

Sociedades Comerciales Sancion Administrativa Recursos Directos Control Judicial Alcance

JURISPRUDENCIA

Sociedades comerciales. Sanción administrativa. Recursos directos.

Control judicial. Alcance Se confirma la resolución de la Comisión Nacional de Valores que impuso sanciones de multas al Banco Itaú Argentina SA por ser responsable de la comisión de varias irregularidades, así como a sus directores y miembros de la Comisión Fiscalizadora. En virtud de ello, y en tanto las infracciones imputadas se encuentran debidamente acreditadas y no ha sido probada circunstancia alguna que justifique eximir de culpabilidad a los recurrentes o reducir las multas impuestas, corresponde desestimar los recursos en este aspecto.

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2017. VISTO: Los recursos directos interpuestos a fs. 756/771 vta., 772/784 vta. y 785/796 vta. contra la resolución 18.432 de la Comisión Nacional de Valores, obrante a fs. 719/748; y CONSIDERANDO: 1º) Que, el 30 de diciembre de 2016, el directorio de la Comisión Nacional de Valores (en adelante CNV) dictó la resolución 18.432 por la que, en lo que aquí respecta, aplicó: - en forma solidaria a ?BANCO ITAÚ ARGENTINA S.A., sus Directores titulares al momento de los hechos investigados señores Ricardo VILLELA MARINO y César Alberto BLAQUIER por la infracciones acreditadas a los artículos 73 y 240 de la ley Nº 19.550; artículo 54 inciso 3) del Código de Comercio, vigente al momento de los hechos -actualmente art. 324 del Código Civil y Comercial de la Nación-, artículo 25 inciso b), 26 del Capítulo II y artículo 11 incisos a.11) y a.13) del Capítulo XXVI de las NORMAS (N.T. 2001 y mod.), vigentes al momento de los hechos -actualmente artículos 22 y 23 del Capítulo II del Título II y artículo 11 Sección IV del Capítulo I del Título XV de las NORMAS (N.T. 2013 y mod.)- y artículo 59 de la Ley Nº 19.550 y a los miembros de la Comisión Fiscalizadora de BANCO ITAU ARGENTINA S.A., al momento de los hechos investigados, señores Héctor O. ROSSI CAMILIÓN, Ricardo A. FOGLIA y Tristán S. BUZZI, por la infracción acreditada a lo dispuesto en el artículo 294 inciso 9º) de la ley 19.550 la sanción de MULTA prevista en el artículo 10 inciso b) de la ley 17.811 (texto sustituido por el artículo 39 del Anexo aprobado por el Decreto Nº 677/2001, vigente a la época de los hechos, las que se fija en la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$300.000). Para así resolver, el organismo demandado tuvo por acreditadas las siguientes infracciones: a- falta de firma de uno de los directores en las actas de directorio correspondientes a las reuniones celebradas el 11/11/09 y el 20/10/09 (v. fs. 733/734). b- ausencia de los miembros del directorio en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del 14/01/11 (v. fs. 735/736). c- falta de presentación de las nóminas de gerentes de primera línea por intermedio de la AIF (v. fs. 737/738). d- falta de cierre del libro de Depósitos de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas respecto de la asamblea realizada el 14/01/11 y que tal omisión fue subsanada, junto con otras observaciones efectuadas por la CNV, mediante la introducción de agregados que no fueron debidamente salvados (v. fs. 738/741). Ello así, concluyó que el BANCO ITAU ARGENTINA SA era responsable por la comisión de las irregularidades verificadas, así como también sus directores y miembros de la Comisión Fiscalizadora, por aplicación de las disposiciones de los arts. 59 y 294, inc.1, de la ley 19.550. 2º) Que, contra tal resolución, interpusieron sendos recursos directos ante esta Cámara, los Sres. directores César Alberto Blaquier y Ricardo Villela Marino a fs. 756/771 vta., BANCO ITAÚ ARGENTINA SA a fs. 772/784 vta. y los Sres. miembros de la Comisión Fiscalizadora Héctor O. Rossi Camilión, Ricardo A. Foglia y Tristán S. Buzzi a fs. 785/796. En términos generales, solicitaron que se declare la nulidad de la resolución 18.432 o, para el caso en que se confirme su validez, se readecue el monto de la multa impuesta por ser desproporcionado. 3º) Que, los Sres. directores César Alberto Blaquier y Ricardo Villela Marino expresan, en esencia, el siguiente orden de agravios (v. fs. 756/771 vta.): a- las actas de las reuniones de directorio del 20/10/09 y del 11/11/09 no fueron suscriptas por el entonces director José Rodríguez, toda vez que aquel se retiró en forma intempestiva comprometiéndose a firmarlas con posterioridad, pero luego falleció el 26/11/09. b- la asamblea extraordinaria del 14/01/11 fue convocada de urgencia a fin de considerar la capitalización de los aportes efectuados por los accionistas Itaú Unibanco SA y Banco Itaú BBA SA como consecuencia del compromiso que se tenía con el BCRA de aumentar el capital social. Al finalizar tal reunión, la veedora de la CNV que había asistido a la reunión anunció que debía retirarse de inmediato y requirió que se le entregaran copias de los libros sin esperar a que se finalizara con las registraciones, enmiendas y cierres pertinentes, los que se concluyeron tras su partida. c- Los directores tienen derecho a no asistir a las asambleas de accionistas y si no han sido expresamente citados, con sucedió en el caso, no tienen obligación alguna de presentarse. d- la CNV no demostró que se hubiese producido un daño cierto y concreto. Al respecto, advirtieron que no bastaba con invocar dogmáticamente la existencia de un riesgo. En este sentido, destacaron que tanto la ley 17.811 como su par 26.831 tienen como bienes jurídicos tutelados el interés del inversor y la transparencia del mercado, los que no se han visto afectados en el caso. En efecto, resaltaron que no pudo haber existido riesgo alguno ya que, a la fecha de la supuesta comisión de las infracciones, la entidad

