



HSBC BANK ARGENTINA S.A. s/ Verificación

(Resolución Nº 16180, Comisión Nacional de Valores, 13 de agosto de 2009)

BUENOS AIRES, 13 de AGOSTO DE 2009.

RESOLUCIÓN Nº 16.180

VISTO el Expediente Nº 264/08 rotulado "HSBC BANK ARGENTINA S.A. s/ Verificación"; lo dictaminado a fs. 3131/3170 3131/3170, fs. 3171/3173 3171/3173 y fs. 3187 por la Subgerencia de Sumarios; y a fs. 3174/3186 3174/3186 y fs. 3188 por el Coordinador Jurídico General de la Gerencial General; y

RESULTANDO:

I).- HECHOS

Que con motivo de una serie de verificaciones (fs. 10/12, fs. 13/14 y fs. 237/238) efectuadas por la Gerencia de Emisoras de esta COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV) respecto de HSBC BANK ARGENTINA S.A. ("HSBC"), se observaron presuntas infracciones de la normativa vigente relacionadas con: a) la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables societarios por medios ópticos; b) la falta de firmas, transcripción, correlatividad y de datos en ciertas actas y registros de los libros sociales; c) falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el Libro Inventario y Balances; y d) falta de previsión en el Estatuto de la posibilidad de la celebración de reuniones por parte de su órgano de administración mediante el procedimiento de la videoconferencia.

Que, en otro orden de cosas, y vinculado con estudios posteriores realizados, se constató: e) que en los informes de auditoría externa de HSBC correspondientes a los estados contables al 30/06/07, 30/09/07 y 31/12/07 no se hizo mención: e.1) a la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables de la sociedad por medios ópticos, e.2) ni a la falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el Libro Inventario y Balances de HSBC; f) la falta de remisión vía la Autopista de la Información Financiera (AIF) de este Organismo, de la totalidad de las actas de la Comisión Fiscalizadora de HSBC, así como la falta de constancia de la aprobación de los informes de la Comisión Fiscalizadora; g) falta de transcripción de los informes referidos a ciertos fideicomisos en las actas de la Comisión Fiscalizadora; h) falta de mención en los informes de la Comisión Fiscalizadora: respecto de la falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el



Libro Inventario y Balances; e i) que en los informes de la Comisión Fiscalizadora de HSBC correspondientes a los estados contables al 30/06/07, 30/09/07 y 31/12/07, no se hizo mención respecto de la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables de la sociedad por medios ópticos; todas cuestiones en presunta infracción de la normativa vigente.

Que HSBC es una entidad autorizada para ofrecer públicamente valores negociables en los términos de la Ley N° 17.811, que ingresó en el régimen el 03/03/94 por Resolución CNV N° 10.451, encontrándose desde entonces bajo la órbita exclusiva y excluyente de este Organismo, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 22.169.

Que el estudio de las cuestiones citadas en los párrafos precedentes concluyó en el dictado de la Resolución N° 15.940 del 07/08/08 (fs. 384/399), por la cual esta CNV instruyó sumario a: 1°) HSBC y a sus directores titulares a la época de los hechos examinados, Señores: Antonio Miguel LOSADA, Gabriel Diego MARTINO, Marcelo Luis DEGROSSI, Miguel Ángel ESTEVEZ, Simon Christian MARTIN, Trevor Roland GANDER, Yousseff Asaad NASR y Patrick Gerard FLYNN, por posible infracción a los artículos 33 inciso 2º, 45, 48, 52 y 54 del Código de Comercio y 25 inciso a) del Capítulo II de las NORMAS (NT 2001 y mod.); 2º) a HSBC y a sus directores titulares a la época de los hechos examinados, Señores Antonio Miguel LOSADA, Gabriel Diego MARTINO, Marcelo Luis DEGROSSI, Miguel Ángel ESTEVEZ, Simon Christian MARTIN, Trevor Roland GANDER, Yousseff Asaad NASR, Patrick Gerard FLYNN, Collin M. GUNTON, David Charles BUDD, Guillermo César SAVIGNANO, Christian POPESCU, Jonathan James CALLADINE, Joaquín COSTA, Alberto SILVA MUÑOZ y Alexander Andrew FLOCKHART, por posible infracción a los artículos 59 y 61 de la Ley N° 19.550, artículo 1º inciso c) y 2º de la Ley N° 22.169, 23 y 24 del Capítulo V, 10 inciso c) del Capítulo VI y 27 del Capítulo XV, de las NORMAS (NT 2001 y mod.); 3º) HSBC y a sus directores titulares a la época de los hechos examinados, Sres. Antonio Miguel LOSADA, Gabriel Diego MARTINO, Marcelo Luis DEGROSSI, Miguel Ángel ESTEVEZ, Simon Christian MARTIN, Trevor Roland GANDER, Yousseff Asaad NASR, Patrick Gerard FLYNN, Collin M. GUNTON y Sr. Alexander Andrew FLOCKHART, por posible infracción a los artículos 65 de la Ley N° 17.811 (texto mod. por Anexo del Dto. delegado N° 677/01) y 260 de la Ley N° 19.550; 4º) los integrantes de la Comisión Fiscalizadora de HSBC al momento de los hechos examinados, Sres. Marcelo Carlos VILLEGAS, Juan Antonio NICHOLSON y Juan Santiago MOLLARD, por posible infracción al artículo 294 inciso 9º de la Ley N° 19.550; 5º) al auditor externo de HSBC, Sr. Claudio Norberto BERCHOLC, por posible incumplimiento a los artículos 11, 12 y 13 del Capítulo XXIII de las NORMAS (NT 2001 y mod.) y del punto III, ap. B) - 2.5.2. y 2.9. de la Resolución Técnica N° 7 (RT N° 7) de la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS (FACPCE).



II).- NORMATIVA CUYO INCUMPLIMIENTO SE IMPUTA EN LA RESOLUCIÓN N° 15.940

Que el artículo 33 inciso 2º) del Código de Comercio establece que: *"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. Entre esos actos se cuentan: (...) 2.- La obligación de seguir un orden uniforme de contabilidad y de tener los libros necesarios a tal fin (...)"*.

Que el artículo 45 del Código de Comercio señala que: *"En el libro Diario se asentarán día por día, y según el orden en que se vayan efectuando, todas las operaciones que haga el comerciante, letras u otros cualquiera papeles de crédito que diere, recibiere, afianzare o endosare; y en general, todo cuanto recibiere o entregare de su cuenta o de la ajena, por cualquier título que fuera, de modo que cada partida manifieste quién sea el acreedor y quién el deudor en la negociación a que se refiere. Las partidas de gastos domésticos basta asentarlas en globo en la fecha en que salieron de la caja"*.

Que el artículo 48 del Código de Comercio establece que: *"El libro de Inventarios se abrirá con la descripción exacta del dinero, bienes, muebles y raíces, créditos y otra cualquiera especie de valores que formen el capital del comerciante al tiempo de empezar su giro. Después formará todo comerciante en los tres primeros meses de cada año, y extenderá en el mismo libro, el balance general de su giro, comprendiendo en él todos sus bienes, créditos y acciones, así como todas sus deudas y obligaciones pendientes en la fecha del balance, sin reserva ni omisión alguna. Los inventarios y balances generales se firmarán por todos los interesados en el establecimiento que se hallen presentes al tiempo de su formación"*.

Que el artículo 52 del Código de Comercio reza que: *"Al cierre de cada ejercicio todo comerciante está obligado a extender en el Libro de Inventarios y Balances, además de éste, un cuadro contable demostrativo de las ganancias o pérdidas, del que éstas resulten con verdad y evidencia"*.

Que el artículo 54 del Código de Comercio señala: *"En cuanto al modo de llevar, así los libros prescriptos por el Art. 44, como los auxiliares que no son exigidos por la ley, se prohíbe: 1.- Alterar en los asientos el orden progresivo de las fechas y operaciones con que deben hacerse, según lo prescripto en el artículo 45; 2.- Dejar blancos ni huecos, pues todas sus partidas se han de suceder unas a otras, sin que entre ellas quede lugar para intercalaciones ni adiciones; 3.- Hacer interlineaciones, raspaduras ni enmiendas, sino que todas las equivocaciones y omisiones que se cometan se han de salvar por medio de un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error; 4.- Tachar asiento alguno; 5.- Mutilar alguna parte del libro, arrancar alguna hoja o alterar la encuadernación y foliación"*.



Que el artículo 25 inciso a) del Capítulo II de las NORMAS (NT 2001 y mod.) establece: *"Las sociedades por acciones sujetas a fiscalización de la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 22.169 deberán dejar constancia en forma completa (con relación a la comunicación de asistencia, como a la efectiva concurrencia) en los Registros de Asistencia a Asamblea las siguientes enunciaciones: a) DATOS DEL TITULAR DE LOS VALORES NEGOCIABLES que participa en forma personal: nombre y apellido o denominación social, en forma completa de acuerdo a sus inscripciones; tipo y número de documento de identidad o datos de inscripción registral –con expresa individualización del específico Registro y de su jurisdicción-; domicilio, con indicación de su carácter; y firma... En todos los casos, deberá consignarse la clase y cantidad de acciones, con indicación de las características de los derechos políticos que otorgan, junto con el número de votos resultante".*

Que el artículo 59 de la Ley N° 19.550 prescribe: *"Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión".*

Que el artículo 61 de la Ley N° 19.550 establece: *"Podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por el artículo 53 del Código de Comercio para llevar los libros en la medida que la autoridad de control o el Registro Público de Comercio autoricen la sustitución de los mismos por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros, salvo el de Inventarios y Balances".*

"La petición deberá incluir una adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico o antecedentes de su utilización, lo que, una vez autorizada, deberá transcribirse en el libro de Inventarios y Balances. Los pedidos de autorización se considerarán automáticamente aprobados dentro de los treinta (30) días de efectuados, si no mediare observación previa o rechazo fundado. El libro Diario podrá ser llevado con asientos globales que no comprendan períodos mayores de un (1) mes. El sistema de contabilización debe permitir la individualización de las operaciones, las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación, con arreglo al artículo 43 del Código de Comercio".

Que el artículo 1° inciso c) de la Ley N° 22.169 prevé: *"La Comisión Nacional de Valores tendrá a su cargo el control de las sociedades por acciones que hagan oferta pública de sus títulos valores, siendo competencia exclusiva y excluyente de ese organismo: (...) c) Fiscalizar permanentemente el funcionamiento de las sociedades".*

Que el artículo 2° de la Ley N° 22.169 establece: *"Para el cumplimiento de las funciones que por esta ley se le otorgan, la Comisión Nacional de Valores tendrá, en forma exclusiva y*



excluyente, la misión, competencia y atribuciones que las leyes 18.805 y 19.550 confieren a la Inspección General de Personas Jurídicas con relación a las sociedades por acciones en jurisdicción nacional, con excepción de las relacionadas con la conformación de su constitución, únicas que continuarán siendo de competencia del organismo mencionado en segundo término. La Comisión Nacional de Valores sustituirá a los organismos de control de las provincias que adhieran al presente régimen”.

