



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Resolución Reservada de Firma Conjunta

Número:

Referencia: Expte. N° 2146/2012 “FIDEICOMISO FINANCIERO “ASISTIR PYME I” S/VERIFICACIÓN”

VISTO el Expediente N° 2146/2012 rotulado “FIDEICOMISO FINANCIERO “ASISTIR PYME I” S/VERIFICACIÓN”, lo dictaminado por la Subgerencia de Sumarios a Intervinientes en la Oferta Pública a fs. 451/471, 475 y 477 y la participación de la Gerencia de Sumarios a fs. 478, y

CONSIDERANDO:

I.- HECHOS Y ANTECEDENTES – RESOLUCIÓN N° 17.730- CARGOS FORMULADOS.

a) HECHOS:

Que el 28 de agosto de 2012, funcionarios de esta COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV), en uso de las facultades conferidas por los artículos 6º, inciso d) y f) y 7º, inciso a) de la Ley N° 17.811 y 19 de la Ley N° 24.441, concurrieron a la sede social de GESTIÓN FIDUCIARIA S.A. (hoy denominada GPS FIDUCIARIA S.A.) a fin de efectuar una verificación en el FIDEICOMISO FINANCIERO ASISTIR PYME I (FF ASISTIR PYME I) (fs. 141/143), como consecuencia de la cual se detectaron las posibles infracciones que serán tratadas en el punto siguiente.

b) CARGOS:

Que por Resolución N° 17.730 del 10/07/15 se resolvió instruir sumario a GPS FIDUCIARIA S.A. (GPS), sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos por el posible incumplimiento de los artículos 1197 y 1198 del Código Civil de la Nación (CCiv.); 59 de la Ley N° 19.550, 6º de la Ley N° 24.441; 3º del Capítulo XV, 1º del Capítulo XXI, 17 del Capítulo XXVI de las NORMAS (N.T. 2001 y mod.); y 2.4 y 5.2. del Contrato Suplementario de Fideicomiso del Fideicomiso Financiero ASISTIR PYME I (CF), normas que se encontraban vigentes a la época de los hechos y que fueron transcriptas en la mentada Resolución de inicio de este sumario.

Que también se imputó el posible incumplimiento de los directores de GPS al deber de conducta prescripto por el artículo 59 de la Ley N° 19.550, y a lo establecido en el artículo 294, incisos 1º y 9º por parte de los síndicos de GPS a ese mismo momento.

II.- SUSTANCIACIÓN DEL SUMARIO.

Que todos los sumariados se presentaron en autos, a tenor de sus escritos de fs. 396/397, 409/421, 422, 423 y 427.

Que, celebrada la Audiencia Preliminar (fs. 431/433), por Disposición de fecha 26-10-15 se declaró la cuestión como de puro derecho (fs. 437/439), y a fs. 442/448 obra el memorial presentado por todos los sumariados.

III.- ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS Y EL MEMORIAL.

Que la defensa de los sumariados, en lo que resulta pertinente para decidir si existió o no infracción a las normas reseñadas, estuvo centrada en manifestar que: (i) no existió incumplimiento al artículo 2.4 del CF, sino que el cargo fundado en esta estipulación está basado en una interpretación errónea del CF (fs. 413/414 y 444/445); (ii) también está basada en una interpretación errónea el cargo por posible infracción a lo establecido en el artículo 5.2 del CF (fs. 415/416 y 445/446); (iii) esta CNV debe exculpar a los sumariados por la falta de publicación de los avisos de pago de servicios por medio de la AUTOPISTA DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA (AIF), ya que por tratarse de una tarea menor había sido delegada en un empleado a fin de que los directores pudieran enfocarse en las cuestiones relevantes del fideicomiso (fs. 416 y 447); (iv) en cuanto se advirtió que la sociedad era tenedora de valores negociables emitidos por FF ASISTIR PYME I, se deshizo la posición (fs. 417 y 447); (v) respecto al posible incumplimiento de los síndicos a las prescripciones del artículo 294, incisos 1º y 9º de la Ley Nº 19.550, esta CNV debe tener en cuenta que *“la tarea de inversión del fideicomiso, así como la carga de información relevante a la AIF es realizada... por un empleado de la Fiduciaria, resultando para sus directores muy difícil –sino imposible- advertir la situación hasta tiempo considerable después”* (fs. 417 y 448); (vi) no existió daño a terceros ni al Fideicomiso, este cumplió con su objeto, pagó puntualmente los servicios y al 29-07-15 se encontraba liquidado (fs. 409/420 y 442/448); y (vii) solicitaron el levantamiento de la suspensión preventiva *“en razón de estos actuados”* [sic. fs. 421, pto. f) y 422, pto. f)].

III.1.- La presunta infracción al artículo 2.4 del CF.

Que por esta cláusula se establecieron los derechos de cobro cedidos en forma fiduciaria, determinando que los fondos debían estar acreditados en la cuenta de cobranzas del Fiduciario en un plazo de TRES (3) días hábiles a partir de la acreditación de ese dinero por parte de la entidad de retención al deudor cedido; y que en caso que el principal deudor cedido no cumpliera con esa acreditación, el Fiduciario notificaría al deudor cedido en forma accesoria para que en idéntico plazo de TRES (3) días a partir de la acreditación de los fondos por la entidad de retención, acreditara los fondos convenidos en la cuenta de cobranzas del Fideicomiso (v. fs. 309/340).

Que de la documentación obrante en autos, se pudo determinar que la acreditación de los fondos en la cuenta de cobranzas del Fideicomiso se realizó dentro del plazo de TRES (3) días hábiles, a excepción de los meses de diciembre y julio de 2012, en los cuales el dinero fue acreditado con UNO (1) y DOS (2) días de retraso, respectivamente.

Que entonces, se advierte que si bien hubo atraso en la acreditación de los fondos en la cuenta de cobranzas del Fideicomiso, el dinero correspondiente ingresó dentro de los plazos previstos en el contrato (6 días), por lo cual no corresponde tener por acreditada la infracción imputada.

III.2.- La posible infracción a lo establecido en la cláusula 5.2 del CF.

Que por esa estipulación quedaba a opción del Fiduciario abrir la cuenta bancaria en la que se depositarían los montos para afrontar los gastos del Fideicomiso (Cuenta de Gastos), a saber PESOS CUARENTA MIL

(\$40.000) adelantados por el Fiduciante, en la fecha de emisión y liquidación de los títulos fiduciarios, o antes de ella (fs. 309/340).

Que de las constancias de autos surge que la fecha de emisión y liquidación fue el 24-11-11, mientras que la mentada Cuenta de Gastos fue abierta el 16-12-11.

Que los sumariados reconocieron tal circunstancia y alegaron que la interpretación de esta CNV es incorrecta porque no existía norma que obligara al Fiduciario a tener abierta esa cuenta en el plazo descripto (fs. 415/416 y 445/446).

Que se considera que la interpretación que ensayan los sumariados en su defensa no es congruente con lo pactado en el CF, por cuanto la cláusula en análisis es clara al establecer que dicha cuenta deberá estar abierta al momento de la emisión y liquidación de los valores negociables, dejando solo al arbitrio del Fiduciario el depósito en ella del dinero antes o en esa fecha (v. fs. 309/340, esp. fs. 320/321).

Que en este sentido, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho que “*cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente*”, sin atender a otras consideraciones (CSJN, Fallos, 324:1247; 314:1018, 324:2780), y en doctrina se ha dicho que el principio *pacta sunt servanda* o autonomía de las partes sirve de fundamento a todo el derecho de los contratos (Mosset Iturraspe, Jorge; “La buena fe contractual”, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, N° 1, mayo 2015, Cita IJ-LXXVIII-123).

Que en consecuencia corresponde tener por acreditados los incumplimientos a las prescripciones de los artículos 1197 y 1198 CCiv. y 5.2 del CF.