no realizaba oferta pública de sus acciones (por ser una entidad de capital cerrado) ni contaba con valores negociables en circulación en el mercado. e- se trató de ¿faltas puramente formales, menores y sin capacidad alguna para afectar el mercado de capitales?. f- se declaró la responsabilidad de todos los directores y miembros de la comisión fiscalizadora, sin importar la forma en que obraron individualmente y las obligaciones que tenían a cargo. g- los directores sancionados cumplieron en tiempo y forma con el deber de suscribir las actas, conforme los usos y costumbres societarias. Al respecto, destacaron que el ordenamiento jurídico no prevé un plazo específico para la firma. i- los ¿agregados? o ¿enmiendas? de los asientos del libro de Asistencia a Asambleas y Registro de Acciones correspondientes a la Asamblea General Extraordinaria del 14 de enero de 2011 fueron realizados tras el cierre de la reunión, que ocurrió una vez retirada la representante de la CNV. En este sentido, señalan que la normativa aplicable no fija un plazo determinado para el cierre de las actas. j- los antecedentes del Banco no debieron ser considerados a los fines de fijar el monto de la sanción, ya que correspondía estar las disposiciones del art. 133 de la ley 26.831 por aplicación del principio de ¿ley penal más benigna?. 4º) Que, el BANCO ITAÚ ARGENTINA SA reitera la mayoría de los fundamentos y agravios precedentemente expuestos, a los que corresponde remitir por razones de brevedad (v fs. 772/784 vta.). Hace especial hincapié en que los directores firmaron las actas en término, conforme los usos y costumbres rectores de la materia. Sobre el particular, resalta que el ordenamiento jurídico no prevé un plazo específico para su suscripción. Asimismo, destaca no le cabe responsabilidad alguna por la falta de firma del director José Rodríguez en el acta de directorio del 11 de noviembre de 2009, ya que aquel se retiró intempestivamente de la reunión y luego falleció. Insiste en que los ¿agregados o enmiendas? del libro de Asistencia a Asambleas y Registro de Acciones no habrían sido tales, por haber sido realizados antes del cierre de la Asamblea General Extraordinaria del 14 de enero de 2011. Por último, manifiesta que la nómina de gerentes de primera línea fue informada y puesta a disposición del público y del organismo de aplicación en debida forma. 5º) Que, los miembros de la Comisión Fiscalizadora Héctor O. Rossi Camilión, Ricardo A. Foglia y Tristán S. Buzzi se quejan, en parte, de las mismas cuestiones que expusieron los demás recurrentes (v. fs. 785/796). Destacan la falta de responsabilidad de los síndicos por las conductas imputadas. Al respecto, efectúan un análisis individual de los hechos y cargos por los que se los sanciona, concluyendo que las omisiones que se les achacan no importan violación a deber alguno. Entienden que resulta contradictorio el criterio del organismo de aplicación de, por un lado, considerar que cumplieron adecuadamente con el deber de controlar periódicamente los libros y, por el otro, sancionarlos por no haber verificado el accionar del resto de los órganos de la sociedad. 6º) Que, a fs. 818, se corrió traslado a la CNV de las apelaciones deducidas, quien contestó los agravios de sus contrarios a fs. 836/850 vta., solicitando su rechazo por considerar que ninguna de las defensas esgrimidas alcanzaba a conmovir los fundamentos del acto administrativo impugnado. 7º) Que, a fs. 853/854 vta., el Sr. fiscal general sostuvo que correspondía a este Tribunal entender en los autos en atención a lo dispuesto por el art. 143 del ley 26.831 y que no encontraba óbices para declarar la admisibilidad formal de los recursos incoados. 8º) Que, liminarmente y a los fines de dar adecuado tratamiento a los recursos interpuestos, resulta conveniente efectuar un breve relato de los antecedentes de la causa: a- El 14 de enero de 2011, la Sra. María Parodi se presentó, en carácter de veedora de la CNV, en la sede social del BANCO ITAÚ ARGENTINA SA a los fines de asistir a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, que se iba a celebrar aquel día, y verificar el estado de los libros societarios (v. fs. 6/11). b- el 17 de enero de 2011, la referida funcionaria labró un informe dando cuenta de que, como consecuencia de su labor, había podido constatar que el acta de directorio del 11 noviembre de 2009 contaba sólo con dos firmas, pese a que en ese entonces eran tres los directores; que en el libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas no se había efectuado el cierre de la asamblea del 11 de enero de 2011; y que la identificación de los accionistas en aquella acta era confusa. Ello así, solicitó a la encartada que acompañase copia de los poderes del representante de los accionistas y el libro de Actas de Directorio e Inventario y Balances (v. fs. 16/17). c- el 24 de enero de 2011, el BANCO ITAÚ ARGENTINA SA efectuó su descargo y presentó los libros de actas de directorio nº 9 y 10, entre otros, respecto de los que se observó que el acta del 20 de octubre de 2009 también se encontraba suscripta por sólo dos de los tres directores (v. fs. 33/35 vta.). d- previo intervención de las áreas correspondientes, el 12 de septiembre de 2012 y mediante la resolución 16.906, se ordenó instruir un sumario en contra del BANCO ITAÚ ARGENTINA SA, sus directores y miembros de la comisión fiscalizadora, a los fines de determinar las responsabilidades pertinentes (v. fs. 94/97, 117/120, 126/132 y 143/149 y 163/172). e- Notificada la referida resolución, los encartados efectuaron sus descargos (v. fs. 174/181, 192/201, 202/205 y 239/248). f- El 5 de diciembre de 2012, se celebró la audiencia preliminar (v. fs. 261/263). g- El 6 de marzo de 2013, se ordenó la apertura a prueba de las actuaciones (v. fs. 358/362). h- El 30 de diciembre de 2016, mediante la resolución que en estos autos se impugna, la CNV rechazó los descargos de los sumariados e impuso las multas cuestionadas (v. fs. 719/748). 9º) Que, relatados los hechos que motivaron la presente controversia, cabe resaltar que la ley 26.831 (B.O. 1/8/13) vino a regular todo lo atinente ¿a los sujetos y valores negociables comprendidos dentro del mercado de capitales y sujetos a la reglamentación y control de la Comisión Nacional de Valores? (art. 1º). En este sentido, entre otras medidas, concentró en el mencionado organismo el control de todos los actores