Que el artículo 23 del Capítulo V de las NORMAS (NT 2001 y mod.) señala: *“La solicitud de autorización para reemplazar los libros contables por sistemas de registración mecánicos o computarizados, conforme el artículo 61 de la Ley Nº 19.550, deberá contener: a) Descripción del sistema propuesto, el que deberá cumplir con los siguientes requisitos: a.1) Permitir la individualización de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras; a.2) Permitir la verificación de los asientos contables con la documentación respaldatoria correspondiente; y a.3) Almacenar la información en papel, en un medio óptico u otro medio de conservación que se mantenga en condiciones aptas para su visualización en pantalla y/o impresión en papel cuando fuera requerido, tomando los recaudos que fueran necesarios para que futuros cambios tecnológicos no afecten la posibilidad de su visualización o impresión en papel en cualquier momento; b) Informe emitido por contador público independiente sobre los controles realizados al sistema y al medio de registración a emplear. Dicho informe comprenderá como mínimo el contralor del funcionamiento, actividades, límites de tales sistemas, normas que se aplicarán para la seguridad y resguardo de los datos y el cumplimiento de los requisitos previstos en el inciso a); c) Con posterioridad a la autorización el auditor deberá incluir un párrafo, en sus informes de auditoría de estados contables, sobre si los sistemas de registros mantienen las condiciones de seguridad e integridad en base a las cuales fueron autorizados. Las modificaciones que se introduzcan al sistema deberán ser autorizadas previamente”.*

Que el artículo 24 del Capítulo V de las NORMAS (NT 2001 y mod.) prevé: *“La descripción del sistema propuesto deberá contener, como mínimo, la siguiente información: a) Detalle de los registros, medios, métodos y elementos utilizados. b) Un esquema descriptivo del flujo de las registraciones y del procesamiento correspondiente a las informaciones contables. c) Sistema de archivo de la documentación justificativa respaldatoria. d) Plan de cuentas, con su pertinente codificación, si la hubiera. e) Manual de cuentas o imputaciones contables, si existiera. f) Centros de costos, si existieran”.*

Que el artículo 10 inciso c) del Capítulo VI de las NORMAS (NT 2001 y mod.) señala: *“Documentación que la solicitante deberá acompañar:... c) Acreditar, con informe de contador público independiente, que la emisora es: c.1) Una empresa en marcha y c.2) Posee una organización administrativa que le permite atender adecuadamente los deberes de*



información propios del régimen de oferta pública, requisito que debe mantenerse durante su permanencia en el régimen”.

Que el artículo 27 del Capítulo XV de las NORMAS (NT 2001 y mod.) establece: *“El fiduciario financiero deberá presentar a la Comisión por cada fideicomiso los siguientes estados contables: a) Estado de situación patrimonial; b) Estado de evolución del patrimonio neto; c) Estado de resultados; y d) Estado de origen y aplicación de fondos. Los estados contables se prepararán siguiendo los mismos criterios de valuación y exposición exigidos a las emisoras sujetas al régimen de oferta pública que coticen sus valores negociables en la sección especial de una entidad autorregulada, procediendo a adecuarlos –en su caso- a las características propias del fideicomiso”.*

“Como información complementaria se deberá: e) Identificar el o los fiduciantes, sus actividades principales, el objeto del fideicomiso y el plazo de duración del contrato y/o condición resolutoria, el precio de transferencia de los activos fideicomitados al fideicomiso y una descripción de los riesgos que –en su caso- tienen los activos que constituyen el fideicomiso, así como los riesgos en caso de liquidación anticipada o pago anticipado de los créditos que los conforman; f) Indicar el o los motivos por el/los cual/es no se emite alguno de los estados contables enumerados en a) a d); g) Explicar los aspectos relevantes y característicos del contrato de fideicomiso y dejar expresa constancia de la efectiva transferencia de dominio de los activos que conforman el fideicomiso de cada clase y/o serie; h) Indicar que los registros contables correspondientes al patrimonio fideicomitado se llevan en libros rubricados en forma separada de los correspondientes al registro del patrimonio del fiduciario; i) En caso que una serie emitida en el marco de un fideicomiso financiero, esté subdividida en distintas clases, deberá indicarse en nota a los estados contables la discriminación para cada clase de la situación patrimonial y los resultados para el período; j) Indicar la fecha de cierre de ejercicio del fideicomiso la que deberá ser informada a la Comisión al momento de presentarse la solicitud de autorización; k) Presentar, dentro de los DIEZ (10) días de finalizado cada mes calendario, informe emitido por el órgano de fiscalización conforme con los incisos 1º y 2º del artículo 294 de la Ley N° 19.550 y modificaciones; el cual, en el caso de sociedades extranjeras inscriptas en los términos del artículo 5º inciso d) de este Capítulo deberá ser producido y suscripto por contador público, cuya firma esté legalizada por el respectivo consejo profesional; y l) Formalizar la presentación del informe indicado en el inciso anterior mediante su incorporación a la página web del Organismo, en el acceso correspondiente al Fideicomiso a través de la AUTOPISTA DE LA INFORMACION FINANCIERA (AIF)”.

Que el artículo 65 de la Ley N° 17.811 prevé: *“El órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes, o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes o palabras, cuando así lo prevea el*



estatuto social. El órgano de fiscalización dejará constancia de la regularidad de las decisiones adoptadas. Se entenderá que sólo se computarán a los efectos del quórum a los miembros presentes, salvo que el estatuto establezca lo contrario. Asimismo, el estatuto deberá establecer la forma en que se hará constar en las actas la participación de miembros a distancia. Las actas serán confeccionadas y firmadas dentro de los CINCO (5) días de celebrada la reunión por los miembros presentes y el representante del órgano de fiscalización. El Estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia, a cuyo efecto la COMISION NACIONAL DE VALORES reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto”.

Que el artículo 260 de la Ley N° 19.550 establece: *“El estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio. El quórum no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes.”.*

Que el artículo 294 inciso 9° de la Ley N° 19.550 prescribe: *“Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto: (...) 9°) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias”.*

Que el artículo 11 del Capítulo XXIII de las NORMAS (NT 2001 y mod.) establece: *“Los estados contables anuales y por períodos intermedios contarán con informe de auditoría y de revisión limitada, respectivamente, suscripto por contador público independiente, cuya firma estará legalizada por el respectivo consejo profesional”.*

Que el artículo 12 del Capítulo XXIII de las NORMAS (NT 2001 y mod.) señala: *“También se requerirá informe de contador público independiente, en materia de su competencia, en relación a la información consignada en la reseña informativa”.*

Que el artículo 13 del Capítulo XXIII de las NORMAS (NT 2001 y mod.) establece: *“Los: a) Informes de auditoría referidos a los estados contables de cierre de ejercicio; b) Informes de revisión limitada de los estados contables por períodos intermedios; y c) Informes referidos a la reseña informativa; deberán emitirse de acuerdo con las disposiciones de la Resolución Técnica N° 7 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.”.*

Que los subpuntos 2.5.2 y 2.9 del apartado B) del punto III de la RT N° 7 señalan: *“2. Para obtener los elementos de juicio válidos y suficientes que le permitan emitir su opinión o abstenerse de ella sobre los estados contables de un ente, el auditor debe desarrollar su tarea siguiendo los pasos que se detallan a continuación:... 2.5.2. Cotejo de los estados*



contables con los registros de contabilidad... 2.9. Emitir su informe teniendo en cuenta las disposiciones legales, reglamentarias y profesionales que fueran de aplicación”.

III).- SUSTANCIACIÓN DEL SUMARIO

Que la Resolución N° 15.940 del 07/08/08 (fs. 384/399) fue notificada a todos los sumariados conforme surge de fs. 401/402 (LOSADA, MARTINO, DEGROSSI, ESTEVEZ, MARTIN, GANDER, NASR, FLYNN, GUNTON, BUDD, SAVIGNANO, POPESCU, CALLADINE, COSTA, SILVA MUÑOZ, FLOCKHART y HSBC), fs. 403/404vta. (VILLEGAS, NICHOLSON y MOLLARD) y fs. 405/406vta. (BERCHOLC).

Que los sumariados presentaron sus descargos a fs. 424/463 (BERCHOLC) y fs. 674/960 (HSBC, LOSADA, MARTINO, DEGROSSI, ESTEVEZ, SAVIGNANO, MOLLARD, MARTIN, GANDER, NASR, FLYNN, GUNTON, BUDD, POPESCU, CALLADINE, COSTA, SILVA MUÑOZ, FLOCKHART, VILLEGAS y NICHOLSON).

Que todos los sumariados hicieron reserva del caso federal en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48 (fs. 462 y fs. 959vta.).

Que las presentaciones efectuadas en calidad de apoderados y/o representantes legales de los sumariados fueron debidamente acreditadas conforme dimana de fs. 411/412, fs. 675/690 y fs. 969/970vta.

Que las presentaciones efectuadas por los gestores procesales de los sumariados BUDD, CALLADINE, GUNTON, POPESCU, FLOCKHART y GANDER, fueron debidamente ratificadas y acreditadas conforme surge de fs. 979/980vta., fs. 995/1000vta., fs. 1002/1015vta., fs. 1051/1053, fs. 1055/1056vta. y fs. 1058/1064vta., respectivamente.

Que el artículo 3° de la Disposición del 22/12/08 declaró la nulidad de toda gestión procesal efectuada en las presentes actuaciones, con base en el artículo 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a favor de los sumariados MARTIN, GANDER, NASR, FLYNN, POPESCU, COSTA, SILVA MUÑOZ y FLOCKHART (fs. 1025/1027).

Que el artículo 2° de la Disposición del 09/02/09 dejó sin efecto dicha nulidad respecto de los sumariados POPESCU, FLOCKHART y GANDER (fs. 1069/1071).

Que la audiencia preliminar se celebró el 14/10/08 (fs. 971/972) en los términos del artículo 12 de la Ley N° 17.811.



Que el artículo 2° de la Disposición del 28/10/08 (fs. 976/978) decretó la apertura a prueba de las actuaciones por el plazo de TREINTA (30) días hábiles bursátiles, contados a partir del día siguiente a su notificación (fs. 982vta. y fs. 983vta.).

Que el artículo 3° de dicha Disposición tuvo presente la documental agregada en el expediente a fs. 425/449, fs. 464/672, fs. 692/938, y en Anexos I y II; y el artículo 4° ordenó librar oficios: I) a la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (IGJ), a fin de que remitiera copia de los expedientes bajo los cuales tramitó la solicitud de autorización de registros contables por medios magnéticos u ópticos de HSBC; y II) a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA), a fin de que remitiera copia de la carta de notificación de la labor como auditor externo de HSBC por el ejercicio finalizado el 30/06/07, emitida en abril de 2008.

Que a fs. 991/993 obra la contestación del oficio de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del BCRA y a fs. 1096/3085 1096/3085 obra la contestación del oficio de la IGJ.

Que una vez clausurada la etapa probatoria (fs. 3.095/3.097), los sumariados BERCHOLC, LOSADA, POPESCU, MARTINO, DEGROSSI, ESTEVEZ, SAVIGNANO, GANDER, FLOCKHART, GUNTON, BUDD, CALLADINE, MOLLARD y NICHOLSON, presentaron en plazo legal sus respectivos memoriales a fs. 3105/3113 3105/3113 y fs. 3114/3130 3114/3130, donde reiteraron lo afirmado en los descargos y efectuaron nuevamente reserva del caso federal en todos los casos.

