

¿ES RESPONSABLE EL SÍNDICO SOCIETARIO POR EL ABUSO DE DERECHO DEL DIRECTORIO?

El fallo “Maya c/Rubi” y la permeabilidad de la frontera de responsabilidad.

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

1.-LOS HECHOS DEL FALLO Y SU DOCTRINA.

En una sociedad profesional dedicada a la prestación de servicios médicos, el directorio dispuso el cese en la utilización de instalaciones por parte de dos socios médicos que lo venían haciendo.

Al efecto se invocaron expresiones indebidas e inconductas atribuibles a los socios causantes y facultades discrecionales en la materia conferidas al directorio por los estatutos y reglamentos.

Impugnada judicialmente la decisión del directorio, en un primer fallo la Cámara la declara nula por considerar que constituye una sanción sin sustanciación previa y que si bien el directorio poseía facultades para la decisión lo habría hecho mediante una conducta abusiva en el marco de un conflicto intra societario entre mayoría y minoría.

Posteriormente, ante el reclamo de daños por parte de uno de los accionistas afectados, en el fallo comentado la Cámara declara la responsabilidad solidaria del directorio y admite la reparación del daño moral hasta cierto monto.

Al mismo tiempo, el fallo declara la responsabilidad solidaria del síndico por considerar que si bien tal funcionario no responde por la gestión, no podía ignorar el abuso de derecho que la decisión implicaba al tener conocimiento del conflicto societario.

En definitiva, la doctrina del fallo, en lo que a la responsabilidad del síndico se refiere, reafirma la no responsabilidad del síndico por los actos de gestión del directorio pero extiende la responsabilidad del funcionario a aquellos actos que, aun habiendo satisfecho las exigencias legales, estatutarias y reglamentarias de validez, fueran cumplidos con abuso de derecho y conocimiento del síndico sobre el mismo.

A efectos de evaluar las conclusiones del fallo entendemos de utilidad analizar previamente las funciones de la sindicatura, su reglamentación legal y el estado actual de doctrina y jurisprudencia en la materia.

2.-LA SINDICATURA COMO ÓRGANO DE FISCALIZACION DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Conforme con la teoría del órgano, en la sociedad anónima habría cuatro funciones fundamentales a cumplir, las que se atribuyen a diversos órganos,

entendidos como subsistemas de competencias especiales delegadas a determinados sujetos.

Así, la función de “gobierno”, que incluye la designación de administradores y las decisiones estructurales, se atribuye a la asamblea (arts. 234 y 235).

La función de “administración” se atribuye al directorio (art. 255).

Ahora bien, desde la teoría de la empresa, la administración implica una actividad que consiste en guiar a la empresa hacia sus objetivos, posibilitando la contribución de sus integrantes y controlando que las acciones se correspondan con los planes trazados previamente¹.

Esta labor implica tres tareas básicas: de “planificación”, de “dirección” y de “control”.

En la planificación, o “alta dirección”, se encuentran la fijación de objetivos, la formulación de estrategias y la elaboración de planes, pudiéndose distinguir planos estratégicos, tácticos y operativos, e incluyendo expresamente el propio diseño de la organización.

La dirección, por su parte, implica la ejecución día a día y gestión de lo planificado encarando acciones directas, coordinando y guiando los esfuerzos individuales.

Finalmente, el control es el instrumento para mantener a la organización en condiciones de funcionamiento correcto, asegurando la consecución de los objetivos en los plazos oportunos².

La función de “representación”, que consiste en expresar la voluntad social hacia terceros en forma vinculante, se atribuye al presidente o a quien por estatuto lo reemplace (art. 268).

Finalmente, la función de “fiscalización”, se atribuye al síndico (art.284 primera parte), salvo que se prescinda por haberse organizado un consejo de vigilancia (art. 283) a cuyo cargo queda (art. 281 inc.1º), o por decisión de los socios cuando la sociedad no está comprendida en el art. 299, en cuyo caso la fiscalización la ejerce individualmente cada accionista (art. 55 in fine).

Fiscalizar implica el control de la gestión por parte de los que no gestionan y en eso se diferencia del control interno que debe hacer el propio directorio, lo que justifique un diverso nivel de información.

