



Universidad de
San Andrés

DEPARTAMENTO DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIO

Trabajo Final:

“Criterios de independencia de los síndicos abogados en las sociedades emisoras de valores negociables. Necesidad de una reforma”.

Luciano Manuel ANTICO

D.U. N° 33.335.114

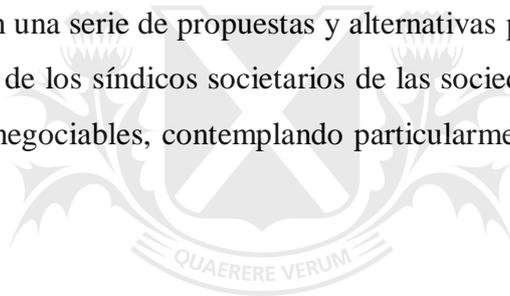
Director de Tesis:

Tomas Arecha

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Marzo 2020

ABSTRACT

La independencia del órgano de fiscalización de las sociedades resulta fundamental para el funcionamiento eficaz de dicho órgano; máxime para las sociedades que listan sus valores negociables en el mercado de capitales, en las cuales se encuentra involucrado el ahorro público. La Ley de Mercado de Capitales N° 26.831 exige la independencia de todos los miembros de dicho órgano. Las normas de la Comisión Nacional de Valores, a la hora de definir la referida independencia de los miembros de la sindicatura, remiten a las resoluciones técnicas de la Federación Argentina de Colegios Profesionales de Ciencias Económicas. Ahora bien, pueden ser síndicos societarios no solo los contadores públicos sino también los abogados. Las referidas resoluciones técnicas no contemplan el ejercicio de ésta profesión en particular; especialmente, el caso de los abogados que ejercen simultáneamente en la compañía el rol de apoderados o asesores letrados. Bajo este marco, se presentan una serie de propuestas y alternativas para la consecución de la mentada independencia de los síndicos societarios de las sociedades que realizan oferta pública de sus valores negociables, contemplando particularmente el caso de la antedicha profesión.



Universidad de
San Andrés

ABREVIATURAS

CNV:	Comisión Nacional de Valores
CCyC:	Código Civil y Comercial de la Nación
IGJ:	Inspección General de Justicia
FACPCE:	Federación Argentina de Colegios Profesionales de Ciencias Económicas
FACA:	Federación Argentina de Colegios de Abogados
LGS:	Ley General de Sociedades N° 19.550
LL:	La Ley
LMC:	Ley de Mercado de Capitales N° 26.831
NORMAS de la CNV:	Resolución General N° 622/2013 de la Comisión Nacional de Valores
PyMEs:	Pequeñas y Medianas Empresas
RG:	Resolución General
RT:	Resolución Técnica
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

ÍNDICE

I.- Introducción.....	5
II.- La independencia de la sindicatura: uno de los temas claves para su funcionamiento eficaz	7
III.- Ponderación del criterio de independencia para las sociedades que se encuentran en la oferta pública	11
IV.- La aptitud profesional que debe revestir el síndico: abogado o contador público.....	13
V.- Inhabilidades e incompatibilidades de la LGS.....	16
A.- Inciso 1° del artículo 286 de la LGS.....	17
B.- Inciso 2° del artículo 286 de la LGS.....	20
C.- Inciso 3° del artículo 286 de la LGS.....	21
VI.- La Resolución Técnica N° 45 de la FACPCE.....	23
VII.- Las incompatibilidades implícitas.....	31
A- El asesor letrado, apoderado o letrado patrocinante que reviste el carácter simultáneo de síndico societario.....	37
VIII.- Consecuencias de la incompatibilidad e inhabilidad previstas en la ley.....	39
IX.- Sindicatura en las PyMEs que hacen oferta pública de valores negociables y en las grandes empresas emisoras de valores negociables representativos de deuda.....	41
X.- Propuesta de reforma de normas <i>hard</i> como de <i>soft law</i>	44
XI.- Conclusiones.....	45
A.- Propuesta de reforma del Código de Gobierno Societario de la CNV.....	48
B.- Inscripción de los síndicos societarios ante CNV.....	52
XII.- Bibliografía.....	53

Criterios de independencia de los síndicos abogados en las sociedades emisoras de valores negociables. Necesidad de una reforma.

Por Luciano M. Antico

I.- Introducción:

Por la propia esencia y naturaleza del órgano de fiscalización de una sociedad, todos los síndicos deben ser independientes. La LGS (1972) exige la calidad profesional del síndico (abogado o contador) y contiene normas de independencia, contempladas como inhabilidades e incompatibilidades (art. 286), existiendo una serie de consecuencias para caso de incumplimiento. Dichos criterios no son suficientes, ya que, que entre las razones por las que fracasa la sindicatura, se encuentra la falta de real y verdadera independencia de sus miembros. Ya en forma previa a la sanción de la referida ley se hablaba de la falta de contemplación expresa de determinados supuestos de doble rol, como ser los de auditor externo y síndico societario; abogado externo y síndico societario, por ejemplo¹. En este marco de falta de previsiones expresas en la ley, se debatía acerca de la existencia de ciertas incompatibilidades implícitas².

Ya, bajo el marco de la LGS, la FACPCE (RT N° 15 de 1998 y RT N° 45 de 2016) contempla preceptos de independencia dirigidos a los contadores públicos, que prevén supuestos específicos de cumplimiento de doble rol por parte de estos profesionales; el caso del auditor externo y el síndico societario, los cuales son considerados por dichas normas como compatibles. Dicho articulado si bien como se verá en el presente trabajo es criticado, brinda seguridad jurídica.

Conforme dispone el primer párrafo del artículo 79 de la LMC³, la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora en las sociedades comprendidas en el régimen de oferta pública por acciones o valores negociables de deuda deben revestir la calidad de independientes. Si bien esta exigencia podría ser considerada algo obvia⁴, por los motivos anteriormente referidos, colocar expresamente el requisito en el marco nor-

¹ Suarez Anzorena, Carlos, "Las incompatibilidades del síndico y la función sindical", Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Buenos Aires, p. 451/499.

² *Ídem.*

³ Artículo 79 de la Ley N° 26.831: "Comisión fiscalizadora. En las sociedades comprendidas en el régimen de oferta pública por acciones o valores negociables de deuda, la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora deberán revestir la calidad de independientes".

⁴ El Mensaje de elevación de la LMC no dio muchos detalles en cuanto a los fundamentos de la requisito expresa de "independencia" por parte de los miembros de la Comisión Fiscalizadora, estableciendo únicamente que "(...) se exige el carácter de independiente a la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora".

mativo del mercado de capitales argentino, puede resultar fundamental para lograr obtener la eficiencia y ecuanimidad del órgano.

