



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Resolución Reservada de Firma Conjunta

Número:

Referencia: Expte. N° 52/2012 “PELLEGRINI S.A.S.G.F.C.I. S/VERIFICACIÓN INTEGRAL 2012”

VISTO el Expediente N° 52/2012 rotulado “PELLEGRINI S.A.S.G.F.C.I. S/VERIFICACIÓN INTEGRAL 2012”, lo dictaminado por la por entonces Subgerencia de Sumarios a fs. 320/336 y por la Subgerencia de Sumarios a Intervinientes en la Oferta Pública a fs. 338/338 vta., y

CONSIDERANDO:

I.- HECHOS Y ANTECEDENTES - RESOLUCIÓN N° 17.359 - CARGOS FORMULADOS.

a) **HECHOS:**

Que el 5-1-12 esta COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (C.N.V.) efectuó una verificación de rutina en la sede social de PELLEGRINI S.A. GERENTE DE FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN (PELLEGRINI), y específicamente en el Fondo Común de Inversión PELLEGRINI ACCIONES FCI (PA FCI), en la cual se detectaron los siguientes incumplimientos:

- a.1) en los libros Suscripciones y Rescates, Valor de Cuotaparte, Valor de Cartera y Diario de PA FCI no se encontraban copiados a CD ROM los registros correspondientes al mes de diciembre de 2011;
- a.2) el libro de Comisión Fiscalizadora no fue exhibido por no encontrarse en el domicilio de la sociedad;
- a.3) el libro de Actas de Directorio N° 7 carecía de firmas entre los folios 264 y 271;
- a.4) en el libro Diario, que era llevado por hojas móviles, la última de ellas estaba fechada el 30-11-11.

Que intimada la sociedad a subsanar los incumplimientos detectados, el 1-2-12, un representante de PELLEGRINI exhibió la documentación ante este Organismo y se pudo constatar que se habían subsanado los incumplimientos reseñados precedentemente.

b) **CARGOS:**

Que por Resolución N° 17.359 del 3-6-14 se resolvió instruir sumario a:

b.1) PELLEGRINI y a sus directores titulares al momento de los hechos analizados, por posible infracción a los artículos 59 y 73 de la Ley N° 19.550 y 33 del Código de Comercio (CCom.);

b.2) los miembros titulares de la Comisión Fiscalizadora de PELLEGRINI a ese momento, por posible incumplimiento a los deberes impuestos por los artículos 294 incisos 1°) y 9°) de la Ley N° 19.550 y 10 inciso c) de la Ley N° 24.083 (LFCI).

c) LAS NORMAS DE APLICACIÓN:

Que por derivación del principio de irretroactividad de la ley (art. 18 C.N.), los hechos objeto de análisis deben ser ponderados a la luz de la normativa vigente a la época de su acaecimiento.

c.1) Las imputaciones a PELLEGRINI, sus directores y síndicos titulares

Que el artículo 59 de la Ley N° 19.550 determina que: *“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar... con la diligencia de un buen hombre de negocios...”*.

Que el artículo 73 de la Ley N° 19.550 prescribe: *“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....”*.

Que el artículo 294 de la Ley N° 19.550 establece: *“Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de las 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. ...”*.

Que el artículo 33 del Código de Comercio disponía: *“Los que profesan el comercio contraen por el mismo hecho la obligación de someterse a todos los actos y formas establecidos en la ley mercantil...”*.

Que el artículo 10 inciso c) de la LFCI ordenaba: *“El o los síndicos de la sociedad gerente, uno de los cuales debe ser contador inscripto en la matrícula profesional respectiva, están obligados: (...) c) A denunciar al organismo de fiscalización las irregularidades en que hubiesen incurrido las sociedades gerente y depositaria...”*.

II.- SUSTANCIACIÓN DEL SUMARIO.

Que todos los sumariados se presentaron en autos, a tenor de sus escritos de fs. 235/241 242/248, 249/255, 280 y 193/205.

Que en el acta correspondiente a la Audiencia Preliminar celebrada el 13-8-14 se dejó *“expresa constancia por parte de esta C.N.V., que las presuntas infracciones imputadas a los sumariados mediante el dictado de la Resolución C.N.V. N° 17.359 se vinculan con los siguientes hechos: (i) la presunta falta de exhibición del Libro de Actas de la Comisión Fiscalizadora N° 3 al momento en que fuera requerido por el Organismo en la sede social de la sociedad sumariada, el que tampoco se encontraba en domicilio cierto al momento de la requisitoria; (ii) la presunta falta de firmas de miembros de la Comisión Fiscalizadora en el Libro de Actas de Directorio N° 7, del folio 264 al 271, lo que habría sido advertido al momento en que fuera examinado por el Organismo”* (sic.

fs. 288).

