretar operaciones de préstamo en pesos’ (Sección 1.1 del Anexo).

La regulación que se propone “...contiene una serie de disposiciones que se aplicarían a la actividad desarrollada por las plataformas que encuadren con lo allí previsto, usualmente denominadas de ‘crowdlending’ o ‘peer to peer lending’, sujetos a los cuales, en virtud de lo dispuesto en el punto 2 del resolutorio, se les extendería la aplicación de disposiciones de la LEF.

Lo expuesto resultaría pertinente, en tanto se procura regular una actividad definida como de ‘mediación’ entre partes, diferenciada de la intermediación financiera del art. 1° LEF, y no alcanzada en consecuencia por lo prescripto por el art. 310 del Código Penal de la Nación, pues en tales supuestos se impondría la aplicación de la normativa que prohíbe la actividad de intermediación financiera sin autorización de este BCRA.”

Luego considera el plexo normativo relativo a las funciones y facultades de este BCRA en orden al proyecto que analiza, tras lo cual refiere a las disposiciones puntuales contenidas en la reglamentación.

Así, sostiene que *“En relación a los parámetros que se establecen para el desarrollo de su actividad (Sección 1.3), no caben objeciones que formular, por cuanto la mayoría de ellos tienden a despejar el encuadre de la operatoria por fuera de una actividad de intermediación, requiriendo además, entre otros, la segregación de las cuentas para transacciones propias del PSCPP de aquellas de administración de créditos, la posibilidad de que el inversor pueda retirar la documentación respaldatoria del crédito para efectuar su gestión por fuera de la plataforma, junto con la necesidad de que el patrimonio del PSCPP se encuentre jurídicamente separado de las obligaciones hacia los inversores y los créditos otorgados”*.

Tampoco formuló objeciones respecto de la habilitación para que, cumpliendo ciertas condiciones, las plataformas ofrezcan, por sí o a través de terceros, servicios conexos -análisis crediticio, administración y gestión de cobro (Sección 1.4, “Otras actividades permitidas”)- y entendió que lo dispuesto en el punto 1.5 sobre “Transparencia” y la publicad emitida por los PSCPP se correlaciona con *“... lo establecido en el art. 19 LEF, buscando evitar la confusión o posibilidades de engaño a las que se podría inducir a terceros respecto a la calidad de institución financiera que pudiera revestir un actor como los aquí regulados, como así también diferenciarla de la operatoria de las entidades debidamente autorizadas.”*

De igual modo, la Asesoría Legal de este BCRA no formuló objeciones a ninguna de las restantes disposiciones que, actualmente, conforman el régimen aplicable a los denominados PSCPP.

De lo transcripto se desprende que, así como ocurriera en otras ocasiones, la naturaleza esencialmente dinámica de toda actividad económico/financiera, en este caso particular potenciada por avances tecnológicos que pueden emplearse para su desarrollo, genera circunstancias fácticas relevantes que movilizan o motivan a su recepción en el plano legislativo en aras de la seguridad jurídica aportando claridad y transparencia en cuanto a la actividad u operatoria de que se trate.

En este caso, ante la concreta existencia de plataformas digitales dedicadas a gestionar y administrar créditos entre particulares y el vacío normativo respecto de esa actividad concreta -cuestión ya mencionada en el presente-, esta Institución, en el ámbito de su competencia, interpretó necesario delinear normativamente las condiciones que aseguren que su realización quede circunscripta a la actividad de “mediación”, excluyendo toda posibilidad de realización de intermediación financiera en los términos del artículo 1 de la Ley N° 21.526.

A partir de esta nueva realidad y la perspectiva que traza la regulación aplicable a los actualmente denominados PSCPP, la consideración de las características y particularidades específicas del modelo de negocio de Tutasa AR S.A. -ya analizadas- permiten vislumbrar que, pese a que, a criterio de esta instancia, no reunía todas las condiciones requeridas reglamentariamente en la nueva normativa, de encontrarse activa, la misma habría podido efectuar las adaptaciones pertinentes que le permitieran encuadrar su operatoria en la actividad de mediación ahora regulada.

En efecto, ante la existencia de un marco regulatorio que brinda certeza respecto del alcance de la actividad que pueden realizar los administradores de plataformas, cuyo objetivo es acercar y poner en contacto a particulares oferentes y demandantes de créditos, como así también de las actividades conexas que les están permitidas y las demás condiciones requeridas para su funcionamiento, Tutasa AR S.A. hubiera tenido la posibilidad de efectuar aquellas modificaciones que hubieran compatibilizado su actuación con las de los PSCPP. De ese modo hubiera limitado su intervención a la mera mediación entre particulares sin haber incurrido en intermediación financiera no autorizada.

A esta altura del proceso la situación expuesta resulta ciertamente novedosa e impone su contemplación por cuanto, si bien no constituye una causal que enerve las conclusiones arribadas en cuanto a la existencia de conductas contrarias a la Ley de Entidades Financieras y, por ende, no exonera de responsabilidad a los sumariados, sí representa una circunstancia relevante a los efectos de la determinación y graduación de las consecuencias que acarrearán las transgresiones verificadas.

En consecuencia, lo expresado en el presente considerando será tenido en cuenta en oportunidad de determinar y graduar las sanciones correspondientes.

III.12. En cuanto a la reserva del caso federal efectuada (Considerando II.11. y II.13), no corresponde a esta Instancia expedirse al respecto.

IV. Análisis de las pruebas ofrecidas:

A continuación, se analizarán las pruebas ofrecidas por la defensa de los sumariados, que fueran detalladas en el Considerando II.12. de la presente.

A tal fin, resulta procedente destacar que esta Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, está facultada para rechazar la prueba que resulte improcedente, dando cuenta motivada del rechazo en la emisión de actos como el presente -resolución final- conforme lo previsto en el segundo párrafo del punto 1.7.1. del RD, en el que se establece: “...*La SEFyC ordenará la producción de la prueba que resulte conducente y rechazará, fundadamente, la que se estime inconducente...*”.

IV.1. Prueba Documental:

En cuanto a la prueba *Documental* acompañada al descargo que se halla agregada a fs. 198/304 y cuyo detalle fue realizado en el Considerando II.12., punto 1, procede indicar que la misma no resulta suficiente para contrarrestar las imputaciones efectuadas en el presente sumario, habiendo sido analizada en los apartados precedentes junto con los argumentos defensivos que se intentaban demostrar con ella (Consid. III.1. y III.2.), a los que se remite en honor a la brevedad.

Vale indicar que casi la totalidad de la documentación aportada resulta ser posterior al período infraccional investigado (Anexos III a X) y que por tanto no exime de responsabilidad a los sujetos involucrados.

Además, de ninguna de estas constancias surge que el BCRA haya alentado y/o consentido la realización de intermediación financiera por parte de Tutasa AR S.A. o ningún otro sujeto que no cuente con su autorización en los términos previstos en la ley especial que regula esta particular actividad para la cual la regla es la prohibición.