Ahora bien, las normas de la CNV, a la hora de reglamentar este precepto (conforme el artículo 12, Capítulo III del Título II de las NORMAS de la CNV)⁵, disponen que el carácter de independencia de los síndicos se evalúa considerando las pautas previstas en las resoluciones técnicas dictadas por la FACPCE⁶. El problema radica en que las resoluciones técnicas de dicha Federación están dirigidas en especial a la profesión de contador público y, como bien es sabido, los síndicos no solo pueden ser contadores públicos sino también abogados⁷.

Si bien como viéramos la FACPCE ya contemplaba criterios de independencia de síndicos contadores públicos desde el año 1998 con el dictado de la RT N° 15, no resulta de lo más acertado como técnica legislativa delegar la facultad del caso en otro ente. La finalidad buscada por el legislador es en cierta medida lograr la protección del público inversor en general y sobre todo al pequeño inversor⁸. Delegar en otro ente hace creer que el organismo se quitó el problema de encima. En todo caso, y para equiparar, tendría que haber delegado también la facultad para regular la independencia en la FACA. Es decir, para regular la independencia de los síndicos contadores públicos tendría que haber delegado en la FACPCE y para delegar la independencia de los síndicos abogados tendría que haber hecho lo propio en la referida FACA.

⁵ Gonzalo Anaya destaca, al respecto, que “Es curioso (por no decir desacertado) que la Comisión Nacional de Valores determine en el art. 12 del Título I, Capítulo III, Sección III de su Texto Ordenado del año 2013 que, “a los efectos establecidos en el artículo 79 primer párrafo de la Ley N° 26.831 el carácter de independencia se evaluará considerando las pautas previstas en las Resoluciones Técnicas dictadas por la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas”, como si todos los síndicos necesariamente fueran contadores)” (Anaya, Gonzalo Luis. “Reflexiones en torno a la independencia de la sindicatura Societaria”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618).

⁶ Artículo 12, Capítulo III del Título II de las NORMAS de la CNV: “A los efectos establecidos en el artículo 79 primer párrafo de la Ley N° 26.831 el carácter de independencia se evaluará considerando las pautas previstas en las RESOLUCIONES TÉCNICAS dictadas por la FEDERACIÓN ARGENTINA DE CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS”.

⁷ Artículo 285 de la LGS: “Para ser síndico se requiere: 1) Ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales; 2) Tener domicilio real en el país”.

⁸ Ello a través de la mejora de mecanismos tendientes a garantizar un mercado de capitales más transparente, robusto e inclusivo, haciendo hincapié en los inversores y, especialmente, en los pequeños de ellos. Por ejemplo, la LMC originaria —hoy modificada parcialmente en lo que seguidamente se transcribe—, establecía que “Son objetivos y principios fundamentales que informan y deberán guiar la interpretación de este ordenamiento, sus disposiciones complementarias y reglamentarias: a) promover la participación en el mercado de capitales de los pequeños inversores (...) favoreciendo especialmente los mecanismos que fomenten el ahorro nacional y su canalización hacia el desarrollo productivo; b) fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor”.

Asimismo, si bien al momento del dictado de la norma de delegación por parte de la CNV ya existía la RT específica de la FACPCE que regulaba la independencia — por lo que podemos decir que hubo una cierta validación del contenido de la misma— no contemplaron un procedimiento de aprobación o visado previo, al menos, de las normas modificatorias sucesivas que se dictasen por parte de dicha organización. Por ejemplo, la FACPCE emitió en el año 2016 la referida RT N° 45, modificando los referidos criterios de independencia hoy vigentes, y no hubo intervención previa o pronunciamiento alguno de la CNV al respecto.

En consecuencia, en el presente trabajo vamos a demostrar la necesidad del dictado de normativa específica que contemple una independencia rigurosa por parte de los integrantes de la sindicatura pluripersonal de las sociedades que hacen oferta pública de valores negociables, puntualmente en lo referido a los síndicos societarios que cuentan con la profesión de abogado. Para ello, tendremos en cuenta la importancia de la “independencia” para el funcionamiento eficaz del órgano, los criterios de independencia previstos originariamente por el legislador en la LGS, los criterios de independencia contemplados por los colegios profesionales, las incompatibilidades implícitas o tácitas previstas y analizadas por la doctrina, así como las consecuencias de violar las inhabilidades e incompatibilidades del caso, tanto para la sociedad como para los sujetos involucrados.

II.- La independencia de la sindicatura: uno de los temas claves para su funcionamiento eficaz.

Tal como lo dispone la LMC, los síndicos deben ser independientes. ¿Qué significa que sean independientes? Una forma de definir la independencia es caracterizarla por la negativa, es decir, como no dependiente⁹: va a ser síndico independiente el que no es dependiente. ¿De quién no debe ser dependiente? Básicamente de nadie. De manera ejemplificativa, se dice que no es independiente quien: (i) tuvo o ha tenido relación ejecutiva con la compañía, un miembro del directorio o de la alta dirección de la compañía, o de una compañía asociada a la misma; (ii) un familiar cercano a estos, un accionista o miembro de la dirección de una sociedad controlante o dominante; o (iii) una persona que tenga o haya tenido relaciones de negocios, financieras, o familiares con un accionista dominante, o con la compañía (como, por ejemplo, la de proveedor o cliente de la

⁹ Fargosi, Horacio P., “Esquicio sobre el "director independiente"”, Academia Nacional de Derecho, Edit. La Ley, Año 2008, 1 - LA LEY 29/04/2009, 29/04/2009, 1 - LA LEY2009-C, 881.

empresa); y (iv) en general, cualquier persona que haya tenido cualquier tipo de relación que pueda interferir con el ejercicio objetivo de su cargo¹⁰.

Bajo esta premisa, la sindicatura tiene que tener la capacidad de llevar adelante su control con independencia de los intereses específicos involucrados, debiendo estar sus integrantes debidamente motivados para oponerse en base a su propia experiencia¹¹. En efecto, el síndico societario tiene que tener la legitimidad y la fortaleza suficiente para enfrentarse al órgano de administración y a los gerentes de primera línea de la sociedad; éste se debe encontrar libre de presiones e imposiciones tanto de dicho órgano societario como de los accionistas a los que responde aquel. En este sentido, y al igual que como se sostiene respecto al director independiente, en el ejercicio de su función el síndico debe tutelar el interés de la sociedad en su conjunto, sin condicionamientos, de los varios y múltiples intereses que implican la gestión de la misma¹².

Siguiendo esta línea, la eficacia del órgano —y con ello un mejor funcionamiento de la sociedad— depende de éste actuar independiente de sus miembros, es decir, imparcial, funcionando como contrapeso del órgano de deliberación y de administración de la sociedad. En este sentido, como tal no está sujeto a las órdenes e instrucciones del órgano de administración ni tampoco debe acatamiento a las decisiones del órgano de gobierno que contradigan la ley, el estatuto o los reglamentos internos¹³.