Que por Disposición de fecha 29-8-14 se tuvo a todos los sumariados por presentados, por denunciados sus domicilios reales, por constituidos sus domicilios especiales, se declaró la cuestión como de puro derecho y se les hizo saber que podían presentar su memorial, derecho que ejercieron a fs. 298/311, 313/314 y 315/316.

III.- ANÁLISIS DE LAS DEFENSAS PLANTEADAS.

Que por razones de economía expositiva se tratarán, en primer término los planteos que, de prosperar, conllevan la extinción de la acción disciplinaria.

III.1.- La nulidad opuesta por los directores sumariados a la que adhirió PELLEGRINI

A fs. 235/237, 242/244 y 249/251 adujeron que la Resolución N° 17.359 adolece de imprecisión en los cargos, defecto que la torna nula.

Que fundan tal imprecisión en la afirmación de falta de firmas en los folios 264 a 271 del libro Actas de Directorio sin indicar cuáles son las firmas omitidas, sino que tan sólo en el acta labrada durante la inspección se consignaron entre paréntesis los apellidos de los síndicos.

Que, se adelanta que este planteo no puede prosperar, por cuanto la imprecisión alegada no fue tal desde el momento en que los sumariados contaban con el libro Actas de Directorio y en el encabezamiento de cada una de ellas constaba el nombre y apellido de cada uno de los asistentes a la reunión de que se trataba.

Que entonces, era muy sencillo determinar cuál o cuáles eran las firmas faltantes, tal como de la lectura de los descargos se aprecia que fue realizado.

Que es criterio jurisprudencial que *“la interpretación de las nulidades es restrictiva y tal sanción se reserva como última ratio ante la existencia de una efectiva indefensión...”* (CNCom., Sala B, “Wirth, Carlos Gustavo c. Tentoni, Juan Pablo s/ Ejecutivo”, 23-9-19 Cita Online: AR/JUR/28912/2019).

Que además, se advierte que la mentada Resolución N° 17.359 resulta un acto administrativo válido, en la medida que reunió los requisitos esenciales de competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación y finalidad (art. 7° de la Ley N° 19.549).

Que ello por cuanto fue dictada por autoridad competente, sustentada en los hechos y antecedentes que le sirvieron de causa, tales como los dictámenes en los que fue fundada; con objeto cierto, pues antes de su emisión se cumplieron con los procedimientos esenciales y sustanciales en cuanto a los actos de trámite y preparatorios que le precedieron; fue motivada por haberse expresado en forma concreta las razones que llevaron a emitirlo, para cumplir con la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor siendo competencia de esta C.N.V. la función de *“...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...”* (artículo 19 inciso a) de la Ley N° 26.831).

Que entonces, corresponde rechazar el planteo de nulidad incoado.

III.2.- Las restantes defensas de los directores sumariados a las que adhirió PELLEGRINI

Que los sumariados negaron la existencia de las infracciones descriptas en la Audiencia Preliminar, adujeron que en todo caso éstas carecen de consecuencias jurídicas concretas, consideraron excesivo el plazo durante el cual se llevaron a cabo las medidas previas al inicio de este sumario y resaltaron que no cuentan con antecedentes disciplinarios en esta C.N.V. (fs. 238/239).

Que es criterio invariable de este Organismo que una vez constatado el incumplimiento no resulta necesario demostrar que ello ocasionó un daño a terceros, o una ventaja para los administradores de una sociedad, para poder aplicar una sanción en el marco de un sumario.

Que en doctrina se sostiene que: “...*la responsabilidad disciplinaria derivada de la violación de la ley, estatuto o reglamento no lo es por los daños producidos por tales actos, sino por la mera infracción al orden jurídico o por la simple desobediencia a las normas que lesionan intereses de la Administración. Esa responsabilidad no requiere pues, la existencia de un daño concreto derivado de ese comportamiento irregular, siendo el simple incumplimiento y no su resultado lo que realmente le interesa al derecho administrativo sancionador*” (MALJAR, Daniel, *El derecho Administrativo Sancionador*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 383).

Que lo expresado en el párrafo precedente lleva a que los administradores deban tener establecidos los controles internos necesarios para garantizar una gestión prudente y prevenir incumplimientos de los deberes que la normativa les impone.