IV.2. Prueba Testimonial:

Respecto a la prueba *Testimonial* ofrecida a fs. 170 vta./171 -punto VIII, ap. B- (Consid. II.12., pto. 2), considerando que las personas que se solicita sean citadas a declarar son funcionarios del BCRA, los que en tal carácter se expiden a través de sus informes, y teniendo en cuenta que los mismos tuvieron intervención en la promoción de las presentes actuaciones, mediante la suscripción de informes y providencias (Informe N° 383/1133/19 -fs. 75/77- y providencia de fs. 111 vta.) donde se expresan respecto de los hechos investigados, no corresponde hacer lugar a la prueba ofrecida.

Asimismo, debe señalarse que el hecho de que estos funcionarios hayan participado de las reuniones referidas en el descargo -circunstancia que no es controvertida- y que, eventualmente, hayan o no formulado objeciones respecto de la exposición realizada por los funcionarios de Tutasa AR S.A., no puede equipararse a la expresión formal que en uno u otro sentido debe efectuar esta Institución como autoridad rectora del sistema financiero. Tal como se expresó al analizar los argumentos defensivos (Consid. III.1. y III.2.), el conocimiento informal de la operatoria que se pudo haber adquirido a través de las aludidas reuniones no constituye la vía idónea tendiente a que el BCRA expida su opinión convalidando o rechazando las actividades a desarrollar por el sujeto requirente, máxime cuando dichas acciones puedan implicar o no la realización de intermediación financiera (sin autorización).

IV.3. Prueba Informativa:

No cabe hacer lugar a la prueba *Informativa* ofrecida a fs. 171, ap. C, consistente en oficio a la CNV a los fines de que ratifique la autenticidad de la documentación acompañada en los Anexos 6A, 6B y 7 que obran a fs. 227/286 (Consid. II.12., punto 3), en atención a que esta Instancia no duda de la autenticidad de las constancias aportadas, correspondiendo remitirse al tratamiento de ésta efectuado en el apartado correspondiente (Consid. III.1.).

V. Situación de los sumariados – Responsabilidades:

Que habiendo quedado comprobadas las transgresiones normativas contenidas en los Cargos 1 y 2, procede analizar la situación de cada una de las personas imputadas y determinar si corresponde atribuirles responsabilidad, recordando que el Banco Central se encuentra facultado para imponer las sanciones previstas en el artículo 41 de la Ley N° 21.526, conforme lo establecido en sus artículos 19 y 38, segundo párrafo, inciso b), y normas concordantes.

Al respecto, cabe señalar que las citadas disposiciones legales contienen un principio basal del sistema financiero y bancario nacional, en virtud del cual solo quienes cuenten con autorización del Estado - otorgada a través de este Banco Central- pueden intermediar entre la oferta y la demanda de recursos financieros en los términos de la Ley N° 21.526 y realizar publicidad o acciones tendientes a captar recursos del público. Los sujetos que pese a no contar con dicha autorización llevan adelante esas conductas, lo hacen de manera ilegal y son pasibles de las consecuencias jurídicas previstas en los mencionados artículos.

En efecto, conforme se señaló en el Considerando III.1., en esta materia existe un principio de inversión de la capacidad de los particulares, en virtud del cual la regla es “la prohibición” y la excepción es “la permisón” mediante previa autorización administrativa, surgiendo ello de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley N° 21.526, en el que el legislador dispuso que: *“Las entidades comprendidas en esta ley no podrán iniciar sus actividades sin previa autorización del Banco Central de la República Argentina...”*.

La mentada autorización implica la totalidad de los procedimientos por los cuales la Administración consiente a los particulares que desarrollen cierta actividad y es una técnica por la cual se remueven los obstáculos que tienen los administrados para realizar esa actividad específica a partir de una reglamentación previa. La administración aprecia o valora ciertas circunstancias y entonces autoriza, o no, llevar a cabo una actividad que por su trascendencia e implicancias no puede ser ejercida por una decisión unilateral del particular interesado. Por su parte, la autorización operativa implica el sucesivo control de la Administración en el desarrollo de la actividad en cuestión. Es decir que el recaudo de autorización previa no sólo importa un “control preventivo”, sino que también supone un “control operativo” en tanto que la Administración se interesa en el cómo, cuándo, por dónde, en una palabra, de qué manera va el administrado a actuar (cfr. Dromi, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1979, páginas 456/457).

En este punto cabe señalar que la jurisprudencia ha expresado que *“el art. 7, también..., está redactado de conformidad con el principio general que contiene el art. 1 y guarda con él una estricta coherencia, puesto que dispone que ‘las entidades comprendidas en esta ley -las que tengan como finalidad intermediar habitualmente entre la oferta y la demanda de recursos financieros agrega el tribunal- no podrán iniciar sus actividades sin previa autorización’, y va de suyo que cuando expresa que ‘no podrán iniciar sus actividades’, debe entenderse, necesariamente, que quiere decir en forma legítima, porque si comienzan a ejecutar las operaciones financieras sin la previa autorización ello constituye una infracción y se desencadena la aplicación del art. 38”*. (CNACAF, Sala II, fallo del 10.05.83, en autos “Banco Comercial del Norte c/ BCRA s/ apelación de la Resolución N° 215”).

Es menester destacar que este particular sistema normativo está constituido por normas coactivas de derecho interno y por principios de orden público que regulan la actividad bancaria y financiera, en tanto comprometen y afectan la seguridad y la confiabilidad del sistema económico-financiero, sometido al poder de policía que ejerce el Estado, a través del BCRA, sobre todas aquellas personas que, de manera

regular o irregular -con autorización estatal o sin ella-, llevan adelante una empresa particular y lucrativa que requiere de recursos del público.

En esta línea debe destacarse que ni la sociedad Tutasa AR S.A. ni ninguna de las personas humanas involucradas en el sumario contaban con autorización de este Banco Central para realizar intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros ni para efectuar publicidad tendiente a captar ahorros del público -conf. arts. 1, 7, 19 y 38 Ley N° 21.526-.

En consecuencia, forzoso es concluir que ninguno de estos sujetos se encontraba legalmente habilitado para llevar a cabo alguna de esas acciones por lo que, resultan responsables del comportamiento ilegal que aquello implica, tornándose aplicable lo dispuesto en los citados artículos 19 y 38, inciso b) -LEF-.

V.1. En consecuencia, en primer término procede atribuir responsabilidad a Tutasa AR S.A., teniendo en cuenta que los hechos ilegales que configuran los 2 cargos comprobados tuvieron lugar en el ámbito de la misma, siendo producto de la acción u omisión culpable de las personas humanas miembros de su órgano de administración con potestades específicas para dirigir y controlar su actividad y, eventualmente, reencausar tempranamente los apartamientos normativos cometidos.

La persona jurídica actuaba y en consecuencia cumplía o transgredía las ya citadas disposiciones legales a través de las personas humanas con facultades estatutarias para actuar en su nombre, resultando responsable de las infracciones administrativas comprobadas, en su calidad de persona jurídica titular de derechos y obligaciones, en virtud de la actuación de las personas humanas que intervinieron por ella y para ella.

En estos casos, se debe partir de la premisa de que es necesaria la presencia de personas humanas para formar y exteriorizar la voluntad social y cumplir sus objetivos, que el órgano de administración social es el instrumento apto para emitir declaraciones de voluntad y resulta imprescindible para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad (Martorell Ernesto E. LA LEY 1989-C, 895, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 713).