intervinientes en el mercado de la oferta pública de valores negociables con el fin de promover y fortalecer la igualdad de trato y de participación, creando mecanismos que permitiesen garantizar la asignación eficiente del ahorro hacia la inversión. En concreto, en su artículo 19, inc. a, dispuso que la CNV, en su condición de autoridad de aplicación y contralor de la ley, tendrá la funciones de ?en forma directa e inmediata, supervisar, regular, inspeccionar, fiscalizar y sancionar a todas las personas físicas y/o jurídicas que, por cualquier causa, motivo o circunstancia, desarrollen actividades relacionadas con la oferta pública de valores negociables, otros instrumentos, operaciones y actividades contempladas en la presente ley y en otras normas aplicables, que por su actuación queden bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores?. Asimismo, en el art. 132 y ss. se establecieron las sanciones y sus pautas de graduación, a las que serían pasibles las personas físicas y jurídicas que infringieren las disposiciones de la ley. Entre ellas, se estableció la posibilidad de imponer multas ?de pesos cinco mil (\$ 5.000) a pesos veinte millones (\$ 20.000.000), que podrá ser elevada hasta el quíntuplo del beneficio obtenido o del perjuicio ocasionado como consecuencia del accionar ilícito, si alguno de ellos resultare mayor?. 10) Que, aclarado ello, es dable efectuar una reseña de las disposiciones legales vigentes al momento en que sucedieron los hechos que la CNV afirma que los recurrentes infringieron: Código de Comercio -vigente al momento de los hechos- : -Art. 54: ?En cuanto al modo de llevar, así los libros prescriptos por el Art. 44, como los auxiliares que no son exigidos por la ley, se prohíbe: 1° Alterar en los asientos el orden progresivo de las fechas y operaciones con que deben hacerse, según los prescripto en el artículo 45; 2° Dejar blancos ni huecos, pues todas sus partidas se han de suceder unas a otras, sin que entre ellas quede lugar para intercalaciones ni adiciones; 3° Hacer interlineaciones, raspaduras ni enmiendas, sino que todas las equivocaciones y omisiones que se cometan se han de salvar por medio de un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error; 4° Tachar asiento alguno; 5° Mutilar alguna parte del libro, arrancar alguna hoja o alterar la encuadernación y foliación?. Ley 19.550 de Sociedades Comerciales: - Art. 59: ?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?. -Art. 73: ?deberá labrarse en libro especial, con las formalidades de los libros de comercio, acta de las deliberaciones de los órganos colegiados. Las actas del directorio serán firmadas por los asistentes. Las actas de las asambleas de las sociedades por acciones serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco (5) días, por el presidente y los socios designados al efecto?. -Art. 240: ?Los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en esta Sección. Es nula cualquier cláusula en contrario?. - Art. 294: ?Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto: 1°) Fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres (3) meses;... 9°) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias...? Normas N.T. 2001 y modificatorias: Cap. II, art. 25, inc. b: ?Las sociedades por acciones sujetas a fiscalización de la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 22.169 deberán dejar constancia en forma completa (con relación a la comunicación de asistencia, como a la efectiva concurrencia) en los Registros de Asistencia a Asamblea las siguientes enunciaciones: b) Adicionalmente DATOS DEL REPRESENTANTE DEL TITULAR DE LOS VALORES NEGOCIABLES:- nombre y apellido o denominación social; - carácter de la representación;- tipo y número de documento de identidad o datos de inscripción registral; - domicilio, con indicación de su carácter; y - firma?. Cap. II, art. 26: ?En oportunidad de los cierres de los Registros de Asistencia deberá consignarse el número de accionistas registrados para asistir a la Asamblea y la cantidad de asistentes; en cada caso, además, las notas de cierres indicarán la cantidad total de acciones y de votos a que dan lugar, con expresiones cuantitativas numéricas y porcentuales?. Cap. XXVI, art. 11: ?Los sujetos comprendidos en el artículo anterior deberán remitir por medio de la AIF, con el alcance indicado en el artículo 1° del presente Capítulo, la siguiente información: a) Emisoras: (...) a.11) Fichas individuales de miembros de los órganos de administración y fiscalización y gerentes de primera línea, conforme lo establecido en el Anexo II del Capítulo III; (...) a.13) Información trimestral requerida en el artículo 20 del Capítulo XXIII, Anexo IV.e.? 11) Que, así las cosas, resulta oportuno recordar que esta Cámara tiene dicho que la revisión judicial que se realiza en el marco de recursos directos contra sanciones impuestas por organismos estatales no alcanza a la oportunidad o acierto del ejercicio del poder de policía sino que sólo a su control de legalidad y razonabilidad, a fin de que no se violen los límites infranqueables de la Constitución Nacional (conf. Sala II, ?Banco Cabildo S.A.?, sent. del 31/08/93; y esta Sala, ?Ruiz Antonio y otros?, sent. del 5/8/10; ?Banco Municipal de Rosario y otros?, sent. del 15/11/11; ?Romero Díaz José Ignacio c/ BCRA - RESOL 252/00 (extpte. 1000016/96 sum fin 866)?, sent. del 30/8/12; entre muchos otros). 12) Que, sentado lo expuesto, cabe afirmar que de las constancias de la causa se desprende que las irregularidades detalladas en el considerando 1° se encuentran fehacientemente acreditadas. En primer lugar, nótese que de los diversos controles realizados por la CNV se pudo comprobar que las actas de directorio correspondientes a las reuniones celebradas el 20 de octubre y el 11 de noviembre de 2009 no fueron