Es por eso que para lograr su independencia, desde la ley y la reglamentación se intenta precisar o tipificar los requisitos de independencia.

Ahora bien, una de las razones por las cuales la sindicatura no funciona como debe ser es como consecuencia justamente a la persistencia de la falta de independencia de sus integrantes, tornándolo un órgano que cumple una función meramente formal, ya que en la práctica no ejerce un control verdadero; transformándose, por lo tanto, en un órgano ineficaz.

Así lo resalta la doctrina, la cual sostiene, por ejemplo, que “(u)no de los ataques más comunes consiste en sospechar de parcialidad al síndico por su lealtad o in-

¹⁰ Salvochea, Ramiro, “Mercados y Buen Gobierno Corporativo”, La Revolución del Corporate Governance, Edit. La Ley, Año 2016, Bs. As., p. 521.

¹¹ Fargosi, Horacio P., op. cit. “Esquicio...”, Academia Nacional de Derecho, Edit. La Ley, Año 2008, 1 - LA LEY 29/04/2009, 29/04/2009, 1 - LA LEY2009-C, 881.

¹² *Ídem.*

¹³ Barreira Delfino, Eduardo A., “Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de la sindicatura”, Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., p. 624.

terés en congraciarse con las mayorías que lo eligieron y lo renovarán en su cargo (...)”¹⁴;“(…) el fracaso de este instituto no encuentra fundamento en deficiencias legislativas, sino en razones de funcionamiento práctico, pues lo corriente, vigente la Sindicatura obligatoria, eran que los socios designen como síndico al abogado o contador de la firma, en el convencimiento de estar cumpliendo con una mera formalidad exigida por la ley, a punto tal de que la remuneración correspondiente, en el mejor de los casos, aparecía y aparece como un premio por el riesgo asumido¹⁵;“(…) será el grupo de control (accionistas o socios mayoritarios) quienes además de formar la voluntad social designarán discrecionalmente a los integrantes de los órganos de administración y fiscalización implicando ello un inadmisibles contrasentido consistente en otorgar a la mayoría la facultad de elegir quien ejercerá el control (sindicatura) y quien será el controlado (directorío o gerencia) derivándose en una situación de predominio por sobre los socios minoritarios quienes quedarán en una evidente inferioridad en la calidad de sus derechos como accionistas (el síndico pasará a ser un apéndice del órgano de administración y en el supuesto en que los minoritarios decidieran no adherirse a las políticas del grupo controlante, su derecho a informarse, a controlar la contabilidad o la administración de la sociedad —entre otros— se verá gravemente afectado, aún cuando el ejercicio de esos derechos deba ser canalizado en forma indirecta a través de la intervención del citado funcionario”¹⁶;“(u)na relevante mayoría de la doctrina y una significativa proporción de la jurisprudencia (...) opinan que el instituto de la sindicatura societaria, desde su incorporación al Código de Comercio y pese a los esfuerzos reivindicatorios que alentaron la ley 19.550 y su modificatoria la ley 22.903, no ha resultado eficaz”¹⁷;“(…) nuestra opinión es que no se ha podido independizar el control sindical de las sociedades mayores, de la influencia del directorío y de las mayorías asamblearias, ya que éstas nombran a los síndicos, que, a pesar de ser profesionales, de algún modo responden a la mayoría

¹⁴ Carlino, Bernardo, “¿Quo vadis síndico societario? (hacia el rol de árbitro interno)”, Edit. La Ley, Año 2006, 1 - LA LEY2007-A, 1157.

¹⁵ Nissen, Ricardo Augusto, “Ley de sociedades comerciales”, t. II, p. 701, *apud.* Nissen, Ricardo A., “Análisis de la ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550. Asamblea, directorío, consejo de vigilancia y sindicatura”, LA LEY 1984-B, 850.

¹⁶ Seijas, Ramiro, “Desnaturalización de la función de control en las sociedades con sindicatura. Obsolescencia del órgano. El principio mayoritario. La necesidad de una reforma del sistema”, Edit. La Ley, Año 2015, 1 - LA LEY03/03/2015, - DJ01/04/2015, 1.

¹⁷ Albor, Oscar y otros, “Nuevo Enfoque y dimensión de la sindicatura societaria”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata), Año 1995.

del directorio y de los accionistas que los elige”¹⁸; “En otros casos, quizá los más ajustados a la realidad, lo es el contador certificante o el asesor letrado de la sociedad quienes asumen esta responsabilidad por la vinculación profesional particular que tienen con su cliente. Una ligera observación sobre los honorarios que generalmente perciben da la pauta de la más ridícula irrealidad. Designado por las mismas mayorías que requieren los directores, aun en sociedades abiertas de capital nacional, forman parte del mismo, grupos de intereses aunque estos estén diferenciados en su naturaleza”¹⁹; “Se observa una relación directamente proporcional entre la acentuación del grado de concentración y la voluntad frustratoria de la sociedad frente al ejercicio del poder de control, cualquiera sea la órbita de donde provenga. Coadyuva a tal resultado la circunstancia del mantenimiento a ultranza de la ilusión democrática del legislador, concretizada en el hecho de que controlante y controlado posean la misma matriz genética, esto es, la mayoría asamblearia, lo que priva al órgano de control de independencia, por contradecir un principio aplicable a la especie, proveniente del derecho público, que establece que controlante y controlado deben ser independientes”²⁰; “creemos que la ineficacia y el papel formal de la sindicatura no es más que una manifestación de la ineficacia y el papel formal de toda la estructura de la sociedad anónima que en nuestro medio no siempre responde a las razones que justifican la creación de sociedades anónimas”²¹

Para contrarrestar este problema, Seijas argumenta que “La única vía disponible para garantizar un ejercicio genuino de dichos deberes por parte de la sindicatura (independientemente de la posición que se asuma en cuanto al alcance del control a cargo del citado organismo —de mérito o de legalidad—) es la de establecer una clara y definitiva desvinculación entre el sujeto de control (síncico) y el sujeto controlado (directorío o gerencia). El quiebre de esa relación vinculatoria (que en la mayoría de los casos importa un supuesto patológico de relación de subordinación orgánica) implicará evitar que el accionista afectado en sus derechos deba recurrir obligatoriamente a las vías judiciales ante actos de gestión emanados de un órgano de administración divorcia-

¹⁸ Etcheverry, Raúl A., “La necesidad de crear un grupo de estudios sobre la reforma de la ley de sociedades a la luz de la doctrina del mejor gobierno corporativo (Corporate Governance)”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 1998.