V.2. En segundo lugar, cabe atribuir responsabilidad a los señores Marcelo Nicolás Barreneche Pascale -Presidente del Directorio-, Juan Sebastián Ruiz -Vicepresidente-, Sebastián Ariel Carchidi y Horacio Pablo Luppi -Directores- quienes conformaban el máximo órgano de conducción de Tutasa AR S.A. al tiempo en que tuvieron lugar las comprobadas transgresiones a la Ley N° 21.526 (conf. fs. 86 y formulación).

Respecto de estas personas, además de lo expresado en el Considerando III.7., al que se remite en honor a la brevedad, cabe poner especialmente de relieve que ninguna ha siquiera alegado ser ajena a los hechos imputados o alguna circunstancia válida que excuse o atenúe su responsabilidad personal.

De allí que deba colegirse que las transgresiones normativas comprobadas en el sumario son consecuencia del incumplimiento de los deberes propios de los nombrados, por haber declinado u omitido ejercer las facultades que les competían en cuanto a la conducción y control del accionar de la sociedad que dirigían, quienes al ocupar voluntariamente las funciones de máxima responsabilidad dentro de la misma asumieron las responsabilidades de orden legal, administrativo y disciplinario inherentes a su cumplimiento.

A su respecto resta indicar que en oportunidad de graduar las sanciones que correspondan se tendrá en cuenta el período de actuación de cada una de las personas mencionadas, de conformidad con la información que obra a fs. 86 (cuerpo 2)

V.3. Por último, corresponde atribuir responsabilidad a las señoras Virginia Alicia Cuello, Nora Lía Ángel y María Elena Domínguez, integrantes de la Comisión Fiscalizadora de Tutasa AR S.A. durante el periodo en que tuvieron lugar las transgresiones constitutivas de los Cargos 1 y 2 (fs. 91, *in fine*), función en virtud de la cual debían realizar una razonable verificación y evitar o intentar evitar o corregir las faltas

cometidas por su fiscalizada, conforme fue señalado en el Considerando III.8. al que se remite *brevitatis causae*.

Sin embargo, en autos no existen constancias de que la Comisión Fiscalizadora, o alguna de sus integrantes, hayan advertido y observado formalmente las referidas conductas ilegales por lo que debe concluirse que ha mediado de su parte una omisión complaciente por un ejercicio deficiente de la fiscalización que tenían a su cargo.

A su respecto cabe considerar que se desempeñaron durante todo el tiempo en que tuvieron lugar las infracciones en cuestión, conforme consta a fs. 91 (cuerpo 2).

VI. Determinación de las sanciones. Pautas de cálculo a aplicarse:

A tenor de lo expuesto en el precedente Considerando, procede aplicar a las personas halladas responsables de los Cargos 1 y 2 comprobados alguna de las sanciones previstas en el artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras, de conformidad con lo dispuesto en el citado texto legal y de acuerdo con lo previsto en el Texto Ordenado denominado “*Régimen disciplinario a cargo del BCRA, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias*” (en adelante, el “Régimen Disciplinario” o “RD”).

VI.1. Clasificación de las infracciones:

A los efectos de establecer las sanciones pertinentes, se procede a clasificar las infracciones según su gravedad -muy alta, alta, media, baja y mínima-, conforme lo establecido en el Catálogo de Infracciones de la Sección 9 del RD o atendiendo a su envergadura e impacto en el sistema financiero en el caso en que no se encuentren catalogadas (punto 2.1. del RD).

En el citado catálogo, el BCRA determinó la gravedad que le es asignada a cada una de las transgresiones en él contenidas en relación con su afectación al sistema financiero, a terceros y al Estado en general, así como también las multas máximas aplicables a cada infracción.

En este punto se toma en consideración lo expresado en el acto acusatorio -fs. 105, inc. c) y 106/107, inc. c)-, conforme lo indicado por el área de origen de las actuaciones -fs. 80, punto (iv), y fs. 85, punto 4-.

- Cargo 1: “*Intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, sin contar con la previa autorización de este Banco Central*”, transgresión individualizada en el punto 9.1.2. - “*Realización de operaciones que implican intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros sin la previa autorización del BCRA.*”- de la Sección 9 del RD, catalogada como una infracción de gravedad “Muy Alta”. La sanción a imponer es pecuniaria -pto. 2.2.1.1, apartado a)-, siendo la multa máxima aplicable a las entidades comprendidas en el Grupo A (entidades financieras, sus auditores externos, representaciones de entidades financieras del exterior y otros sujetos no regulados) - pto. 2.2.1.2.-, de 800 unidades sancionatorias, equivalentes actualmente a \$ 480.000.000 (pesos cuatrocientos ochenta millones).

Se destaca que el valor de la unidad sancionatoria para todo el año 2023 es de \$ 600.000 (pesos seiscientos mil), conforme lo dispuesto en el punto 8.2. del RD, y dado a conocer mediante la Comunicación “A” 7670 del 11.01.2023.

- Cargo 2: “*Publicidad tendiente a captar recursos del público sin la autorización de este Banco Central*”, transgresión asimilable a la prevista en el punto 9.22.2. de la Sección 9 del RD - “*Utilización de denominaciones previstas en la LEF o en la Ley de Casas, Agencias y Oficinas de Cambio por parte de personas humanas y/o jurídicas no autorizadas que induzcan a dudas y/o confusión acerca de su naturaleza.*”- infracción de gravedad “Alta” para la que se prevé sanción pecuniaria -pto. 2.2.1.1, apartado b)- siendo la multa máxima aplicable para las entidades del Grupo A de 100 unidades sancionatorias, equivalentes actualmente a \$ 60.000.000 (pesos sesenta millones).

Sentado el encuadramiento de las infracciones, procede poner de manifiesto que estamos en presencia del supuesto de pluralidad de cargos contemplado en el punto 2.6., segundo párrafo, del RD, conforme el cual resulta procedente aplicar una sanción por cada uno de los cargos comprobados, teniendo presente lo previsto en el punto 2.4. del citado RD.

Las sanciones se deben fijar de acuerdo con una puntuación del 1 al 5 a asignar, a cada uno de los cargos, conforme los factores de ponderación previstos en el artículo 41 de la Ley N° 21.526 (punto 2.3.4. del RD).

A fin de establecer certeramente la gravedad de las infracciones que nos ocupan -ratificando o rectificando la clasificación provisoria efectuada por el área de origen a fs. 85, pto. 4- seguidamente se procederá a evaluar los factores de ponderación que concurren en el presente caso.

VI.2. Graduación de las sanciones:

Para la determinación de las sanciones a imponer en el presente acto, es necesario considerar previamente los factores de ponderación establecidos en el tercer párrafo del artículo 41 de la Ley N° 21.526 y lo dispuesto por la normativa procesal reglamentaria aplicable a los sumarios financieros (punto 2.3. del RD) y, posteriormente, con sustento en ello calificar las infracciones -punto 2.3.4.-.

Se destaca que los aludidos factores serán desarrollados con arreglo a lo dispuesto por la norma ritual y las consideraciones efectuadas por el área preventora en el Informe N° 383/1133/19 y Anexo (fs. 75/86) y la información complementaria obrante a fs. 89/92.

