

## Poder De Policia

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2012. Vistos; y

considerando: I. Que por resolución n° 365, dictada el 23 de noviembre del 2006, el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina (BCRA) dispuso imponer las siguientes multas: (1) \$... e inhabilitación por cuatro años al señor José Enrique Guffanti; (2) \$... e inhabilitación por dos años a los señores Néstor y Alicia Miguel (fs. 788/801). II. Que contra dicha decisión, los nombrados en el punto (2) dedujeron recurso directo en los términos del art. 42 de la ley 21.526 (fs. 818/822). III. Que en atención al fallecimiento del Sr. Miguel (fs. 900), esta alzada debe limitarse a resolver las cuestiones relacionadas con el desempeño de la restante recurrente, puesto que el deceso del sumariado extingue la acción intentada con relación a los hechos por los cuales se le acusa. IV. Que para fundar la resolución impugnada -respecto de la aquí recurrente-, el funcionario actuante sostuvo que: (a) Alicia Miguel se desempeñó como miembro del consejo de vigilancia de "Amersur Compañía Financiera SA." (Amersur) durante el período comprendido entre el 27 de noviembre de 1980 y el 10 de noviembre de 1983; (b) procedía analizar su responsabilidad por los cargos: (3) irregularidades en materia de garantías prendarias determinantes de registraciones que no reflejaban la real situación de la entidad sobre el tema en transgresión a lo establecido por el art. 36 de la ley 21.526 y por la comunicación "A", CONAU 1-B, manual de cuentas, códigos 711.023 y 711.025; (4) falta de constitución de una adecuada previsión por riesgos de incobrabilidad en violación al art. 36 de la ley 21.526 y a la comunicación "A" 7, CONAU 1-B, manual de cuentas, código 131.901 - previsión por riesgo de incobrabilidad; (5) anomalías en materia de refinanciación de deudas y de devengamiento de intereses moratorios; desatendiendo observaciones de la inspección actuante en la entidad en transgresión a la circular OPRAC 1, capítulo II, punto 2: y por la comunicación "A" y complementarias; (6) operaciones de cesiones de cartera que, pese a su condición de simuladas, fueron computadas a efectos de la integración del efectivo mínimo en transgresión a lo dispuesto por la comunicación "A" 65 circular REMON 1-10, modificatoria del capítulo I, punto 1.3 de la circular REMON I; (7) presencia de un miembro del directorio que era deudor moroso de la entidad en transgresión al artículo 10, inciso c), de la ley de entidades financieras. (c) de conformidad con el art. 281 de la ley 19.550, los miembros del consejo de vigilancia deben fiscalizar la gestión del directorio y a tal fin pueden examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arquezos de caja por sí o por peritos, recabar informes, convocar a asamblea cuando lo estimen conveniente o lo requieran los accionistas, etc. (d) la aludida labor abarca la verificación, fiscalización y contralor del órgano de dirección, desde un punto de vista totalizador de la gestión contable administrativa y de la gestión empresarial. (e) la actividad financiera es un sector en el que resultan comprometidos altos intereses públicos y privados, que llevan a extremar la vigilancia que debió haberse efectuado en Amersur por parte de su órgano de fiscalización dadas las características de su operatoria. (f) la sumariada tenía pleno conocimiento de las irregularidades detectadas, pues los memorandos en virtud de los cuales se señalaron los ilícitos fueron materia de análisis y se hallan transcritos en las actas labradas con motivo de las reuniones celebradas por el órgano de conducción de la entidad, con la participación del consejo de vigilancia, pese a lo cual no formuló objeciones ni manifestó su disidencia ante los hechos infraccionales. (g) las penalidades se graduaron en función de las características de las infracciones y mediante la ponderación de las circunstancias y las formas de su participación en los ilícitos, de conformidad con la comunicación "A" 3.579 y los incisos 3 y 5, del art. 41 de la ley 21.526. V. En su recurso, Miguel señala en primer término que el BCRA le inició juicio ordinario en los términos del art. 166 y siguientes de la ley 19.551 (abrogada por la ley 24.522) y que en el marco de dicho proceso, la sindicatura informó al juez interviniente su voluntad de desistir de la acción y del derecho, aunque su resolución