¹⁹ Ferro, Héctor, “Consejo de vigilancia y sindicatura. Fiscalización de mérito y/o legalidad”, Edit. E.D., tomo 94, Año 1981, Bs. As., p. 633-640.

²⁰ Piaggi, Ana I., “La sindicatura como órgano intrasocietario de control. Nuevas técnicas de control”, Edit. La Ley, LA LEY1981-B, 1086.

²¹ Highton, Federico R., “Insuficiente Regulación de las incompatibilidades del síncico societario”, Edit. La Ley 1981-B-404.

do del interés social. Ello es así atento que contará con un funcionario interno que responderá a sus legítimos requerimientos con facultades de fiscalización de la gestión social, pudiendo incluso detectar en forma previa incumplimientos, investigar con independencia de criterio las irregularidades denunciadas y formular las denuncias administrativas correspondientes”²².

Suarez Anzorena ya decía durante el año 1968 que “(...) como en muchos otros países aconteciera o acontece, incontroladas mayorías acostumbran a conferir el cargo sindical a quienes, por ligámenes familiares con los directores o vínculos profesionales para con estos o la sociedad, o, lisa y llanamente por hallarse en directa o indirecta situación de dependencia respecto de aquellos o esta, carecen del imprescindible mínimo de independencia respecto de los fiscalizados que el correcto ejercicio de la función requiere, y por ello, síndicos de papel, "que tienen ojos y no ven, tienen oídos y no oyen", pagan con natural moneda de complacencia la designación que reciben por obra y gracia de los propios directores o de mayorías adictas a estos”²³.

Consecuentemente, resulta esencial hacer hincapié en los requisitos de independencia de los integrantes de éste órgano, para lograr la real no dependencia de sus integrantes ya sea a la sociedad, los accionistas controlantes y el órgano de administración de la sociedad.

Sobre todo —principalmente en lo que nos toca— asurando la independencia de los síndicos abogados, ya que muchas veces se designan como síndicos a abogados que tienen una clara vinculación con el grupo de control, ya que resultan asesores del accionista controlante o del órgano de control de la sociedad.

III.- Ponderación del criterio de independencia para las sociedades que se encuentran en la oferta pública.

En la oferta pública de valores negociables se extreman los requisitos de transparencia y de protección del público inversor, habida cuenta que se encuentra comprometido un interés público vinculado con el desarrollo del mercado de capitales; mecanismo útil para canalizar el ahorro público hacia fines productivos. En este sentido, toda herramienta que sirva para proteger al accionista o al acreedor se engrandece en las so-

²² Seijas, Ramiro, “Desnaturalización de la función de control...”, Edit. La Ley, Año 2015, 1 - LA LEY03/03/2015, - DJ01/04/2015, 1.

²³ Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Bs. As., p. 451/499.

ciudades abiertas, toda vez que aquellas acuden para financiarse al ahorro público, es decir, el ahorro de todos los inversores en general.

Tal como manifiesta Claudia Flaibani, la figura de la sociedad anónima abierta representa aquella empresa de magnitud en la que los actos de comercio no son suficientes para explicarla; las múltiples relaciones negociales demandan organizaciones administrativas más complejas; el fenómeno disociativo propiedad-gestión halla su manifestación plena; el aprovechamiento de la ciencia y técnica se experimenta con eficiencia y, en fin, se eleva un interés societario y de terceros, que supera el de los propios accionistas²⁴. En este sentido, por ejemplo, Vallejos Meana destaca que “(...) en las sociedades contempladas en el art. 299 (de la LGS) es donde con mayor intensidad se presenta el fenómeno de la disociación entre poder y propiedad, que por mayor dispersión normal del accionario, hace inadecuado el control directo por los socios”²⁵ (el agregado entre paréntesis me pertenece).

Esto, en la ley de sociedades, se ve reflejado con la imposibilidad de prescindencia de la sindicatura para las sociedades del artículo 299 de la LGS, que, entre ellas, nos encontramos ante las que hacen oferta pública de sus valores negociables.

Así como la sindicatura es obligatoria y se extrema toda medida tendiente a proteger a los inversores y al público en general, la independencia de la sindicatura se debe fortalecer. Si la sociedad se encuentra en la oferta pública estamos hablando de la posibilidad de que la sociedad cuente con decenas o cientos de accionistas minoritarios o acreedores, o, al menos, con la potencialidad de ello.

En estas es habitual también la falta de independencia práctica del órgano de fiscalización respecto a los accionistas controlantes o el órgano de administración. Por ejemplo es reconocido desde hace tiempo que “En las empresas que cotizan sus acciones en bolsa, habitualmente la sindicatura, que es colegiada, la asumen los socios de los estudios profesionales de auditores y de asesores jurídicos de la empresa cliente. Son muy pocos los casos en que los síndicos no tienen este carácter”²⁶.

²⁴ Flaibani, Claudia C., “Ley de Sociedades Civiles y Comerciales comentada y anotada”, Edit. Heliasta, Año 1997, Bs. As., p. 909-911.

²⁵ Vallejos Meana, “Algunas reflexiones sobre la conveniencia de mantener el régimen legal vigente con relación a la sindicatura”, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta), Año 1982.

²⁶ Dealecsandris, Ricardo y Quian, Roberto, “Reformas al instituto de la Sindicatura”, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta), Año 1982.

De igual modo, se sostiene que “(...) la crítica se circunscribe a señalar la mucho menos que aparente, diríase minusválida independencia de la sindicatura societaria. Esta vulnerabilidad del órgano de fiscalización interna, está directamente relacionada con el creciente tamaño y poder de las corporaciones, cuyos grupos de control utilizando las mayorías que le son propias y aprovechando el ausentismo de los accionistas independientes nominan directores y síndicos. En este hecho, que alguien calificó con gran acierto como "la identidad genética de controlantes y controlados", se centra la crisis de la sindicatura societaria. Las mismas mayorías eligen a quienes administran y a quienes deben controlarlos y, consecuentemente, el centro del poder se ha trasladado —impropiamente— del órgano de gobierno al órgano de administración”²⁷.

En consecuencia, para las sociedades abiertas, es fundamental lograr la más absoluta independencia de los miembros del órgano de fiscalización respecto de la emisora a fiscalizar, su/s controlante/s, controlada/s y vinculada/s, el/los órganos de administración que la/s administran y el/los accionistas vinculados.

IV.- La aptitud profesional que debe revestir el síndico: abogado o contador público

Como venimos viendo, para ser síndico se requiere ser abogado o contador. Este requisito se incorporó en el año 1972 con la sanción de la LGS, ya que el Código de Comercio no exigía cualidad al respecto. En este sentido, se sostenía que, “(a) sí como se suponía que cualquier persona designada para dirigir una sociedad debía tener las cualidades para hacerlo, o de lo contrario no aceptaría la función y las responsabilidades inherentes a ella, de igual manera se admitía que quien asumiera la sindicatura sabría cómo fiscalizar”²⁸, enseñando luego la experiencia que dicha suposición carecía de validez porque no había dado ningún resultado en los hechos²⁹.

La exigencia resulta del artículo 285 de la LGS, que dispone que, para ser síndico, se requiere, además de contar con domicilio real en la República, ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales.

²⁷ Albor, Oscar y otros, op. cit. “Nuevo Enfoque y dimensión...”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata), Año 1995.

²⁸ Chapman, William Leslie, “Acerca de la idoneidad para desempeñar la función del síndico según la ley 19.550”, Derecho Empresario, v. 6, Arindo, Año 1979. Bs. As., p. 1-18.

²⁹ *Ídem.*

No se vislumbra por caso la obligación de contar con cierta experiencia en el ejercicio de dichas profesiones, novedad que introduce sí el último proyecto de reforma de la LGS presentado en el Honorable Senado de la Nación con fecha 05/06/2019. Así, dicho proyecto exige para ser síndico que se revista el carácter de abogado o contador público, con título habilitante y cinco (5) años de ejercicio profesional, o sociedad constituida exclusivamente por estos profesionales cuya mayoría tenga esa antigüedad.

Se sostiene que el título asegura cierta idoneidad³⁰, formación técnica³¹ o capacidad³², que va a contribuir a dar cierta independencia respecto al órgano de fiscalización. Así, el título hace presumir en la persona que lo detenta responsabilidad y conocimientos que le permitirán desempeñar las funciones encomendadas al síndico con eficacia e independencia de criterio³³.

Por ejemplo, se ha dicho que la profesionalidad exigida a los síndicos “(...) tiende en general a que exista una más amplia garantía de eficacia en el sistema de control de esta clase de sociedades en defensa de las minorías, ya que es obvio que estas personas por sus títulos universitarios o conocimientos técnicos cuentan con mayores condiciones de idoneidad que otras, no especializadas, para ejercer una mejor fiscalización de los actos sociales”³⁴.

En ésta línea, también se ha resuelto que “(...) la ley exige determinado grado de profesionalidad en la Sindicatura, en merito al tecnicismo y la complejidad de los

³⁰ En este sentido se dice que “La idoneidad resultante del título exigido es lo que permitirá no solo el ejercicio de las atribuciones, que en el sentido del control tienen los síndicos, sino el cumplimiento en debida forma de lo dispuesto por el art. 294, inciso 11, que implica una actividad impregnada de valoraciones complejas que exigen un análisis posible solo con conocimientos suficientes” (Flaibani, Claudia C., op. cit. “Ley de Sociedades...”, Edit. Heliasta, Año 1997, Bs. As., p. 909-911).

³¹ Por ejemplo, Horacio Fargosi sostuvo que “(...) intenta purificar a la sindicatura de su sujeción al directorio a través de la formación técnica y de las incompatibilidades fijadas por la ley” (Fargosi, Horacio P., “Anotaciones sobre la sindicatura en la Ley de sociedades comerciales”, Edit. La Ley, t. 147, Año 1972, p. 1146)

³² En este sentido se dice que “De la significación e importancia de las atribuciones recién mencionadas, deviene como necesaria una "capacidad profesional" para el desempeño de la sindicatura, idoneidad esta que constituye un factor computable a los efectos de la determinación de la eventual responsabilidad. Para garantizar esa capacidad, el art. 285 inc. 1° de la ley 19.550 requiere que el síndico sea abogado o contador público, con título habilitante” (CNCom. Sala A. 28-8-74 “Bodegas y Viñedos Koch S.A.”).

³³ Odriozola, Carlos S., “Acerca de las condiciones para ser síndico de sociedades anónimas”, Edit. J. A., 1961-V-Doctrina, Año 1961, p. 25-31. Este autor agrega que “El síndico no solamente deberá ser extraño a las causas de incapacidad o incompatibilidad, sino que ha de poseer una condición positiva: idoneidad para el cargo, única manera de cumplir con responsabilidad la delicada misión que le encomienda la ley”.

³⁴ CNCom., Sala A, agosto 28-974 “Bodegas y Viñedos koch, S.A.” - Opinión del Fiscal de Cámara. En este fallo también se sostuvo que “(...) las funciones múltiples y heterogéneas que se atribuyen a los síndicos han sido el fundamento para sostener que era indispensable dar una organización legal más adecuada y el decreto-ley 19.550/72 (...) ha incluido como requisito el ser abogado o contador público” (CNCom., Sala A, agosto 28-974 “Bodegas y Viñedos koch, S.A.”).

negocios y a las exigencias reglamentarias que regulan el funcionamiento de las sociedades y las actividades que despliegan conforme su objeto social”³⁵.

En este mismo sentido, Roberto Muguillo destaca que “(e)l recaudo de profesionalidad que se establece en la persona que ejercerá la función fiscalizadora aporta una garantía de solvencia intelectual para el desempeño del cargo y, además, aleja en buena medida el peligro de la captación —y aun subordinación— de la sindicatura por el órgano administrador de la sociedad. El sindico “de favor” o complaciente, a hechura o personero del directorio, cede su lugar a un profesional que, por su misma condición de tal, se halla en la obligación moral de mantener su independencia, objetividad y equidistancia en la función, dado que arriesga en su desempeño mucho más que el sindico lego, tanto desde el punto de vista de la reglamentación profesional como del prestigio y decoro que la profesión le exige, socialmente hablando”³⁶.

Ahora bien, si bien esta cualidad profesional hace presumir la independencia, no la garantiza. Así lo destacó expresamente Carlos Suarez Anzorena al sostener —opinión que desde ya comparto— que “(...) el título profesional por cierto, no garantiza rectitud de independencia de criterio. De modo tal que la preservación de tales aspectos resulta obviamente insuficiente para la cabal tutela de la seriedad del órgano, que requiere además de otros factores decisivos, a saber, la existencia de un adecuado régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, tanto o más que de ello, de la existencia de un adecuado sistema de elección y remoción de los sujetos llamados a desempeñarlo, ello por cuanto aquellas disposiciones prohibitivas pueden ser fácilmente burladas en tanto mantenga la mayoría un excluyente poder de designación —y remoción— de síndicos que le son adeptos”³⁷.

Se sostiene que la idoneidad no solo se podría obtener de ésta manera, sino también mediante la inscripción en registros especiales³⁸.

Por otro lado, se han efectuado ciertas críticas respecto a éste requisito, por ejemplo, sosteniéndose que este es solo un requisito de habilitación, debiendo contar la

³⁵ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit. “Inhabilidades...”, Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., p. 624.