1.- “*Magnitud de la infracción*” (RD, punto 2.3.1.1.).

a) Cantidad y monto total de las operaciones en infracción:

De lo indicado por el área preventora en el Anexo del Informe N° 383/1133/19 -punto 3.1.1.- (fs. 81) y las aclaraciones realizadas en la información complementaria de fs. 92, punto 3 a lo que se remite-, se desprende lo siguiente:

a.1- En cuanto a la infracción contenida en el Cargo 1, a partir de los volúmenes operados al 31/08/2018 - fecha de corte de la última información contable suministrada por la sociedad- el área técnica estableció como monto infraccional total la suma de \$ 4.338.718, correspondiente al total de montos captados de los inversores, los que luego serían aplicados al otorgamiento de préstamos solicitados por los tomadores de crédito.

Al respecto, resulta importante destacar que la preventora aplicó un criterio de prudencia al efectuar la referida determinación, según manifiesta en las constancias citadas precedentemente.

a.2- En lo que respecta al Cargo 2, la preventora señala que no es posible determinar el monto y la cantidad total de las operaciones para este tipo de infracción, entendiendo que las mismas no son cuantificables.

En efecto, atento las características de la infracción cometida la misma no resulta mensurable en términos monetarios.

b) Cantidad de cargos infraccionales: En el presente sumario se imputaron 2 (dos) cargos infraccionales, los que se tuvieron por acreditados.

Cargo 1: “*Intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, sin contar con la previa autorización de este Banco Central*”.

Cargo 2: “*Publicidad tendiente a captar recursos del público sin la autorización de este Banco Central*”.

c) Relevancia de las normas incumplidas dentro del sistema:

c.1- El hecho descrito en el Cargo 1 es calificado dentro del catálogo de infracciones establecido en el Régimen Disciplinario como de gravedad “Muy Alta”, siendo una de las infracciones más graves susceptibles de ser cometidas en el ámbito regido por la Ley de Entidades Financieras y sus normas reglamentarias, circunstancia que por sí misma pone de manifiesto la relevancia de la norma transgredida.

Al respecto, a fs. 78, *in fine*/ 79 y en su Informe Presumarial -fs. 82-, el área preventora señala que la jurisprudencia del fuero entiende que la oferta y la demanda de recursos financieros está comprendida por la Ley 21.526 y condicionada a la autorización del BCRA, por lo que es evidente que las operaciones que no se ajusten a ello son ilegales y quien las realiza está haciendo lo que la ley prohíbe.

Destaca a la vez que en el terreno de la normativa que nos ocupa entran en juego otros factores tales como: las características de la actividad desplegada por la plataforma de Tutasa AR S.A., que aparece como centro de la captación y colocación de dinero, la habitualidad de la misma, la frecuencia y velocidad de las transacciones y su efecto multiplicador, porque lo que aquí primordialmente importa es la repercusión de dicha actividad en el mercado financiero.

En la misma línea sostiene que no puede afirmarse que la mera circunstancia de vestir la actividad con la figura del mandato lleve a descartar la existencia de intermediación financiera, pues esto se desprende de la realidad de la operatoria llevada a cabo y no de la denominación jurídica que se le dé a la misma.

Al respecto, y en consonancia con cuanto se ha manifestado en el presente, procede agregar que la actividad de intermediación financiera afecta en una u otra forma todo el espectro de la política monetaria y crediticia, en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuáles se ha instituido un sistema de contralor permanente, cuya custodia la ley ha delegado en el BCRA, colocándolo como eje del sistema financiero. Esta Institución, a través de un conjunto de normas que se actualizan periódicamente, adecúa la reglamentación en función de las necesidades que surjan de la propia operatoria o bien de las necesidades de la economía nacional.

Esta actividad de intermediación financiera por parte de sujetos no autorizados a realizarla queda fuera del margen de control que ejerce el Banco Central y busca evitar el mismo, el cual dentro del marco regulatorio fija, entre otros parámetros, los capitales mínimos con que pueden actuar, las operaciones que pueden realizar y las que no. A la vez autoriza fusiones, escisiones y ventas de paquetes accionarios, supervisa el cumplimiento de las normas en materia de liquidez y solvencia, sanciona las transgresiones al sistema y llega hasta la decisión de revocar las autorizaciones previamente concedidas. Estas facultades quedan deshabilitadas cuando se opera por fuera del sistema legal, pudiendo implicar maniobras delictivas, blanqueo de capitales, evasiones impositivas, entre otras, por lo que la actividad de la sociedad sumariada constituye una clara violación al sistema financiero en general.

Ello sin olvidar los perjuicios concretos que sufren muchas veces los propios ahorristas que colocan sus fondos en estos circuitos marginales porque sin la fiscalización del BCRA no hay control sobre la política crediticia del intermediario financiero y sin ese control resulta imposible detectar y eventualmente impedir la utilización indebida de dichos fondos.

En ese sentido, como se ha expresado anteriormente, resulta indiscutible la responsabilidad que tienen los Estados en la organización y supervisión del funcionamiento del sistema financiero, para lo cual dictan las distintas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de acceso a la actividad bancaria y financiera con el fin de prevenir irregularidades que pongan en riesgo la integridad de dicho sistema. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que la legislación reguladora y ordenadora de la actividad bancaria y financiera responde a razones de bien público y de necesario gobierno y que su base normativa se encuentra en la propia Constitución Nacional.

c.2- En lo que respecta al Cargo 2, procede considerar que igual de significativo es la relevancia del artículo 19 de la Ley N° 21.526 en tanto que, en lo que aquí interesa, en él se prohíbe con carácter general

la realización de publicidad tendiente a captar recursos del público si no media autorización del Estado, en tanto es calificado dentro del catálogo de infracciones establecido en el Régimen Disciplinario como de gravedad “Alta”.

Es evidente que existe un claro deber de no hacer y las consecuencias de desobedecer se encuentran particularmente establecidas en la misma disposición. De allí que el incumplimiento se encuentre considerado como una infracción administrativa de gravedad alta dentro del régimen disciplinario aplicado por el BCRA en su calidad de Autoridad de aplicación del ordenamiento especial.

En este contexto cabe recordar que Tutasa AR S.A realizaba publicidad a través de medios de prensa digitales y redes sociales dato que no puede soslayarse en este análisis, particularmente en la actualidad, dada la finalidad perseguida y el gran alcance que estos medios en orden a la difusión masiva y su fácil accesibilidad para el público en general.

d) Duración del período infraccional: Los periodos infraccionales de cada Cargo fueron detallados a fs. 105, ap. b), y 106, ap. b), del Informe de Cargos y son los siguientes:

d.1. Cargo 1: desde el 01.01.2018 -fecha de inicio de la operatoria de otorgamiento de préstamos- hasta el 31.08.2018 -fecha de las últimas operaciones detalladas en los “Mayores de Cuentas del Patrimonio Bajo Administración”-.

d.2. Cargo 2: desde el 27.04.2018 -fecha más antigua de las publicidades observadas- hasta el 05.10.2018 -fecha de la última visita de la inspección-.

e) Impacto sobre la entidad y/o el sistema financiero:

Respecto de este factor la Gerencia de Control señala que de la página web de Tutasa AR S.A. surgía que existían 117.300 usuarios registrados (entre inversores y tomadores) y 346 préstamos otorgados por 6.5 millones de pesos. Ello sin perjuicio de señalar que al 23/08/19 no se observaba publicidad tendiente a captar fondos de terceros conforme lo expresado, mediante correo electrónico el 16/08/19, en cuanto a que ya no aceptaban nuevos participantes en la plataforma y que dejarían de operar Peer to Peer Lending a partir de octubre de 2019 -fs. 82/83, punto (iv)-.