CONSIDERANDO:

IV.- DEFENSAS COMUNES DE HSBC, SUS DIRECTORES Y SÍNDICOS

Que las principales defensas –las cuales son comunes- de HSBC, sus directores y síndicos a la época de los hechos examinados, en virtud de las cuales en su opinión no debería haber prosperado la instrucción del presente sumario, pueden resumirse en las siguientes expresiones:

"Sin perjuicio de lo expuesto, desde ya adelantamos que, dado que las objeciones formuladas implican supuestas infracciones no sustanciales francamente inocuas, no corresponde efectuar cargo ni aplicar sanción alguna a la Sociedad, sus administradores o síndicos, más aún cuando de las mismas no se ha derivado daño o perjuicio alguno, siendo el daño o perjuicio uno de los criterios principales a la hora de ponderar el quantum de las



sanciones a aplicar conforme el artículo 10 del decreto 677/01" (fs. 941).

"En efecto, una cosa es sostener que los libros de comercio deben ser llevados en legal forma y otra muy distinta es pretender que jamás pueda ocurrir el menor error formal y que, de ocurrir alguno, la Sociedad, sus administradores y síndicos deban ser condenados sin remedio, aún cuando no haya existido mala fe ni se haya causado el menor perjuicio" (fs. 941/941vta.).

"... las supuestas infracciones señaladas se encuentran subsanadas en su totalidad, deviniendo en consecuencia abstracta la imputación efectuada" (fs. 941vta.).

"Cabe tener presente que ninguno de los hechos imputados ha derivado en daño a los bienes jurídicos por los cuales debe velar la CNV, así como tampoco las infracciones pueden considerarse generadoras de peligro alguno para el mercado de capitales" (fs. 941vta.).

"... destacamos que la totalidad de las firmas faltantes en las actas de cuestión ya ha sido gestionada, encontrándose al día de la fecha correctamente transcriptas y debidamente firmadas" (fs. 942vta.).

"En referencia a la falta de firmas constatada en las actas de Directorio N° 857, 858, 859, 861 y 862... se deja constancia que la omisión observada por vuestro organismo se ha originado en dificultades relacionadas con la gestión y coordinación de firmas, principalmente debido a la época del año en la que las reuniones fueron celebradas –básicamente diciembre 2007 a mediados de febrero de 2008, es decir fines y comienzos de año-, tiempo dedicado principalmente al receso vacacional no solo de los directores sino del personal administrativo encargado de la tarea de recolección de firmas." (fs. 943).

"Sin perjuicio de ello, señalamos que la omisión de firmas ya ha sido subsanada, Se adjunta como Anexo II copia certificada de las Actas N° 857, 858, 859, 861 y 862 debidamente firmadas" (fs. 943).

"Respecto a las actas N° 860 y 861, de fecha 31/01/08 y 11/02/08 respectivamente, la inspección verificó que al día 15/02/08 las mismas no se encontraban transcriptas al libro respectivo. No obstante, en la segunda inspección efectuada el día 26/02/08 el organismo pudo constatar su efectiva transcripción, pero no su firma. Asimismo, se observó que el Acta N° 861 fue enviada por AIF previo a su transcripción y firma..." (fs. 943/943vta.).



"... dejamos constancia que las Actas mencionadas se encuentran a la fecha debidamente transcritas y firmadas. Se adjunta como Anexo III copia certificada del acta N° 860 y 861" (fs. 943vta.).

"En lo que respecta al envío del Acta N° 861 por AIF previo a su transcripción... se quiso evitar así la dilación en la información al público que se hubiera producido de haber esperado a que el acta en cuestión estuviera transcrita y firmada. Este es sin duda el curso correcto de acción ya que los deberes de información al mercado tienen clara preeminencia sobre las reglas societarias formales respecto a la tenencia y llevado de libros societarios" (fs. 943vta./944).

"Con relación a la observación formulada al acta de asamblea de fecha 30/04/07, la inspección señaló que el acta no contenía la signatura de una de las personas designadas para la firma. Respecto a ello, informamos que la omisión ha sido causada por un error de gestión en la obtención de firmas... Sin perjuicio de lo expuesto, señalamos que tan pronto se advirtió la falta de firmas en el acta, se gestionó inmediatamente la obtención de las mismas, por lo que al día de la fecha el acta contiene la totalidad de las firmas requeridas. Como Anexo IV se adjunta copia certificada del acta de fecha 30/04/07 debidamente suscripta por los representantes de los accionistas designados para firmar el acta, el Presidente y el Síndico" (fs. 944/944vta.).

"Respecto a la enmienda efectuada en el acta de asamblea de fecha 24/10/07 en referencia al número de Directores Titulares elegidos por dicha asamblea, la CNV considera que no es claro el procedimiento utilizado, ya que no se realizó un asiento con la rectificación firmada por los mismos accionistas que fueron designados para firmar el acta..." (fs. 944vta.).

"Sin perjuicio de ello, y más allá de que discrepamos con el criterio adoptado por la CNV, a fin de evidenciar la buena voluntad de los sumariados, a fojas 74 del Libro de Actas de Asamblea N° 2 se ha efectuado un nuevo asiento en el cual se deja constancia del número correcto de Directores Titulares designados en el acta del 24/10/07, asiento que ha sido debidamente firmado por los accionistas presentes en la asamblea en cuestión que fueron designados para la firma del acta, cumpliendo de esto modo con lo requerido por la CNV..." (fs. 945).

"Se observa que en el registro correspondiente a la asamblea de fecha 24/10/07 se detectó una enmienda en el folio 3 en relación al total del capital y cantidad de acciones" (fs. 945).

"Al respecto, nótese que la enmienda realizada no afectó la individualización de los accionistas ni la cantidad de votos y capital que cada uno de ellos detentaba, sino que se



debió a un mero error formal en la sumatoria del capital y votos total, por lo que no se consideró necesario efectuar un asiento específico al respecto” (fs. 945).

“Sin perjuicio de ello, en atención a la observación formulada por la CNV, se ha efectuado a fojas 5 un asiento en el cual se realiza nuevamente con mayor precisión la enmienda respecto del capital total y cantidad de acciones consignado a fojas 3 del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia N° 2, encontrándose dicho asiento debidamente firmado por los representantes de las sociedades accionistas, el Presidente y Síndico de la Sociedad. Se adjunta como Anexo VI copia certificada del mencionado asiento” (fs. 945/945vta.).

“Se observa que a fojas 26/27 faltan los datos de inscripción registral de las sociedades que figuran como accionistas, en infracción a lo dispuesto por el inciso a) del artículo 25 del Capítulo II de las NORMAS” (fs. 945vta.).

“... Sin perjuicio de ello, ni bien se advirtió la omisión, se efectuó un nuevo asiento a fojas 5 del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas N° 2, en el cual se detalló los datos faltantes en los registros originales, encontrándose dicho asiento debidamente firmado por los representantes de las sociedades accionistas, el Presidente y Síndico de la Sociedad. Como Anexo VI se adjunta copia certificada de las fojas 5 del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a las Asambleas N° 2” (fs. 945vta.).

“La CNV observa la falta de firmas de ciertas actas de la Comisión Fiscalizadora. Señalamos que tal omisión se debió a una demora en la gestión de las mismas por razones meramente administrativas, no obstante lo cual al día de la fecha, con excepción del acta de fecha 8/02/08 a cuya situación haremos referencia seguidamente, las actas se encuentran debidamente suscriptas por todos los asistentes a las respectivas reuniones” (fs. 946).

“... Con relación al acta de fecha 8/02/08 (fojas 76/77 del expediente y folios 162 a 163 del Libro), se informa que la misma fue anulada con posterioridad a las inspecciones efectuadas por vuestro organismo en razón de haberse omitido transcribir en dicha acta los informes correspondientes a algunos de los fideicomisos analizados, habiéndose transcrito a folios 169 a 173 nuevamente el acta de fecha 8/02/08 con la inclusión de todos los informes relativos a los fideicomisos considerados en la respectiva reunión. Tanto el asiento de la anulación como la transcripción de la nueva acta de fecha 8/02/08 han sido suscriptas por la totalidad de los Síndicos titulares...” (fs. 946).

“Se observa que la anulación del Acta N° 515 no contiene todas las firmas que debería tener... como Anexo VIII se adjunta copia certificada del nuevo sientto [sic] de la anulación



del Acta N° 515 efectuado a folios 210 debidamente suscripto por todos los integrantes titulares de la Comisión Fiscalizadora” (fs. 946vta.).

”Respecto a las tres actas de fecha 10/09/07, las tres actas de fecha 10/10/07, las tres actas de fecha 9/11/07, las dos actas de fecha 7/12/07 y las tres actas del 13/02/08 la observación efectuada por el organismo recayó en el hecho de que las reuniones celebradas en el mismo día tenían la misma hora de inicio y finalización” (fs. 946vta.).

”En respuesta a ello informamos que respecto a las actas de fecha 10/09/07, 10/10/07, 9/11/07 y 13/02/08 en realidad las actas que tienen un mismo día y horario reflejan una única reunión, sólo que a efectos de mayor prolijidad se decidió confeccionar actas diferentes de forma tal de generar una separación formal para poder identificar con mayor facilidad el tratamiento de los estados contables de cada uno de los diferentes fideicomisos de los cuales la Sociedad es fiduciaria” (fs. 946vta./947).

”Respecto a la segunda acta de fecha 7/12/07, obrante a fojas 147 y 148 del Libro de Actas de Comisión Fiscalizadora, informamos que debido a un error involuntario de tipeo, la misma debió haber tenido fecha 14/12/07, fecha en que celebró la reunión, error que ocasionó que la misma fuera transcripta anteriormente al acta de fecha 11/12/07. Habiéndose advertido el error y la consecuente falta de correlatividad ocasionada por el mismo, a fojas 212 del Libro de Actas de Comisión Fiscalizadora se ha efectuado un asiento en el cual se deja constancia del error y se rectifica la fecha del acta respectiva. Se adjunta como Anexo IX copia certificada del asiento respectivo” (fs. 947).

”Por último, en alusión a la falta de correlatividad verificada en la transcripción de las actas de fechas 03/01/08, 8/01/08, 10/01/08, 15/01/08 y 16/01/08 y la repetición de las actas de fechas 8/01/08, 15/01/08 y 16/01/08, informamos que ello se debió a un error involuntario cometido al momento del copiado del libro que ocasionó la transposición de las actas y la reiteración en el copiado de actas ya transcriptas (actas de fecha 15/01/08 y 16/01/08). Cabe aclarar que el acta de fecha 8/01/08 no se encuentra repetida sino que existen dos actas con la misma fecha que reflejan distintos temas tratados en una misma reunión” (fs. 947).