se encuentra supeditada a la celebración de audiencias a los fines de concretar un acuerdo respecto de los términos del desistimiento. Alega que tal accionar descalifica la pretensión sumarial sancionatoria, ya que aniquila las imputaciones formuladas y las sanciones impuestas en su consecuencia. Afirma que el principio de congruencia de la autoridad administrativa se halla quebrado, lo que pone en crisis la resolución y fulmina la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado. Manifiesta que la existencia de la acción de responsabilidad en sede judicial y del sumario administrativo configura una violación al principio non bis in ídem, toda vez que se formula un doble juzgamiento por un mismo hecho. Asevera que el estatuto de la entidad no le confirió al consejo de vigilancia la facultad de que se requiera su aprobación para la realización de determinados actos, ni la de elegir a los integrantes del directorio. Enfatiza que su responsabilidad era "in vigilando" y no "in comitiendo" y que no existía separación entre el órgano de conducción y el de gobierno, pues el paquete mayoritario de acciones con más del 90% estaba en manos de Galli Hnos. SA., de modo que cualquier disenso del consejo resultaba fútil. Resalta que el BCRA tenía conocimiento de lo que sucedía en Amersur, por lo que los ilícitos en cuestión deberían haber sido evitados mediante el uso del poder de policía del órgano y no en virtud de la actuación

del consejo de vigilancia. Por último, considera que la multa impuesta es confiscatoria y que resulta un enigma saber cómo se determinó su cuantía. En este sentido, aduce que representa el 22,7% sobre la diferencia patrimonial negativa consignada por el BCRA al confeccionar el informe previsto por el art. 40 de la ley 19.551. VI. Que en su dictamen, el señor Fiscal General se expidió favorablemente sobre la admisibilidad del recurso (fs. 875). VII. Que al contestar el recurso, el BCRA solicita la confirmación "in totum" del acto impugnado (fs. 893/898). En tal inteligencia, indica que las acciones de responsabilidad previstas en el ordenamiento concursal y la contenida en el art. 41 de la ley 21.526 son totalmente diferentes, con presupuestos causales disímiles y fundamentalmente, corresponden a sujetos distintos. Sostiene que la recurrente desconoce el factor de atribución que se le endilga, el que se halla ligado a la magnitud de los deberes que le correspondían y al interés público comprometido, sin que se requiera la existencia de un daño concreto derivado del comportamiento irregular. Defiende, asimismo, la razonabilidad de la multa impuesta y resalta el carácter discrecional de la graduación de las sanciones. VIII. Que a fs. 899 se llamaron autos al acuerdo para dictar sentencia. IX. Que resulta útil y conveniente hacer una reseña de los hechos y de los antecedentes del caso. El 16 de abril de 1982 se cursó una inspección en la sede de la entidad, producto de la cual se detectaron una serie de irregularidades e incumplimientos respecto de diversas normas. En particular, se constató que el Sr. Guffanti, quien ocupaba los cargos de vicepresidente y gerente general, adeudaba a Amersur la suma de \$a ... (fs. 9). Se destacó asimismo que se autorizó a tres firmas deudoras para que pudieran vender bienes prendados en favor de Amersur y que una de ellas -Tilford SA- se encontraba denunciada y sin garantías, de lo que se puede inferir "que se ha desprotegido una asistencia crediticia excesiva, configurando ello una política inadecuada" (fs. 9). Se pudo saber también que las compras por parte de las empresas Gerona SA y Gobecia SA de las mercaderías ofrecidas en garantía efectuadas a Galli Hnos SA no se encontraban contabilizadas en los libros rubricados, por lo que se concluyó respecto de dichas operaciones que "se trataría de una simulación de venta de mercaderías por parte de Galli Hnos. SA a empresas vinculadas, con el objeto de mostrar que las deudas de éstas contaban con el respaldo de garantías prendarias" (fs. 11). En materia de previsión para riesgos de incobrabilidad, se dejó asentado que se realizó un examen de los 50 principales clientes y que en virtud de él se pudo apreciar que "la previsión por riesgos de incobrabilidad al 31.10.83 debió alcanzar \$a ... (32% del total analizado y 24% del total de la cartera), mientras que la constituida ascendía a \$a ..., resultando de ello una diferencia