En consonancia con ello puede agregarse que las transgresiones constatadas -intermediación financiera no autorizada y publicidad tendiente a captar recursos del público- tuvieron un impacto directo para la política crediticia y monetaria nacional al haberse efectivamente detraído parte del ahorro público de los canales legalmente establecidos para encausarlos en función de intereses superiores de orden económico, social, político e institucional que hacen a la comunidad en su conjunto. En efecto, estas conductas ilegales se desarrollan en detrimento de estos altos intereses que comprenden a toda la sociedad por lo que las mismas no pueden ser toleradas pasivamente.

Además, en este ámbito corresponde considerar que esta clase de conductas anti normativas ponen en peligro la integridad, la transparencia y el correcto funcionamiento del sistema financiero, afectando, a su vez, la confianza del público en el control y la autoridad del BCRA.

2.- “Perjuicio ocasionado a terceros” (RD, punto 2.3.1.2.):

La gerencia de origen a fs. 83, punto 3.1.2. destaca “...que para la protección del usuario financiero y en especial de quienes confían su dinero a una entidad bancaria, se ha creado un sistema de garantías para resguardar a los depositantes ante una eventual crisis de liquidez que pudiera sufrir un intermediario financiero bajo la órbita de supervisión del Banco Central. Toda actividad financiera marginal trae aparejado, además de los riesgos financieros ya comentados, una posible elusión y/o evasión fiscal con el consecuente perjuicio a las arcas del Estado.

Teniendo en cuenta lo expresado por el área técnica, y si bien no obran en autos elementos que permitan

afirmar que efectivamente se haya ocasionado perjuicio a terceros como consecuencia de las infracciones comprobadas, cabe considerar que con un total de 117.300 usuarios registrados en la plataforma, entre inversores y tomadores -según lo informado por la preventora- el daño potencial resulta un dato de relevante ponderación atendiendo al volumen de la operatoria (\$ 17.441.305 al 31.08.2018, conf. fs. 84).

Además, a criterio de esta Instancia, los riesgos aludidos por la preventora se ven claramente potenciados al haberse realizado publicidad comercial procurando la captación masiva de recursos.

Debe tenerse presente que si bien este factor no puede ser cuantificado en los términos del punto 2.3.1.2. del RD -detrimento económico-, las transgresiones normativas comprobadas afectan gravemente el correcto y transparente funcionamiento del sistema financiero, siendo éste el bien jurídico protegido por la Ley N° 21526 y la normativa emanada de este Banco Central, representando situaciones potencialmente peligrosas que afectan la actividad y/o el interés del citado Ente de control, en su carácter de supervisor de la actividad bancaria y financiera.

Resulta oportuno recordar, tal como se expuso en el Considerando III.4. al que se remite, que el aludido peligro potencial es suficiente para que este Banco Central ejerza su poder de policía y sancione las conductas anti-normativas comprobadas en el marco del sumario administrativo, toda vez que el sistema normativo aplicable al caso no requiere para consumar las infracciones que consagra, otro elemento que el daño potencial.

3.- “Beneficio generado para el infractor” (RD, punto 2.3.1.3.):

Respecto al beneficio generado para el infractor, con relación al Cargo 1, la preventora señala a fs. 83, pto. 3.1.3., que el beneficio obtenido por la práctica de la intermediación financiera, nutrida por el accionar imputado en el Cargo 2 consistente en captación de recursos de terceros mediante el sitio web de Tutasa AR S.A., se ve reflejado en los registros contables de la compañía -con mayor grado de detalle en los balances de sumas y saldos de esta sociedad-.

Aclara que dicho beneficio resulta de los ingresos obtenidos por cobros de las comisiones de Tutasa AR S.A. a inversores (al recibir pagos de interés) y a deudores (deducidos sobre el monto desembolsado), ascendiendo a un total de \$ 299.383, entre los meses de febrero y julio de 2018 (ver cuadro en las fojas citadas).

Más allá de la cuantificación realizada por la preventora, resulta innegable la existencia de este factor siendo que la actividad irregular de intermediación que llevó a cabo Tutasa AR S.A. era meramente comercial y, por lo tanto, la obtención de beneficios era su cometido.

Lo mismo cabe concluir respecto de la publicidad ya que si bien el beneficio obtenido como consecuencia de ésta no puede ser mensurado, el incremento de inversores y participantes de la plataforma que el representante de la entidad menciona en la nota de fs. 13, sfs. 140 (cuerpo 1), demuestra la obtención de ganancias, lo que importa señalar que el beneficio en este caso se encuentra concatenado por ambos cargos.

Es pertinente señalar que, en general, la actividad desarrollada de manera marginal se traduce en beneficios para unos pocos y consecuencias negativas para un número indeterminable de sujetos e instituciones, lo que resulta ética, moral, social, política y jurídicamente inaceptable. Es por ello que estas conductas antijurídicas deben ser repudiadas y contrarrestadas con medidas disciplinarias que tiendan a desalentarlas y con aptitud suficiente para revertir el desequilibrio provocado en detrimento del interés público afectado y compensar el riesgo cierto que conlleva la permanencia de estos sujetos dentro del sistema financiero.

4.- “Volumen operativo del infractor” (RD, punto 2.3.1.4.):

Corresponde mensurar este factor respecto de la intermediación financiera no autorizada conforme lo

previsto expresamente en el citado punto del RD.

A fs. 84 el área preventora sostiene que el concepto de volumen operativo es un indicador clave del nivel de actividad financiera, del mercadeo del dinero como un bien dentro de una empresa, el circulante, es la medida cuantificada de la cantidad de flujo de fondos en un periodo determinado, los movimientos en todos los registros contables que involucren puntualmente la actividad financiera, entendiéndose por ésta al circulante de dinero implicado tanto en la captación y devolución de recursos, colocaciones y cobro de los mismos, como así también los costos de esas captaciones y beneficios.

Continúa aclarando que este circulante o flujo de dinero en un periodo determinado deja su rastro en las cuentas contables relacionadas con la operatoria financiera, evidenciado en los balances de sumas y saldos aportados por la entidad, partiendo del principio que estos balances son una mera planilla donde se vuelcan todas las cuentas contables del Libro Mayor por separado, con la suma total de sus débitos en una columna, la suma de sus créditos en otra y su diferencia -saldo- en una tercera.

Así sostiene que en el caso de Tutasa AR S.A., el volumen operativo total al 31.08.2018 ascendería a la suma de \$ 17.441.305, importe que surge de la sumatoria de todos los movimientos deudores y acreedores (debe = \$ 8.301.297 + haber = \$ 9.140.008) registrados en los balances de sumas y saldos, a esa fecha, de las cuentas contables involucradas en la operatoria, cuyo detalle obra en el cuadro de fs. 84 al que se remite.

5.- “Responsabilidad Patrimonial Computable” – “Patrimonio Neto” (RD, punto 2.3.1.5.):

En este caso, cabe considerar que la sociedad responsable de las transgresiones legales comprobadas es una persona jurídica no regulada por este BCRA y por lo tanto no determina ni informa la mencionada relación técnica (RPC), siendo procedente ponderar a su respecto su Patrimonio Neto, conforme lo previsto en la normativa ritual indicada en el epígrafe.

