

Entidades Financieras Multas Del Bcra Pretension Cautelar De Suspende Ejecucion Rechazo

JURISPRUDENCIA

Entidades financieras. Multas del BCRA. Pretensión cautelar de

suspender ejecución. Rechazo Se mantiene el rechazo de la cautelar que perseguía la suspensión de las ejecuciones de las multas impuestas a los bancos reclamantes por el Banco Central de la República Argentina. Buenos Aires, 18 de febrero de 2016. Y VISTOS; CONSIDERANDO: I. Que por conducto del escrito de fs. 1499/1517, el representante de Banco Hipotecario S.A., Clarisa Diana Lifsic de Estol, Eduardo Sergio Elsztain, Federico León Bensadon, Jacobo Julio Dreizen, Edgardo Luis José Fornero, Jaime Armando Grinberg, Jorge Luis March, Carlos Bernardo Pisula, Gabriel Adolfo Reznik, Pablo Daniel Vergara del Carril, Ernesto Manuel Viñes, Saúl Zang, Mauricio Elías Wior, Enrique Luján Benitez, Gabriel Gustavo Saidon y Gustavo Daniel Efkhanian solicita la ?concesión de una medida cautelar de no innovar... en virtud de la cual se disponga la suspensión del trámite de las ejecuciones que se encuentran radicadas en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, Secretaría N° 2°?...?hasta tanto recaiga sentencia definitiva? en este proceso. I.1. En ese marco, bajo el título ?Actualiza plataforma fáctica? el peticionario señala como punto de partida de la solicitud en examen que, tras haberse notificado del rechazo de los primeros pedidos de tutela (conf., entre otros, los pronunciamientos dictados en los incidentes conexos n° 75.919/2014 y n° 76.069/2014) y frente a que el Banco Central de la República Argentina había iniciado las ejecuciones respectivas, los interesados se presentaron en cada uno de esos procesos, dieron a embargo los montos correspondientes a las multas impuestas en la resolución BCRA n° 685/2014 con más un 15% presupuestado en concepto de intereses y costas y solicitaron su inversión a plazo fijo dejando reservado su derecho a oponer de las defensas correspondientes para cuando sean notificados de la demanda; todo ello para impedir que un eventual embargo causara un mayor perjuicio en su patrimonio. I.2. En segundo término realiza un planteo concerniente a la inconstitucionalidad de los artículos 9 y 10 de la ley 26.854. Seguidamente, en el título ?Procedencia Sustancial de la Medida Cautelar Peticionada? reedita los argumentos expuestos en los anteriores pedidos de tutela a los que se aludió precedentemente (conf. punto IV.1. ?Verosimilitud del derecho. La ilegitimidad de la Resolución BCRA N° 685/14?). En tal sentido, reitera que frente a la notificación de la resolución que dispuso la instrucción del sumario, y dada la complejidad y el volumen de la documentación involucrada, se solicitó la concesión de una prórroga a los fines de elaborar una adecuada defensa. Dicho pedido, dice, fue denegado sin fundamento alguno. Indica, además, que se ofreció la producción de prueba testimonial y pericial que tampoco fueron acogidas. Dicho rechazo, añade, implicó que se tomaran por ciertos los hechos tal cual fueron expuestos en el acto de instrucción del sumario desoyendo la realidad fáctica que pretendía exponerse, lo cual conculca el derecho a la tutela administrativa efectiva. I.3. Vuelve a señalar que el BCRA coronó su actuación con una resolución a todas luces arbitraria que reproduce la que dio inicio al sumario y omite considerar los argumentos expuestos en el descargo pertinente, realizando afirmaciones dogmáticas que dieron lugar a atribuciones erróneas de responsabilidad y sanciones realmente insólitas. En el acápite IV.1.2. ?Cargo 1: Incorrecto encuadre normativo del contrato SWAP. Violación del principio de legalidad. Aplicación retroactiva de la Comunicación ?A? N° 4725. Vicio en la causa?, explica nuevamente que la imputación principal se basó fundamentalmente en la presunción atinente a que el contrato SWAP celebrado implicó un financiamiento al sector público y que dicha operación no tuvo la conformidad previa del BCRA. Por su parte, en el acápite IV.1.3 ?Cargo 2: Excesivo rigor formal. Inexistencia de las alegadas sanciones previas. Vicio en la causa?, vuelve a indicar que la resolución impugnada se refiere en reiteradas oportunidades a que BHSA incurrió en demoras en la presentación de la documentación para evaluar los antecedentes de las nuevas autoridades designadas. De ello se infiere -agrega- que en la resolución se ha reconocido que se sanciona a BHSA en su carácter de ?reincidente? sin especificar cuáles fueron las demoras y sin identificar los actos anteriores por los que se habría apercibido a la entidad. Añade también que en la resolución no se identificó ni se cuantificó la incidencia de este cargo sobre el total de las multas impuestas, lo que dificulta analizar la razonabilidad de su quantum y la proporcionalidad con la infracción formal cometida. Por último (acápite IV.1.4), destaca la manifiesta irrazonabilidad de las multas impuestas. Marca en torno a ello que del propio expediente administrativo surge que en los informes anteriores a la emisión de la resolución se recomendó en dos oportunidades la aplicación de multas que representaban prácticamente entre el 10% y el 20% de las que finalmente se fijaron. Insiste en que la imposición de tan gravosas multas tiene sustento en el arbitrario criterio de determinados funcionarios políticos de turno que ni siquiera aceptaron las recomendaciones de los funcionarios de carrera del propio BCRA (cita, entre otros, el pronunciamiento dictado por este tribunal en la causa ?Davatur? -expte. n° 36.982/2010-). Como conclusión del título (punto IV.1.5), señala que la medida cautelar que se solicita tiene por exclusivo objeto garantizar que la sentencia definitiva que sea dictada