de \$a ..." (fs. 13). Se puso de manifiesto "la significatividad de esta última cifra, por cuanto representa el 154% de la [r]esponsabilidad [p]atrimonial [c]omputable "declarada" a la misma fecha (\$a ...) " (fs. 13). En lo que concierne a la percepción de intereses moratorios, se dejó constancia de que en respuesta a un memorando cursado por la inspección, Amersur acompañó un detalle de los préstamos "por los que se devengaron intereses en exceso, alcanzo la cifra en cuestión a \$a ..." lo que "implicó el reconocimiento implícito de la existencia de créditos en los que las condiciones contractuales pactadas no establecían taxativamente que pudieran capitalizarse intereses" (fs. 14). Se comprobó que "los montos refinanciados a 4 prestatarios con fondos habilitados por el Banco Central, resultan excesivos frente a los máximos permitidos, considerando los topes establecidos por las disposiciones vigentes" (fs. 16) y la "existencia de un gran número de refinanciaciones que fueron convenidas prácticamente en forma unilateral, por cuanto las instrumentaciones consistieron en simples notas que se habrían hecho llegar a los deudores, informándoles que la falta de respuesta a las mismas dentro de los 15 días implicaba su aceptación" (fs. 18). Se supo que "los días 30.11.82, 29.12.82 y 28.1.83 se registraron cobranzas de cuotas numerosas de deudas supuestamente refinanciadas, lo cual resultaba sospechoso dado la cantidad de cobros y el hecho de que éstas no eran las fechas en que operaban sus vencimientos, advirtiéndose también que mucho de los prestatarios, previo a la refinanciación, se hallaban incluidos "[e]n gestión judicial" y que en su mayoría no efectuaban pagos desde antigua data" (fs. 18). Producto de ello fue que se libró un memorando a la empresa, quien contestó que "ante la falta de pago de las mismas, éstas están siendo canceladas por Galli Hnos. SA, quien se subrogó en los derechos legales pertinentes" (fs. 18). Asimismo, ocho deudores negaron haber refinanciado y abonado sus deudas correspondientes a esas refinanciaciones, contrariamente a lo contabilizado por la inspeccionada (fs. 18). En relación con las cesiones de cartera de préstamo se formularon diversas observaciones "en razón de que dichas transacciones carecían de las formalidades necesarias para otorgarles la calificación jurídica pretendida" (fs. 25) y se describió su deficiente modalidad operativa (fs. 26). El 18 de octubre de 1989 el Presidente del BCRA dispuso instruir sumario a la recurrente -entre otros-, a efectos de determinar su responsabilidad relativa a las irregularidades detectadas (fs. 640/670). En respuesta a ello, el 20 de marzo de 1990, Miguel formuló el descargo pertinente y ofreció prueba (fs. 682/690). El 28 de agosto de 1995 se resolvió la apertura a prueba del sumario (fs. 709/710) y en su consecuencia se recabaron las siguientes probanzas: (i) libro de actas de directorio n°6 rubricado bajo el n° 3.867, que corre por cuerda. (ii) carpeta con estatutos, reformas y otros de la ex entidad, también agregado por cuerda. (iii) copia del informe previsto por el art. 40 de la ley 19.551 (actual 39 de la ley 24.522) (fs. 741/759), en el que se señaló, entre otras cosas, que la conducta de la fallida implicó no sólo el desconocimiento de expresas directivas del Banco Central de la República Argentina en su doble carácter de ente rector de la actividad financiera y garante de las principales obligaciones contraídas por la ex entidad (art. 56, ley 21.526) sino, además, el

desconocimiento de reglas técnicas elementales que hacen a la gestión financiera" (fs. 744). También remarcó el síndico que "se destaca la fuerte centralización del poder decisorio en la persona del gerente general y la carencia de controles internos adecuados, así como la falta de una gerencia financiera y/o una comercial, la inexistencia en el libro de actas del directorio de la aprobación de un organigrama de la entidad ni de su reglamento interno de créditos, como también la inexistencia de manuales de procedimientos o funciones" (fs. 744). Respecto del consejo de vigilancia, entendió que debía calificarse su conducta como fraudulenta ya que, si bien no podemos determinar si ello fue deliberadamente o no, silenció las irregularidades que dieron lugar a que se calificara como de "fraudulenta la conducta de la fallida con relación a los hechos encuadrados en la primera