”Dicha transposición no se advirtió sino hasta el momento de la gestión de obtención de las firmas respectivas (nótese que las actas en cuestión no se encontraban firmadas), caso contrario se habría hecho mención a ello en algún acta posterior. No obstante, advertida la falta de correlatividad, a fojas 210 del Libro de Actas de Comisión Fiscalizadora se ha efectuado un asiento en el cual se dejó constancia del error de copiado. Se adjunta como



Anexo VIII copia certificada del asiento efectuado a fojas 210 respecto de la falta de correlatividad" (fs. 947vta.).

"Se observa que, en lo que se refiere al Libro de Inventarios y Balances, surge del acta de inspección de fs. 13/14 de fecha 18/02/08 que el último registro transcripto en el Libro de Inventarios y Balances N° 240 corresponde a los estados contables de fecha 30/06/07. La Emisora envió por AIF con fecha 12/11/07 los EECC al 30/09/07 y con fecha 12/02/08 los EECC al 31/12/07 que al momento de la verificación del 18/02/08 no se encontraban transcriptos en el Libro Inventarios y Balances. Asimismo, fue detectado que, en lo referente a los EECC al 30/09/07 y 31/12/07, tanto el informe de Auditoría como el de Comisión Fiscalizadora, no dejan constancia que tales balances se encontraban pendientes de transcripción al Libro Inventario y Balances" (fs. 947vta.).

"... les hacemos saber que la falta de transcripción al momento de la inspección se ha debido a causas de índole administrativas, encontrándose a la fecha transcriptos y firmados en el Libro Inventarios y Balances N° 245 a folios 249 a 316. Asimismo, posteriormente se transcribieron y firmaron los balances por el período finalizado el 31/03/08, encontrándose así al día el Libro de Inventario y Balances de la Sociedad. Se han tomado los recaudos necesarios a fin de que los EECC se encuentren copiados al momento de su emisión en el mencionado Libro" (fs. 947vta./948).

"En relación a la falta de inclusión en los informes de la Comisión Fiscalizadora relativos a los períodos 30/09/07 y 31/12/07 de una leyenda que indique que dichos balances se encontraban pendientes de transcripción, entendemos que dicha omisión no importa incumplimiento alguno a las tareas que corresponden a los síndicos según las disposiciones de la CNV y de la Ley de Sociedades Comerciales..." (fs. 948).

"... no tratándose de casos que hayan quedado sin explicación, ni de infracciones en sentido estricto sino de defectos de carácter formal y considerando que las conductas que se imputan nada tienen de perjudicial ni peligroso, se solicita se exima a los sumariados de toda responsabilidad..." (fs. 948).

"Este pedido se funda en que debe considerarse que esta es la primera vez que se observan estas debilidades menores al sistema de control interno respecto de llevado de libros societarios. Debilidades que una vez detectadas han sido inmediatamente subsanadas por el Directorio con la activa participación de la Comisión Fiscalizadora, tomando esta última los recaudos necesarios y las medidas correctivas debidas para evitar que esto suceda nuevamente en el futuro" (fs. 948/948vta.).



"Entre los hechos imputados se encuentra la violación al artículo 61 de la Ley de Sociedades Comerciales y modificatorias y a los artículos 23 y 24 del Capítulo V de las Normas por aplicación de la Ley 22.169. Ello en virtud de haber solicitado la Sociedad autorización para llevar los libros en soportes ópticos a la Inspección General de Justicia ("IGJ") en lugar de haberlo hecho a la Comisión Nacional de Valores" (fs. 948vta.).

"Si bien la CNV es la autoridad de contralor de la Sociedad desde que ingresó al régimen de oferta pública, la presentación se efectuó en IGJ ya que la Sociedad y el auditor entendieron que se trataba de la simple continuación de un trámite que ya había sido iniciado ante la IGJ cuando esta última era competente como autoridad de control de la Sociedad. No se pidió autorización a la CNV dado que la autorización ya había sido otorgada por la IGJ en pleno ejercicio de sus funciones y con total competencia al momento de efectuar la solicitud" (fs. 949vta.).

"Lo expuesto precedentemente permite acreditar la inexistencia de infracciones a la normativa vigente. Aún cuando no se compartiera nuestra postura, sólo podría imputársele un error en la interpretación de una norma, debiéndose reconocer que no existió en ningún momento mala fe ni se ha ocasionado perjuicio alguno, ni se ha generado beneficio económico alguno para los sumariados" (fs. 950vta.).

"Se imputa a la Sociedad haber utilizado en algunas oportunidades el procedimiento de celebración de reuniones en las cuales participaron mediante videoconferencias directores que se encontraban fuera de la sede social, ello en violación a los artículos 65 de la Ley N° 17.811 (texto mod. por anexo al Decreto 677/01) y 260 de la Ley N° 19.550" (fs. 950vta.).

"Si bien es cierto que en ciertas ocasiones algunos directores participaron de reuniones de directorio a través de videoconferencias, cabe destacar que ello se impuso como necesidad para dar lugar a que los directores pudieran dar su parecer y debatir temas que se trataban en reuniones a las que no podían asistir físicamente" (fs. 950vta.).

"... sin perjuicio de lo señalado, destacamos que es intención del Directorio proponer a la próxima Asamblea de accionistas a celebrarse en el mes de octubre la reforma del artículo 15 del Estatuto a fines de incluirse expresamente la posibilidad de reunirse bajo la modalidad antes mencionada" (fs. 952/952vta.).

"La Resolución alega que no se han enviado por AIF la totalidad de las actas de la Comisión Fiscalizadora y que de los informes de dicho órgano remitidos por AIF no surge que fueran aprobados por la Comisión Fiscalizadora, violándose presuntamente lo dispuesto por el artículo 27 del Capítulo XV de las NORMAS" (fs. 952vta.).



"Al respecto señalamos que ni el artículo 27 del Capítulo XV de las NORMAS ni la RG 467 exigen el envío de las actas de Comisión Fiscalizadora por AIF. Sin perjuicio de ello, dicha supuesta omisión carece de toda relevancia si se tiene en cuenta que los informes del respectivo órgano que fueran aprobados en las citadas actas sí fueron enviados por AIF oportunamente y que dichos informes constituyen el único contenido de las actas en cuestión" (fs. 952vta.).

"En lo que respecta a la omisión de los informes emitidos por la Comisión Fiscalizadora respecto de la aprobación de los mismos por parte del citado órgano, cabe aclarar que no existe normativa alguna que imponga la obligación de dejar constancia de dicha circunstancia en los respectivos informes. Sin perjuicio de ello, tal como fuera expresado anteriormente, la falta mencionada deviene abstracta en tanto las actas de la Comisión Fiscalizadora que aprueban los respectivos informes ya han sido enviadas por la AIF con anterioridad al presente descargo" (fs. 952vta.).

"En efecto, la Resolución se demuestra aún más injusta y arbitraria al respecto, si se atiende a que ninguno de los hechos imputados ha derivado en daño alguno –puesto que el daño a los bienes jurídicos por los cuales debe velar la CNV no se ha producido, o como mínimo, los hechos carecen de entidad y potencialidad suficiente como para que se aplique sanción alguna a los sumariados y a que todas las presuntas infracciones se encuentran a la fecha subsanadas" (fs. 954).

"... máxime cuando ninguna de las supuestas faltas analizadas en el apartado III precedente han tenido por objeto ocultar o revertir decisión alguna, sino que más bien se tratan de errores formales de transcripción u omisiones que fueron subsanadas con posterioridad" (fs. 955vta.).

"En efecto, no se puede requerir que la conducta del director sea la equivalente a la de un "super hombre" que todo lo controla y todo lo sabe..." (fs. 955vta.).

"Más aún en lo que respecta a tareas de índole administrativa, las cuales, como es de público conocimiento y en función de una mayor celeridad y eficiencia en el manejo de los asuntos sociales diarios, son delegadas en la práctica al personal administrativo encargado de dichas cuestiones" (fs. 956).

"En resumen, si no hay perjuicio para el ente, tampoco hay responsabilidad para el director. Su responsabilidad nace cuando la falta de gestión haya sido causa del perjuicio sufrido por la sociedad, siempre que exista culpa o dolo del responsable" (fs. 957).



"Como es sabido, el órgano de control interno obligatorio de las sociedades anónimas, la sindicatura, tiene por principal función la fiscalización de la sociedad" (fs. 957vta.).

"A fin de evitar considerar que el cumplimiento de cualquier normativa deba ser controlada por el síndico (lo que como ya hemos expuesto impediría la correcta tutela de los derechos de los accionistas), éste debe atender a las cuestiones verdaderamente trascendentes y relevantes para éstos, desechando el control de las tareas meramente administrativas que, como es sabido y de práctica habitual en nuestro país, están a cargo del personal administrativo de la sociedad" (fs. 958vta.).

V.- DEFENSA DEL AUDITOR EXTERNO DE HSBC

Que la principal defensa del Auditor Externo de HSBC a la época de los hechos examinados, en virtud de la cual en su opinión no debería haber prosperado la instrucción del presente sumario, pueden sintetizarse del siguiente modo:

"3.1. Mi mandante ha sido imputado en su carácter de auditor externo de la Sociedad por supuestas omisiones en los informes de auditoría correspondientes a los estados contables finalizados al 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre de 2007, cuando el señor Bercholz no fue el profesional de Sibille que suscribió dichos informes." (fs. 452).

"En consecuencia, no existe elemento alguno para atribuir a mi mandante responsabilidad alguna por el contenido de informes que no fueron suscriptos por él" (fs. 452).

VI.- HECHOS RECONOCIDOS POR HSBC, SUS DIRECTORES Y SÍNDICOS TITULARES A LA ÉPOCA DE LOS HECHOS EXAMINADOS

Que, como antes se adelantara, las cuestiones a determinar mediante la instrucción del presente sumario respecto de la emisora, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados, se vinculan con presuntas infracciones de la normativa vigente relacionadas con: a) la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables societarios de HSBC por medios ópticos; b) la falta de firmas, transcripción, correlatividad y de datos en ciertas actas y registros de los libros sociales de HSBC; c) falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el Libro Inventario y Balances de HSBC; d) falta de previsión en el Estatuto de la emisora de la posibilidad de la celebración de reuniones por parte de su órgano de administración mediante el procedimiento de la videoconferencia; e) la falta de remisión vía AIF a este Organismo de la totalidad de las actas de la Comisión Fiscalizadora de HSBC, así como la falta de constancia de aprobación de sus informes; f) la falta de transcripción de los informes referidos a ciertos



fideicomisos en las actas de la Comisión Fiscalizadora; g) que no se mencionó en los informes de la Comisión Fiscalizadora la falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el Libro Inventario y Balances de HSBC; y h) que en los informes de la Comisión Fiscalizadora de HSBC correspondientes a los estados contables al 30/06/07, 30/09/07 y 31/12/07, no se mencionó la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables de HSBC por medios ópticos; todas cuestiones en posible infracción a la normativa vigente.

Que, a título preliminar, debe recordarse que HSBC reconoció, ratificó y firmó las actas de las verificaciones efectuadas en la emisora los días 15/02/08 (fs. 10/12), 18/02/08 (fs. 13/14) y 26/02/08 (fs. 237/238), sin formular observación alguna respecto de la autenticidad de lo consignado por los funcionarios públicos intervinientes en la inspección.