suscriptas por el entonces director José Rodríguez (v. fs. 16/17 y 33/35). Sobre el particular, las defensas de los recurrentes para justificar la referida omisión no pueden ser admitidas, ya que no han sido acreditados, siquiera mínimamente, los hechos alegados. En efecto, se limitaron a sostener que aquel se habría retirado intempestivamente de la primera reunión y luego fallecido el 26 de noviembre de 2009 mas no aportaron prueba alguna a los fines de demostrar la veracidad de sus dichos (v. fs. 16/17 y 33). A su vez, nótese que manifiestan que era costumbre de la sociedad suscribir las actas en la reunión siguiente (v. fs. 764/765 vta. y 777/778 vta.), pero, no obstante ello, no explican por qué al llevarse a cabo la del 11 de noviembre de 2009 no se firmó el acta de la anterior, sin perjuicio de que tampoco acreditan, en modo alguno, las prácticas consuetudinarias alegadas. En este sentido, se ha dicho que el referido asiento debe ser firmado por todos los asistentes, conforme lo dispuesto por el art. 73 de la ley de sociedades, y que la norma no concede el plazo de cinco días para confeccionar el acta, como sucede con las asambleas (art. 73, 'infine'). Por ende, el acta de directorio deberá ser confeccionada simultáneamente -es decir, mientras se desarrolla la reunión- o bien apenas terminada aquélla? (cfr. Fernando H. Mascheroni, 'El directorio en la Sociedad Anónima'. Ed. Gangallo, 1978, pág. 68). Y, asimismo, que la Ley establece claramente la obligatoriedad de plasmar la firma en las actas del correspondiente libro, el cual debe ser indefectiblemente llevado respetando las formas de los libros de comercio, no pudiendo suplirse su cumplimiento con la exhibición de otras constancias pues, de lo contrario, cabría cuestionar la necesidad o utilidad de dichos libros? (Cam. Nac. de Apel. en lo Comercial, Sala A, in re, 'Comisión Nacional de Valores c/ Alpargatas SA s/ incumplimiento artículo 15 cap. v y art. 4 cap. XXI s/ organismos externos?', sent. del 4/08/09).

13) Que, a igual conclusión corresponde arribar respecto del cargo referente a la falta de cierre del libro de Depósitos de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas de la asamblea general extraordinaria del 14 de enero de 2011 y sus posteriores enmiendas que no fueron debidamente salvadas. Los recurrentes fundan su queja en el hecho de que la veedora de la CNV se habría retirado con anterioridad a que se realizara el cierre y los agregados en cuestión, llevándose copias incompletas de los libros, más lo cierto es que ello tampoco ha sido debidamente acreditado por los interesados. En efecto y como fue señalado en el acto cuestionado, de las declaraciones testimoniales agregadas a la causa y del informe oportunamente labrado por la funcionara de la CNV se desprende lo contrario (v. fs. 16/17 y 501). Asimismo y aún en el hipotético supuesto de que se admitiese que el ordenamiento jurídico permite cerrar el asiento con posterioridad (v. fs. 766/768 y 780/781), lo cierto es que tampoco demostraron fehacientemente haber cumplido con tal requisito dentro del mismo día de celebrada la asamblea, toda vez que las copias simples acompañadas a fs. 36/37 no resulta prueba suficiente para determinar el momento exacto en que fue confeccionado. Ello así, no cabe más que concluir que de las constancias de la causa se desprende que el cierre del referido libro no fue realizado al finalizar la asamblea extraordinaria ni tampoco en el día de su celebración y que, en consecuencia, las posteriores rectificaciones efectivamente constituyeron enmiendas que no fueron salvadas en forma debida, conforme lo exigía el art. 54 del entonces vigente Código de Comercio (actual 324 del Código Civil y Comercial de la Nación). En este sentido, se ha dicho que 'el artículo 238 de la ley prevé el registro de ese depósito [de acciones] en un libro especial, que es el mismo donde se asienta la asistencia de los accionistas al acto?, que debe ser firmado por aquéllos junto con la identificación de sus domicilios, documentos de identidad y del número de votos que corresponde a cada uno en la asambleas?, y que, ello así, corresponde que sea cerrado antes de comenzar la asamblea, obtenidos los totales de acciones y de votos presentes, y estampadas en el casillero correspondiente las firmas de los asistentes o su apoderado?, limitándose el derecho a participar en el acto a quienes hubiesen cumplido con tales requisitos (cfr. Fernando H. Mascheroni, 'La asamblea en la Sociedad Anónima'. Ed. Universidad, 1987, págs. 42/45 y 50). Y, en igual orden de ideas, que el referido precepto normativo establece que se deben llevar a cabo en forma previa a la celebración de las asambleas, entre ellos, la inscripción de los accionistas asistentes en el libro de asistencia a asambleas pues cumple uno doble finalidad: 1) prueba de la presencia en la asamblea de accionistas y acciones en número suficiente para que aquella pueda reunirse y deliberar y 2) permite al accionista, en cuanto socio, tomar conocimiento de quienes son los otros socios concurrentes, sus representantes, el monto de las tenencias declaradas, los derechos que le acuerdan las acciones de que son titulares o que representan y la identidad de cada uno de los socios. Completado el libro, deberá ser suscripto por los accionistas o sus representantes el mismo día de la asamblea, como requisito de admisión al acto asambleario? (cfr. Cam. Nac. de Apel. en lo Comercial, Sala F, in re, 'Inspección General de Justicia c/ Integral Group Solution SA s/ organismos externos?', sent. del 16/04/15?, el subrayado no pertenece al original). Por último, no se puede soslayar que 'el libro de asistencia a asambleas debe cumplir con los requisitos de forma y fondo previsto por los arts. 43 a 67 del Código de Comercio [actual 325 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación]. La omisión del legislador en la exigencia de tales requisitos (como por el contrario lo ha prescripto en los art. 73 y 213 para los libros de actas y de accionistas) no enerva lo expuesto, atento a la importancia y finalidad que cumple ese libro y su evidente complemento con el libro de actas de asamblea? (cfr. Nissen A. Ricardo, 'Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, Anotada y Concordada?', ed. Abaco. 1994, Tomo 3, 357, pág. 183).