parte del art. e), inc. 1º, del art. 235" (fs. 756) y que "de acuerdo a las obligaciones que le impone al síndico el art. 294 de la [L]ey 19.550 -y más específicamente los incs. 1, 2, 3, 5 y 9, de dicho artículo-, la sindicatura no podía ignorar -por su magnitud y consecuencias- las anomalías que se le imputan a la fallida y, aun en el supuesto que las ignorara, ello implicaría, de por sí, un grave incumplimiento de sus obligaciones que hace que la calificación que le atribuimos de fraudulenta a su conducta sea ineludible, pues ya sea por acción u omisión, la sindicatura ha omitido cumplir con los deberes que la ley le impone, posibilitando de esa forma que los administradores de la entidad observaran un proceder que llevó a la ex entidad al estado de falencia en que actualmente se encuentra" (fs. 756 vta.). El 4 de abril de 2001 se dispuso la clausura del período probatorio y se otorgó vista a las partes a los efectos de formular las alegaciones que estimaran pertinentes (fs. 770). El 27 de julio de 2006 el jefe del Departamento de Sumarios Financieros del BCRA elevó un proyecto de resolución del sumario (fs. 776/787), cuyas conclusiones -relativas a la actora- se reprodujeron textualmente en la resolución impugnada. Por otra parte, en oportunidad de deducir el recurso la actora acompañó copias certificadas de la demanda de responsabilidad promovida por la sindicatura de la quiebra (fs. 828/834), como así también del pedido de audiencia formulado en dicha causa por el síndico con el fin de "unificar criterios sobre la terminación del proceso" (fs. 835). XI. Que, efectuada la reseña precedente, corresponde abocarse al tratamiento de los agravios. XII. Que, en relación con el supuesto desistimiento formulado ante el fuero comercial, ha de señalarse que éste no reviste la entidad pretendida por la apelante por las siguientes razones: La acción prevista por la ley 19.551, en sus arts. 166 y ss. (actualmente rige el art. 173 de la ley 24.522), difiere de la potestad de imponer sanciones que posee el BCRA en el marco del ejercicio del poder de policía bancario, por lo que no resulta aplicable el principio non bis in ídem alegado por la actora. En efecto, la acción prevista por la legislación concursal tiene un fin reparador y consecuentemente se rige por presupuestos diferentes. El factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, en tanto se exige que el hecho generador debe estar signado por el dolo del autor. El dolo es el único factor de atribución de la acción concursal de responsabilidad contemplada en el primer párrafo del art. 173 de la LCQ" (Rouillon, Adolfo A.N., Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522, Bs. As., Astrea, 2006, 15ª ed., p. 282). Es necesaria, paralelamente, la concurrencia de un daño, ya que como en toda acción de responsabilidad, también en la acción concursal de responsabilidad patrimonial de representantes, la existencia de daño es presupuesto de su procedencia (Rouillon, op. cit., p. 282). La jurisprudencia especializada ha dicho que "la acción bajo estudio posee un régimen legal peculiar, por cuanto está dirigida a reparar aquellos daños que afloraron con el decreto de quiebra y que tienen su origen en actos que, de no haberse producido la quiebra, no hubiesen sido relevantes en los términos del art. 166 de la 19.551 (y del actual art. 173 de la ley 24.522)" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, causa "Productos el Orden SA s/quiebra c/Loizzo, Alberto y otros s/ordinario", pronunciamiento del 30 de junio de 2011). Ahora bien, en materia de poder de policía bancario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial y se caracteriza especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del Banco Central" (Fallos: 275:265), lo cual "implica el sometimiento a un régimen jurídico que establece un margen de actuación que faculta al ente rector a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento" (Fallos: 319:2658; 328:2504). Y, en cuanto aquí más interesa, ha puesto de relieve que las sanciones que el Banco Central aplica de acuerdo con la ley de bancos "tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal" (Fallos: 275:265; 303:1776; 305:2130; y causa B.62.XXXI "Banco Patagónico S.A (en liquidación) c/B.C.R.A. s/apel resol. 