Que con asiento en las cuestiones advertidas por los funcionarios de este Organismo con motivo de dichas inspecciones, se instruyó el presente sumario.

Que lo consignado por un funcionario público en un instrumento público goza de plena fe pública hasta tanto sea redargüido de falsedad, lo que no acaeció en autos.

Que "esta función de la fe pública, a través del documento, tiene un aspecto sustancial y otro procesal: aquél, en cuanto le da certidumbre a los derechos y a las relaciones jurídicas, en su ejercicio extraprocesal, al crear una "sensación de pacífica certidumbre", que contribuye a la realización espontánea del derecho; éste, porque influye en la eficacia probatoria del documento, si es llevado a un proceso" (COUTURE, Eduardo J., El concepto de fe pública, Estudios de Derecho Procesal Civil, ed. 1.949, t. II, págs. 86/87; ECHANDÍA, Hernando Devis, Teoría General de la Prueba Judicial -Tomo II-, pág. 509, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1988).

Que, en cuanto a la naturaleza jurídica del acta de la inspección, se ha dicho que: *"Como el acta es elaborada por un funcionario público, se trata de documento público y goza de autenticidad"* (ECHANDÍA, Hernando Devis, ob. cit., Tomo II-, pág. 458).

Que, respecto del valor probatorio de los documentos públicos, ECHANDÍA enseña que *"... gozan de un valor probatorio pleno y erga omnes, como consecuencia de la fe pública que el legislador les reconoce, mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnados en forma legal..., en cuanto al hecho de haber sido otorgados, a su fecha, al lugar donde se otorgaron o elaboraron, a quienes intervinieron en el acto y a su texto; es decir, forma plena prueba frente a todo el mundo (mientras no se demuestre su falsedad) lo referente a dónde, cuándo, cómo y por quiénes se otorgaron... Entre las partes, su contenido hace también*



plena prueba en lo dispositivo y en las enunciaciones vinculadas directamente a aquello..." (ECHANDÍA, Hernando Devis, ob. cit.-Tomo II-, pág. 557).

Que con relación a las principales defensas –las cuales son comunes- de HSBC, sus directores y síndicos a la época de los hechos examinados, en virtud de las cuales no debería haber prosperado la instrucción del presente sumario, paradójicamente éstas no han hecho más que reconocer muchas de las imputaciones efectuadas en el marco del presente sumario, toda vez que se han limitado a pretender justificar el incumplimiento mas no su acaecimiento fáctico.

Que, en este sentido, LESSONA sostuvo que *"no está controvertido lo que ya está probado mediante confesión de la parte"* (LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Tomo I, núm. 168, págs.209/210, Ed. Reus, Madrid, 1928).

Que *"cuando la ley exime de prueba al hecho por no discutirse o negarse, en realidad presume su admisión"* (ECHANDÍA, Hernando Devis, ob. cit, Tomo I, pág. 194).

Que, en tal caso, como dice ROSENBERG *"la ley confiere a la no discusión los efectos de la ficción de la confesión"* (ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Tomo II, pág. 217, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955).

Que *"los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba"* (COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, págs. 223/224, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977).

Que se pasan a destacar las cuestiones reconocidas por los sumariados antes aludidos.

Que HSBC, sus directores y síndicos han reconocido la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables societarios de HSBC por medios ópticos según lo previsto por el artículo 61 de la Ley N° 19.550, artículos 1° inciso c) y 2° de la Ley N° 22.169, artículos 23 y 24 del Capítulo V de las NORMAS (NT 2001 y mod.), al explicar que *"Si bien la CNV es la autoridad de contralor de la Sociedad desde que ingresó al régimen de oferta pública, la presentación se efectuó en IGJ ya que la Sociedad y el auditor entendieron que se trataba de la simple continuación de un trámite que ya había sido iniciado ante la IGJ cuando esta última era competente como autoridad de control de la Sociedad"* (el subrayado no consta en el original) (fs. 949vta.).

Que el temperamento adoptado por la sociedad imposibilitó la función de control que corresponde a la CNV, al ser esta desplazada por la IGJ a pedido de HSBC.



Que los sumariados reconocieron la falta de firmas en las actas de Directorio N° 857, 858, 859, 861 y 862 -imposibilitando la determinación del quórum que sesionó en los términos del artículo 260 de la Ley N° 19.550- al dejar constancia *"que la omisión observada por vuestro organismo se ha originado en dificultades relacionadas con la gestión y coordinación de firmas, principalmente debido a la época del año en la que las reuniones fueron celebradas – básicamente diciembre 2007 a mediados de febrero de 2008, es decir fines y comienzos de año-, tiempo dedicado principalmente al receso vacacional no solo de los directores sino del personal administrativo encargado de la tarea de recolección de firmas"* y resaltar *"que la omisión de firmas ya ha sido subsanada. Se adjunta como Anexo II copia certificada de las Actas N° 857, 858, 859, 861 y 862 debidamente firmadas"* (fs. 943).

Que también afirmaron en su descargo citando a VERON que *"la ley de sociedades no determina el momento para la confección y firma del acta, (de directorio) por lo que es atinado aplicar los usos y costumbres en la materia: deben confeccionarse antes de la sesión siguiente, leyéndose en ésta su contenido para su aprobación y firma"* (fs. 942vta.).

Que entre las actas de Directorio cuestionadas por esta CNV se encuentran las N° 857 y 858, siendo concluyente observar que, de acuerdo a los dichos de los propios sumariados, al momento en que se celebró la reunión de directorio que aprobó el acta N° 858 debió haberse firmado íntegramente el acta de directorio N° 857, lo cual no acaeció y fue observado por esta CNV.

Que la sociedad, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados, han reconocido la falta de transcripción de ciertas actas en los libros sociales de HSBC, en los términos de lo previsto por el artículo 33 inciso 2° del Código de Comercio al explicar: *"Respecto a las actas N° 860 y 861, de fecha 31/01/08 y 11/02/08 respectivamente, la inspección verificó que al día 15/02/08 las mismas no se encontraban transcriptas al libro respectivo. No obstante, en la segunda inspección efectuada el día 26/02/08 el organismo pudo constatar su efectiva transcripción, pero no su firma. Asimismo, se observó que el Acta N° 861 fue enviada por AIF previo a su transcripción y firma... dejamos constancia que las Actas mencionadas se encuentran a la fecha debidamente transcriptas y firmadas. Se adjunta como Anexo III copia certificada del acta N° 860 y 861"* (fs. 943/943vta.).

Que los nombrados han reconocido la falta de correlatividad en la transcripción de las actas de fechas 03/01/08, 8/01/08, 10/01/08, 15/01/08 y 16/01/08 y la repetición de las actas de fechas 8/01/08, 15/01/08 y 16/01/08, en los términos de lo establecido por los artículos 33 inciso 2° y 54 del Código de Comercio, al afirmar *"que ello se debió a un error involuntario cometido al momento del copiado del libro que ocasionó la transposición de las actas y la*



reiteración en el copiado de actas ya transcritas (actas de fecha 15/01/08 y 16/01/08). Cabe aclarar que el acta de fecha 8/01/08 no se encuentra repetida sino que existen dos actas con la misma fecha que reflejan distintos temas tratados en una misma reunión"; y agregar que "Dicha transposición no se advirtió sino hasta el momento de la gestión de obtención de las firmas respectivas (nótese que las actas en cuestión no se encontraban firmadas), caso contrario se habría hecho mención a ello en algún acta posterior. No obstante, advertida la falta de correlatividad, a fojas 210 del Libro de Actas de Comisión Fiscalizadora se ha efectuado un asiento en el cual se dejó constancia del error de copiado. Se adjunta como Anexo VIII copia certificada del asiento efectuado a fojas 210 respecto de la falta de correlatividad" (fs. 947/947vta.).

Que debe recordarse que la última parte del artículo 44 del Código de Comercio establece la obligación a cargo del comerciante de llevar, además de los libros Diario e Inventarios y Balances, aquellos libros registrados que le exijan la importancia y la naturaleza de sus actividades, participando en el caso de tal categoría, los libros de actas de directorio, de asamblea, de registro de asistencia y de comisión fiscalizadora.

Que HSBC, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados reconocieron la falta de inclusión de ciertos datos en el folio 3 del Libro Depósito de Acciones y Registro de Asistencia N° 2, según lo previsto por el artículo 25 del Capítulo II de las NORMAS (NT 2001 y mod.), al aseverar que "Se observa que a fojas 26/27 faltan los datos de inscripción registral de las sociedades que figuran como accionistas, en infracción a lo dispuesto por el inciso a) del artículo 25 del Capítulo II de las NORMAS", no siendo suficiente a efectos de descartar la configuración de infracción la posterior aclaración según la cual "Sin perjuicio de ello, ni bien se advirtió la omisión, se efectuó un nuevo asiento a fojas 5 del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas N° 2, en el cual se detalló los datos faltantes en los registros originales, encontrándose dicho asiento debidamente firmado por los representantes de las sociedades accionistas, el Presidente y Síndico de la Sociedad. Como Anexo VI se adjunta copia certificada de las fojas 5 del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a las Asambleas N° 2" (fs. 947/947vta.).

Que los nombrados reconocieron la falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el Libro Inventario y Balances de HSBC conforme con los artículos 33 inciso 2°, 48 y 52 del Código de Comercio, ya que afirmaron: "Se observa que, en lo que se refiere al Libro de Inventarios y Balances, surge del acta de inspección de fs. 13/14 de fecha 18/02/08 que el último registro transcrito en el Libro de Inventarios y Balances N° 240 corresponde a los estados contables de fecha 30/06/07. La Emisora envió por AIF con fecha 12/11/07 los EECC al 30/09/07 y con fecha 12/02/08 los EECC al 31/12/07 que al momento de la verificación del 18/02/08 no se encontraban transcritos en el Libro



Inventarios y Balances. Asimismo, fue detectado que, en lo referente a los EECC al 30/09/07 y 31/12/07, tanto el informe de Auditoría como el de Comisión Fiscalizadora, no dejan constancia que tales balances se encontraban pendientes de transcripción al Libro Inventario y Balances” (el subrayado no consta en el original) (fs. 947vta.).

Que a fin de desvirtuar este cargo no basta la posterior explicación conforme a la cual *“la falta de transcripción al momento de la inspección se ha debido a causas de índole administrativas, encontrándose a la fecha transcriptos y firmados en el Libro Inventarios y Balances N° 245 a folios 249 a 316. Asimismo, posteriormente se transcribieron y firmaron los balances por el período finalizado el 31/03/08, encontrándose así al día el Libro de Inventario y Balances de la Sociedad. Se han tomado los recaudos necesarios a fin de que los EECC se encuentren copiados al momento de su emisión en el mencionado Libro”* (fs. 947vta.).

Que los sumariados reconocieron la falta de previsión en el Estatuto Social de la posibilidad de celebrar reuniones por parte de su órgano de administración mediante videoconferencia, según lo normado por los artículos 65 de la Ley N° 17.811 y 260 de la Ley N° 19.550, al explicar: *“Si bien es cierto que en ciertas ocasiones algunos directores participaron de reuniones de directorio a través de videoconferencias, cabe destacar que ello se impuso como necesidad para dar lugar a que los directores pudieran dar su parecer y debatir temas que se trataban en reuniones a las que no podían asistir físicamente.”* (fs. 950vta.).