3.-LA SINDICATURA EN LA NORMATIVA DE LA LEY 19.550.

La ley de sociedades 19.550 atribuye al síndico la fiscalización de la sociedad y establece una serie de normas generales en materia de cantidad de síndicos y prescindencia (art.284), requisitos para la función (art. 285), inhabilidades e incompatibilidades (art. 286), plazo y revocabilidad (art. 287), elección por clases (art.288), elección por voto acumulativo (art. 289), sindicatura colegiada (art. 290), vacancia y reemplazo (art. 291), remuneración (art.292) e indelegabilidad (art. 293).

¹ Laborda Castillo, Leopoldo y De Zuani, Elio Rafael “Fundamentos de gestión empresarial. Teoría y práctica desde un enfoque sistémico”, Valleta Ediciones, Bs.As., 2009, pag.184.

² Ídem cita anterior, pag.212.

En lo que a las funciones y deberes se refiere, la norma fundamental es la del art. 294 y, en lo que al tema del control de legalidad se refiere, lo establecido por los incisos 1º, 2º, 3º y 9º.

Así, dice el art.294 que son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto:

1º) Fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres (3) meses.

2º) Verificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; igualmente puede solicitar la confección de balances de comprobación;

3º) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea, a todas las cuales debe ser citado;

9º) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias;

En cuanto al ámbito temporal, el art. 295 incluye los derechos de información e investigación administrativa a los ejercicios anteriores a su elección.

Finalmente, en materia de responsabilidad hay tres normas definitorias.

El art. 296 que establece que “Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento, Su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad importa la remoción del síndico”.

El art. 297 sobre solidaridad que dispone que “También son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias”.

Y finalmente, el art. 298, que establece que se aplica a los síndicos lo dispuesto en los artículos 271 (prohibición de contratar) y 279 (acción individual de responsabilidad).

4.- LA POSTURA TRADICIONAL: EL SINDICO COMO CONTROLADOR DE LA LEGALIDAD SOCIETARIA.

La sindicatura surge como órgano componente de la estructura de la sociedad con la finalidad de “vigilar, controlar y fiscalizar que los poderes de administración y dirección estén encuadrados en los estatutos sociales y en la ley, pues se trata de facultades que han sido delegadas por la Asamblea de accionistas al directorio.”³

Su finalidad es resguardar el interés público o social y privado de los accionistas y acreedores lo cuales no pueden acceder a controlar el accionar y gestión del directorio.⁴

A tal fin, el síndico debe realizar periódicamente una serie de controles que son exclusivamente de legalidad y contables.

³ Wainstein, M. y otros. “El desempeño del contador público independiente como síndico societario”, Edit. Errepar, 2000, p. 2 y sig.

⁴ Martorell, ver cita pag. 239 de Wainstein.

En la postura tradicional el síndico no debe controlar la ventaja o desventaja de determinados actos u operaciones –lo que constituye un control sobre la gestión-, sino que debe efectuar un control sobre la manera como se ha actuado cumpliendo con la ley y los estatutos, lo que configura el control de legalidad antes mencionado, con independencia del acto y operación en sí mismos.

Vale decir que no forma parte de la función del síndico realizar un control de la gestión de los directores, y por ende, evaluar los resultados o las consecuencias de las decisiones de negocio que éstos tomen.

El síndico no tiene facultad alguna para aprobar o desaprobado las decisiones del Directorio, ya que sus funciones no son de gestión sino de fiscalización.

Nuestros Tribunales han sostenido que el control de gestión es ajeno a la competencia de la sindicatura y que a ésta solo le corresponde la fiscalización del directorio desde el punto de vista contable⁵, lo cual la excluye de toda administración o representación societaria⁶.

La Cámara Comercial tuvo oportunidad de emitir opinión sobre el tema al sostener *“Por lo expuesto y como síntesis de este fallo podemos sostener que la sindicatura societaria tiene a su cargo el ‘control de legalidad’ de la actuación del directorio, siendo el ‘control de gestión’ ajeno a su competencia, a pesar de la existencia de algún sector minoritario de la doctrina o jurisprudencial aislado”*⁷.