en el marco de esta causa pueda ser ejecutada eficazmente, ya sea que se confirme la resolución del BCRA o bien si ella es revocada y/o se dispone su nulidad. En ese orden, dice que la medida beneficiaría al proceso en sí, pues ambas partes podrían mantener incólumes las sumas dadas a embargo y eventualmente percibir las actualizadas, sea quien sea que resulte vencedor en el proceso principal. Agrega que de suceder lo contrario -esto es que no se otorgue la cautela- se produciría un perjuicio irreparable a los actores ?dado que como las leyes no prevén la obligación del BCRA de devolver lo abonado en concepto de multa con los intereses correspondientes ni que los valores sean actualizados en función de la depreciación de la moneda, nadie se haría cargo del dinero que...habrían podido percibir si se hubiese efectuado una correcta inversión?. I.4. En suma, destaca que i) en el caso los recurrentes han dado cumplimiento a la resolución dictada por esta sala en el marco de las medidas cautelares autónomas incoadas y, por ende, procedieron a dar a embargo no solamente el capital de las multas impuestas sino también el 15% en concepto de intereses y costas; ii) la verosimilitud del derecho es extremadamente alta, pues es claro -como mínimo- que no existió motivación alguna que justificara lo gravoso de los montos y, iii) la medida peticionada no causa efectos jurídicos ni materiales irreversibles para el BCRA porque, en el hipotético caso de que la sala decida confirmar la resolución BCRA n° 685/14, el dinero se encontraría de inmediato a disposición en las cuentas abiertas a nombre del Juzgado n° 1. En el acápite IV.2 (?La continuación del trámite de las ejecuciones ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior. Existencia de peligro en la demora?), alega que de no hacerse lugar a la solicitud, los sancionados quedarán sometidos a que el BCRA se cobre las sumas dadas a embargo y de que, en el eventual y probable caso de que se revoque la resolución impugnada, solamente les sea devuelto el dinero depositado sin intereses y actualización, lo cual implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Concluye en que frente a los depósitos efectuados existen dos vías de acción, con sus respectivas consecuencias: i) que se conceda la medida cautelar y que las sumas, por ende, permanezcan invertidas en plazo fijo hasta tanto se resuelva el recurso directo. En este caso, la eventual sentencia resultaría útil si los recurrentes resultaran vencedores, dado que percibirían los montos actualizados, mientras que tampoco resultaría perjudicial para el BCRA dado que si eventualmente la resolución de ese organismo fuese confirmada, el dinero que perciba se encontrará actualizado también y, ii) que se rechace la tutela preventiva, con lo cual seguramente en lo inmediato el BCRA retire las sumas depositadas, lo que en caso de revocarse la resolución BCRA n° 685/14 habría causado un daño grosero, inadmisibles e irreparable al patrimonio de los actores pues no existirá acción prevista en el ordenamiento vigente por la que se pueda exigir los intereses que el dinero hubiese generado de haber sido invertido. En ese sentido, dice que la primera opción resulta mucho menos gravosa en general que la segunda, es decir que existe menor perjuicio en otorgar la medida que en negarla; es por ello, reitera, que la medida pedida tiene por objeto principal asegurar el resultado del proceso, cualquiera fuera el mismo. En los acápites IV.3, IV.4 y IV.5, señala que la suspensión del acto no afecta el interés público, que la suspensión del trámite de las ejecuciones no produce efectos jurídicos ni materiales irreversibles y realiza un señalamiento relacionado con el artículo 10, inc. 3° de la ley 26.854. Pide que se lo exima de prestar contracautela y, en subsidio, ofrece una de tipo juratoria. I.5. Por último, añade que la verosimilitud del derecho invocado resulta aún más palmaria en los casos de los directores designados por o a propuesta del Estado Nacional, señores Bensadon, Fornero, Grinberg y March. Destaca que dichos funcionarios se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación subjetiva del decreto n° 196/15 y que, en función de ello, hubiese correspondido que el BCRA encauzara el reclamo de las multas impuestas contra el organismo que dispuso o propuso sus designaciones, este es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación (ley 19.983 y su decreto reglamentario n° 2481/93). Dice al respecto que el juicio de apremio iniciado en contra de esos funcionarios no es la vía apropiada. II. Que por el pronunciamiento de fs. 1533, este tribunal ordenó la producción del informe previsto en el art. 4 de la ley 26.854 y, en forma interina, suspendió los efectos ejecutorios de la resolución aludida. III. Que el Banco Central de la República Argentina produjo el informe a fs. 1593/1609. IV. Que, tradicionalmente, la jurisprudencia ha expresado que la concesión de las medidas cautelares se encuentra condicionada, en los términos del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al cumplimiento de dos requisitos: (i) la verosimilitud del derecho invocado y (ii) el peligro en la demora (esta sala, causas ?Eso Petrolera Argentina SRL? y ?Ruiz Darío? y ?Banco de Valores SA y otros?, pronunciamientos del 11 de octubre y 15 de noviembre de 2011 y del 3 de septiembre de 2015, respectivamente). Con relación al primer recaudo, esta sala ha dicho que ?las medidas cautelares, por su propia naturaleza, no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad de esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 318:1077, Considerando 5°). La reflexión precedente no quita, sin embargo, el especial cuidado que el objeto de la medida impone (doctrina de Fallos: 314:1202), habida cuenta de que la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida -o a controvertir- en el proceso principal, sino de un examen del que resulte un cálculo de probabilidades de que el derecho invocado y discutido exista, que se desprenderá de ?una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria? (Calamandrei,