Ahora bien, este factor carece de relevancia en lo que respecta concretamente al Cargo 1 ya que, según lo establecido por el Régimen Disciplinario -Punto 2.4.4.-, *“Las multas impuestas a las personas jurídicas no reguladas por el BCRA no podrán superar el 80 % de su patrimonio neto al momento de la aplicación de la sanción, con excepción de los casos de operaciones marginales donde no regirá este límite.”*.

Distinta es la situación respecto del Cargo 2, motivo por el cual se hace constar que a fs. 84, *in fine*, el área preventora informa que el Patrimonio Neto de la entidad era de \$100.000 al 31/12/16 y 31/12/17, según los balances que obtuvo.

6.- Otros factores de ponderación:

Factores atenuantes (RD, punto 2.3.2.1.):

En las infracciones registradas en autos la gerencia de origen de las actuaciones señala como factor atenuante -fs. 85, punto 3.2.1.-, que el señor Marcelo Barreneche en su correo del 16.08.2019 indicó que en la página web de la compañía se procedió a agregar la leyenda *“...TuTasa no es una entidad regulada por el Banco Central de la República Argentina. TuTasa no cuenta con la garantía de la Ley 24.485 -y normas reglamentarias- Sistema de Seguro de Garantía de los Depósitos Bancarios”*, tal como les fuera requerido por esta Institución.

Asimismo manifiesta la preventora que en dicha oportunidad el representante de la compañía informó que dejarían de operar *Peer to Peer Lending* en Argentina a partir de octubre de 2019, enfocándose a prestar con capital propio y señalando que hacía varios meses no estaban aceptando nuevos participantes en la plataforma, entendiendo esta Instancia que lo señalado por la preventora encuadra en el punto -punto 2.3.2.1 inciso a) del RD *“...cooperación y adopción de medidas correctivas con anterioridad o posterioridad a la apertura del sumario”*..

Factores agravantes (RD, punto 2.3.2.2.):

En relación con las infracciones acreditadas en autos no se advierte la existencia de ninguno de los factores agravantes previstos en el RD, conforme lo indicado por el área preventora a fs. 85, pto. 3.2.2.

En lo que concierne a los antecedentes en conocimiento de los sumariados no computables como reincidencia, procede indicar que conforme surge de la información extraída del Sistema de Gestión Integrada agregada a fs. 360/367, no surgen antecedentes sumariales registrados por las personas involucradas que puedan ser tomados en cuenta como circunstancias agravantes conforme la norma ritual.

VI.3. Calificación de las infracciones (punto 2.3.4. RD):

Con sustento en los factores de ponderación explicitados, a fs. 85, pto. 4, el área preventora realizó una calificación provisoria de los incumplimientos aplicando las siguientes puntuaciones:

Cargo 1: puntuación “5”

Cargo 2: puntuación “5”

Esas puntuaciones son confirmadas en el presente acto, con fundamento en los elementos indicados precedentemente y demás consideraciones vertidas al analizar el descargo.

VII. Determinación de las sanciones.

A continuación, se procederá a determinar el importe de la multa que corresponde a la sociedad sumariada y a las personas humanas halladas responsables de los cargos comprobados, con sustento en los factores ya ponderados y demás pautas aplicables que fueron debidamente explicitadas en los apartados precedentes. Además, en lo que concierne concretamente a las personas humanas se ponderará: el lapso de actuación durante el período en que se comprobó cada infracción que se les imputa, su grado de intervención en los hechos y las funciones desempeñadas.

Asimismo, cabe considerar que en el punto 2.2.1.3. del RD se dispone que “...*En los casos en los que puedan cuantificarse o estimarse los beneficios derivados de la infracción, se impondrán multas de entre 1,5 a 5 veces el importe de dichos beneficios, siempre que fuesen superiores a las multas resultantes de aplicar la escala prevista en el punto 2.2.1.1.*”.

En consecuencia, atento a que el cálculo de la sanción efectuada para el Cargo 1 en base a los beneficios económicos obtenidos por la sociedad sumariada resulta inferior a la escala prevista en el RD, y que respecto del Cargo 2 este factor no puede ser cuantificado, deberá efectuarse el cálculo de la multa con base a la escala aplicable prevista en la Sección 9 del citado RD para cada caso.

VII.1. Sanción a imponer a Tutasa AR S.A.

VII.1.1. Atento la gravedad de las infracciones corresponde la aplicación de una sanción pecuniaria la cual es determinada en razón de:

a. La clasificación y puntuación de los incumplimientos concretos los cuales, conforme el Régimen Disciplinario a cargo de esta Institución, consiste en:

-Cargo 1: Encuadrado en el punto 9.1.2. de la Sección 9 del RD, gravedad “Muy Alta”, para la que se prevé una sanción pecuniaria máxima de 800 unidades sancionatorias -equivalentes a \$ 480.000.000 (pesos cuatrocientos ochenta millones)- con una puntuación de “5”, lo que determina que la misma deba ser graduada entre el 81% y el 100% de la escala (RD, Punto 2.3.4.).

-Cargo 2: Encuadrado en el punto 9.22.2. de la Sección 9 del RD, gravedad “Alta”, para la que se prevé

una sanción pecuniaria máxima de 100 unidades sancionatorias -equivalentes actualmente a \$ 60.000.000 (pesos sesenta millones)-, con una puntuación de “5”, lo que determina que la misma deba ser graduada entre el 81 y el 100% de la escala (RD, Punto 2.3.4.).

b. La consideración de los factores de ponderación previstos en el artículo 41 de la Ley N° 21.526 de cuyo desarrollo -v. Considerando VI.2., puntos 1 a 6-, surge la concurrencia en los casos particulares que nos ocupan de las siguientes circunstancias:

b.1.- Cargo 1:

- Extrema relevancia de la disposición legal incumplida, evidenciada en las consecuencias negativas que supone la actividad marginal que se pretende prevenir, tanto para la economía nacional como para el sistema financiero y el ahorro público.
- Impacto negativo directo sobre el sistema financiero y el Estado en general al detraer ahorros públicos de los canales legales.
- Significativo volumen operativo considerando la extensión del período infraccional -8 meses-.
- Inexistencia de daños ciertos para terceros o el BCRA en los términos del RD.
- Existencia de beneficios determinados para la sociedad sumariada en los términos del RD.
- Existencia de circunstancias atenuantes -punto 2.3.2.1 inciso a) del RD-.
- Inexistencia de circunstancias agravantes.

b.2.- Cargo 2:

- Relevancia alta de la prohibición legal incumplida.
- Inexistencia de daños ciertos para terceros o el BCRA en los términos del RD.
- Existencia de beneficios ciertos para la sociedad sumariada en los términos del RD.
- Existencia de circunstancias atenuantes -punto 2.3.2.1 inciso a) del RD-.
- Inexistencia de circunstancias agravantes.

c. Inexistencia de antecedentes sumariales computables a los fines de la reincidencia por parte de la entidad (fs. 360).

d. A la vez se ha tenido en cuenta el perjuicio potencial ocasionado.