562/91", sentencia del 27 de febrero de 1997). Desde esa perspectiva, los principios del derecho penal no resultan de aplicación en el esquema de control cuya custodia la ley ha delegado en el BCRA, colocándolo como eje del sistema Financiero (Fallos: 251:343; 275:265; 303:1776; 305:2130 y 331:2382). No parece inadecuado recordar que la actividad financiera reviste el carácter de un servicio público de los denominados "propios" que el Estado presta de manera indistinta, ya sea directamente o bien por medio de entidades particulares en quienes, por motivos de eficiencia y funcionalidad, delega atribuciones que se ha reservado jurídicamente (art. 75 -inciso 6-, 18 y 32 de la Constitución Nacional); ni, tampoco, que las razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera y cambiaria, encuentran base normativa en las cláusulas del art. 67, inc. 5º, y 16 y 28 de la Constitución Nacional [actualmente, art. 75, incisos 6º, 18 y 32] (Fallos: 256:241,

366; 303:1776; 310:203; 319:110). Es así, pues, que la actividad de aquella naturaleza se encuentra sometida al poder de policía estatal, ejercido por medio del BCRA que cuenta con la facultad de reglamentar esta materia y también vigilar la aplicación de las normas que la regulen, sancionando las transgresiones que se produzcan (esta sala, causas "Oddone, Luis Alberto" y "Banco de Ultramar S.A.", del 25 y 30 de abril de 1985, respectivamente). El legislador ha encomendado al BCRA la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera del país y, específicamente, la supervisión de la actividad financiera y cambiaria, dotándolo para ello de potestades reglamentarias (arts. 3 y 43 de su Carta Orgánica, ley 24.144), encontrándose así facultado para modificar la orientación de esas políticas según el cambio de las variables económicas de plaza, en consonancia con el momento económico que les da sentido y según varíen las necesidades del interés público tutelado. En ese contexto, la aplicación de los principios rectores del derecho penal resultaría contraria con aquella potestad de adaptación de la actividad fiscalizadora, en virtud de la cual, en el sistema instaurado por la ley de entidades financieras, resultan pasibles de sanción administrativa también las infracciones a normas sub legales (vgr., circulares, comunicaciones, resoluciones del directorio, etc.), criterio que resultaría insostenible en materia de delitos tipificados en el Código Penal y las leyes especiales que rigen ese sistema normativo, en el que prima el principio de legalidad, exigiéndose una ley formal del Congreso por imperativo constitucional, consagrado en los artículos 18 y 99 inciso 3 de nuestra Ley Suprema (Sala II, causa "Brenner Raúl c/ BCRA - Resol 214/06 (Expte 10628/84 Sum Fin 668)", sentencia del 10 de diciembre del 2009). Por su parte, la posibilidad de que, en materia de policía financiera, el reproche de las conductas pueda 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- demuestra también una sustancial diferencia entre las sanciones impuestas por el BCRA en el ejercicio de estas funciones y las instauradas en el sistema penal, ámbito en el que el elemento subjetivo reviste la calidad de condición necesaria de la punición. El carácter técnico administrativo de las irregularidades establecidas en el sistema normativo que rige la actividad de las entidades financieras 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 (Sala III, causa "Cía. Franco Suiza de Inversiones S.A.", 7/10/1982 y "Pérez Álvarez Mario A. c/Resol. 402/83 BCRA", sentencia del 4 de julio de 1986). El legislador, cuya inconsecuencia no se presume (Fallos: 330:4713, 331:866, entre muchos otros), estableció un régimen sancionatorio aplicable al sistema financiero que resulta notoriamente distinto del que previo para las conductas calificadas como delitos, sin que quepa, por extensión, otorgar al primero el mismo tratamiento que corresponde darle a estas últimas, ni aplicar los mismos principios en los dos ámbitos, sin perjuicio de que una misma conducta pueda merecer el simultáneo e independiente reproche sustentado en cada uno de ellos. Las responsabilidades penales, civiles y administrativas, aún surgidas o analizadas a la luz de los mismos hechos, presentan diferencias sustanciales, lo que lleva a un diferente juzgamiento, por distintas autoridades legalmente instituidas para cada uno de esos cometidos. En el proceso penal se imputa la comisión de delitos tipificados en el Código Penal de la Nación, en donde la entidad financiera puede servir de móvil y su operatoria constituir el marco para producir su consumación; pero la existencia o no de responsabilidad en ese ámbito será determinada de acuerdo a los principios que lo informan, las normas que lo rigen, los bienes jurídicos que tiende a proteger, por medio de los mecanismos de esa legislación y los órganos estatales instituidos constitucional y legalmente para esa función (Sala II, causa "Banco Alas Cooperativo Limitado (en liquidación) y otros c/ BCRA Resol. 