14) Que, por otro lado, también se encuentra debidamente probado que los directores de la sociedad no asistieron a la Asamblea General Extraordinaria del 14 de enero de 2011, en expresa violación a lo dispuesto en el art. 240 de la ley

19.550. Al respecto, los recurrentes se limitaron a señalar que no fueron debidamente convocados, que uno de ellos residía en Brasil y que los otros dos se encontraban de vacaciones, afirmaciones que resultan insuficientes para justificar el incumplimiento en cuestión. En este sentido, ¿la asistencia de los directores a las asambleas no es solamente un derecho, sino también una obligación correlativa?, sin perjuicio de que su inasistencia no priva de validez a la asamblea (cfr. Fernando H. Mascheroni, ¿El directorio en la Sociedad Anónima?. Ed. Gangallo, 1978, pág. 124; y Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala D, ¿Inspección General de Justicia c/ Grupo Montañeses SA s/ organismos externos?, sent. del 5/6/12), siendo inamisible las defensas relativas a la falta de citación ya que, justamente, fue el propio directorio quien convocó a la asamblea (v. fs. 758 y 773 vta.). 15) Que, finalmente, los recurrentes tampoco acreditaron haber cumplido en tiempo y forma con su obligación de remitir por medio del AIF la nómina de los ¿gerentes de primera línea? conforme expresamente lo exigía el art 11, inc. a, acap. 11, de las Normas N.T. 2001 y sus mod. En efecto y sin perjuicio de que manifiestan que oportunamente brindaron a la CNV los formularios de ¿Datos Personales y Fichas Individuales? en los que se constaría la información en cuestión, cabe destacar que expresamente reconocen que la nómina fue recién publicada y puesta a disposición del público en el Prospecto de Programa del 9 de mayo de 2012 subido a la AIF mediante el ID-4-71386-D (v. fs. 768/769 y 782/vta.). 16) Que, en tales términos, los apelantes no han logrado demostrar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad que justifique apartarse de las conclusiones a las que arribó la CNV. En este sentido, cabe recordar que las apelaciones de las decisiones mediante las que se imponen sanciones suponen la existencia de un acto administrativo dictado por la autoridad que, como principio, goza de presunción de legitimidad (conf. art. 12 de la ley 19.549), motivo por el cual su invalidez, como regla, debe ser alegada y probada por quien la invoca, carga con la que la actora no cumplió. Al respecto, tiene reiteradamente dicho este Tribunal, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:53), que en materia de prueba ¿...las exigencias derivadas del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial deben ser interpretadas en armonía con la presunción de legitimidad del acto administrativo..., ¿a fin de que el Estado no termine obligado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (Fallos: 218:312; 3824 y 372; 294:69)'...? (Conf. ¿Matarasso Export SRL c/EN?, sent. del 11/12/07; ¿Interbaires S.A. (TF 15.828-I) contra D.G.I.?, sent. del 19/2/09; ¿Comercio Internacional SA c/ AFIP?, sent. del 30/03/10; ¿Tatarsky Alberto Horacio c/ BCRA - Resol 69/09 (expte. 102058/87 sum fin 779)?, sent. del 27/12/11; ¿Romero Díaz José Ignacio C/ BCRA - RESOL 252/00 (expte 1000016/96 sum fin 866)?, sent. del 30/8/12; asimismo, en términos semejantes, conf. expte. N° 154.843/2003, ¿Vaisberg Horacio Adrián y otros c/ BCRA -Resol 531/01 (expte 100570/97 Sum Fin 944)?, sent. del 8/2/11, consid. VIII; expte. N° 18.292/2001, ¿Vaisberg Horacio Adrián y otros...?, cit.). 17) Que, por lo hasta aquí expuesto, corresponde desestimar los recursos intentados en cuanto cuestionan no sólo la responsabilidad del Banco Itaú Argentina SA sino también la de los directores y síndicos de la mencionada sociedad. En efecto, el art. 59 de la ley 19.550 de sociedades comerciales dispone: ¿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? y, como consecuencia de ello, el art. 274 establece: ¿Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave?. Por otro lado, el art. 294 señala: ¿Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto: 1º) Fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres (3) meses;... 9º) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias...?; y el art. 297 enuncia: ¿También son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias?. En este sentido, ¿si bien los síndicos no ejercen la dirección de la sociedad, ellos son los encargados por ley de una fiscalización constante, rigurosa y eficiente de las disposiciones del directorio. La falta deliberada o no del debido ejercicio de las múltiples obligaciones que la ley les impone los hace incurrir en grave falta? (cfr. Cam. Nac. Apel. Com., sala E, in re ¿Comisión Nacional de Valores c/ Boldt SA S/ Verificación contable?, sent. del 03/06/05). Ello así, el Tribunal ha dicho, en supuestos sustancialmente análogos, que ¿...conforme a los arts. 59, 274 y 297 de la ley de sociedades, los administradores de la sociedad, directores y 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. esta Sala in re ¿Vaisberg Horacio Adrián y otros c/ BCRA - resol 11/01 (expte. 100535)?, sent. del 21/5/13; ¿Intermutual SA y otros c/BCRA-resol 185/11 (exp 100032/01 sum fin 1026)?, resol. del 29/10/13; e ¿IRSA Inversiones y Representaciones SA y otros c/ CNV-resol 17051/13 (ex 1925/10)?, sent. del 8/10/15); y que ¿...la acción del síndico de una entidad financiera lo compromete como