En este contexto, de acuerdo con lo dispuesto en el punto 2.6., segundo párrafo, del RD, correspondería imponer a la sociedad sumariada las siguientes sanciones: (i) Por el Cargo 1, multa de \$ 432.000.000; (ii) Por el Cargo 2, multa de \$ 54.000.000.

El importe del Cargo 1 no se encuentra sujeto al límite previsto en el punto 2.4.4. del RD por tratarse de un caso de operatoria marginal, tal como establece el apartado aludido -“...*Las multas impuestas a las personas jurídicas no reguladas por el BCRA no podrán superar el 80 % de su patrimonio neto al momento de la aplicación de la sanción, con excepción de los casos de operaciones marginales donde no regirá este límite.*”-.

En cambio, dicho límite sí aplica respecto a la sanción correspondiente al Cargo 2 por lo que, siendo el Patrimonio Neto informado por el área preventiva de \$ 100.000 (ver Considerando VI.2., punto 5), la

multa a imponer por dicho Cargo se reduce a la suma de \$ 80.000 (pesos ochenta mil).

De ello resulta que la multa total que cabría imponer a Tutasa AR S.A., por haber sido hallada responsable de los Cargos 1 y 2, ascendería a la suma de \$ 432.080.000 (pesos cuatrocientos treinta y dos millones ochenta mil), equivalente a 720,13 unidades sancionatorias.

VII.1.2. Teniendo en cuenta el temperamento adoptado en actuaciones similares, corresponde evaluar en este punto algunas cuestiones y, particularmente, la novedad surgida como consecuencia del dictado de la Comunicación “A” 7406, mediante la cual se difundieron las normas aplicables a los *“Proveedores de servicios de crédito entre particulares a través de plataformas” (PSCPP)* aprobadas por el Directorio de este BCRA, de lo que se hizo mérito en el Considerando III.11 que se da por reproducido aquí.

Las circunstancias del caso concreto demuestran que no obstante la indiscutible relevancia de las disposiciones incumplidas, que habilitaron la apertura del presente Sumario Financiero, corresponde también tener presente lo que seguidamente se detalla:

(i) La actividad de Tutasa AR S.A. no fue nunca clandestina u oculta al público en general ni a los reguladores -tanto a este BCRA como a la CNV-.

(ii) Las reuniones de las que obran constancias (fs. 213/223) mantenidas por las autoridades de Tutasa AR S.A. con la CNV destinadas a dar a conocer el negocio a desarrollar por la compañía, así como su participación en el ámbito de la Mesa de Innovación Financiera.

Todo lo precedentemente expuesto permite tener presente excepcionalmente la “buena fe” invocada por parte de los sumariados, toda vez que si bien es un aspecto que no es tenido en cuenta en sede administrativa en el ámbito de los sumarios financieros del artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.546, no puede dejar de considerarse a la hora de fijar la postura definitiva para determinar las sanciones que se impondrán.

Por último, cabe considerar la citada Comunicación “A” 7406 mediante la cual esta Autoridad Rectora busca brindar certidumbre y transparencia precisando los límites que determinan el accionar de esas plataformas en el ámbito de la “mediación”; razón por la que corresponde tener presente que, a esos claros lineamientos recientemente regulados, podría haberse ajustado el modelo de negocio que desarrolló Tutasa AR S.A. de encontrarse actualmente operativa a fin de no incurrir en ninguna de las conductas vedadas a los PSCPP registrados -Com. “A” 7406, punto 2.1-.

En efecto, se contempla que, ante la existencia de un marco regulatorio que brinda certeza respecto del alcance de la actividad que pueden realizar los administradores de plataformas, cuyo objetivo es acercar y poner en contacto a particulares oferentes y demandantes de créditos, como así también de las actividades conexas que les están permitidas y las demás condiciones requeridas para su funcionamiento, Tutasa AR S.A., de haberse encontrado operativa, podría haber tenido la posibilidad de efectuar aquellas modificaciones que le permitieran compatibilizar su actuación con las de los PSCPP, limitando su intervención a la mera mediación entre particulares, apartándose de la intermediación financiera no autorizada, de conformidad con las nuevas pautas reguladas por este Ente Rector.

La situación expuesta impone su contemplación como una circunstancia relevante a los efectos de la determinación y graduación de las consecuencias que acarrearán las transgresiones verificadas, sin que constituyan -como ya se ha aclarado- una causal de exoneración de responsabilidad a los sumariados, toda vez que al tiempo de los hechos analizados en el presente sumario, la irregularidad como tal se encuentra comprobada.

Todo lo dicho hasta aquí habilita a esta Instancia a que, sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a la infracción consumada, las circunstancias descriptas sean tenidas en cuenta a los fines de la fijación de la sanción a imponer. Ello así, toda vez que el Régimen Disciplinario tiene previsto en su punto 8.1. el hecho de que puedan existir situaciones que habiliten a esta instancia -como se ha expresado

precedentemente-, a apartarse del régimen general por vía de excepción.

Tal es así que, sin perjuicio de entender que la “buena fe” invocada por la compañía no resulta un impedimento para tener por consumada la violación normativa, las particularidades del caso, descriptas en los párrafos precedentes deben ser consideradas en oportunidad de ejercer la facultad discrecional de esta Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Por todo lo desarrollado, siguiendo el criterio adoptado en un antecedente similar, esta Instancia entiende que resulta procedente morigerar la sanción pecuniaria determinada haciendo uso de las facultades previstas en el régimen disciplinario.

Al respecto, cabe recordar que en el ya citado punto 8.1. del RD se prevé que: ‘Solo en casos excepcionales la instancia resolutoria podrá aplicar criterios que se aparten de lo dispuesto en el presente régimen, atenuando o agravando en forma debidamente fundada las sanciones, entre otros, en los casos particulares que puedan poseer características que no encuadren en la presente norma. Dichos criterios deberán necesariamente aplicarse de conformidad con las circunstancias del caso, los principios generales del derecho aplicables y las garantías constitucionalmente reconocidas, previniendo discriminaciones arbitrarias’.

En consecuencia, al advertirse en el presente una situación excepcional, en uso de las facultades invocadas, se concluye que corresponde imponer a Tutasa AR S.A. sanción de multa de \$ 216.080.000 (pesos doscientos dieciséis millones ochenta mil), equivalente a 360,13 unidades sancionatorias.

VII.2. Sanciones a imponer a las personas humanas sumariadas. Cumplimiento de los límites normativos:

La sanción que se impone a cada una de las personas aludidas en el epígrafe por ser halladas responsables de las infracciones contenidas en los Cargos 1 y 2 que se les imputan y que fueran comprobadas en el sumario es determinada atendiendo a:

- a. Las cuestiones indicadas en el precedente Considerando VII.1. apartados a., b.1. y b.2. y d., a los que se remite en lo que es pertinente en honor a la brevedad.
- b. La posición que cada uno de ellos tenían dentro de la estructura de la sociedad al tiempo de los hechos en tanto que, como integrantes del Directorio de Tutasa AR S.A. -Marcelo Nicolás Barreneche Pascale, Juan Sebastián Ruiz, Sebastián Ariel Carchidi y Horacio Pablo Luppi- y del órgano de fiscalización -Virginia Alicia Cuello, Nora Lía Ángel y María Elena Domínguez-, tenían facultades de decisión y contralor para asegurar el funcionamiento de la sociedad dentro del marco legal.
- c. El lapso en que se desempeñaron durante el periodo en que tuvieron lugar las infracciones.
- d. La inexistencia de antecedentes sumariales computables o no como reincidencia (fs. 361/367).
- e. El límite que debe observarse según lo dispuesto en los puntos 2.4.5. -apartados a) y b) y 2.4.6. del RD, consistente en que las multas impuestas a las personas humanas consideradas en su conjunto no podrán superar en tres veces el monto de la multa impuesta a la sociedad sumariada para el caso de las infracciones de gravedad muy alta y en dos veces el monto de la multa impuesta a la misma para el caso de las infracciones de gravedad alta, y asimismo que la multa impuesta a cada una de las personas humanas no podrá superar el monto de la sanción aplicada a la entidad.