154/94", sentencia del 19 de febrero de 1998; esta sala, causa "Staub Claudio Daniel y otros c/ B.C.R.A. -Resol 109/05 (expte. 101369/82 Sum Fin 577)", sentencia del 30 de septiembre de 2010). En ese sistema normativo, la garantía del debido proceso se halla resguardada siempre que pueda recurrirse ante un órgano jurisdiccional que efectúe un control suficiente de lo actuado en la instancia administrativa (Fallos: 319:3033), posibilidad que aquí se ha materializado en el recurso interpuesto ante estos estrados, el que bien puede dar lugar a la revisión de las sanciones impuestas por el BCRA dentro del ámbito posible de control en esta jurisdicción: la razonabilidad del acto sancionatorio, su equidad, su adecuación, con el fin público perseguido (Fallos: 199:483); apreciación que debe ser prudente, pues actos como el que aquí se ha impugnado son dictados por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se le ha asignado, y de cuyo pronunciamiento sólo cabría apartarse ante razones de grave arbitrariedad palmaria y manifiesta (Fallos: 268:340; y Sala II, causa "Banco Alas Cooperativo Limitado", ya citada; Sala III, causas "Devoreal S.A.", "Banco Delta", y "Banco Patagónico", sentencias del 2 de octubre de 1988, 5 de marzo de 1992 y 17 de octubre de 1994, respectivamente; esta sala, causas "Troelsen Andrés Henry y otros c/ BCRA - Resol 173/00 (expte 100138/97 Sum Fin 940)", sentencia del 18 de junio del 2010 y "Ayarragaray, Luis María c/BCRA - RESOL 136/04 (EXPTE 100172/85 SUM FIN 648)", sentencia del 17 de abril del 2012). Puede advertirse con claridad, pues, que se trata de procesos diferentes, con presupuestos y fines disímiles, de manera que la eventual concreción del desistimiento presentado por la sindicatura del BCRA en la causa comercial en modo alguno puede producir efectos aquí, y menos aún -como lo pretende la actora- la sola voluntad de desistir. XIII. Que, en lo que hace específicamente a la función del consejo de vigilancia, cabe retener que

entre las atribuciones y deberes que le asisten, el art. 281 de la ley 19.550 establece una serie de funciones, a saber: a) Fiscalizar la gestión del directorio. Puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arquezos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aun cuando no excedan de las atribuciones del directorio. Por lo menos trimestralmente, el directorio presentará al consejo informe escrito acerca de la gestión social; b) Convocará la asamblea cuando estime conveniente o lo requieran accionistas conforme al artículo 236; c) Sin perjuicio de la aplicación del artículo 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación. Denegada ésta, el directorio podrá someterlo a la decisión de la asamblea; d) La elección de los integrantes del directorio, cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a cinco (5) años; e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a consideración de la misma; f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones; g) Las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los síndicos. Tales normas indican el grado de importancia que reviste el consejo de vigilancia en la estructura social y la consecuente responsabilidad que ello implica, razón por la cual es posible concluir que la actora no sólo debió haber detectado tales irregularidades sino que además estaba obligada a arbitrar los medios necesarios para solucionarlas. Tan es así que al respecto se ha dicho que "[e]l consejo de vigilancia es un órgano de fiscalización ("de vigilancia", como lo expresa su denominación), pero con atribuciones más amplias que la sindicatura, de tan variada índole que se ha llegado a decir que su creación significa una suerte de "directorio paralelo", puesto que, con relación a la administración y gestión de negocios, la ley le atribuye tareas que constituyen una verdadera injerencia en esta