Que respecto del espacio temporal utilizado para llevar a cabo las medidas previas al inicio de este sumario, no se advierte que ello configure un perjuicio o menoscabo al derecho de defensa de los sumariados, dado que las conductas reprochadas constituyen posibles infracciones a requisitos y deberes formales, de simple constatación, como ya fue dicho.

Que dado que los sumariados no negaron que el libro de Actas de Comisión Fiscalizadora se encontraba fuera de la sede social al momento de la inspección, ni acreditaron haber puesto en conocimiento de esta C.N.V. el lugar en que éste quedaría resguardado, sumado al hecho que en el momento de la inspección no informaron dónde se hallaba para permitir su inmediata compulsión (v. fs. 22), se tiene por acreditada la infracción al artículo 33 del Código de Comercio.

Que ello, aunado a la existencia de las actas de directorio sin firmar por parte de los síndicos, que serán tratadas más adelante, lleva a tener por acreditado el incumplimiento al deber de conducta impuesto por el artículo 59 de la Ley N° 19.550, por evidenciar desatención de la gestión societaria.

Que ello es así por cuanto la diligencia de un buen hombre de negocios importa la exigencia de ejercer sus funciones observando los recaudos básicos que posibiliten el adecuado funcionamiento de la sociedad, tanto en la gestión operativa como en la organización interna; y para ello se torna imprescindible que el administrador se conduzca con capacidad, contracción al trabajo y conocimientos técnicos, lo cual no se aprecia íntegramente cumplido a tenor de los hechos reconocidos.

III.3.- La defensa de los síndicos

III.3.a) Las facultades de la C.N.V. con relación a PELLEGRINI y los funcionarios de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN)

Que estos sumariados alegaron que esta C.N.V. no tiene facultades disciplinarias respecto de PELLEGRINI por ser una persona jurídica integrante del sector público nacional conforme los artículos 18 de la Ley N° 17.811 y 8°

inciso b) de la Ley N° 24.156 (v. fs. 196).

Que también adujeron que conforme la teoría del órgano fijada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), este Organismo no es competente para evaluar el ejercicio de atribuciones que la SIGEN tiene legalmente asignadas y desempeña a través de sus agentes designados como síndicos en PELLEGRINI y que corresponde aplicar a su respecto el plazo de prescripción establecido en los artículos 37 y 38 de la Ley N° 25.164 (v. fs. 197 y 202).

Que al respecto es criterio de esta C.N.V., pacíficamente sostenido, que no corresponde hacer distinciones basadas en el origen de la sociedad o de la designación (v. Resoluciones C.N.V. N° 11.290 y N° 16.590).

Que ello se funda en la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (PTN) que, partiendo de lo establecido en el artículo 3° de la Ley de Procedimientos Administrativos en cuanto a que la competencia de los órganos administrativos es la que resulte de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, las leyes y sus reglamentaciones, y su ejercicio constituye una obligación improrrogable salvo que exista una delegación o sustitución autorizada, dictaminó que esta Comisión es competente para instruir sumario al BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, sus directores y síndicos.

Que, en este sentido, ese Organismo ha dicho que: *“La Comisión Nacional de Valores resulta competente para instruir sumario administrativo al Banco de la Nación Argentina, a sus Directores titulares y al Síndico titular, que se desempeñaban en dichos cargos a la fecha en que se cometieron presuntos ilícitos por violación a la Ley de Fondos Comunes de Inversión N° 24.083, que establece que la Comisión tiene a su cargo la fiscalización y registro de las sociedades gerente y depositaria de los fondos comunes de inversión, conforme a las prescripciones de la ley, su reglamentación y las normas que en su consecuencia establezca el mencionado órgano de fiscalización... de las disposiciones citadas se desprende expresamente, la competencia legal que tiene atribuida la Comisión para investigar casos de presunta infracción a la Ley de Fondos Comunes de Inversión. Además, y en función de lo señalado por el artículo 3° de la Ley N° 19.549 la Comisión debe ejercer la competencia que le ha sido asignada por la Ley N° 24.083; por otra parte, debe investigar la conducta de otro ente autárquico, pues dicha competencia le ha sido atribuida por razones de especificidad, toda vez que esa Comisión es un organismo técnico especialista en la materia”* (Dict. 328 del 27-9-05, Infojus N0254-591).

Que, a mayor abundamiento, se hace constar que:

(i) el artículo 18 de la Ley N° 17.811 prescribía que la emisión de títulos valores por parte de la Nación, las provincias, los municipios, los entes autárquicos y las empresas del Estado no estaba sujeta al trámite de autorización de oferta pública, lo que indicaba que la oferta secundaria de esos títulos y la actuación de los participantes en el mercado sí quedaban sometidos a esta jurisdicción, y

(ii) la Ley N° 24.156 creó la SIGEN como órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional cuya competencia es, en lo que hace a la cuestión de autos, ejercer ese control respecto de los métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica de esta Comisión.

Que lo reseñado en el párrafo que antecede permite discernir que no hay limitación subjetiva alguna de las facultades disciplinarias de esta C.N.V. sobre funcionarios y empleados públicos con intervención en el régimen de oferta pública.

Que por consiguiente, esta defensa no se considera atendible.

III.3.b) La atipicidad de las infracciones imputadas

Que a fs. 198/200 negaron la existencia de infracción alguna en los hechos reprochados aduciendo que:

(i) el libro de Actas de Comisión Fiscalizadora se encontraba circunstancialmente en la sede de la SIGEN, el cual es un domicilio cierto oportunamente denunciado ante la C.N.V., los síndicos nunca fueron notificados de su requerimiento por parte de este Organismo, y que ese libro fue presentado en esta Comisión antes del vencimiento del plazo otorgado para su exhibición.

(ii) no violaron algún plazo legal porque el 5-1-12, fecha de la inspección, todas las actas de reuniones de Directorio se encontraban copiadas en el libro pertinente y sólo restaba que fueran firmadas por los funcionarios de SIGEN, lo cual realizaron durante el mes de enero de 2012.

Que los hechos analizados en autos, conforme surge del texto de la Audiencia Preliminar son la ausencia del Libro de Actas de Comisión Fiscalizadora en la sede social y la falta de firma por parte de los síndicos de las actas de Directorio copiadas entre el folio 264 y el 271.

Que habida cuenta que se imputó a los síndicos el incumplimiento a los deberes que les impone el artículo 294 incisos 1º) y 9º), es éste el marco en el que debe ser evaluada su actuación.

Que entonces, es claro que si la ley le atribuye a los miembros del órgano de fiscalización societario la fiscalización de la administración y la vigilancia del debido cumplimiento a la ley, y los libros deben encontrarse en la sede social, o conforme permitía la reglamentación emanada de esta C.N.V. al momento de los hechos, en un domicilio especialmente denunciado, es deber de los síndicos tomar las medidas necesarias para que ello se cumpla.

Que dado que estos sumariados no acompañaron constancia de haber notificado a este Organismo el sitio donde se encontraba el mentado libro, se tiene por acreditada la infracción.

Que con relación al segundo hecho reprochado, la falta de firmas en las actas de Directorio, si bien es cierto que la Ley N° 19.550 no establece expresamente un plazo para la firma de las actas de directorio, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que éste es idéntico al fijado por el artículo 73 de esa ley para la transcripción y firma de las actas de asamblea.

Que la jurisprudencia tiene dicho que: *“... ante el silencio de la ley, que no dispone plazo determinado alguno para la redacción y firma del acta de la sesión del directorio, es la costumbre la que debe regular esta situación singular (Código de Comercio, Título Preliminar V). Y la costumbre es que las actas de las sesiones del directorio se confeccionen antes de la sesión siguiente, y en ésta se deberá leer, aprobar el texto y firmar el acta de la sesión anterior”,* y que *“... no debe soslayarse que si la cuestión fuese juzgada -por analogía- a la luz de las prescripciones contenidas en la ley 19.550:73 y en el dec. 677/01 (CNContAdmFed., Sala I, in re "Transportadora Gas del Norte -S.A. c/Resolución 1/587/08 ENARGAS", del 23.3.09), la solución no variaría. Ello así en tanto la ley 19.550:73 establece que las actas de asambleas de las sociedades por acciones deben ser confeccionadas y firmadas dentro de los cinco días, por el presidente y los socios designados al efecto; y el dec. 677/01:65 -"Regimen de transparencia de la oferta pública"- fija un plazo de cinco días de celebrada la reunión de directorio para que las actas sean confeccionadas y firmadas, pero únicamente respecto a las reuniones de directorio que se hayan celebrado a distancia...” (CN Com, Sala B, Expte. 6601/2009, 26-11-09).*

Que de lo expuesto en los párrafos precedentes surge con claridad que no es admisible la existencia de más de

un acta (la de la última reunión celebrada) sin firmar en el libro correspondiente.

Que dado que la ausencia de firmas reprochada y admitida por los sumariados a fs. 198 corresponde a TRES (3) actas de reuniones de Directorio celebradas antes de las últimas llevadas a cabo el 16-12-11, corresponde tener por acreditada la infracción respecto de esas TRES (3) actas (v. fs. 42/49).

Que respecto de la imputación por infracción al artículo 10 inciso c) de la Ley N° 24.083, se considera adecuado absolver a los síndicos, quienes según esta norma tienen a su cargo la denuncia de las irregularidades que pudieren cometer las sociedades gerente y depositaria de un fondo común de inversión.

Que se entiende que ello es así por cuanto las infracciones que se consideran acreditadas tienen su origen en acciones y omisiones de ellos, por lo cual y en aplicación del principio contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, corresponde descartar la ausencia de autoincriminación como incumplimiento normativo.

IV.- CONCLUSIONES.

Que por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas en los puntos precedentes, se tienen por acreditadas las infracciones imputadas a PELLEGRINI y sus directores titulares al momento de los hechos analizados, a los artículos 33 del Código de Comercio y 59 de la Ley N° 19.550 (esta última norma, sólo respecto de los directores) y a sus síndicos a esa época, por inobservancia de lo establecido en el artículo 294 incisos 1° y 9° de la Ley N° 19.550.

Que atento lo reseñado en el punto II, segundo párrafo de la presente, respecto de los hechos configurativos de las infracciones imputadas, corresponde absolver a PELLEGRINI y sus directores sumariados del cargo basado en el artículo 73 de la Ley N° 19.550, desde que no hubo reproche por falta de firmas de directores en actas de directorio.

Que también corresponde absolver a los síndicos de la sociedad por el presunto incumplimiento al artículo 10 inciso c) de la Ley N° 24.083.

Que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho que las transgresiones a la Ley N° 17.811 y su reglamentación constituyen violaciones a normas de policía, que las sanciones que aplica este Organismo persiguen prevenir y restaurar la violación de la legislación aplicable, actividad indispensable para lograr un ordenado, eficaz y transparente desenvolvimiento del mercado bursátil, y que ellas no tienen carácter resarcitorio ni retributivo del posible daño causado, sino una finalidad disuasiva o preventiva (CSJN, 24-4-07, “Comisión Nacional de Valores c/Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/transferencia paquete accionario a NABISCO”), criterio que mantiene su vigencia bajo la Ley N° 26.831.

Que por lo tanto corresponde imponer a PELLEGRINI, sus directores y síndicos titulares, a la época de los hechos investigados, la sanción de apercibimiento, merituando como atenuante que las infracciones detectadas fueron subsanadas.

Que la presente Resolución se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 19 y 132 y cctes. de la Ley N° 26.831 y modificatorias.

Por ello,

LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Desestimar el planteo de nulidad incoado a fs. 235/237, 242/244 y 249/251.

ARTÍCULO 2°.- Absolver a PELLEGRINI S.A. GERENTE DE FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN y a sus directores titulares al momento de los hechos analizados señores Daniel E. OTERO, Rubén Gerardo ARESO y Marcelo Damián LAPUENTE del cargo efectuado por posible incumplimiento del artículo 73 de la Ley N° 19.550 por los fundamentos expuestos en el Considerando.

ARTÍCULO 3°.- Absolver a los síndicos titulares de PELLEGRINI S.A. GERENTE DE FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN al momento de los hechos analizados señores Jorge Roberto PARDO, Sandra AUDITORE y Javier Rodrigo SIÑERIZ del cargo efectuado por posible incumplimiento del artículo 10 inciso c) de la Ley N° 24.083 por los fundamentos expuestos en el Considerando.

ARTÍCULO 4°.- Imponer a PELLEGRINI S.A. GERENTE DE FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN y sus directores titulares al momento de los hechos examinados, señores Daniel E. OTERO, Rubén Gerardo ARESO y Marcelo Damián LAPUENTE, y a sus síndicos titulares señores Jorge Roberto PARDO, Sandra AUDITORE y Javier Rodrigo SIÑERIZ, la sanción de APERCIBIMIENTO por infracción a los deberes de conducta prescriptos por los artículos 33 del Código de Comercio, 59 y 294 incisos 1°) y 9°) de la Ley N° 19.550, respectivamente.

ARTÍCULO 5°.- Notificar a todos los sumariados con copia autenticada de esta Resolución.

ARTÍCULO 6°.- Regístrese y notifíquese con copia autenticada de la presente Resolución a BOLSAS Y MERCADOS ARGENTINOS S.A. a los efectos de su publicación en su boletín electrónico, e incorpórese en el sitio web del Organismo en www.cnv.gov.ar.