³⁶ Muguillo, Roberto A., “Manual de Sociedades Civiles y Comerciales”, Edit. Abeledo Perrot, Año 2012, Bs. As., p. 592.

³⁷ Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Bs. As., p. 451/499.

³⁸ Segal, Rubén, “Idoneidad para la fiscalización privada en las sociedades anónimas”, Edit. La Ley, T.1975-A, Año 1975, p. 137.

persona con los conocimientos necesarios para el debido desempeño de la función³⁹, los cuales puede o no tenerlos. En efecto, en el ejercicio de las tareas tenemos algunas que son propias de contadores públicos y otras que son propias de abogados⁴⁰ y en la composición de dicho órgano puede que alguna de éstas profesiones no se haga presente, esto es, que solo tengamos en la composición uno o varios contadores públicos o uno o varios abogados y que, sin embargo, asuman las tareas propias de la otra profesión.

Asimismo, puede que en los planes de estudio de cada una de estas profesiones no haya una suficiente preparación en la otra⁴¹.

Ahora bien, lo cierto es que la aptitud profesional exigida no es un requisito menor en lo que nos toca. En lo que respecta a las sociedades que hacen oferta pública de valores negociables, el hecho de que la Comisión Fiscalizadora requerida sea un órgano colegiado, nos da distintas alternativas de composición mínima de éste órgano: 1) Tres contadores públicos; 2) tres abogados; 3) Dos contadores públicos y un abogado; y 4) Dos abogados y un contador público.

Teniendo presente la relevante presencia que podría tener la profesión de abogado en la Comisión Fiscalizadora —con composición mínima, podría estar conformada por tres síndicos abogados—, nos refuerza la postura de la necesidad de contar con criterios de independencia específicos para ésta profesión. Sin perjuicio de otros problemas que podríamos tener en un caso como el contemplado —falta de conocimiento para asumir ciertas tareas del síndico que son propias de contador público—, es inadmisibles la inexistencia de criterios especiales y que tengamos que aplicar criterios pensados originariamente para otra profesión y que, va de suyo, puedan no contemplar —como sucede— especificidades de ésta.

V.- Inhabilidades e incompatibilidades de la LGS

³⁹ Bello Knoll, Susy Inés y otros, “El abogado y la Resolución Técnica 15”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2001.

⁴⁰ Chapman, William Leslie, op. cit. “Acerca de la idoneidad...”, Derecho Empresario, v. 6, 1979. Bs. As., Arindo Derecho Empresario, v. 6, Arindo, Año 1979. Bs. As., p. 1-18. Por ejemplo, este autor destaca que “El síndico-abogado no puede conocer los aspectos de técnica contable y no puede asumir igual responsabilidad que los contadores públicos. Pero la L. 19.550 obliga hacerlo y ese es uno de los más graves defectos de ese cuerpo legal”.

⁴¹ Favier Dubois, Eduardo M. y Vázquez Ponce, Héctor O., “Necesaria formación interdisciplinaria para el desempeño de la sindicatura”, II Congreso Argentino de Derecho Societario (Mar del Plata), Año 1979.

El artículo 286 de la LGS enumera una serie de inhabilidades e incompatibilidades de los síndicos societarios; apuntando a los antecedentes personales y a otras cuestiones, a efectos de lograr cierta independencia y, por consiguiente, ecuanimidad en su actuación.

Como se podrá observar seguidamente, no se incluye en la enumeración de dicho precepto el caso de los profesionales liberales que revisten el carácter de síndicos societarios y, en forma simultánea, asisten —ya sea como asesores, gestores, etc.— a la empresa; como puede ser el caso del abogado que es asesor, apoderado o letrado patrocinante en casusas que involucran a la sociedad. Tampoco surge expresamente que la siguiente enumeración tiene carácter enunciativo⁴².

Dicho artículo, dispone que no pueden ser síndicos:

- 1) Quienes se hallan inhabilitados para ser directores, conforme al artículo 264 de la LGS;
- 2) Los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante;
- 3) Los cónyuges, los parientes con consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales.

Seguidamente, vamos a tratar los distintos incisos:

A.- Inciso 1° del artículo 286 de la LGS

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 286 de la LGS, no pueden ser síndicos quienes se hallan inhabilitados para ser directores, conforme al artículo 264 de dicha ley.

Por su parte, el artículo 264 de la LGS dispone que no pueden ser directores ni gerentes:

1) Quienes no pueden ejercer el comercio.

⁴² Highton, Federico R., op. cit. “Insuficiente regulación...”, Edit. La Ley 1981-B-404.

Así como es lógico para quien debe dirigir o administrar la sociedad anónima cuente con capacidad legal para ejercer el comercio, se dice que, igualmente, es lógica la exigencia a quien debe fiscalizar esa dirección o administración⁴³.

Bajo esa premisa, para entender quienes no podían ejercer el comercio, había que remitirse al entonces Código de Comercio de la Nación. De éste surgía que no podían ejercer tal actividad: los magistrados judiciales en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción; los escribanos, en ejercicio de la profesión; los funcionarios de la Inspección General de Justicia; los militares en actividad; así como los clérigos de cualquier orden mientras vistan traje clerical⁴⁴.

Por su parte, el artículo 24 del referido Código de Comercio de la Nación disponía la prohibición, por incapacidad legal, para ejercer el comercio:

1° Los que se hallan en estado de interdicción;

2° Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación, salvo las limitaciones del Art. 1575 (derogado por la ley N° 24.522).

2) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación.

. Bajo la vigencia de la Ley N° 19.551 la cuestión se resolvía de acuerdo a lo establecido por los artículos 235, 236 y 237 de dicha ley. El hecho de encuadrar la quiebra culpable, fraudulenta o casual era una cuestión a determinar por el juez interviniente en cada caso⁴⁵.

Como fundamento, se sostenía que el comerciante deshonesto o culposo debía tener limitaciones para ser administrador de una sociedad, pues, quien obra con malicia y torpeza, sin perjuicio de las sanciones penales y civiles que pueda merecer en cada

⁴³ Chapman, William Leslie, "Sobre las incompatibilidades e inhabilitaciones para el ejercicio de la sindicatura en la ley 19.550", administración de empresas, año 3, n° 30, Edit. Contabilidad Moderna, Año 1972. Bs. As., p. 565-576.

⁴⁴ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit. "Inhabilitaciones...", Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., p. 626.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 624.

caso, debe ser considerado inhabilitado para la dirección y administración de los intereses de terceros⁴⁶.