actividad" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, causa "Comisión Nacional de Valores c/Alpargatas SA s/incumplimiento artículo 15 cap. V. y art. 4 cap. XXI s/organismos externos", pronunciamiento del 4 de agosto del 2009). También se ha afirmado que "tiene por función el control de mérito de la gestión del directorio (LS. 281, inc. a) [...] ejercer la vigilancia de la prudencia de los actos del directorio, la orientación comercial de su gestión, su política de precios y adquisiciones, del gobierno del personal, etcétera, que incluye también la sujeción del directorio en su gestión a las disposiciones legales, estatutarias y decisiones asamblearias" (causa "Comisión Nacional de Valores", citada). De lo expresado es posible concluir que el consejo de vigilancia debió haber advertido y objetado alguna de las tantas irregularidades que existían en la entidad -ver considerando IX-. De ningún modo puede considerarse -como alega la actora- un eximente de responsabilidad el hecho de que haya sido necesaria la intervención del BCRA para detectar tales irregularidades, puesto que, justamente, es función del consejo de vigilancia el evitar la comisión de irregularidades que pudieran dar lugar a eventuales sanciones y no de la autoridad de control. Tampoco lo es la circunstancia de que los deberes previstos en los incisos c) y d) del art. 281 de la ley 19.550 no le hayan sido atribuidos por el estatuto social, puesto que el inciso g) establece que también deben observar y cumplir las demás funciones y facultades establecidas en la ley a los síndicos. Es que si se acepta que por no estar obligada a observar las alegadas funciones no debe responder por las irregularidades incurridas, quedaría totalmente desnaturalizada su función, reducida a la de un mero testigo de la operatoria de la entidad. Es preciso advertir que entre las atribuciones y deberes que le asisten al síndico, el art. 294 de la ley 19.550, en su inc. 1º), establece la tarea de "[f]iscalizar 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 (3) meses". Por su parte, el inc. 2º) de dicho artículo prescribe el deber de "[v]erificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento...", mientras que el inc. 9º) impone "[v]igilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias." Como bien lo señala la actora, su responsabilidad es "in vigilando", de manera que si bien quienes ejercen la sindicatura no están a cargo de la ejecución de los actos de administración de una sociedad anónima, igualmente comprometen su responsabilidad por los actos de otros, toda vez que la legislación aplicable no requiere, en modo alguno, que hayan participado activamente en los hechos que se sancionan. Son responsables aún cuando los hechos los haya cometido el directorio, pues los altos intereses de orden público y privado por los que deben velar les imponen no sólo un estricto control de los actos de la entidad, sino también el agotamiento de las instancias necesarias para corregir la actividad, debiendo, en su caso, efectuar las denuncias pertinentes (esta sala, causa "Ayarragaray", citada). Consecuentemente con lo hasta aquí expuesto, corresponde confirmar la resolución recurrida en cuanto consideró responsable a la Sra. Miguel de los cargos formulados por su actuación en "Amersur". XV. Que, acerca del cuestionamiento de la razonabilidad y proporcionalidad de la multa impuesta, ha de recordarse que la graduación de las sanciones en principio, corresponde al ejercicio discrecional de la competencia específica de las autoridades del BCRA (esta sala, causa "Troelsen", ya citada; y Sala II, causa "Torres, Jorge Alberto y otros c/BCRA - Resol 141/03 Sum. Fin. 1040 (Expte. 100649/01)", sentencia del 16 de agosto del 2007). Ahora bien, como reconocido principio cardinal, la facultad de graduación de la multa no escapa al control de razonabilidad que corresponde efectuar al Poder Judicial con respecto a los actos de la administración pública, incluso cuando se