Que por ello, no es suficiente a efectos de rebatir el cargo formulado la *“intención del Directorio [de] proponer a la próxima Asamblea de accionistas a celebrarse en el mes de octubre la reforma del artículo 15 del Estatuto a fines de incluirse expresamente la posibilidad de reunirse najo la modalidad antes mencionada”* (fs. 952/952vta.).

Que con relación a la falta de envío vía AIF de la totalidad de las actas de la Comisión Fiscalizadora de HSBC, los nombrados han argumentado *“que ni el artículo 27 del Capítulo XV de las NORMAS ni la RG 467 exigen el envío de las actas de Comisión Fiscalizadora por AIF. Sin perjuicio de ello, dicha supuesta omisión carece de toda relevancia si se tiene en cuenta que los informes del respectivo órgano que fueran aprobados en las citadas actas sí fueron enviados por AIF oportunamente y que dichos informes constituyen el único contenido de las actas en cuestión”* (fs. 952vta.).

Que en este sentido, cabe señalar que el punto 15 del Criterio Interpretativo de la RG CNV N° 467 (disponible en <http://www.cnv.gov.ar/LeyesReg/CNV/esp/CRI21.htm>) señala que las actas de la Comisión Fiscalizadora deben ser ingresadas conjuntamente a los estados contables cuando sean accesorias a ellos o, de lo contrario, bajo el acceso *“Actas de*



Comisión Fiscalizadora”, no resultando de la prueba reunida en el expediente que los nombrados hayan publicado las actas de la Comisión Fiscalizadora de HSBC de ninguna de las maneras previstas.

Que, en consecuencia, debe tenerse por configurada dicha infracción normativa.

Que en cuanto a la falta de constancia de la aprobación de los informes de la Comisión Fiscalizadora de HSBC, la sociedad, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados sostuvieron *“que no existe normativa alguna que imponga la obligación de dejar constancia de dicha circunstancia en los respectivos informes. Sin perjuicio de ello, tal como fuera expresado anteriormente, la falta mencionada deviene abstracta en tanto las actas de la Comisión Fiscalizadora que aprueban los respectivos informes ya han sido enviadas por la AIF con anterioridad al presente descargo”* (fs. 952vta.).

Que sin embargo, la aprobación de los informes de la Comisión Fiscalizadora se acredita precisamente mediante el envío vía AIF de las actas correspondientes, las cuales como antes se expusiera y fuera reconocido por los nombrados, no fueron remitidas oportunamente de esa manera, lo que impidió verificar si los informes publicados habían sido aprobados o no por la Comisión Fiscalizadora.

Que los nombrados reconocieron la falta de transcripción de los informes de ciertos fideicomisos en las actas de la Comisión Fiscalizadora, en los términos del artículo 27 del Capítulo V de las NORMAS (NT 2001 y mod.), ya que afirmaron: *“Con relación al acta de fecha 8/02/08 (fojas 76/77 del expediente y folios 162 a 163 del Libro), se informa que la misma fue anulada con posterioridad a las inspecciones efectuadas por vuestro organismo en razón de haberse omitido transcribir en dicha acta los informes correspondientes a algunos de los fideicomisos analizados, habiéndose transcripto a folios 169 a 173 nuevamente el acta de fecha 8/02/08 con la inclusión de todos los informes relativos a los fideicomisos considerados en la respectiva reunión. Tanto el asiento de la anulación como la transcripción de la nueva acta de fecha 8/02/08 han sido suscriptas por la totalidad de los Síndicos titulares”* (fs. 946).

Que este reconocimiento se ve reforzado al exponer HSBC, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados que *“una cosa es sostener que los libros de comercio deben ser llevados en legal forma y otra muy distinta es pretender que jamás pueda ocurrir el menor formal y que, de ocurrir alguno, la Sociedad, sus administradores y síndicos deban ser condenados sin remedio, aún cuando no haya existido mala fe ni se haya causado el menor perjuicio”* (fs. 941).



Que no es suficiente a efectos de desestimar el cargo formulado la caracterización de las infracciones *"como faltas leves y exentas de responsabilidad en sede societaria conforme el artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales"* (fs. 942vta.) y la consideración de ser ésta *"la primera vez que se observan estas debilidades menores al sistema de control interno respecto de llevado de libros societarios. Debilidades que una vez detectadas han sido inmediatamente subsanadas por el Directorio con la activa participación de la Comisión Fiscalizadora, tomando esta última los recaudos necesarios y las medidas correctivas debidas para evitar que esto suceda nuevamente en el futuro"* (fs. 948/948vta.).

Que la simple lectura de los argumentos transcriptos permite concluir que a la fecha de los hechos examinados HSBC no contaba con una organización administrativa que le permitiera atender adecuadamente los deberes de información propios del régimen de oferta pública, requisito que, conforme lo previsto por el artículo 10 inciso c) del Capítulo VI de las NORMAS (NT 2.001 y mod.), debe mantenerse durante su permanencia en el régimen.

VII.- LA ESGRIMIDA FALTA DE PERJUICIO COMO EXIMICIÓN DE RESPONSABILIDAD DE HSBC, SUS DIRECTORES Y SÍNDICOS TITULARES A LA ÉPOCA DE LOS HECHOS EXAMINADOS. APLICABILIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Que HSBC, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados afirmaron *"que, dado que las objeciones formuladas implican supuestas infracciones no sustanciales francamente inocuas, no corresponde efectuar cargo ni aplicar sanción alguna a la Sociedad, sus administradores o síndicos, más aún cuando de las mismas no se ha derivado daño o perjuicio alguno, siendo el daño o perjuicio uno de los criterios principales a la hora de ponderar el quantum de las sanciones a aplicar conforme el artículo 10 del decreto 677/01"* e insistieron en *"que ninguno de los hechos imputados ha derivado en daño a los bienes jurídicos por los cuales debe velar la CNV, así como tampoco las infracciones pueden considerarse generadoras de peligro alguno para el mercado de capitales"* (fs. 941/941vta.).

Que a este respecto, cabe recordar que la responsabilidad derivada de la violación de la ley, estatuto o reglamento, no es por los daños producidos por tales actos, sino por la mera infracción al orden jurídico que regula la vida societaria (conf. MASCHERONI, El directorio de la sociedad anónima, Buenos Aires, 1978, pág. 109).

Que es central en la competencia de esta CNV su función de control de quienes *"intervengan directa o indirectamente en la oferta y negociación pública de títulos valores, cualquiera sea la forma o medio utilizado"* (Cap. 4° de la Exposición de Motivos de la Ley N° 17.811), ya que le corresponde *"fiscalizar el cumplimiento de las normas legales, estatutarias y reglamentarias"* (art. 6° inc. f) de la Ley N° 17.811).



Que este Organismo tiene jurisdicción administrativa y aplica el Derecho Administrativo sancionador, en el cual se contemplan infracciones administrativas.

Que, en este sentido, la Jurisprudencia ha expresado que "... *el Derecho Administrativo tiene principios ignorados por el Derecho Penal, como la preponderancia del elemento objetivo sobre el intencional...*" ("Banco Alas Cooperativo Ltda. (en liquidación) y otros c/ Banco Central de la República Argentina - Resolución Nº 154/94" - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala II, 19/02/98).

Que según Nieto, y a diferencia del Derecho Penal, en el Derecho Administrativo sancionador la regla es la de los "ilícitos de riesgo", la infracción de la norma constituye cabalmente la esencia de la infracción (Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 37/38, 2000, Ed. Tecnos, Madrid), es decir, que no se trata de evitar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca (riesgo abstracto).

Que de esta manera, el riesgo abstracto es el riesgo potencial producido por una acción u omisión independientemente de que se realice, o no, en el momento de la comisión, desalentando al legislador la producción de riesgo potencial.

Que esta CNV ha sido conteste al señalar (cfr. Resoluciones Nº 13.608 del 02/11/00; 13.851 del 20/06/01), que una vez constatado el incumplimiento, no resulta necesario demostrar que ello ocasionó un perjuicio a terceros para poder aplicar sanción en el sumario; habiendo establecido al respecto la Cámara Comercial de esta Ciudad que "...*con tal criterio puede dejarse de lado toda norma que garantice las operaciones de bolsa, pues no habría sanción si no se prueba luego un perjuicio...*" (conf. Dictámenes Nº 53.504, in re "Pérez Iturraspe, Eduardo - Mercado de Valores" y en la causa Nº 54.848 "Soto, José J.", del 26/03/84 y 26/03/85, respectivamente; éste último fallo concordante de la Sala E de la CNCom de esta Ciudad, del 08/10/85).

Que respecto del ámbito de la oferta pública, la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza resaltó que, dados los intereses en juego y las modalidades propias del ámbito que se regula, es lógica la exigencia de múltiples recaudos, establecidos a veces por la misma ley, y otras en las reglamentaciones de esta CNV; por ello, a efectos de promover el control, la eficacia, seguridad y transparencia de los mercados, el incumplimiento de los recaudos exigidos por la ley y esta CNV, configuran infracciones, más allá de las efectivas consecuencias que puedan aparejar, ya que el sistema necesita de su cumplimiento formal (C.F.Ap. Mza., Sala B, in re "BOLSA DE COMERCIO DE SAN JUAN s/ Verificación 28/08/95", 01/09/00, citado asimismo por C.F.Ap. Mza., Sala A, in re "MONTEMAR CÍA. FIN. S.A. s/



Recurso de Apelación – Arts. 14, Ley 17.811”, 25/09/01; cit. por Res. CNV N° 13.944 del 14/09/01).

Que esta CNV ha establecido en forma terminante (cfr. Res N° 14.652 del 09/10/03) que *"la sola aptitud de generar perjuicio de cualquier naturaleza que éste fuera, por el incumplimiento de la normativa de la CNV, configura la infracción"*.

VIII.- PLANTEO DE NULIDAD INTRODUCIDO POR HSBC Y SUS DIRECTORES Y SÍNDICOS TITULARES SUMARIADOS

Que respecto de la presunta arbitrariedad e injusticia de la Resolución N° 15.940 esgrimida a fs. 954, dicho planteo debe ser rechazado por los motivos precedentemente expuestos y por tratarse de un acto administrativo válido que reúne los requisitos esenciales de competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación y finalidad (conf. art. 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549), ya que ha sido dictado por autoridad competente, sustentado en los hechos y antecedentes que le sirven de causa, tales como los dictámenes en los que fue fundado; con objeto cierto; antes de su emisión se cumplieron los procedimientos esenciales y sustanciales en cuanto a los actos de trámite y preparatorios que le preceden; ha sido motivado por haberse expresado en forma concreta las razones que inducen a emitirlo, para cumplir con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor.

Que el requisito establecido en el artículo 7° inciso e) de la Ley N° 19.549 -que impone que el acto debe ser motivado- fue cumplido, ya que la Resolución cuya nulidad se plantea fue dictada por este Organismo en el marco de sus atribuciones y habiendo satisfecho la exigencia en cuanto al dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico que sugirieron ese curso de acción, y por otra parte implicó el inicio de un proceso administrativo que tiene como finalidad determinar posibles infracciones al deber de información, que surgen de las constancias agregadas al expediente.

Que, asimismo, en todo momento se garantizó la defensa en juicio de los derechos de los sumariados en los términos de las previsiones del artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que la Resolución cuestionada precisa el hecho constitutivo de los cargos y las normas posiblemente transgredidas.

Que abonando lo anterior, los sumariados ejercieron su derecho de defensa en relación con los cargos imputados, mediante la interposición de los descargos correspondientes, la concurrencia a audiencia preliminar y la presentación de memoriales.



Que conforme surge de estos actuados, HSBC, sus directores y síndicos titulares a la época de los hechos examinados se extendieron enteramente sobre todas y cada una de las cuestiones objeto de debate, por lo que pudieron ejercer plenamente su defensa.

Que como aserción de lo anterior sirve recordar que los sumariados aludidos *"no han determinado las específicas defensas y alegaciones que se habrían visto privados de efectuar, resultando ineficaz la sola invocación del menoscabo a su derecho de defensa en juicio..."* (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 2, 18/09/07, *"Gioda, Pedro D. y otros c/ Banco Central de la República Argentina"*) para justificar el vicio meramente invocado.

Que la procedencia de planteos de nulidad (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 2, 29/04/08 *"Cerviño, Guillermo A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina"*) *"exige la acreditación de un daño serio e irreparable que no se pueda ser subsanado sino por medio de esa declaración, circunstancia que no se advierte en el caso"*.

IX.- ABSOLUCIÓN DEL CARGO POR POSIBLE INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 45 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Que no surge de la prueba colectada en el expediente, que HSBC, los directores y síndicos titulares de HSBC a la época de los hechos examinados, hubieren cometido infracción del artículo 45 del Código de Comercio, debiéndose sin más absolver a los nombrados de las imputaciones formuladas al respecto.

X).- RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES, SÍNDICOS Y AUDITOR EXTERNO DE HSBC

X).- a) RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES

Que con relación a la responsabilidad de los directores de HSBC deben efectuarse las siguientes consideraciones.

Que debe destacarse que esta CNV es plenamente competente para determinar, en función de la actividad de control que ejerce y de los intereses comprometidos, si los administradores de sociedades en el régimen de oferta pública han sido diligentes en el manejo del patrimonio societario, con sujeción a lo dispuesto por los artículos 59 y 274 de la Ley N° 19.550 (no siendo esta una facultad privativa de los accionistas de la emisora).

Que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados a los efectos de formular un cargo, como se atribuye al actuar diligente del "buen hombre de negocios", no es en sí mismo



incompatible con el principio de tipicidad de las infracciones (cita de jurisprudencia en Nieto, Alejandro, ob. cit, pág. 296).

Que, asimismo, en el sistema de responsabilidad diseñado por la Ley N° 19.550, ella es solidaria e ilimitada respecto de los directores y síndicos en cuanto al cumplimiento de la ley en sentido material, vocablo que refiere a todo el ordenamiento jurídico -incluyendo las NORMAS (NT 2001 y mod.) de esta CNV- aplicable a HSBC (conf. Expte. CNV N° 797/95 - "Bolsa de Comercio de San Juan S.A. s/verificación del 28-8-95"; Resolución N° 13.190 del 30/12/99).

Que al ser HSBC una sociedad anónima, es de aplicación al presente caso el artículo 59 de la Ley N° 19.550, que dispone: "*Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión*".

Que ese artículo 59 señala el principio legal aplicable a todos los administradores sociales, al determinar dos cartabones de conducta básicos: el deber de obrar con lealtad y deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Que el deber de obrar con lealtad es la contrapartida de la confianza depositada por los socios en la designación, y se vincula con el plexo de facultades de las cuales ha sido investido el administrador para el cumplimiento del objeto social: facultades que, obviamente, han de ser ejercidas en el interés social (conforme BAIGÚN, David y BERGEL, Salvador D., *El Fraude en la Administración Societaria*, Ed. Depalma, 1991); y al decir de PUIG BRUTAU "*se trata de una situación que impone el deber de atender a lo ajeno con preferencia a lo propio*" (conforme Resolución N° 15.256 del 01/12/05), todo lo cual no ha sido observado por HSCBC en el asunto bajo examen.

Que el deber de lealtad debe traducirse en una conducta que no esté en contra de los intereses de la sociedad, que tenga en miras la satisfacción del interés común, "*(...) no satisfaciendo los intereses de la mayoría, sino los comunes a todos los socios.*"; "*(...) De no cumplirse con esta obligación, los administradores se convertirían en instrumentos de la opresión de los socios minoritarios por los mayoritarios, hipótesis particularmente peligrosa debido a que los administradores serán normalmente elegidos por quienes representen a la mayoría de capital*" (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario -Parte General - Los órganos societarios*, pág. 238, Ed. Heliasta, 1993).



Que pese a lo señalado por los directores sumariados a fs. 955vta./956 al afirmar que *"no se puede requerir que la conducta del director sea la equivalente a la de un "súper hombre" que todo lo controla y todo lo sabe... más aún en lo que respecta a tareas de índole administrativa, las cuales, como es de público conocimiento y en función de una mayor celeridad y eficiencia en el manejo de los asuntos sociales diarios, son delegadas en la práctica al personal administrativo encargado de dichas tareas"*, no se trata de exigirles una conducta extraordinaria, heroica o sacrificada; simplemente el administrador debe priorizar la defensa y atención de los intereses que le han sido confiados a su administración, y de manera profesional.

Que por su parte, la diligencia de un *"buen hombre de negocios"* importa la exigencia de que, en el ejercicio de sus funciones, el administrador observe los recaudos básicos que posibiliten el adecuado funcionamiento del ente, tanto en la gestión operativa como en la organización interna; y para ello se torna imprescindible que el administrador -conforme a la naturaleza y relevancia de la empresa- se conduzca con la capacidad, contracción al trabajo y conocimientos técnicos que contribuyan al mejor logro del objeto social.

Que es evidente que no resulta lo mismo, a los fines de determinar y calibrar la responsabilidad de los directores, administrar una modesta sociedad cerrada de familia, que un banco o una gran empresa fabril, donde es dable exigir capacidad técnica adecuada y mayor contracción al trabajo (cfr. arg. Resolución CNV N° 15.256 del 01/12/05).

Que en definitiva, la diligencia de un buen hombre de negocios establecida por el artículo 59 de la Ley N° 19.550 fija un estándar de conducta con el que el legislador ha pretendido idoneidad y eficiencia en el desempeño de las funciones de los administradores y representantes de la sociedad; y el patrón de apreciación de conducta que brinda este artículo impone la previsión de acontecimientos que no resultan absolutamente desacostumbrados en el ámbito de la actividad de la que se trata según la experiencia común (CNCom., Sala D, 09/11/95, *"Estancia Procreo Vacunos S.A. c. Lenzi Carlos, y otros"*).

Que según VERÓN, la noción del *"buen hombre de negocios"* establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos (VERÓN, Alberto, *Sociedades Comerciales*, Ley N° 19.550 y modificatorias Comentada, Anotada y Concordada, Tomo I, Ed. Astrea, 1993).

Que coincidentemente se ha dicho respecto del concepto de *"buen hombre de negocios"*, que ello *"implica experiencia, y por tanto requiere conocimiento de las actividades configurativas"*



del objeto social de la sociedad administrada..." (BORETTO, *Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Anónimas*, 2006, pág. 23, y doct. allí citada).

Que ello debe apreciarse según las circunstancias de personas, tiempo y lugar -art. 512 del Código Civil-, y la actuación presumible de un comerciante experto ante las mismas -art. 902 del Código Civil, que prescribe: "*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*"- (OTAEGUI, *Administración Societaria*, pág. 133).

Que el artículo 8º del Anexo aprobado por el Decreto delegado N° 677/01 establece que: "... *En el ejercicio de sus funciones las personas que a continuación se indican deberán observar una conducta leal y diligente. En especial: a) Los directores, administradores y fiscalizadores de las emisoras, estos últimos en las materias de su competencia, deberán: ...*

IV) Procurar los medios adecuados para ejecutar las actividades de la emisora y tener establecidos los controles internos necesarios para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes que la normativa de la COMISION NACIONAL DE VALORES y de las entidades autorreguladas les impone;

V) Actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la preparación y divulgación de la información suministrada al mercado y velar por la independencia de los auditores externos...".

Que la jurisprudencia ha dicho que: "... *la responsabilidad del directorio de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno de una manera que cualesquiera sean las funciones que efectivamente cumple un director, su conducta debe ser juzgada en función de la actividad obrada por el órgano. Ello, aunque el imputado alegue que su función fue meramente nominal o no haya actuado efectivamente en los hechos que se reputan disvaliosos, pues es función de cualquier integrante del órgano de conducción la de controlar la calidad de la gestión empresarial. Su incumplimiento da lugar a una suerte de culpa in vigilando, pues el distingo entre la condición de administradores y su ejercicio efectivo, antes de dispensarlos de responsabilidad, la agrava, porque comporta haberse desinteresado de la conducción que les estaba encomendada, desatendiendo de las consecuencia de proceder que debieron haber vigilado.*" (conf. CNCom, Sala E, Expte. N° 84.227/95 - "BANCO MEDEFIN S.A. s/retardo en la presentación de información contable", ED del 05/12/96).

X.- b) RESPONSABILIDAD DE LOS SÍNDICOS

Que los síndicos sumariados alegaron que las cuestiones imputadas en el presente sumario son de índole formal, fácilmente excusables y en modo alguno atribuibles a ellos.



Que en este sentido, a fs. 958vta. los nombrados afirmaron: *"A fin de evitar considerar que el cumplimiento de cualquier normativa deba ser controlada por el síndico (lo que como ya hemos expuesto impediría la correcta tutela de los derechos de los accionistas), éste debe atender a las cuestiones verdaderamente trascendentes y relevantes para éstos, desechando el control de las tareas meramente administrativas que, como es sabido y de práctica habitual en nuestro país, están a cargo del personal administrativo de la sociedad"*.

Que según el artículo 294 inciso 9º) de la Ley N° 19.550, es atribución del síndico -y no facultad, por lo que no depende de él su ejercicio, sino que está obligado a ejercerla- vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias, siendo la razón de ser de dicho control de legalidad prevenir abusos en detrimento de la sociedad o de los intereses sociales.

Que la falta -deliberada o no- del debido ejercicio de las múltiples obligaciones que la ley le impone a la sindicatura la hace incurrir en gravísima falta, conforme lo ha resuelto reiterada jurisprudencia (Dictamen N° 66.266 del 27/04/92, in re *"Comisión Nacional de Valores - Cía. Argentina del Sud S.A. s/ verificación contable"*, Sala C, CNCom 07/10/92; Resolución CNV N° 13.275, Expte. N° 1006/99 *"Papelera Tucumán s/ retardo en presentación de información contable"*).