III.3.- La omisión de publicar los avisos de pago de servicios por medio de AIF.

Que los sumariados reconocieron esta omisión y explicaron que se trató de una omisión del empleado en el cual se había delegado la tarea, por lo cual entienden que deben ser absueltos por este cargo.

Que en relación a ello, es necesario tener en cuenta que una correcta administración societaria requiere que los integrantes del órgano de administración societaria supervisen la gestión de aquellas cuestiones que delegaron, así como el órgano de fiscalización debe vigilar y fiscalizar que los restantes órganos den cumplimiento a sus funciones y a las normas legales y decisiones asamblearias.

Que entonces, corresponde tener por acreditada la infracción imputada a los artículos 17 del Capítulo XXVI y 1° del Capítulo XXI de las NORMAS (N.T. 2001 y mod.).

III.4.- La tenencia de la especie 37393 por parte del Fiduciario y los directores de GPS.

Que los sumariados también reconocieron esta infracción y alegaron que ello se debió a un error que fue subsanado tan pronto como fue advertido (fs. 417 y 447).

Que el Código Civil y Comercial de la Nación, dictado con posterioridad al inicio de este sumario, en sus artículos 1671 y 1673 permite la reunión de la calidad de fiduciario y beneficiario en una misma persona.

Que por tanto, se considera de aplicación en el caso el criterio jurisprudencial que reconoce que la nueva ley es más justa que la anterior o más apropiada para las nuevas situaciones jurídicas (Fallos, 331:2628), y por lo tanto corresponde absolver a los sumariados por el cargo efectuado en base a la prescripción del artículo 3° del Capítulo XV de las NORMAS (N.T. 2001 y mod.).

III.5.- La conducta del fiduciario.

Que lo expuesto en los puntos precedentes, permite tener por acreditado el incumplimiento de GPS al estándar de conducta que impone el artículo 6° de la Ley N° 24.441 a los fiduciarios, por cuanto las

infracciones que se tienen por acreditadas y las reconocidas por los sumariados constituyen evidencia de su falta de prudencia y diligencia.

III.6.- La solicitud de levantamiento de la suspensión preventiva.

Que dicha suspensión preventiva fue dictada en el Expediente N° 2181/14, en el cual se analizó la actuación de GPS en fideicomisos distintos al de autos, por lo cual no corresponde que esta medida sea tratada aquí.

IV.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y SÍNDICOS DE LAS ENTIDADES SUMARIADAS.

Que las infracciones constatadas permiten concluir que los administradores y síndicos de GPS no dieron adecuado cumplimiento a los deberes a su cargo.

IV.1.- La responsabilidad de los directores.

Que es criterio de este Organismo que respecto del deber de conducta prescripto en el artículo 59 de la Ley N° 19.550, aplica la siguiente jurisprudencia: “...*la responsabilidad de los integrantes de los órganos sociales surge con la sola circunstancia de integrarlos, cualesquiera sean las funciones que, efectivamente, cumple un director, su conducta debe ser juzgada en función de la actividad obrada por el órgano... de lo expuesto surge que si los directores tenían un deber de actuar y no lo han hecho, son responsables del modo que lo serían si hubieran intervenido activamente...*” (CNCom., Sala E, 7-3-13 “COMISIÓN NACIONAL DE VALORES c/QUICKFOOD s/denuncia de Carlos A y Gastón A Montagna s/órganos externos”; CNCom., Sala C, 11-6-96 “MINETTI y Cía Ltda”).

Que, en este sentido, afirma Antonio BRUNETTI que al buen hombre de negocios se le debe exigir una auténtica responsabilidad profesional ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos (cit. por Halperín, Isaac; “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma).

Que en relación a la ausencia de daño alegada por la sociedad, cabe recordar 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 E.; “El Derecho Administrativo Sancionador”, Ed. Ad Hoc).

Que a tenor de lo expuesto en el punto III, se aprecia como incumplido ese deber de conducta.