trata de facultades discrecionales (Fallos: 321:3103). Es sabido que la autoridad administrativa llamada a resolver tiene facultad discrecional para valorar los hechos y considerar la graduación de la sanción disciplinaria, y ello es así a la luz del principio de razonabilidad, de manera tal que, además de la motivación y el sustento en eventos reales y concretos, debe exhibirse una adecuada proporción con sus causas y fines (Sala V, causa "Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA c/EN -CNC- Resul. 1.429/97 y 1.081/98", pronunciamiento del 18 de abril del 2005). En ese sentido, esta sala ha dicho que "...el acto sancionatorio debe encontrar sustento suficiente en los hechos y el derecho aplicable para justificar su imposición, lo que supone en los hechos el confronte de la conducta imputada con la gravedad de la sanción impuesta (art. 7, inc. b de la ley 19.549), y la explicación de las razones de su motivación (art. 7, inc. e, LNPA). Más aún, teniendo en consideración que el referido requisito de motivación tiene mayor relevancia en los actos realizados en ejercicio de facultades discrecionales -como acontece en el sub-examine- en virtud de que solamente la motivación de esos actos permite al juez determinar si son o no razonables" (causas "Browner Gerszon Iser c/ DGA Resolución N° 6150/00 s/ Administración Nacional de Aduanas", pronunciamiento del 19 de abril de 2010 y "Citibank NA C/ DNCI-DISP 820/06 (EXPTE S01 21217305)", pronunciamiento del 6 de julio del 2010). Concretamente, entre los factores de ponderación el art. 41 de la ley 21.526 prevé que deben tenerse en cuenta la magnitud de la infracción; el perjuicio ocasionado a terceros; el beneficio generado para el infractor; el volumen operativo del infractor y; la responsabilidad patrimonial de la entidad. Según consta en la resolución recurrida, las penalidades se graduaron genéricamente en función de las características de las infracciones y mediante la ponderación de las circunstancias y las formas de su participación en los ilícitos, de conformidad con la comunicación "A" 3.579 -no vigente al momento de la comisión de los hechos, ya que se publicó en el Boletín Oficial el 9 de mayo del 2002- y los incisos 3 y 5, del art. 41 de la ley 21.526 (fs. 800). Empero, la entidad de la sanción impuesta conllevaba la necesidad de fundar circunstanciadamente el monto, de manera que resulta insuficiente la sola remisión a aspectos genéricos y abstractos, que no se vinculan concretamente con las probanzas de la causa, de modo que puedan conocerse las premisas sobre cuya base el BCRA fijó las importantes sumas consignadas (Sala IV, causa "Ruiz, Antonio y otros c/B.C.R.A. - Resol 2/07", pronunciamiento del 5 de agosto de 2010, y Sala II, causa "Banco Supervielle S.A. y otros c/B.C.R.A. -Resol. 256/10 (Expte. 23.865/94 Sum. Fin. 1.151)", pronunciamiento del 30 de agosto de 2011). Dichas circunstancias comportan una violación a la defensa en juicio que impide el cuestionamiento, sobre bases ciertas, del importe de la multa, de modo que corresponde dejar sin efecto la resolución 365/06 impugnada sólo en lo que concierne al monto de la sanción impuesta y devolver las actuaciones al Banco Central de la República Argentina para que en el plazo de sesenta (60) días la determine nuevamente fundándola con arreglo a las pautas precedentes. XVI. Que las costas, hasta aquí devengadas, serán distribuidas, según la medida de los respectivos vencimientos de las partes, en un 70% a cargo de la recurrente y en un 30% a cargo del demandado (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por todo lo expuesto, el tribunal RESUELVE: (1) Declarar extinguida la acción sumarial respecto del Sr. Néstor Miguel; (2) Confirmar la resolución recurrida en lo que hace al desempeño de la Sra. Alicia Miguel. (3) Dejarla sin efecto en lo que concierne al monto de la multa y devolver las actuaciones al Banco Central de la República Argentina para que en el plazo de sesenta (60) días la determine nuevamente fundándola con arreglo a las pautas aquí establecidas; (4) Distribuir las costas, hasta aquí devengadas, en un 70% a cargo de la recurrente y en un 30% a cargo del demandado (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se hace constar que el Dr. Carlos Manuel Grecco suscribe la presente en los términos de la acordada 16/2011 de esta cámara. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Rodolfo Eduardo Facio Carlos Manuel Grecco El Dr. Clara María do Pico no suscribe el presente por hallarse en uso de licencia (Art. 109 R.J.N.). Conste. Cristina C. de Gregorio Secretaria

Correlaciones: Ley 21526 - BO: 21/02/1977 Ley 19550 - BO: 25/04/1972 "Troelsen, Andrés Henry y otros c/R. (BCRA) 173/2000 (Expte. 100138/97 Sum. Fin. 940)" - Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. - Sala I - 18/06/2012

Cita digital: