



Banco Central de la República Argentina



25.609/07

RESOLUCIÓN N° 245

Buenos Aires, 14 NOV 2007

VISTO:

I. La presentación efectuada por Cambio América S.A. Comercial y de Turismo y por los señores Carlos David Koldobsky y Jorge Alberto Suárez (fs.1/9), por la que interponen recurso de revocatoria contra la Resolución de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias N° 118/07, conforme a lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526.

II. La Resolución de esta Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias N° 118 de fecha 19.04.07 (fs. 18/27) que puso fin al Sumario en lo financiero N° 1153, tramitado por Expediente N° 100.214/05, y

CONSIDERANDO:

I.- Que mediante la citada Resolución se impuso a Cambio América S.A. Comercial y de Turismo y a los señores Carlos David Koldobsky y Jorge Alberto Suárez sanción de "apercibimiento", en los términos del artículo 41, inciso 2), de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526.

II.- Que los nombrados interpusieron recurso de revocatoria (conf. artículo 42 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, fs. 1/9), solicitando se dejara sin efecto la sanción de apercibimiento dispuesta (fs. 1).

Corresponde señalar que el artículo 42 de la Ley N° 21.526 establece que la sanción de apercibimiento prevista en el inciso 2) del artículo 41, sólo será recurrible por revocatoria. En virtud de ello y ante el planteo efectuado por los recurrentes en tiempo y forma oportunos (fs. 33), procede admitir formalmente el recurso articulado y analizar los argumentos esgrimidos.

III.- Que al respecto los recurrentes alegan que la sustanciación sumarísima dispuesta por Resolución N° 113/06 para el Sumario en lo financiero N° 1153 (conf. lo dispuesto por la Comunicación "A" 3579, RUNOR 1 - 545), implicó notables restricciones a un amplio ejercicio del derecho de defensa, pues se vedó la posibilidad de proponer excepciones de previo y especial pronunciamiento, acortó el plazo para presentar descargos y, en materia probatoria, sólo fue admitida la prueba instrumental.

Por tal motivo, manifiestan que, al adoptarse la vía abreviada, se vieron privados de acudir a otros medios probatorios, como la prueba testimonial, a los fines de acreditar que tanto la entidad como sus responsables cumplieron acabadamente con las políticas instrumentadas para prevenir el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas.

Afirman que no se habían verificado las condiciones que habilitaban la aplicación de tal procedimiento y plantean que las restricciones probatorias devienen, por ende, arbitrarias y nulifican tanto lo actuado como lo resuelto. En tal sentido puntualizan que en el procedimiento sumarísimo la actividad de la defensa se encuentra limitada en aras de agilizar el trámite y que, en caso de condena, corresponde imponer sanciones leves. En el caso que nos ocupa ni el trámite ha sido breve, ni la sanción impuesta a la señora Marcela Adriana Koldobsky ha sido leve.

Señalan que el periodo infraccional imputado fue estimado entre el 01.01.03 y el 05.12.03, que el informe de formulación de cargos lleva fecha 22.02.06, la Resolución N° 113 que dispuso instruir sumario es del 04.02.06 y la Resolución N° 118 por la que se dio por concluido el sumario se dictó el 19.04.07. Por ello, del análisis de la referida secuencia temporal, resulta que entre el hecho imputado y la imposición de sanciones transcurrieron más de tres años, y entre la apertura del sumario y su resolución más de un año, no lográndose a su criterio la necesaria temporaneidad entre el hecho infraccional y su consiguiente resolución.

Destacan que si bien el procedimiento adoptado queda reservado para infracciones de "menor gravedad", en autos se aplicó sanción de multa (a la señora Marcela Adriana Koldobsky, Vicepresidente y responsable antilavado), la que al estar equiparada por la especial vía recursiva que prevé el artículo 42 de la Ley (recurso de apelación por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal) a las inhabilitaciones y la revocación de la autorización para funcionar, no puede ser considerada de menor gravedad y, consecuentemente, no puede ser impuesta como consecuencia de un procedimiento abreviado.