IV.2.- La responsabilidad de los síndicos.

Que también se entienden incumplidos los deberes de vigilancia y de fiscalización prescriptos por el artículo 294, incisos 1° y 9° de la Ley N° 19.550.

Que los deberes de fiscalización de la administración y de vigilancia de la actuación de los demás órganos sociales les imponía verificar que los administradores y las personas en las que estos hubieran delegado tareas, cumplieran con las obligaciones a su cargo.

Que, vigilar el cumplimiento de la normativa no es una función estática, sino dinámica, que impone a los síndicos recabar las medidas necesarias para verificar la existencia de irregularidades y el cumplimiento efectivo de la ley por parte de los demás órganos sociales.

Que por lo tanto, también corresponde tener por acreditada la infracción imputada.

V.- CONCLUSIONES.

Que por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas en los puntos precedentes, se tienen por acreditadas las infracciones imputadas a GPS FIDUCIARIA S.A., sus directores y síndicos titulares al momento de los hechos bajo análisis.

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 todos los imputados la sanción de multa, cuyo monto se fija tomando en consideración las pautas establecidas en el artículo 133 de la Ley N° 26.831 y modificaciones, merituando especialmente la magnitud de la infracción, que no existen constancias en autos de haberse ocasionado perjuicio a terceros, y el reconocimiento de las infracciones ya expuesto, lo cual permite inferir que la sociedad no habrá de cometerlas nuevamente.

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 modificaciones.

Por ello,

LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Absolver a GPS FIDUCIARIA S.A. y a sus directores titulares al momento de los hechos analizados Sres. José Rogelio LLAMBÍ, Federico LLAMBÍ y Eugenia LLAMBÍ por la infracción imputada al artículo 2.4 del Contrato Suplementario de Fideicomiso del Fideicomiso Financiero ASISTIR PYME I y al artículo 3° del Capítulo XV de las NORMAS (N.T. 2001 y mod.), por las consideraciones expuestas en el Considerando.

ARTÍCULO 2°.- Aplicar a GPS FIDUCIARIA S.A., en forma solidaria con sus directores titulares al momento de los hechos analizados, Sres. José Rogelio LLAMBÍ, Federico LLAMBÍ y Eugenia LLAMBÍ por la infracción acreditada a los artículos 1197 y 1198 del Código Civil de la Nación, 59 de la Ley N° 19.550; 6° de la Ley N° 24.441, 1° del Capítulo XXI y 17 del Capítulo XXVI de las NORMAS (N.T. 2001 y mod.); y 5.2 del Contrato Suplementario de Fideicomiso del Fideicomiso Financiero ASISTIR PYME I, y con sus síndicos titulares a la época de los hechos investigados, Sres. Martín Andrés MIRRI, Carlos Mariano GARCÍA DUQUE y Martín FERLONI, por la infracción constatada a lo establecido en el artículo 294, incisos 1° y 9° de la Ley N° 19.550, la sanción de MULTA -prevista en el artículo 10, inciso b) de la Ley N° 17.811 (texto sustituido por el artículo 39 del Anexo aprobado por el Decreto N° 677/01) vigente a la época de los hechos-, la que se fija en la suma de PESOS SETENTA Y CINCO MIL (\$75.000).

ARTÍCULO 3°.- El pago de la multa mencionada en el artículo 2° de la presente, deberá hacerse efectivo a través del sistema eRecauda en la cuenta corriente habilitada a tal efecto a nombre de la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, dentro de los CINCO (5) días posteriores a la fecha en que esta Resolución

quede firme en sede administrativa y/o judicial según corresponda (artículo 132 de la Ley N° 26.831, texto cfr. Ley N° 27.440). En caso de que el pago se efectivice fuera del término estipulado, la mora se producirá de pleno derecho, devengándose los intereses que correspondan.

ARTÍCULO 4°.- Notificar a todos los sumariados con copia autenticada de esta Resolución.

ARTÍCULO 5°.- 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.gob.ar.