Todo ello es además avalado por el art. 281 LSC, al incluir entre las funciones del Consejo de Vigilancia el control de la gestión social, omitida en el art. 294 LSC, que si bien no contiene la descripción total de las funciones del síndico, enuncia la mayor parte de ellos, y son las únicas típicas de fiscalización que contiene la ley de sociedades comerciales, que consiste en llevar a cabo el control de legalidad de los actos del directorio, excluyéndose, en consecuencia, el control de gestión de este último⁸.

Ante ello, la doctrina autoral ha señalado que dado que los síndicos realizan actividades de vigilancia y no de gestión, en ningún caso corresponde asimilarlos a los directores cuando se trata de juzgar sus hechos.⁹

En definitiva, se ha sostenido que el control de gestión es ajeno a la competencia de la sindicatura y que a ésta sólo le corresponde la fiscalización del directorio desde el punto de vista contable¹⁰, lo cual la excluye de toda administración o representación societaria¹¹.

⁵ “Caselli de Merli, Clie c/Szpayzer, Benjamín”. CNCom, Sala B, 14/05/80. ED t. 94, 635. Citado por Perciavalle, Marcelo L. “Sindicatura. Su importancia”. PAS, Errepar, Febrero 2005.

⁶ “Conen S.A.”. CNCom, Sala D, 11/09/84. JA – 1984 – T. IV, 134. Citado por Perciavalle, Marcelo L. “Sindicatura. Su importancia”. PAS, Errepar, Febrero 2005.

⁷ “Favero SAICI s/quiebra”. CNCom, Sala B, 13/08/84. Citado por Perciavalle, Marcelo L. “Sindicatura. Su importancia”. PAS, Errepar, Febrero 2005.

⁸ Perciavalle, Marcelo L. “Sindicatura. Su importancia”. PAS, Errepar, Febrero 2005.

⁹ Yunger, Hernán y Belmonte, Luis G. “¿Tiene responsabilidad el síndico de la sociedad anónima por la gestión empresarial?”. Errepar DSE N° 155. Octubre 2000; Ponencia presentada por la Comisión de Estudios Societarios del C.P.C.E. C.F. al Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas. Buenos Aires, 7, 8, 9 y 10 de noviembre de 1990.

¹⁰ “Caselli de Merli, Clie c/Szpayzer, Benjamín” - CNCom. - Sala B - 14/5/1980.

¹¹ “Conen SA” - CNCom. - Sala D - 11/9/1984.

5.-LA INTERPRETACION DE LA CORTE SUPREMA EN EL FALLO "OROQUIETA, LUIS MARIA"

En el caso se trataba de una acción de daños de un acreedor de una sociedad ahora en quiebra donde se había condenado al síndico societario, junto con el directorio, por la celebración de un contrato de compra de lanas unos pocos días antes de la cesación de pagos, lanas que habían sido retiradas por la deudora ya en cesación de pagos, y por la no petición de concurso preventivo de la sociedad deudora dentro de los tres días posteriores, tal como establecía la ley 19.551 entonces vigente.

La Corte Suprema, por resolución de fecha 10-12-96, en autos "Oroquieta, Luis María y otros c/ Apelejo, Juan Martín y otros s/ daños y perjuicios" (O. 142. XXVIII), admite un recurso extraordinario presentado por el síndico societario de la fallida, Cont. Angel Politi, contra la decisión del Superior Tribunal del Chubut por considerar que lo resuelto por dicho Tribunal se apoyaba en afirmaciones dogmáticas, que le daban un fundamento sólo aparente y que no encontraban respaldo en las constancias comprobadas de la causa.

Al conocer el recurso y resolverlo, la Corte sostiene que la extensión de la condena por daños al síndico societario carece de la debida fundamentación exigible a las decisiones judiciales, toda vez que la conducta del órgano de fiscalización debía ser juzgada específicamente a la luz de las atribuciones asignadas por la ley de sociedades (arts. 294 a 296) -entre las que no se encuentra la de solicitar la apertura del concurso en tiempo y forma- ponderándose además si el daño generado por la gestión de la administración no se hubiera producido en caso de que el síndico hubiere actuado "de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias" (art. 297, L.S.), lo que implica la existencia de una relación de causalidad entre el obrar negligente y los perjuicios que se atribuyen a su desempeño, no verificada en el caso.

A tales argumentos la Corte sumó uno de hecho: el síndico Politi había cesado en sus funciones a la fecha de celebración de los contratos y la asamblea había designado un nuevo síndico no siendo óbice para exonerar su responsabilidad la circunstancia de que la decisión asamblearia no hubiera sido inscripta en el registro pertinente toda vez que se le imputaba una responsabilidad subjetiva que supone por su naturaleza la actuación personal y efectiva en el cargo societario.

O sea que, en definitiva, la Corte consideró que el síndico societario no tenía responsabilidad alguna por la gestión, que además no había relación de causalidad respecto del hecho imputado y el daño, y que se trataba de una responsabilidad subjetiva que suponía actuación personal y efectiva en el cargo, inexistente si había cesado.

6.-EL CRITERIO DE LA NORMA PROFESIONAL: LA RESOLUCION TECNICA NRO.15 DE LA FACPCE.

Motivada por diversos antecedentes, entre los que se cuenta el fallo de la Corte referido, la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas dicta la RT 15, norma profesional fundada en el art. 21 inc. f de la ley

20.488 y relativa a “Normas sobre la actuación del contador público como síndico societario”.

Dicha Resolución Técnica, de fecha 11-12-98, ratifica el criterio de que no forma parte de la función del síndico realizar un control de la gestión de los directores, y por ende, evaluar los resultados o las consecuencias de las decisiones de negocio que éstos tomen.

Al mismo tiempo establece, en cuanto al control de legalidad por parte de la sindicatura, lo siguiente:

“La tarea de control de legalidad consiste en una actividad de vigilancia del cumplimiento por parte del Directorio de la ley, estatutos sociales, reglamento y decisiones asamblearias. Es decir, vigilar que las funciones del Directorio se ejerzan dentro de ese marco jurídico, lo que equivale a afirmar que el control de legalidad se relaciona, básicamente, con las reglas de funcionamiento dispuestas por la Ley de Sociedades Comerciales y con las normas que resulten de aplicación, en las circunstancias, a la actividad decisional asumida por el Directorio en las reuniones que el síndico -debidamente convocado- estuviera presente”.

“En consecuencia, el síndico deberá examinar que las decisiones tomadas por el Directorio cumplimenten las normas que son esencialmente inherentes a las mismas; que dichas decisiones se adopten de acuerdo con las mayorías que requiere el estatuto o los reglamentos de la Sociedad; que se transcriban en el respectivo libro de actas; que se contabilicen adecuadamente sus efectos en los libros de contabilidad y que se cumplan los requisitos legales y reglamentarios pertinentes”.

“Cuando no se den las condiciones señaladas en los dos párrafos precedentes, deberá informarlo a los directores haciendo la correspondiente manifestación formal y, según las circunstancias, lo pondrá en conocimiento de los accionistas. El síndico no tiene facultad alguna para aprobar o desaprobar las decisiones del Directorio, ya que sus funciones no son de gestión sino de fiscalización. Dejará constancia en actas de sus puntos de vista sobre los incumplimientos que observe y, en el momento oportuno y según las circunstancias, informará a los accionistas reunidos en Asamblea”.

“El síndico no debe controlar la ventaja o desventaja de determinados actos u operaciones -lo que constituye un control sobre la gestión-, sino que debe efectuar un control sobre la manera como se ha actuado cumpliendo con la ley y los estatutos, lo que configura el control de legalidad antes mencionado, con independencia del acto u operación en sí mismos”.

“La responsabilidad del síndico en lo relativo a su tarea de control formal de legalidad, no se extiende a los casos de desfalcos u otras irregularidades cometidas en base a falsificaciones, adulteraciones o documentación apócrifa, excepto que la documentación adulterada, que fuera objeto de revisión por el síndico, presentara rasgos flagrantes e inequívocos de invalidez, fácil e indudablemente perceptibles”.

Además la RT 15 incorpora modelos de cartas de aceptación de cargo, de dirección, de indemnidad, y establece la aplicación de los procedimientos de auditoría.

Como se ve, la RT 15 establece pautas de acotamiento de la responsabilidad del síndico.

7.-EL DEBATE SOBRE LOS ALCANCES DE LA FUNCION DEL SINDICO SOCIETARIO.

No obstante la referida postura tradicional, que ve en el síndico una función de control limitada a la legalidad de los actos del directorio, han aparecido otras opiniones y fallos que van ampliando la frontera de sus funciones y de sus responsabilidades.

Así, alguna jurisprudencia ha sostenido que el control de legalidad no autoriza al Síndico a desentenderse de tropelías que salten a la vista, ya sean éstas el resultado de negligencia o de dolo¹².

En este sentido, un fallo¹³ sostuvo que la fiscalización a cargo de la sindicatura no debe limitarse a un mero examen formal de los estados contables y a su comparación con lo registrado en libros u otros documentos, sino que comprende el examen e investigación de toda la documentación complementaria, como también de las omisiones, alteraciones o falsedades que puedan surgir del balance y del estado de resultados. Y esto último, no sólo a la luz de su confrontación con la documentación comprobatoria, sino también de sus propias vivencias en materia de administración.

También la jurisprudencia ha señalado que "...Si los directores omitieron dar cuentas de su administración y se excedieron en el ejercicio sus facultades legales y estatutarias sin un correcto control del síndico -quien no intentó prevenir o superar tales inconductas-, éste debe responder frente a la sociedad y los socios por su negligencia (art. 294, LS; cnfr. CNCom., Sala D, *in re*: "Loschi, Aldo c. Channel One y otros s/ sumario", del 25.2.93). Los accionistas carecen de facultades de inspección sobre la contabilidad social o de control directo sobre los actos de administración; no pueden conocer el desarrollo mercantil de la sociedad ni formarse un criterio acertado sobre las vicisitudes económicas de la sociedad.

A idéntica conclusión se llegó en otro caso en el cual el Directorio, excediendo el ejercicio sus facultades legales y estatutarias, dispuso cancelar la autorización para funcionar como sociedad de bolsa sin que el síndico intervenga (cnfr. CNCom., Sala B, *in re*: "Forns Eduardo c. Uantú s/ ordinario", del 24.06.2003).

En consecuencia para la doctrina emanada de estos fallos el síndico no puede ser espectador de las más disparatadas decisiones del directorio sin responsabilidad alguna, pues ello no se condice con la expresa remisión que hace el art. 298: LSC a la normativa, entre otros, del art. 274 que involucra la noción de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

En otras palabras, la sindicatura se erige en una especie de fiscal de los accionistas frente a los administradores (cnfr. Richard - Muiño, ob. cit, pág. 555)¹⁴.

¹² "Alvarez, M., y otros c/Guezevi, J. y otros" - CNCom. - Sala D - 2/4/1984.

¹³ Martorell, Eduardo E.: "Impugnación de decisiones asamblearias y responsabilidad del directorio. Algunas cuestiones" - Comentario al fallo: "Kuckiewicz, Irene c/Establecimientos Metalúrgicos Cavanna SA y otro" - Errepar - DSE - Act.: 14/12/1987 - T. I - pág. 132 y ss.

¹⁴ CNCom., Sala D, "Loschi, Aldo c. Channel One y otros s/ sumario", del 25.2.93; C.N.Com., Sala B, "Eduardo Forns c/Uantu S.A. del 24/06/2003;

Al respecto, la RT 15 ha sido criticada por calificada doctrina entendiendo que no es función del síndico societario acumular pruebas de eximición de responsabilidad mediante cartas de los accionistas y del directorio u otros documentos, sino que debe ejercer un control de “legalidad de la administración razonable de la sociedad”¹⁵.

8.-EL DEBATE A LA LUZ DEL MODELO DEL “COMITÉ DE AUDITORÍA” DE LAS SOCIEDADES COTIZANTES.

El Comité de Auditoría es una institución propia del “Gobierno Corporativo” que, como tal, busca mayor transparencia en la actuación del directorio¹⁶.

Fue introducido en nuestro ordenamiento por el Dec. 677/01 con carácter obligatorio para las sociedades cotizantes¹⁷ y está formado por directores cuya mayoría deben ser “independientes”.