Concluyen sosteniendo que esta autoridad debería haber explicitado cuáles resultaban ser las pautas objetivas y las normas que regían el procedimiento abreviado, así como qué sanciones debían ser consideradas graves y cuáles no, a los fines de que los sumariados pudieran cuestionar la vía procedimental elegida. En su defecto, la resolución recurrida debió explicitar la razón -objetivada- por la que la multa no reviste el carácter de sanción grave. Por lo dicho, manifiestan que consintieron la aplicación de un procedimiento abreviado en la creencia de que, en caso de que recayera alguna sanción, esta sería leve, renunciando con ello a la posibilidad de incorporar prueba testimonial que hubiera acreditado la inexistencia de las pretendidas infracciones.

Agregan que este desmedro al ejercicio de derecho de defensa no se subsana con la posibilidad de poder recurrir ante una instancia judicial pues, aún así, la instancia revisora se verá impedida de analizar otros elementos de descargo que aquellos limitados al marco de un procedimiento abreviado.

Por otra parte y con relación al cargo por el que fueran sancionados, alegan la inexistencia de transgresión, reiterando para ello los argumentos expuestos oportunamente en sus descargos, en el sentido de que "*ninguna de las normas aplicables al caso imponía, con la extensión que se pretende para fundar la imputación, conservar y mantener en el legajo del cliente la documentación exigida por la inspección de la autoridad de aplicación.*" (fs. 4), así como que la Comunicación "A" 3094 fue redactada teniendo en vista la actividad financiera y bancaria, y no la de las casas de cambio (ver fs. 12, punto 5).

Niegan haber dado cumplimiento tardío a la incorporación al legajo de los elementos requeridos en las distintas inspecciones, así como no haber cumplimentado con las instrucciones impartidas respecto de los elementos que debían contener los legajos. Arguyen que dieron satisfacción en la "medida de lo posible" (fs. 5 vta.), al requerimiento de la inspección tendiente

9
H
9
D

B.C.P.A.

43

a demostrar que el conocimiento previo que los operadores tenían respecto del cliente en cuanto al origen lícito de los fondos que operaban estaba respaldado con la información adunada.

Citando lo expresado en la Resolución N° 118/07, vuelven a sostener que “no existía (ni existe) ninguna disposición que enumerara taxativamente los elementos que debían contener los legajos de los clientes” (fs. 6 vta) y que, por ende, imponer una sanción por no cumplir una norma inexistente contraría la garantía establecida en los artículos 18 y 19 de la CN. Agregan que “no se le puede exigir al administrado que, a falta de norma expresa al respecto, deba inferir qué es lo que la administración pretende de él “(fs. 6 vta).

Sostienen que la Gerencia de Control de Entidades No Financieras no se encuentra facultada para emitir normas y que sus “instrucciones” no tienen valor normativo. Tales instrucciones sólo serían vinculantes siempre y cuando derivaran de un orden normativo previo expresado en reglas de carácter general y previo, emitidas por quien tiene competencia funcional para ello.

En cuanto a la responsabilidad de los señores Carlos David Koldobsky y Jorge Alberto Suárez, manifiestan que se ha considerado que su responsabilidad deriva de la condición de integrantes del directorio de la entidad para la época en que se verificaron los hechos cuestionados. Afirmen que se les ha impuesto una responsabilidad meramente objetiva, prescindiendo de la participación que pudieran haber tenido en los hechos imputados.

Señalan que no existe responsabilidad sin culpa y que, por ende, el hecho de que la Comunicación “A” 3094 establezca una responsabilidad a cargo de los directivos de la entidad, no significa que pueda prescindirse de establecer si han participado y en qué medida en los hechos infraccionales. Sostienen que, si bien la mencionada comunicación prevé en su punto 1.1.2 la asignación de responsabilidad en materia de lavado de dinero a un funcionario de máximo nivel y en su punto 1.1.2.2 que la responsabilidad de dicho funcionario lo será sin perjuicio de la que le cabe al directorio, al consejo de administración o a la máxima autoridad de la entidad, es indudable que esas responsabilidades de segundo grado se verificarán en la medida en que tales autoridades hayan cooperado de algún modo, por acción u omisión, a que la infracción se materialice, lo que no se verifica en el presente sumario.