¿Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares?, editorial El Foro, 1996, pág. 77), lo que no importa, de ningún modo, que ello coincida incontestablemente con la realidad, en tanto tal certeza sólo aparecerá con la sentencia que ponga fin al proceso? (causas ?Esso?, ?Ruiz? y ?Banco de Valores?). Y respecto del segundo de los requisitos enunciados, esta sala ha sostenido que ?requiere que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse no pueda en los hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes? (causas ?Esso?, ?Ruiz? y ?Banco de Valores?). V. Que, como es sabido, los dos requisitos señalados se encuentran expresamente previstos, también, en la ley 26.854 relativamente a las medidas cautelares ?negativas? (por oposición a las medidas cautelares ?positivas?). Así surge del texto de sus artículos 13 y 15. VI. Que en el pronunciamiento del 30 de junio de 2015, en la causa n° 75919/2014, esta sala consideró que no se hallaba configurado el grado de verosimilitud que se requiere para acceder a la medida cautelar solicitada. Allí se dijo concretamente, con cita de diversos precedentes, que ?el tratamiento que el recurrente pretende que se realice en este momento importaría examinar cuestiones que serán materia de consideración y juzgamiento en la sentencia a dictarse en el marco de las actuaciones principales [...] lo cual requiere de un estudio más profundo habida cuenta de la complejidad que presenta el conjunto de argumentos que se contraponen con lo dispuesto por el organismo de origen en la resolución impugnada que goza de presunción de legitimidad, de modo que excede el acotado marco cognoscitivo de este tipo de medidas?. Los argumentos que los interesados exponen en la presentación que aquí se examina, reseñados más arriba en el punto I.3, comportan una mera reedición de los argumentos que fueron expuestos en la solicitud que esta sala trató en el referido pronunciamiento. Puede añadirse, todavía, que los propios interesados manifiestan explícitamente que ?... en el presente caso se trataban e interpretaban operaciones de una considerable complejidad técnica. Da cuenta de ello los numerosos informes tanto de la inspección como de las distintas dependencias técnicas del BCRA [...] Debe también ponderarse [...] la cantidad de documentación incorporada en la causa-casi mil fojas-. Al analizar los antecedentes, V.E. podrá fácilmente apreciar la complejidad y extensión del tema que nos ocupa? (fs. 1503 vta./1504). Desde esa perspectiva, no hay ninguna razón que justifique que esta sala modifique el criterio expuesto y dé por cumplida la verosimilitud del derecho que insoslayablemente exige la ley para conceder una medida cautelar como la que se pide. Por lo demás, la complejidad en el asunto como obstáculo para tener por comprobada la verosimilitud del derecho es un criterio que se ha utilizado pacíficamente (esta sala, causas ?Hoffmann? y ?Mortarotti?, pronunciamientos del 7 de mayo de 2013 y del 10 de febrero de 2015, respectivamente, y ?Banco de Valores?). VII. Que en el pronunciamiento del 30 de junio de 2015, esta sala consideró que ?el peticionario no demuestra que la eventual ejecución o satisfacción de la multa impuesta pudiera significar un importante desapoderamiento de los bienes de la entidad involucrada o le vaya a irrogar un