responsable de las infracciones cometidas, en la medida en que acepten o toleren -aunque sea con un comportamiento omisivo- la realización de estas faltas, no bastando para exculparlo la mera alegación de ignorancia, en tanto ello comporta, en definitiva, el incumplimiento de sus deberes? (conf. esta Sala in re ?Balbarrey, Eduardo Fernando y otro c/ BCRA - Resol 252/00 (expte 100016/96 Sum Fin 866)?, sent. del 1/2/08; ?Romero Díaz?, cit; y ?Vaisberg...?, cit.). 18) Que, si bien los recurrentes alegan que no fue probado que tales irregularidades hubiesen provocado perjuicio alguno, cabe destacar que, en el caso, se trata de infracciones de carácter formal de carácter prevalentemente objetivo, razón por la que basta con la acreditación de la transgresión no siendo necesario probar dolo de las partes, ni la existencia de un daño patrimonial o un perjuicio para terceros. Al respecto, se ha dicho, para supuestos análogos, que ?en las infracciones formarles, el bien jurídico protegido es la Administración en sus funciones relativas a la verificación y fiscalización del cumplimiento de las normas por parte de los sujetos responsables (conf. Sala II, in re, ?Celum S.A. c. D.G.I.?, sentencia del 24/07/2008; y esta Sala, in re, ?IRSA Inversiones y Representaciones SA y otros c/ CNV-resol 17051/13 (ex 1925/10)?, sent. del 8/10/15); y que, por lo tanto, ?es irrelevante (...) que se hubiera provocado o no una lesión patrimonial... desde que el objetivo de las sanciones a las infracciones formales es reprimir aquellas conductas que atentan contra el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa...? (conf. esta Sala, in re, ?Casa Melas de Melas Juan, y Melas A (TF 21.910-I) c/D.G.I.?, sentencia del 8/2/2007, y ?Barensi S.A. (TF 21.919-I) c/D.G.I.?, sentencia del 21/6/2007). En efecto, ?la función asignada a la Comisión Nacional de Valores excede el marco del derecho privado para adoptar características típicas del ejercicio del poder de policía que compete al Estado (Fallos 303:1812). Los términos de la ley 17811[anterior marco normativo] prueban que esa norma no solo regula ciertas relaciones entre particulares, sino que apunta a un objetivo eminentemente público: crear las condiciones e instrumentos necesarios para asegurar una efectiva canalización del ahorro hacia fines productivos. El objeto de la actividad de la Comisión Nacional de Valores (CNV) es la protección del público inversor, considerando genéricamente el interés general (véase exposición de motivos de la ley 17811, n° 2). Las facultades derivan del poder de policía del Estado, en tanto persigue prevenir y restaurar la violación de la ley de oferta pública de títulos valores y sus reglamentaciones, indispensables para lograr un ordenado, eficaz y transparente desenvolvimiento del mercado bursátil (CSJN, 27.9.01, in re "Establecimiento Modelo Terrabusi)?(cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, in re ?Comercial del Plata s/ oscilaciones en su precio s/ denuncia?, sent. del 21/12/06). De este modo, ?la punibilidad por las irregularidades en cuestión, frente a su carácter técnico administrativo, surge de la contrariedad objetiva de la regulación y el daño potencial que de ella se derive, motivo por el cual tanto la existencia de dolo como el resultado son indiferentes? (conf. Sala III, in re ?Pérez Álvarez, Mario A. c/ Resol. 402/83 BCRA?, 04/07/86; y esta Sala, in re ?Ruiz Antonio y otros c/ BCRA-resol 2/07 - (expte 100351/04 sum fin 1112)?, sent. del 15/11/11; ?Romero Díaz José Ignacio?, sent. del 30/8/12; e ?IRSA Inversiones?, op. cit, entre otros). 19) Que, a su vez, cabe resaltar que la ?subsanción no evita la sanción, ya que el carácter formal de la infracción no obsta a la aplicación de sanciones administrativas, ya que (sic) lo que interesa es el correcto cumplimiento de las obligaciones. Al respecto, cabe recordar el artículo 43 del CCom que establece que todo comerciante debe llevar cuenta y razón de sus operaciones y tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme. Por otro lado, el artículo 54 inciso 2, CCom prohíbe dejar blancos ni huecos, pues todas sus partidas se deben suceder unas a otras, sin que quede lugar para intercalaciones ni adiciones. Sentado lo anterior, la sociedad infractora en el caso, al incumplir las obligaciones previstas en los artículos 43, 44, 48 y 54 inciso 2 CCom, se insertó en un supuesto de peligro abstracto ya que se trataba de una sociedad de oferta pública. Por tanto, la subsanción de dichos errores no la exime de tener que pagar la multa interpuesta, aunque bien si la reduce (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, in re, ?Comisión Nacional de Valores c/ Insumos Agroquímicos SA s/ organismos externos?, sent. del 14/02/12, y, en igual sentido, esta Sala, in re, ?Avenida Corrientes 1612 S.A. (TF 23.934-I) c/D.G.I.?, sentencia del 16/10/2007, y "Barensi? op. cit.). 20) Que, si bien las infracciones en cuestión resultan ser de carácter prevalentemente objetivo -por lo cual, en principio, bastaría el hecho externo del incumplimiento de la obligación formal para que se las tenga por configuradas-, ?en el supuesto de que la culpabilidad esté excluida, no puede considerarse cometida la infracción ya que la finalidad de la norma es castigar a quien incumplió pudiéndolo hacer [conforme el principio de personalidad de la pena]. De allí es que puedan existir circunstancias que atenúen o, inclusive, eliminen la imputación, tales como el error excusable de hecho o de derecho, la imposibilidad material de cumplir u otras circunstancias excepcionales debidamente justificadas? (conf. esta Sala, in re, ?Gaggio Carlos Horacio (TF 21.393-I) c/D.G.I.?, sentencia del 27/12/2007, entre otras). No obstante, los recurrentes no aportaron elemento alguno del que se pueda colegir su falta de culpabilidad sino que se limitaron a señalar que habrían actuado de buena fe y acorde a los usos y costumbres comerciales. Sobre el particular, cabe afirmar que las meras remisiones genéricas a la existencia de prácticas consuetudinarias efectuada por los apelantes no resulta suficiente como para controvertir el criterio adoptado por el organismo sancionador. Máxime, cuando no ofrecieron ni instaron la producción de prueba alguna tendiente a acreditar la existencia de tales costumbres pese haber podido recurrir a ?todos los medios de prueba admisibles en materia comercial, siendo el más idóneo el de informes de bolsas y mercados,