Puntualmente para el síndico societario, se decía que su función exige el mayor grado de honestidad que pueda hallarse en las actividades económicas, ya que el principal servicio que debe proveer es una tarea de vigilancia y la credibilidad y precisión en sus dictámenes e informes⁴⁷, pudiendo verse afectado mucho más gravemente que los directores y gerentes, sobre todo, en caso de quiebra culposa o fraudulenta, pues puede hacer dudar sobre lo que es su principal función: juzgar la información dada por otros⁴⁸.

Puede ser criticable de éste supuesto que se inhabilite a aquel que cayó en la quiebra en forma casual o se declaró en concurso preventivo, no habiendo una conducta reprochable por parte del sujeto, pudiendo tratarse únicamente de una contingencia resultante de la economía del momento⁴⁹.

Hoy en día no hay norma en la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 —la cual derogó la Ley N° 19.551— que regule expresamente la calificación de la conducta en el marco de una quiebra en fraudulenta o culposa.

La referida calificación de una quiebra se dirime, actualmente, por las normas del Código Penal, las cuales tipifican dichas conductas en los artículos 176, 177 y 178 del mencionado Código.

3) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez (10) años de cumplida la condena.

Se trata de una inhabilitación por la comisión de delitos varios claramente heterogénea, que pueden o no tratarse de situaciones vinculadas al comercio o la economía.

⁴⁶ Chapman, William Leslie, op. cit. “Sobre las incompatibilidades...”, administración de empresas, año 3, n° 30, Edit. Contabilidad Moderna, Año 1972. Bs. As., p. 567.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 568.

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ *Ídem*. Así se sostenía que “En este caso puede considerarse que la prohibición tiene meros justificativos pues parece estar basada en una concepción algo caduca, que juzga condenable y reprochable el simple hecho de caer en quiebra”.

Respecto a los condenados por accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos, se entiende que “(...) el legislador ha conceptuado que la función de director, gerente o síndico de sociedad anónima es de suficiente importancia para la seriedad y buena fe en las actividades económicas privadas, de modo que quienes se hallen inhabilitados para ocupar puestos en la función pública deben sufrir la limitación impuesta por la ley para actuar en dichos cargos en la sociedad anónima”⁵⁰.

4) Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones.

Se trata de una inhabilitación por ejercicio de la función pública cuyo fundamento “(...) parecería ser el de evitar o prevenir contra el favorecimiento de ciertas sociedades que pudieran beneficiarse indebidamente con la influencia, información u otras ventajas de quien ocupare un cargo en la administración pública, como rector o fiscalizador de la actividad económica de la sociedad beneficiada. El principio parece ser sano, y puede redundar en bien de mejores relaciones entre las empresas privadas y los organismos estatales de control”⁵¹.

B.- Inciso 2° del artículo 286 de la LGS

De acuerdo a éste inciso, no pueden ser síndicos los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante.

Dos son los fundamentos en cuanto a estas incompatibilidades. Por un lado, el síndico controla la administración de la sociedad, la cual está a cargo, en forma directa, de los directores, y en forma indirecta, de los gerentes, por delegación de estos (artículo 270 de la Ley N° 19.550)⁵² y en última instancia de los empleados que, junto con estos últimos mencionados, son los que ejecutan las decisiones del órgano de administración. Va de suyo, en este sentido, que el síndico no podría ser fiscalizador y fiscalizado a la vez⁵³. Por otro lado, los síndicos tampoco podrían ser empleados de la sociedad, ya que

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 570.

⁵² Man, Adriana Claudia, “Incompatibilidades y prohibiciones que pesan sobre el síndico societario”, Edit. La Ley, LEY1997-B, 460, Cita Online: AR/DOC/11065/2001.

⁵³ Al respecto se ha dicho que “La razón de ser de esta incompatibilidad es obvia: el síndico vigila la gestión social que llevan a cabo el directorio, a nivel superior; y los gerentes y empleados a nivel de ejecución (...) En otras palabras, los fiscalizadores no deben fiscalizarse a sí mismos, pues ello tornaría farsesca a la institución de control. Sin embargo, fuerza es reconocerlo, la ausencia en el código de comercio de disposiciones al respecto, llevó al fracaso a la sindicatura, que en algunos casos fue desempeñada por personal subalterno del directorio, el que imponía su voluntad sobre el síndico. La identificación de situaciones en que el síndico de una sociedad anónima pudiera ser empleado de sociedades controladas

estos se encuentran bajo una relación de dependencia, que incluye una subordinación técnica, jurídica y económica, careciendo, consecuentemente, de independencia de actuación⁵⁴.

Asimismo, en este inciso es de aplicación el principio establecido en el artículo 33 de la LGS⁵⁵, en lo que respecta que el control societario puede producirse en forma directa o indirecta y que éste puede ejercerse mediante el voto o una influencia dominante.

Roberto Muguillo destaca, al respecto, que “(e)sta una incompatibilidad natural que afecta a directores y gerentes —dado que la coincidencia de ambas funciones en una misma persona lesionaría el principio de separación de poderes dentro de la sociedad— y se hace extensiva a los empleados, no solo de la sociedad en cuestión, sino también de cualquier otra que la controlare por tenencia de la mayoría del paquete accionario de la primera. Acertada es la medida, atento a que la relación laboral de dependencia implica subordinación directa al directorio, siendo por el contrario la independencia con respecto a aquel sine qua non del ejercicio de la sindicatura. El problema no queda superado por la exigencia de título profesional habilitante, pues bien podría poseerlo el empleado y, aun mas, podría tratarse de un profesional a sueldo de la sociedad, en relación de dependencia”⁵⁶.

C.- Inciso 3° del artículo 286 de la LGS

Conforme el inciso del caso, no pueden ser síndicos los cónyuges, los parientes con consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales.

será relativamente fácil en la mayor parte de las circunstancias. No puede decirse lo mismo de sociedades controlantes, particularmente cuando éstas sean sociedades extranjeras” (Chapman, William Leslie, op. cit. “Sobre las incompatibilidades...”, administración de empresas, año 3, n° 30, Edit. Contabilidad Moderna, Año 1972. Bs. As., p. 565-576).