El Comité de Auditoría tiene por principal fin garantizar que la información financiera y contable provista por las emisoras sea confiable, lo que implica un adecuado control independiente y eficaz del proceso de generación de dicha información tanto respecto de los controles internos como de los auditores externos.

Según la normativa vigente, el Comité de Auditoría tendrá a su cargo funciones de control respecto de distintos aspectos que hacen al buen funcionamiento de la sociedad. En primer lugar deberá cumplir las obligaciones que le imponen el estatuto de la sociedad, las leyes y los reglamentos aplicables a la misma por su condición de tal o por la actividad que desarrolla.

Entre las obligaciones dispuestas por las normas aplicables están aquéllas que se relacionan con aspectos contables de la sociedad: designación de los auditores externos de la sociedad; velar por su independencia; la evaluación de la función de la auditoría externa; honorarios facturados por dichos auditores externos; supervisar el funcionamiento de los sistemas de control interno y del sistema administrativo-contable de la sociedad emisora; la fiabilidad de este último y de toda la información financiera o de otros hechos significativos que sea presentada a la CNV y a las entidades autorreguladas; la supervisión de la aplicación de las políticas en materia de información sobre la gestión de riesgos de la sociedad; proporcionar al mercado información completa respecto de las operaciones en las cuales exista conflicto de intereses con integrantes de los órganos sociales o accionistas controlantes; emitir opinión fundada respecto de operaciones con partes relacionadas en los casos establecidos; opinar sobre la razonabilidad de las

¹⁵ Bello Knoll, Susy Ines, Lino, Morales y Vidal, Carlos “El abogado y la Resolución Técnica 15”, en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario”, Ed. Facultad de Derecho y Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2001, Tomo II, pag. 59

¹⁶ Ver Favier Dubois (h), E.M. “Gobierno corporativo. Derecho norteamericano y Derecho Argentino. La contratación social con un director”, en “X Congreso Argentino de D.Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba, 2007, tomo IV, pag.273 en co-autoría con Ernesto Schafran.

¹⁷ Seguimos en el tema el trabajo de Luppi, Maria E. “El rol del comité de auditoría en las sociedades cotizantes”, Revista Argentina de Derecho Empresario, 12-12-06, IJ VL 183.

propuestas de honorarios y de planes de opciones sobre acciones de los directores y administradores de la sociedad que formule el órgano de administración; verificar el cumplimiento de las normas de conducta que resulten aplicables; brindar su opinión respecto de la decisión de retiro voluntario; en los casos de oferta pública de adquisición por retiros de la oferta pública y cotización, acordada en forma voluntaria por la sociedad, emitir su opinión respecto del criterio adoptado para la determinación del precio de la oferta; y en caso de aumento de capital con exclusión o limitación del derecho de preferencia, el Comité de Auditoría deberá opinar sobre el cumplimiento de las exigencias legales y sobre la razonabilidad de las condiciones de emisión de acciones o valores convertibles en acciones.

Cabe destacar que el Comité de Auditoría y las funciones señaladas fueron mantenidos, en lo sustancial, por la Ley de Mercado de Capitales 26.831¹⁸ y por las nuevas “Normas” de la Comisión Nacional de Valores.

Como se ve, las funciones del Comité de Auditoría tampoco se refieren al control del mérito de la gestión del Directorio sino a su legalidad y a la prevención de los conflictos de intereses, además de las competencias de control contable.

A su vez cabe destacar que la figura del Comité de Auditoría se superpone, al menos en parte, con la figura del síndico societario que, en caso de sociedades abiertas donde debe ser plural, se denomina “Comisión Fiscalizadora” (art. 290 L.S.), en tanto ambos órganos desarrollan funciones de control de legalidad y control contable.

Es por tales motivos que ahora, la ley 26.831 en su art. 79, permite prescindir de la Comisión Fiscalizadora (sindicatura societaria) en los siguientes términos:

“Las sociedades que hagan oferta pública de acciones y tengan constituido un comité de auditoría podrán prescindir de la Comisión Fiscalizadora. En este caso, los integrantes de ese comité tendrán las atribuciones y deberes que otorga el artículo 294 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones.