Agregan que, al estipular la norma la responsabilidad que le cabe a un funcionario específico en materia de lavado de dinero, no puede juzgarse de la misma forma el nivel de diligencia exigible al mismo con relación al resto de los integrantes de la estructura directiva. Y afirman que el hecho de haberse delegado en dicho funcionario el cumplimiento de la normativa antilavado implica haber liberado al resto de tal obligación y de sus consecuencias, a menos que surja que han desplegado algún tipo de comportamiento para que el resultado disvalioso se consuma.

Por último, dejan planteado el caso federal.

IV.- Que corresponde ahora valorar los argumentos con los que se pretende sostener el recurso, previo a lo cual deviene insoslayable formular las siguientes consideraciones.

a) En cuanto al planteo de nulidad interpuesto por los recurrentes, esta autoridad lo considera infundado por lo que se torna procedente su rechazo, de conformidad con los argumentos que se exponen a continuación.

Handwritten initials and signatures at the bottom left of the page.

Se advierte que no pueden acogerse favorablemente los cuestionamientos formulados en torno al procedimiento seguido en el presente sumario. En efecto, la normativa de aplicación no estipula plazo alguno para el desarrollo del procedimiento sumarísimo, sin embargo, corresponde destacar que la sustanciación del sumario por parte de esta autoridad tuvo inicio el 04.04.06 (los recurrentes sostienen erróneamente que la Resolución N° 113 por la que se instruyó el sumario es del 04.02.06), y finalizó el 19.04.07, no advirtiéndose cual ha sido entonces la demora señalada por los mismos.

Es más, los argumentos esgrimidos lucen como una mera afirmación de los sumariados, insuceptible de generar un reproche tendiente a obtener la descalificación del obrar emprendido por la Instancia sumariante, y mucho menos, desde que tampoco se advierte que la duración del proceso haya importado menoscabo alguno al derecho de defensa.

Cabe sumar a lo expuesto que los recurrentes nada dijeron sobre esa cuestión al momento de presentar sus defensas y, en cuanto al argumento referido a la prueba que los mismos afirman haberse visto impedidos de ofrecer -en virtud de haberse adoptado el procedimiento sumarísimo-, se advierte que no invocan el concreto gravamen que les ha producido la adopción por esta autoridad de dicho procedimiento, ni mencionan específicamente cuáles han sido las pruebas no evaluadas por esta autoridad.

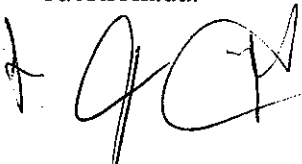
Al respecto, corresponde poner de resalto que fue debidamente analizada la prueba instrumental acompañada por los recurrentes, conforme surge de lo resuelto a fs. 22.

En efecto, con relación a las consideraciones vertidas por los sumariados acerca de las medidas probatorias y al adecuado derecho de defensa, cabe poner de manifiesto que la sustanciación del presente sumario ha satisfecho los requerimientos procedimentales en lo que hace al ejercicio del aludido derecho constitucional, puesto que los interesados han tenido oportunidad de tomar vista de los actuados, presentar descargos y acompañar la prueba que consideren pertinente, razón por la cual no se aprecia que el derecho se vea menoscabado. El acto acusatorio tuvo suficiente fundamentación y especificidad por cuanto las transgresiones imputadas lo han sido describiendo los hechos configurantes, las disposiciones eventualmente violadas y el material en apoyo de ellas.

No se advierte, del recurso interpuesto, cuál ha sido el gravamen irreparable sufrido por los recurrentes al ser sancionados con la pena de "apercibimiento" y, por ende, en qué derechos se vieron afectados. Es más, el progreso de una impugnación que alega violación al derecho de defensa se subordina a la demostración concreta de las pruebas y defensas omitidas, y su relevancia para la solución de la cuestión, circunstancias que no se advierten en el presente caso.

Ahora bien, en cuanto a los planteos efectuados en torno a la multa aplicada a la señora Marcela Adriana Koldobsky, se advierte que no corresponde que ellos sean conjuntamente tratados con el presente recurso, que sólo es viable respecto de la sanción de apercibimiento.