Consecuentemente, procede imponer las siguientes sanciones:

- (i) A cada uno de los señores Marcelo Nicolás Barreneche Pascale, Juan Sebastián Ruiz, y de las señoras Virginia Alicia Cuello, Nora Lía Ángel y María Elena Domínguez: multa de \$ 64.824.000 (pesos sesenta y cuatro millones ochocientos veinticuatro mil) -equivalente a 108,04 unidades sancionatorias-, importe que representa el 30% de la multa impuesta a la entidad.

(ii) Al señor Sebastián Ariel Carchidi: multa de \$ 60.278.000 (pesos sesenta millones doscientos setenta y ocho mil) -equivalentes a 100,46 unidades sancionatorias-, importe que representa el 27,89% de la multa impuesta a la entidad, considerando su menor lapso de actuación dentro del período en el que tuvieron lugar las irregularidades verificadas.

(iv) Al señor Horacio Pablo Luppi: multa de \$ 4.805.000 (pesos cuatro millones ochocientos cinco mil) -equivalentes a 8,01 unidades sancionatorias- importe que representa el 2,22% de la multa impuesta a la entidad, considerando su menor lapso de actuación dentro del periodo en el que tuvieron lugar las irregularidades verificadas.

Es dable mencionar que las multas decididas respecto de las personas humanas mencionadas guardan razonabilidad con la trascendencia de las infracciones cometidas y respetan las relaciones de proporcionalidad y límites contenidos en los citados puntos 2.4.5. -apartados a) y b)- y 2.4.6. del RD.

VII.2.1. Sanción de inhabilitación:

Mediante el Régimen Disciplinario se reglamenta la procedencia de esta sanción según la gravedad de las infracciones cometidas estableciéndose, en cuanto resulta de interés aquí, lo siguiente:

“2.2.2.2. “En el caso de las infracciones de gravedad muy alta se dispondrá adicionalmente la sanción de inhabilitación de las personas humanas en los términos del artículo 41, inc. 5° de la LEF y del artículo 5° de la Ley 18.924, de forma permanente o temporaria, en este último caso por un plazo no superior a seis (6) años. Sólo por razones debidamente fundadas podrá exceptuarse la medida de inhabilitación de las personas humanas sancionadas por la comisión de infracciones de gravedad muy alta.” (el destacado es propio).

“2.2.2.3. En el caso de las infracciones de gravedad alta y media podrá disponerse adicionalmente la sanción de inhabilitación de las personas humanas en los términos del artículo 41, inc. 5° de la LEF y del artículo 5° de la Ley 18.924, de forma permanente o temporaria, en este último caso por un plazo no superior a seis (6) años.”

De acuerdo con la normativa transcrita cabría, mínimamente, imponer esta sanción por el Cargo 1 ya que la intermediación financiera no autorizada se encuentra catalogada como una infracción de gravedad muy alta.

Sin embargo, atendiendo a lo expresado en el Considerando III.11. y lo señalado en su consecuencia al determinar el importe de la sanción pecuniaria de la entidad sumariada, esta Instancia considera que existen razones suficientes para exceptuar de la aplicación de la sanción de inhabilitación a las personas humanas halladas responsables de las transgresiones objeto del presente sumario.

CONCLUSIONES:

1. Que han quedado comprobadas las transgresiones normativas imputadas.
2. Que han sido determinados los sujetos responsables de dichas infracciones.
3. Que han sido establecidas las sanciones correspondientes con arreglo a las pautas vigentes en la materia -artículo 41 de la Ley N° 21.526 y Régimen disciplinario a cargo del BCRA, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias-, las cuales fueron debidamente explicitadas.
4. Que, en virtud de lo expuesto, corresponde sancionar a la persona jurídica y a la totalidad de las personas humanas sumariadas con la sanción prevista en el artículo 41, inciso 3°, de la Ley de Entidades Financieras.
5. Que la Gerencia Principal de Asesoría Legal ha tomado la intervención que le compete.

6. Que esta Instancia se encuentra facultada para la emisión del presente acto, de acuerdo con lo normado por el artículo 47, inciso d), de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, modificada por la Ley N° 26.739, aclarado en sus alcances por el Decreto N° 13/95, cuya vigencia fue reestablecida por el artículo 17 de la Ley N° 25.780.

Por ello,

EL SUPERINTENDENTE DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

R E S U E L V E:

1. Rechazar los argumentos defensivos presentados por los sumariados, a tenor de los fundamentos volcados en los Considerandos III.1. a III.10. de la presente.
2. Rechazar la prueba Documental, Informativa y Testimonial en base a las razones expuestas en los Considerandos IV.1. a IV.3. de la presente, a los que se remite.
3. Imponer las siguientes sanciones -en los términos del inciso 3° del artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526-:
 - A TUTASA AR S.A. (CUIT 30-71553930-2): multa de \$ 216.080.000 (pesos doscientos dieciséis millones ochenta mil).
 - A cada uno de los señores Marcelo Nicolás BARRENECHE PASCALE (CUIL 20-60450554-3), Juan Sebastián RUIZ (DNI N° 31.239.977), y de las señoras Virginia Alicia CUELLO (DNI N° 13.679.383), Nora Lía ÁNGEL (DNI N° 10.692.914) y María Elena DOMÍNGUEZ (DNI N° 17.428.038): multa de \$ 64.824.000 (pesos sesenta y cuatro millones ochocientos veinticuatro mil).
 - Al señor Sebastián Ariel CARCHIDI (DNI N° 23.672.401): multa de \$ 60.278.000 (pesos sesenta millones doscientos setenta y ocho mil).
 - Al señor Horacio Pablo LUPPI (DNI N° 12.861.068): multa de \$ 4.805.000 (pesos cuatro millones ochocientos cinco mil).
4. Comunicar que los importes de las multas mencionados en el punto precedente deberán ser depositados 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 de perseguirse su cobro por la vía de ejecución fiscal prevista en el artículo 42 de la Ley N° 21.526.
5. Notificar con los recaudos que establecen la Sección 3 del Texto Ordenado del “Régimen Disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias”, en cuanto al pago y a su régimen de facilidades oportunamente aprobado por el Directorio, por el cual podrán optar - en su caso- los sujetos sancionados con la penalidad prevista en el artículo 41, inciso 3° del citado cuerpo legal.

6. Hacer saber a los sumariados que las sanciones impuestas únicamente podrán ser apeladas ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de esta Ciudad, con efecto devolutivo, en los términos del artículo 42 de la Ley de Entidades Financieras.