La decisión de eliminar la Comisión Fiscalizadora corresponde a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas que, en primera o segunda convocatoria, deberá contar con la presencia, como mínimo, de accionistas que representen el setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones con derecho a voto. Las resoluciones en todos los casos serán tomadas por el voto favorable del setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto”.

Por su parte, el decreto reglamentario PEN 1023/2013 complementa la norma exigiendo la opinión favorable de la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora y dando facultades a la CNV de denegar la aprobación para el caso de que se vean afectados los derechos de las minorías.

En caso de prescindirse de la Comisión Fiscalizadora, todos los integrantes del Comité de Auditoría deberán reunir los requisitos de idoneidad y experiencia requeridos para los síndicos societarios.

En definitiva, la estructuración del Comité de Auditoría por parte de las reglas del gobierno corporativo no comprende la asignación de funciones de control del

¹⁸ Ver de los autores “El nuevo régimen de mercado de capitales y sus impactos societarios, concursales y contables”, Errepar, DSE, nro. 311, Tomo XXV, Octubre 2013, pag. 1051

mérito de la gestión y por ende predicen, respecto de una figura paralela y superpuesta en un sistema dualista como el argentino, que la sindicatura no tiene a su cargo el control de la gestión de la sociedad anónima sino solo de su legalidad.

9.-LA POSTURA DEL TRIBUNAL EN EL FALLO COMENTADO.

Como se adelantó, la doctrina del fallo comentado, en lo que a la responsabilidad del síndico se refiere, reafirma la no responsabilidad del síndico por los actos de gestión del directorio pero extiende la responsabilidad del funcionario a aquellos actos que, aun habiendo satisfecho las exigencias legales, estatutarias y reglamentarias de validez, fueran cumplidos con abuso de derecho y conocimiento del síndico sobre el mismo.

A esos fines el fallo consideró que no podía aplicarse la sanción de rescisión del contrato de utilización de instalaciones a favor de un socio por el hecho de haber éste realizado manifestaciones indebidas en una asamblea cuando tal sanción no había sido precedida de la oportunidad de defensa del sancionado, ni tampoco estaba prevista para tal conducta.

Con tal fundamento, si bien la facultad de conceder o rescindir el uso de instalaciones a los médicos era discrecional del directorio, en el caso se juzgó exorbitante y abusiva dada la improcedencia de la verdadera causa de la rescisión.

Y, en lo que al síndico se refiere, se sostuvo que no intentó prevenir o superar la conducta del directorio, y que no podía ignorar la improcedente causa frente a los reiterados litigios judiciales y al evidente conflicto en el marco de una sociedad profesional de médicos.

Al respecto, cabe destacar que los conflictos en las sociedades de profesionales son frecuentes y obedecen a una multiplicidad de causas entre las cuales se destacan los siguientes:

- a) Los honorarios: el reparto inequitativo de honorarios frente a la diversa percepción entre el valor del trabajo de cada socio y la retribución que recibe a cambio, las deficiencias de información a los socios sobre ingresos, egresos, convenios de honorarios y “retornos” de los otros socios, etc.
- b) El trabajo y la dedicación: la dedicación no exclusiva de algún socio, el tiempo que emplea en actividades académicas, los períodos de vacaciones y los reemplazos, la capacidad o no de los socios para captar clientes y la retribución prevista para dicha tarea,
- c) La utilización de los bienes y espacios comunes para las prácticas de las actividades individuales de los socios.
- d) El cambio o alteración del elenco de socios y/o empleados: la muerte o el divorcio de un socio, el retiro de socios, el ingreso de nuevos socios o empleados, principalmente si son parientes de otro socio
- e) La competencia profesional: la competencia de los socios entre sí y respecto de los clientes, las disputas por los roles, los ascensos en la carrera interna o por el control de ciertas áreas de las especialidades profesionales

Ya hemos tenido ocasión de escribir sobre las características de éstos conflictos, su escalada y la necesidad de adoptar mecanismos de prevención, de gestión y de solución adecuada¹⁹.

Lo que queremos destacar que, en el caso comentado, se trataba de un conflicto por la utilización de bienes comunes en interés propio del socio (inc. c), en el marco de un conflicto personal en escalada, todo lo que según la Cámara no podía ser ignorado por el síndico.