Sin embargo, se señala que la Comunicación "A" 3122, que fuera modificada por la Comunicación "A" 3579, estipulaba en el punto 1.2.2 de su Anexo -correspondiente a la Iniciación y sustanciación del sumario-, que "El juzgamiento de presuntas infracciones de menor gravedad, **solo eventualmente sancionable con las penas previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 21526**, tramitará en forma sumarísima...". En la actualidad dicha aclaración ha sido excluida de la norma vigente, por lo que, la posibilidad de aplicar la sanción de multa a dichos sumarios no puede ser cuestionada.





Cabe agregar, sin embargo, que para la determinación de la multa aplicada, esta autoridad ha realizado las evaluaciones técnicas correspondientes para fundar las imputaciones, apreciando el período de actuación y los cargos desempeñados por las personas involucradas, sin que se advierta irrazonabilidad en el ejercicio de tal poder sancionatorio.

En el mismo orden de ideas y en mérito a la nulidad interpuesta, procede poner de manifiesto que de la Resolución N° 118/07 no se advierten vicios que pudieran afectar su validez, lo cual fue señalado en el Dictamen N° 473/06 emitido por la Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, quien ya se ha expresado sobre la validez del acto administrativo atacado, al estimar que no existían observaciones de índole legal que formular al texto de la mencionada Resolución (fs. 28/29).

Por todo lo expuesto, cabe concluir que no existe vicio alguno que afecte la validez de los procedimientos seguidos en los presentes actuados, y que la resolución que se pretende enervar reúne todos los requisitos constitutivos que regla la ley, por lo que procede rechazar el planteo de nulidad articulado.

b) Corresponde poner de resalto que los argumentos que los recurrentes exteriorizan no alcanzan a conmover el análisis y los fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, ya que sólo trasuntan discrepancias con los criterios expuestos al dictarla y no evidencian el pretendido desacierto en que se habría incurrido con la suficiente entidad como para descalificar las conclusiones que conforman la resolución en análisis.

Cabe destacar que la resolución recurrida fue dictada luego del exhaustivo y razonado estudio de las defensas cuyos argumentos fueron expuestos y analizados en el Considerando III de la resolución cuestionada, circunstancia que no queda invalidada por el hecho de que las conclusiones a las que arribó la Instancia sumarial no satisfagan las pretensiones de los recurrentes.

Asimismo, de las afirmaciones expuestas por los sumariados resulta que desconocen la existencia de la Comunicación "A" 4353 del 04.05.05 -que fuera comunicada oportunamente a las casas, agencias y oficinas de cambio-, la que al sustituir la Sección 1 de las normas sobre "Prevención del lavado de dinero y de otras actividades ilícitas", en sus puntos 1.1 "Aspectos generales" y 1.3 "Recaudos mínimos", prevé los elementos con que debe contarse tanto para el caso de personas físicas como jurídicas, a los fines de dar cumplimiento al principio básico que se sustenta en la internacionalmente política conocida como "conozca a su cliente".

Y si bien, como surge de la resolución impugnada, al tiempo de efectuarse las inspecciones no existía ninguna disposición que enumerara taxativamente los elementos que debían contener los legajos de los clientes va de suyo que para dar por cumplida aquella manda no basta sólo con identificar al cliente: se requiere conocer a sus socios, los balances, la manifestación de bienes de las firmas, el mercado de comercialización, la fuente de los fondos, la capacidad económica financiera, etc.; o sea, conocer todos aquellos elementos que permitan armar el perfil del cliente con el propósito de evitar que las operaciones que realicen puedan tener relación con el desarrollo de actividades ilícitas. A lo que cabe agregar que el verdadero alcance del principio en cuestión no escapa al conocimiento de las autoridades de una entidad dedicada a la actividad cambiaria.

Además, se reitera que las irregularidades verificadas se siguieron detectando aun después de que las inspecciones de esta Institución advirtieran a la firma la insuficiencia de los elementos integrantes de las carpetas y le indicaran la documentación faltante para dar por cumplidas las exigencias de la Comunicación "A" 3094.