Que si bien los síndicos no están a cargo de la ejecución de los actos de administración de una sociedad, comprometen igualmente su responsabilidad por los actos de los órganos ejecutivos, 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 de los administradores y, efectuar las denuncias pertinentes al detectar situaciones anormales, inusuales o sospechosas (conf. art. 294 incisos 1º y 9º LSC; art. 20 y 21, Ley N° 25.246; ver Wainstein, *Ley de Lavado de dinero. Nuevas Obligaciones para auditores y síndicos societarios*, ERREPAR, Agosto 2004, tomo V, N° 59, pág. 717).

Que sus obligaciones le imponen exigir que los negocios sociales se ajusten estrictamente a la normativa vigente; así se ha establecido que *"resulta atribuido a la sindicatura no sólo un control en el sentido estricto al que alude el recurrente, sino también una vigilancia que va mucho más allá de las meras verificaciones contables y una responsabilidad condigna"* (conf. Cam. Nac. Cont. Adm., Sala 3ª; in re *"Pérez Álvarez"*, 04/07/86), por lo que no puede limitarse a salvaguardar el patrimonio social, sino que debe constituirse en garantía de una correcta gestión y la tutela del interés público (conf. Sala 3ª, *"Banco Credicoop Coop. Ltda."*, 10/05/84).



Que mientras el Código de Comercio otrora sólo permitía al síndico convocar la asamblea para darle cuenta de las infracciones del directorio, la Ley N° 19.550 le ha impuesto adoptar medidas para destruir las decisiones contrarias a la ley, reglamento, estatuto o decisiones asamblearias, de los órganos sociales de administración y gobierno.

Que, en este sentido, cabe recordar que el artículo 274 de la Ley N° 19.550 prescribe: "*Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo (...) así como por la violación de la ley...*", mientras que el artículo 296 establece "*Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les impone la ley, el estatuto y el reglamento...*".

Que si una sociedad incumple las disposiciones de esta CNV, a las cuales se sujetó en forma voluntaria, contraviene el ordenamiento legal y ese acto debe ser señalado por los síndicos al tomar conocimiento de ello.

Que pese a tratarse de una sociedad abierta los síndicos no adoptaron ninguna medida tendiente a la corrección de lo observado.

X.- c) RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR EXTERNO - ABSOLUCIÓN

Que la Resolución N° 15.940 imputó al auditor externo de HSBC no mencionar en sus informes correspondientes a los estados contables de HSBC al 30/06/07, 30/09/07 y 31/12/207, la falta de autorización de esta CNV para el llevado de los libros contables de HSBC por medios ópticos, ni la falta de transcripción de los estados contables al 30/09/07 y 31/12/07 en el Libro Inventario y Balances.

Que el auditor sumariado alegó como principal defensa en su descargo a fs. 452, que él no fue el profesional del estudio de auditores Sibille que suscribió los informes aludidos en el párrafo precedente y que no existía por ende elemento alguno para atribuirle responsabilidad por el contenido de tales informes.

Que conforme surge de la prueba reunida en el expediente, el auditor externo que firmó los informes de auditoría externa correspondientes a los estados contables al 30/06/07, 30/09/07 y 31/12/07 fue el Sr. Guillermo Carlos CALCIATI y no el sumariado, Sr. Claudio Norberto BERCHOLC (fs. 464/602), por lo que corresponde absolver a éste último de los cargos imputados en el artículo 5° de la Resolución N° 15.940.



XI.- CONCLUSIÓN

Que en razón de todos los motivos de hecho y de derecho precedentemente expuestos, corresponde tener por configurados todos los cargos que motivaron la instrucción de este sumario, con excepción de las absoluciones mencionadas en los puntos IX y X acápite c) de la presente.

Que como atenuante, se tiene presente que los sumariados no registran antecedentes disciplinarios en los términos previstos en el último párrafo del artículo 10 de la Ley N° 17.811 (texto según art. 39, Anexo del Decreto delegado N° 677/01).

Que en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 10 y 12 de la Ley N° 17.811 (texto según art. 39, Anexo del Decreto delegado N° 677/01), procede aplicar a HSBC, la sanción de MULTA -que se fija en la suma de PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA MIL (\$350.000)- prevista en el artículo 10 inciso b) de la Ley N° 17.811 (texto sust. por art. 39, Anexo del Decreto delegado N° 677/01), la que se hará efectiva, en forma solidaria, en la persona de sus directores titulares y síndicos titulares, en ambos casos al momento de los hechos examinados.

Que la solidaridad conlleva que la sanción sea aplicada en forma conjunta a todos los responsables, siendo improcedente en esta instancia la distribución del monto que se determina (CNAC, Sala E, "Flaiban S.A.", 05/10/70).

Que, asimismo, en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 10 y 12 de la Ley N° 17.811 (texto según art. 39, Anexo Dto. delegado N° 677/01), procede absolver de todos los cargos imputados al auditor externo de HSBC en el artículo 5° de la Resolución N° 15.940; y a los directores y síndicos titulares de HSBC a la época de los hechos examinados, de la presunta infracción al artículo 45 del Código de Comercio.

Que la presente se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 10 y 12 de la Ley N° 17.811 (texto según art. 39, Anexo del Dto. delegado N° 677/01).

Por ello,

LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

RESUELVE:

Art. 1. - Tener por presentados en plazo legal los memoriales de los sumariados Claudio Norberto BERCHOLC (DNI N° 12.400.104), Antonio Miguel LOSADA (DNI N° 11.293.921),



Christian POPESCU (DNI N° 13.025.242), Gabriel Diego MARTINO (DNI N° 17.490.930), Marcelo Luis DEGROSSI (DNI N° 12.728.675), Miguel Ángel ESTEVEZ (DNI N° 8.489.924), Guillermo César SAVIGNANO (DNI N° 13.245.882), Trevor Roland GANDER (pasaporte irlandés N° 500.297.757), Alexander Andrew FLOCKHART (pasaporte británico N° 704.998.289), Collin M. GUNTON (pasaporte británico N° 761.044.611), David Charles BUDD (DNI N° 93.930.693), Jonathan James CALLADINE (DNI N° 93.959.231), Juan Santiago MOLLARD (DNI N° 13.120.514) y Juan Antonio NICHOLSON (DNI N° 7.602.869), obrantes a fs. 3.105/3.113 y fs. 3.114/3.130, respectivamente.

Art. 2. - Tener presente las reservas del caso federal efectuadas en los memoriales por los sumariados aludidos en el artículo precedente.

Art. 3. - Aplicar a HSBC BANK ARGENTINA S.A., la sanción de MULTA -que se fija en la suma de PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA MIL (\$350.000)- prevista en el artículo 10 inciso b) de la Ley N° 17.811 (texto según art. 39 Anexo del Decreto delegado N° 677/01) por la infracción constatada a lo dispuesto por los artículos 33 inciso 2º, 48, 52 y 54 del Código de Comercio; artículo 25 inciso a) del Capítulo II de las NORMAS (N.T. 2.001 y mod.); artículos 59 y 61 de la Ley N° 19.550; artículos 1º inciso c) y 2º de la Ley N° 22.169; artículos 23 y 24 del Capítulo V, 10 inciso c) del Capítulo VI y 27 del Capítulo XV, de las NORMAS (N.T. 2.001 y mod.); artículo 65 de la Ley N° 17.811 (texto mod. por Anexo del Decreto delegado N° 677/01); y artículos 260 y 294 inciso 9º de la Ley N° 19.550; la que se hará efectiva en la persona de sus directores titulares a la fecha de los hechos examinados, Sres. Antonio Miguel LOSADA (DNI N° 11.293.921), Gabriel Diego MARTINO (DNI N° 17.490.930), Marcelo Luis DEGROSSI (DNI N° 12.728.675), Miguel Ángel ESTEVEZ (DNI N° 8.489.924), Simon Christian MARTIN (pasaporte británico N° 740.171.942), Trevor Roland GANDER (pasaporte irlandés N° 500.297.757), Yousseff Asaad NASR (pasaporte EE.UU. N° 112.667.734), Patrick Gerard FLYNN (pasaporte irlandés N° 5.046.340), Collin M. GUNTON (pasaporte británico N° 761.044.611), David Charles BUDD (DNI N° 93.930.693), Guillermo César SAVIGNANO (DNI N° 13.245.882), Christian POPESCU (DNI N° 13.025.242), Jonathan James CALLADINE (DNI N° 93.959.231), Joaquín COSTA (DNI N° 17.075.802), Alberto SILVA MUÑOZ (DNI N° 93.988.756) y Alexander Andrew FLOCKHART (PASAPORTE BRITÁNICO N° 704.998.289); y en la de sus síndicos titulares a la época de los hechos examinados, Sres. Marcelo Carlos VILLEGAS (DNI N° 17.106.095), Juan Antonio NICHOLSON (DNI N° 7.602.869) y Juan Santiago MOLLARD (DNI N° 13.120.514).

Art. 4. - Absolver a HSBC BANK ARGENTINA S.A. y a sus directores titulares a la época de los hechos examinados, Sres. Antonio Miguel LOSADA (DNI N° 11.293.921), Gabriel Diego MARTINO (DNI N° 17.490.930), Marcelo Luis DEGROSSI (DNI N° 12.728.675), Miguel Ángel ESTEVEZ (DNI N° 8.489.924), Simon Christian MARTIN (pasaporte británico N°



740.171.942), Trevor Roland GANDER (pasaporte irlandés N° 500.297.757), Yousseff Asaad NASR (pasaporte EE.UU. N° 112.667.734), y Patrick Gerard FLYNN (pasaporte irlandés N° 5.046.340), del cargo formulado por posible infracción al artículo 45 del Código de Comercio, por los fundamentos expuestos en el Considerando IX de esta Resolución.

Art. 5. - Absolver al auditor externo de HSBC BANK ARGENTINA S.A. a la época de los hechos examinados, Sr. Claudio Norberto BERCHOLC (DNI N° 12.400.104), del cargo formulado por posible infracción a los artículos 11, 12 y 13 del Capítulo XXIII de las NORMAS (NT 2001 y mod.) y del punto III, ap. B) 2.5.2. y 2.9. de la Resolución Técnica N° 7 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, por los fundamentos expuestos en el Considerando X acápite c) de esta Resolución.

Art. 6. - El pago de la multa deberá realizarse en la Subgerencia de Administración de esta COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (sita en calle 25 de Mayo N° 175, Piso 11 de esta Ciudad, de lunes a viernes en el horario de 10 a 15 hs.) dentro de los DIEZ (10) días posteriores a la fecha en que esta Resolución quede firme (conf. art. 10 bis, Ley N° 17.811; texto s/ Anexo del Decreto delegado N° 677/01). En caso de que el pago se efectivice fuera del término estipulado la mora se producirá de pleno derecho, devengándose los intereses correspondientes.

Art. 7. - Notificar a todos los sumariados con copia autenticada de esta Resolución.

Art. 8. - Regístrese y notifíquese con copia autenticada de la presente Resolución a la BOLSA DE COMERCIO DE BUENOS AIRES, a los efectos de su publicación en su Boletín Diario e incorpórese en el sitio web del Organismo en www.cnv.gov.ar.

Firmado: Eduardo HECKER, Presidente; Alejandro VANOLI, Vicepresidente; Dr. Héctor O. HELMAN, Director.