10.-NUESTRA OPINIÓN.

Por nuestra parte, compartimos la postura tradicional relativa a que el síndico debe controlar la legalidad y cumplir determinadas funciones contables, pero no está a cargo de controlar el mérito de la gestión de los directores, lo que modernamente aparece corroborado por las reglas del buen gobierno corporativo (ver cap.8).

Ahora bien, el control de la legalidad supone, además de lo relativo a la competencia del directorio para el acto, convocatoria, quórum, mayorías y actas, el cumplimiento de los procedimientos previos para las respectivas decisiones, en tanto el deber de “diligencia” del directorio (art. 59 L.S.) implica el de adoptar “decisiones informadas”, esto es, precedidas de los antecedentes informativos necesarios.

En tal sentido, solo podría reprocharse al síndico cuando no hubiera velado para que las decisiones fueran debidamente fundadas en los antecedentes correspondientes desde el punto de vista formal procedimental.

En el caso, la aplicación de una sanción sin regla previa que la hubiera establecido y sin derecho de defensa no implicó cumplir el debido procedimiento para una decisión informada y, por ende, quebró la legalidad, lo que implica un mal desempeño del síndico.

No obstante consideramos que, de la sola lectura del fallo, no resulta una adecuada relación de causalidad entre la inacción del síndico y el daño moral condenado que autorice a hacerlo solidariamente responsable en tanto no se advierte qué cosa podría haber hecho el síndico para prevenir o superar la decisión de rescisión frente a la voluntad unánime del directorio que representaba a la mayoría de los socios.

11.-CONCLUSIONES.

Siempre a título de meras propuestas interpretativas, sujetas a la dialéctica del pensamiento²⁰, formulamos las siguientes conclusiones:

-El síndico societario tiene como principales funciones las de control de la legalidad de la gestión, el control contable y el brindar información a los accionistas dentro de los parámetros legales.

-El control de la legalidad de la gestión no implica pronunciamiento sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones del directorio relativas a la

¹⁹ Ver de los autores “Los conflictos en las sociedades de profesionales”, Errepar, DSE, nro. 292, tomo XXIV, Marzo 2012, pag. 195,

²⁰ Los autores agradecerán comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com

gestión social siendo, en tal sentido, asimilable al control que en un Estado republicano realiza el poder judicial sobre los actos del poder ejecutivo.

-Pero el síndico debe controlar que la competencia y los procedimientos de las decisiones del directorio sean los adecuados a la ley, el estatuto y el reglamento en su convocatoria, quorum, mayorías, materias, actas, etc., y, asimismo, que se cumpla con la regla de la adopción de “decisiones informadas” lo que exige, según la decisión de que se trate, la consideración de los antecedentes de las mismas y su debida constancia formal.

-El síndico solo debe controlar la intencionalidad del directorio o el desvío de causa (abuso de derecho) en la medida en que ello resulte de los propios fundamentos de las decisiones adoptadas o de sus necesarios antecedentes integrantes de la “decisión informada” o, en caso de venta de activos a precio vil, en la incompetencia del directorio para realizar actos parcial o totalmente gratuitos.

-Si, como en el fallo comentado, el directorio decide aplicar una sanción a un accionista sin que la falta invocada se encuentre prevista expresamente en el estatuto o reglamento como inconducta y sin dar lugar al derecho de defensa del sancionado, el síndico debe manifestar su opinión en contrario en la reunión de directorio y, en su caso, comunicar la situación a los accionistas, pudiendo convocar a una asamblea.

-En caso de incumplimiento, el síndico societario podrá ser pasible de sanciones por parte de la asamblea: de remoción con causa, pérdida de honorarios y/o de acciones de resarcimiento de los daños producidos a la sociedad (art. 296 L.S.).

-Sin embargo, de tal incumplimiento no podrá surgir responsabilidad patrimonial solidaria con los directores y hacia terceros (art.279 L.S.) si su concreta inconducta no guarda relación de causalidad adecuada con la producción del daño invocado por éstos (art.297), como ocurre cuando la eventual acción del síndico no hubiera podido evitar o frenar la ejecución de la decisión dañosa.

FINIS CORONAT OPUS