cámaras, sindicatos, instituciones mercantiles de responsabilidad, etc. (conf. Halperín, I., Curso de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 29, n° 8; Zavala Rodríguez, C., Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 14, n° 14; Anaya, J. y Podetti, H., Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y anotados, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 165, n° 13; Garo, F., Derecho Comercial - Parte General, Buenos Aires, 1955, p. 65, n° 94; Fontanarrosa, R., Derecho Comercial Argentino - Parte General, Buenos Aires, 1979, p. 62, n° 29; Fernández, R. y Gómez Leo, O., Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 12)? (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, in re ?Gysin y CIA SA sociedad de bolsa c/ Caja de Valores SA s/ ordinario?, sent. del 28/10/13, y sala C, in re ?Galati Adrián c/ Pepsico de Argentina SRL s/ ordinario?, sent. del 25/06/13). Asimismo, nótese que tampoco acreditaron haber asumido una conducta diligente tendiente a informar oportunamente a la CNV de los hechos que habrían ocasionado la imposibilidad de dar cumplimiento con sus obligaciones (vgr. situación personal de entonces director José Rodríguez). En este mismo sentido, no puede soslayarse que para la determinación de la imputación de faltas administrativas y la atribución de su responsabilidad corresponde hacer aplicación de la directiva prevista en el entonces art. 902 del Código Civil, según la cual ?[c]uando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos? (conf. esta Sala, expte. N° 18.292/2001, ?Vaisberg?, sent. del 21/5/13). Una directiva semejante surge del art. 1725, párrafo primero, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a la fecha. Y a su vez, no debe perderse de vista lo previsto por el ya citado art. 59 de la ley 19.550 en cuanto a que ?Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios..? y que, al tratarse de entidades que actuaban en la oferta pública, resultaban también aplicables las disposiciones del decreto 677/01 respecto de que ?los directores, administradores y fiscalizadores de las emisoras [de valores negociables], estos últimos en las materias de su competencia, deberán... Procurar los medios adecuados para ejecutar las actividades de la emisora y tener establecidos los controles internos necesarios para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes que la normativa de la COMISION NACIONAL DE VALORES y de las entidades autorreguladas les impone? (arts. 1° y 8°, inc. a, apartado IV). 21) Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que es precisamente en actividades intensamente reguladas, como es la que desarrollan las sociedades que actúan en el mercado de capitales, que corresponde a la autoridad administrativa ejercer con especial celo las potestades de verificación, control y sancionatoria que tiene a su cargo (conf., esta Sala, expte. N° 30.330/2012 ?Caja de Crédito Cuenca COOP LTDA y otros c/ BCRA-resol 209/12 (expte. 11276/04 SUM FIN 1163)?, 31/03/15, e ?IRSA?, cit.). 22) Que, con relación a la desproporción de las sanciones, según se ha sostenido en reiteradas ocasiones, su graduación y determinación es atribución primaria de la autoridad administrativa, principio que sólo cede ante una manifiesta arbitrariedad, la cual no se advierte en autos (conf. esta Sala, in re, ?INSSJP c/ Superintendencia Servicios de Salud s/ Obras Sociales- ley 23661- art 45?, sent. del 3/2/15; ?Carfi SA c/ SEDRONAR s/ Registro Nacional de Precursores Químicos - ley 26045- art 16?, sent. del 14/4/15; ?Jorge Luis Rebagliati SRL y otro c/ PNA -DISP 76/08 (EXPTE B-9828/06)?, sentencia del 2/11/10; y ?OSBA c/ SSS - Resol 1497/10 (expte. 130808/08)", sentencia del 7/6/11, entre otras). Ello así, de la resolución 18.432 se desprende que para graduar las sanciones aplicadas se tuvieron en cuenta los hechos que configuraron las infracciones, su entidad y magnitud, el bien jurídico tutelado y el potencial peligro ocasionado (fs. 746). De este modo, a falta de consideraciones concretas y particulares de los actores, demostradas pormenorizadamente, no es posible admitir, sin más, irrazonabilidad o desproporción de las multas. Por consiguiente, toda vez que no se trasluce un exceso de los límites legales estipulados en los art. 132 y 133 de la ley 26.831 ni se constata un supuesto de arbitrariedad, no corresponde a este Tribunal inmiscuirse en el ejercicio de la competencia de la CNV debiéndose confirmar los montos de las multa impuestas. 23) Que, con relación a ello y sin perjuicio de los acertados fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal general para desestimar el agravio referido a la graduación de la multa (v. fs. 853 vta./854 vta), a los que corresponde remitirse por razones de brevedad, cabe señalar que la pretendida aplicación del principio de la ?ley penal más benigna? no resulta procedente. En efecto, es jurisprudencia del fuero, compartida por los miembros de este Tribunal, que las sanciones que imponen organismos como la CNV tienen carácter administrativo, no penal, y por lo tanto no resultan estrictamente aplicables los principios propios del derecho criminal (cfr., en ese sentido, Sala II, ?Korch Heriberto Guillermo?, sent. del 10/5/11; Sala III, ?Banco Serrano Cooperativo Limitado?, sent. del 15/10/96 y ?Canovas Lamarque Mónica S.?, sent. del 15/4/04 [LL 29/11/2004, 7]; esta Sala, ?Álvarez Andrés Benigno y otros?, sent. del 15/6/10; ?Pacífico Santiago Ángel?, sent. del 8/6/10; y Sala V, ?Josephsohn Andrés Bruno y otro?, sent. del 12/12/06, entre muchos otros). Tal criterio, vale aclarar, encuentra sustento en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien, en supuestos sustancialmente análogos, ha dicho que las sanciones como la cuestionada integran la norma legal con otras disposiciones de distinta jerarquía, mediando facultad expresamente delegada por la ley, reconociendo a ellas carácter administrativo -sancionatorio o represivo- y no penal (Fallos 275:265; 281:211; 303:1776 y 305:2130); calificación que ha mantenido en pronunciamientos más recientes (Fallos 326:2171 y 4216; 329:500; entre otros). Al respecto, la jurisprudencia del fuero agrega:

?...las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer penas (esta Cámara, Sala III, en "Banco Internacional", ya citado), y por ende no es de su esencia que se apliquen las reglas del derecho penal, ni se requiere el dolo, ya que las sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión (Sala III "Bunge Guerrico" y "Banco Serrano Coop. Ltda.", del 3/5/84 y 15/10/96, respectivamente)? (conf., Sala II, ?Korch Heriberto Guillermo?, cit.). Y en el precedente citado se añade a continuación: ?El ejercicio de la potestad sancionadora es propia de la administración, en tanto que el de la potestad criminal corresponde a la justicia (Jimenez de Azúa, Tratado de Derecho Penal T. I, pág. 39, párr. 11), debiendo puntualizarse que aquélla no tiene ni el rigor ni la inflexibilidad de las normas del Derecho Penal sustantivo (Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", T. III, pág. 530, n° 358); y que existen circunstancias irrelevantes en el ámbito penal que pueden no serlo en el administrativo (Fallos: 307:1282, y Proc. Tes. de la Nación en Dictámenes 97:310, 108:34). En consonancia, este Tribunal ha destacado que el Derecho Administrativo tiene principios ignorados por el Derecho Penal, como la preponderancia del elemento objetivo sobre el intencional (esta Sala in re "Jacovella, Patricio", del 24/12/91 y "Dar S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda"); de tal modo que "la faz sancionadora del Derecho Administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente al Derecho Penal" (esta Sala in re "Aceitera Chabas S.A.", cons. 7°, del 25/10/94; "Vicentín S.A.I.C. c/ Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal", del 17/5/94; y "Francisco López S.A c/ Inst. Nac. de Semillas", del 7/4/94)? (idem). 24) Que, en consecuencia, en tanto las infracciones imputadas se encuentran debidamente acreditadas y no ha sido probada circunstancia alguna que justifique eximir de culpabilidad a los recurrentes o reducir las multas impuestas, corresponde desestimar los recursos en este aspecto. 25) Que, por último, corresponde establecer los honorarios de quienes se desempeñaron en la dirección letrada y representación de la CNV. De conformidad con los artículos 6°, 7°, 9°, 19 -por analogía con lo dispuesto en los arts. 37 y 38-y concordantes de la ley 21.839, habida cuenta de la naturaleza del juicio, la importancia de la cuestión debatida, el monto de la multa impuesta -\$ 300.000- y la calidad y eficacia de la labor desarrollada ante esta instancia (conf. contestación de traslado de fs. 836/850 vta.), corresponde regular en la suma de VEINTICINCO MIL PESOS (\$25.000) los honorarios del abogado Cipriano Aurelio Rodríguez, los que quedan cargo del BANCO ITAÚ ARGENTINA SA, César Alberto Blaquier, Ricardo Villela Marino, Héctor O. Rossi Camilión, Ricardo A. Foglia y Tristán S. Buzzi, en partes iguales. Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el impuesto al valor agregado (IVA) integra las costas del juicio y que debería adicionarse a los honorarios, cuando el profesional acreedor revistiera la calidad de responsable inscripto en dicho tributo (Fallos 316:1533), mas no frente a aquéllos no inscriptos, ya que a su respecto no es aplicable el método de liquidación del impuesto mediante la confrontación entre el crédito y el débito fiscal (Fallos 322:523). Por los motivos expuestos, SE RESUELVE: 1) rechazar los recursos interpuestos, con costas (art. 68, primer párrafo, del C.P.C.C.N.); y 2) regular los honorarios de la dirección letrada y representación de la CNV del modo indicado en el considerando 25. Se deja constancia que el señor juez de Cámara Jorge Eduardo Morán no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. MARCELO DANIEL DUFFY ROGELIO W. VINCENTI

Correlaciones: Holcim Argentina SA y otros c/CNV s/mercado de capitales - ley 26831 - art. 143 - Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. - 22/02/2018 - Cita digital IUSJU025024E 027293E