Por otra parte, las instrucciones de la Gerencia de Control de Entidades No Financieras es el medio del que se valió el Banco Central para comunicar a la entidad las irregularidades detectadas e intimarla a dar debido cumplimiento a la normativa vigente en materia de prevención de lavado de dinero. De ningún modo ello implica atribuir a tales indicaciones carácter reglamentario de la normativa mencionada.

La ley confiere al B.C.R.A. facultades para reglamentar las condiciones de funcionamiento de las entidades sometidas a su control. En ejercicio de dicho poder, esta Institución emitió la Comunicación "A" 90, mediante la cual estableció que las casas de cambio deben cumplir con sus resoluciones, disposiciones e instrucciones, "cualesquiera sean los medios utilizados (circulares, comunicaciones, comunicados telefónicos, notas, etc.)". Es por ello que deviene lógico concluir que las instrucciones impartidas por la Gerencia de Control de Entidades no Financieras, o por cualquier otra área del Ente Rector, se hallan comprendidas dentro de aquella previsión.

Por todo lo expuesto, se señala que para el dictado de la resolución recurrida fueron puntualmente observadas todas las normas relativas al requisito constitucional del debido proceso, toda vez que los recurrentes tuvieron posibilidad de ser oídos y ofrecer pruebas, habiéndose emitido una decisión fundada.

e) En cuanto a la responsabilidad que les cabe a los recurrentes, es del caso resaltar que los argumentos relativos a su falta de participación directa en los hechos investigados es insuficiente para eximirlos de responsabilidad, porque las personas que menciona el art. 41 de la ley 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121) saben de antemano que están sujetas al poder de policía bancario y que su responsabilidad es consecuencia de asumir y aceptar funciones de dirección que los habilitan razonablemente para verificar y oponerse a los procedimientos.

En ese sentido se ha resuelto recientemente que: "*La responsabilidad disciplinaria derivada como consecuencia del deber de asumir y aceptar funciones de dirección de acuerdo al art. 41 de la ley 21.526 -en el caso, se impuso una multa al director de una casa de cambios-, no requiere la existencia de un daño concreto derivado del comportamiento irregular, pues el interés público se ve afectado aún por el perjuicio potencial que aquél pudiere ocasionar*" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala III, 15.04.04 "Canovas Lamarque, Mónica S. c/ BCRA. La Ley 29.11.04)

Como así también que "*El argumento relativo a la escasa participación que pudo haber tenido el sancionado en las reuniones del directorio de la entidad financiera liquidada es insuficiente para revocar la sanción que le fue impuesta, por cuanto la sola aceptación de un cargo directivo lo obligaba a responder por todos los actos de la entidad, aun cuando no hubiera tenido una participación directa en ellos.*" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, 07.10.02 "Ordóñez, Manuel J.F y otros c/ BCRA. La Ley 2003 - D, 49).

Cabe expresar que los hechos que generaron el cargo imputado tuvieron lugar en el período en el que los sumariados se desempeñaron en la entidad, por lo que en orden a los deberes inherentes a sus funciones su responsabilidad quedaba comprometida. Sus conductas revelan incumplimiento a los deberes propios a las funciones desempeñadas, ya sea por haber declinado u omitido ejercer esas facultades que les competían, lo que los hace incurrir en responsabilidad, no resultando necesario haber tenido participación personal en la concreción de los hechos antirreglamentarios.

9
F. G. C.

B.C.R.A.

47

En este sentido es ilustrativa la jurisprudencia que ha expresado: "Quiénes tienen a su cargo la dirección de una entidad financiera deben extremar los recaudos de previsión, cuidado, prudencia, transparencia, vigilancia de las operaciones que se desarrollan en el ámbito de su competencia; debiendo para ello contar con pericia y conocimiento del delicado ámbito en el que despliegan su actividad. La responsabilidad inherente al cargo que ocupaban, nace por la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno de la entidad, de manera que cualquiera fueran las funciones que efectivamente cumplan, su conducta debe ser calificada en función de la actividad obrada por el órgano aún cuando el sujeto no haya actuado directamente en los hechos que motivan el encuadramiento, pues es función de cualquier integrante de aquél la de controlar la calidad de la gestión empresarial, dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa in vigilando." (Sunde Rafael José y otros c/ BCRA- Res. 114/04 .Expte. 18635/95. Sum. Financiero 881. Cam. Nac. de Ap. en lo Cont. Adm. Fed. Sala II, 18.05.06).