daño en su patrimonio que, por su magnitud, no pueda ser reparado frente a una hipotética anulación de la sanción, por medio de la repetición que así quedaría habilitada. Tampoco se probó -siquiera sumariamente- que la multa revista una desproporcionada dimensión en relación con su concreta capacidad económica?. Con la finalidad de justificar la configuración del peligro en la demora, los interesados expresan, en tanto aquí resulta relevante, que ?Conforme se desarrollará más adelante, en una eventual juicio de repetición mis mandantes solamente se encontrarán en condiciones de solicitar la devolución de las sumas nominales depositadas, sin que sea posible tomar en consideración los efectos que causará la inflación [...] y la consecuente desvalorización del dinero?, y, paralelamente, que ?Como a continuación será explicado, la situación a partir de los depósitos ha cambiado, y precisamente se demostrará que, de no proceder a otorgar la tutela solicitada se irrogará un daño patrimonial que no podrá ser reparado por una eventual acción de repetición. Dicha circunstancia habilitará -tal como lo ha sostenido V.E. en la resolución de 30/06/15- a otorgar la medida cautelar solicitada en el presente? (fs. 1550 vta./1501). Empero, no se hace un desarrollo fundado del anunciado argumento. Sólo hay referencias a la desproporción de las multas. Pero esa desproporción no ha sido vinculada ?con su concreta capacidad económica?, tal como dijo esta sala en el pronunciamiento del 30 de junio de 2015. VIII. Que si bien es cierto que se ha admitido que a mayor verosimilitud del derecho no cabe exigir tanta estrictez respecto del peligro en la demora y viceversa, cuanto mayor es ese peligro menor es el rigor en lo atinente a la verosimilitud, también es cierto que esa fórmula no puede desplazar la exigencia de que ambos requisitos siempre deben encontrarse definidos (esta sala, causas ?Baron Natalia Soledad -inc. med.?, pronunciamiento del 4 de octubre de 2011, ?Egsa Holding SA y otro?, pronunciamiento del 11 de febrero de 2014, y ?Ruiz?). Aquí, como puede advertirse, no se encuentra comprobado ninguno de los dos requisitos examinados. IX. Que la alegada circunstancia de que los interesados hayan dado a embargo los montos correspondientes a las multas, ?con más un 15% presupuestado provisoriamente en concepto de intereses y costas?, no es apta para suplir o atenuar la ausencia de aquellos dos requisitos propios de las medidas, esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Una solución distinta llevaría a desnaturalizar el régimen legal de las medidas cautelares, y, por tanto, a comprometer el ejercicio de la potestad sancionatoria propia del Banco Central de la República Argentina, como ente rector del sistema financiero nacional y autoridad de aplicación de la ley 21.526 (Fallos: 331:2382), con la consiguiente afectación del claro interés público involucrado (ver

el informe presentado por la entidad a fs. 1593/1609 en términos del artículo 4º de la ley 26.854). En mérito de las razones expuestas, debe rechazarse la medida cautelar solicitada. El doctor Carlos Manuel Grecco suscribe en la presente causa en los términos de la acordada 16/2011 de esta cámara. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Rodolfo Eduardo Facio Carlos Manuel Grecco Clara María do Pico 007058E