A mayor abundamiento cabe mencionar que: "...las críticas relacionadas con la ausencia de elementos subjetivos en la conducta reprochada no podrían ser atendidas, pues el carácter técnico administrativo de las irregularidades en cuestión impone que su punibilidad surja de la contrariedad objetiva de la regulación y el daño potencial que de ello derive, motivo por el que tanto la existencia de dolo como el resultado, son indiferentes." (Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., sala III, "Kohan Lucio y otros c/ BCRA" del 06.12.05 La Ley 2006 - A , 814; y "Chafuen, Alejandro A y otros c/ BCRA" del 08.11.05).

Se reitera que si bien la Comunicación "A" 3094 prevé la figura del responsable de antilavado que designe la entidad, el Anexo, Sección 1, punto 1.1.2.2, de la misma establece que " Los eventuales desvíos que se constaten en su actuación lo harán pasible de las sanciones previstas por el artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras, *sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al directorio, al consejo de administración o a la máxima autoridad de la entidad*". Por ello, se destaca que la responsabilidad de los recurrentes se ve comprometida por expresa atribución normativa -Comunicación "A" 3094- y, en consecuencia, la ausencia de elementos subjetivos no puede erigirse en causal de exculpación.

Sumado a todo lo expuesto, cabe rechazar la afirmación de los sumariados en el sentido de que se ha juzgado de la misma forma el nivel de diligencia exigible al responsable del antilavado y al resto de los integrantes de la estructura directiva ya que, precisamente por la valoración de tales cuestiones -entre otras-, se resolvió aplicar a los recurrentes una sanción leve cual es el apercibimiento establecido en el inciso 2) del artículo 41 de la Ley N° 21.526.

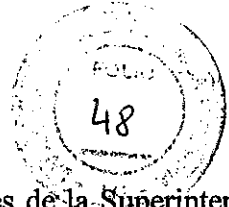
En este sentido, en la recurrida Resolución N° 118/07, se efectuó la atribución de responsabilidad y la determinación de la sanción para los sumariados, graduando la penalidad según la gravedad del ilícito y ponderando las circunstancias en que se verificó el mismo, habiéndose respetado el requisito de la "razonabilidad" que debe existir en toda imposición sancionatoria.

En cuanto a la responsabilidad que corresponde atribuir a la entidad, cabe reiterar lo resuelto a fs. 25.

En consecuencia, siendo que los recurrentes no invocaron la existencia de razones valederas que permitieran modificar la decisión adoptada, corresponde confirmar la resolución recurrida.

d) En cuanto a la reserva del caso federal, no compete a esta instancia expedirse a su respecto.

B.C.R.A.



V.- Que la Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias ha tomado la intervención que le compete.

VI.- Que esta Instancia se encuentra facultada para la emisión del presente acto, en virtud de lo normado por el artículo 47, inciso f) de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

Por ello,

**EL SUPERINTENDENTE DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS
RESUELVE:**

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de revocatoria interpuesto (conf. artículo 42 de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526) por Cambio América S.A. Comercial y de Turismo y por los señores Carlos David Koldobsky y Jorge Alberto Suárez contra la Resolución de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias N° 118/07.

2º) Rechazar el mismo en cuanto al fondo del asunto y confirmar en consecuencia la Resolución N° 118/07, que impuso a los nombrados la sanción de "apercibimiento".

3º) Notifíquese.

WALDOMIR A. FASMAS
SUPERINTENDENTE DE ENTIDADES
FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

10-1

~~CHAMADO~~ NOTA PARA DAR CUENTA AL DIRECTORIO

Secretaria del Directorio

14 NOV 2007


NIEVES A. RODRIGUEZ
PROSECRETARIO DEL DIRECTORIO