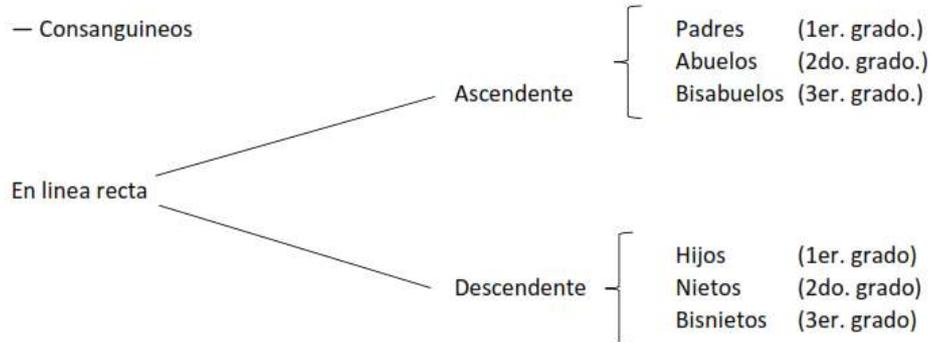
⁵⁴ Así se dice que “Al referirse el art. 286, inciso 2do., a los empleados de la sociedad, ha vedado el acceso a la sindicatura a todos aquellos que se hallan en relación de dependencia con la firma, disposición que se justifica, pues esa relación implica subordinación directa al directorio, siendo por el contrario la independencia con respecto a este órgano indispensable para el ejercicio de la sindicatura” (Flaibani, Claudia C., op. cit. “Ley de Sociedades...”, Edit. Heliasta, Año 1997, Bs. As., p. 915-916).

⁵⁵ Artículo 33 de la LGS: “Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2) Ejerce una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades”.

⁵⁶ Muguillo, Roberto A., op. cit. “Manual de Sociedades...”, Edit. Abeledo Perrot, Año 2012, Bs. As., p. 592.

Eduardo Barreira Delfino⁵⁷ graficó de manera nítida las presentes inhabilidades mediante el siguiente cuadro que aquí reproduzco:

Los grados de parentesco involucrado son:



El 1er. Grado no existe en el parentesco colateral

— Afines



Así como el síndico no debe tener cargos de dirección y de ejecución, ya que no puede ser fiscalizador y fiscalizado a la vez, no debe estar vinculado, asimismo, por lazos familiares con los directores y gerentes, que pueda afectar su imparcialidad de criterio. En efecto, un vínculo familiar con alguno de los encargados de la administración —cuestión que podría ser difícil de probar, crítica que acompaña a estas inhabilidades⁵⁸— podría generar que haya cierto grado de solidaridad o complicidad para con

⁵⁷ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit. “Inhabilidades...”, Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., p. 624.

⁵⁸ Muguillo, Roberto A., op. cit. “Manual de Sociedades...”, Edit. Abeledo Perrot, Año 2012, Bs. As., p. 594. Este autor, por ejemplo, manifiesta que “(...) esa profusa lista de inhabilidades por lazos de parentesco, además de injustificada en muchos casos, resulta pueril, pudiendo afirmarse que será en extremo difícil probar —afirmativa o negativamente— algunos de los vínculos incluidos en las prohibiciones del inc. 3°. Además, cabe observar que la extensión de las restricciones puede privar, frecuentemente, a las sociedades de familia, de funcionarios útiles y aptos por razones de lejano y difuso parentesco. Agréguese a ello la necesidad eventual de probar instrumentalmente los mencionados vínculos familiares y se comprenderán cabalmente las desventajas de un criterio de sospecha apriorística y sistemática. Y si ello así hubiera ocurrido pero hubiera sido consentido en un principio por todos los partícipes de la socie-

esa persona y, con ello, verse afectada la imparcialidad o juicio independiente en lo que respecta al control; pudiendo verse incluso cierta cooperación para que la gestión aparezca a la luz más favorable a los intereses de los fiscalizados⁵⁹.

VI.- La Resolución Técnica N° 45 de la FACPE

Bajo el sustento de que la sindicatura societaria es “ejercicio profesional”⁶⁰, y atribuyéndose facultades que van más allá del carácter reglamentario⁶¹, la FACPE dictó primero la RT N° 15 y luego la RT N° 45 dirigida a los contadores públicos que ejercen la función de síndicos en sociedades, incorporando estándares más exigentes de independencia.

De la RT N° 45 de la FACPE, podemos sostener que hay criterios ajustables a todas las profesiones y criterios aplicables en especial a los contadores públicos. En oposición a lo allí escrito, también, podemos argumentar que no hay criterios que contemplen la particularidad de la otra profesión con aptitud de síndico societario: la abogacía⁶².

Seguidamente veremos cada criterio de dicha normativa:

Por empezar, la norma pondera como principio general que, como “condición básica para el ejercicio de la sindicatura”, “(...) el síndico debe ser independiente de la

dad, ¿podrá luego plantearse la inhabilidad cuando el consentimiento generó una situación de actos propios, contra lo que luego se alzarían? Probado el parentesco, la remoción corresponderá por tratarse una disposición —a nuestro criterio— imperativa de la ley”.

⁵⁹ Así como podría existir cierta cooperación, se dice que podría ocurrir la hipótesis contraria. Chapman, por ejemplo, sostiene que “(...) esta hipótesis también admite la réplica de que a veces el parentesco es causa de rencor y hostilidad en cuestiones de interés, contrariando la suposición de parcialidad que se deduce de la existencia del lazo de familia. Aunque en los hechos esto pudiera ser así, el principio legal está consagrado en la presunción *juris et de iure* que fija la ley” (Chapman, William Leslie, op. cit. “Sobre las incompatibilidades...”, administración de empresas, año 3, n° 30, Edit. Contabilidad Moderna, Año 1972. Bs. As., p. 565-576).

⁶⁰ Así se ha sostenido, al decirse que “(...) la Sindicatura Societaria es “ejercicio profesional”, y en ese sentido se han expedido formalmente los Organismos Profesionales. Esto implica que el cumplimiento de los preceptos legales que rigen la función del Síndico Societario deberá ser juzgada a la luz de los parámetros que hacen a la condición de profesionalidad: aplicación de Normas Técnicas reconocidas, amplitud e independencia de criterio y actuación ética” (Martorell, Ernesto E., “El síndico de la sociedad anónima: replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de responsabilidad”, Edit. La Ley, LA LEY1988-B, 1082).

⁶¹ Bello Knoll, Susy Inés y otros, op. cit. “El abogado...”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2001.

⁶² En este sentido, se ha dicho que “La Resolución Técnica 15 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas regula la actividad sindical societaria para los contadores públicos, no existiendo una norma de similar tenor para los síndicos abogados. Dicha norma profesional establece estándares más exigentes aún en cuanto a los requisitos de independencia” (Fushimi, Jorge Fernando, “Reinvindicando al sistema dualista”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 2013).

Sociedad en la cual desempeñe la función de síndico y de los restantes órganos que la componen”. Al respecto, si bien podemos entender que con “restantes órganos que la componen” se está haciendo referencia, entre otros, al órgano de gobierno, es decir, a la asamblea de accionistas, como crítica a este primer punto, podría decirse que omitieron hacer referencia expresa a que el síndico debe ser independiente, además, de los accionistas, sujetos que detrás de bambalinas son los que eligen en definitiva a los integrantes de los órganos sociales y respecto a los cuales principalmente deben ser independientes.

Luego, bajo el título “prohibiciones e incompatibilidades”, repite lo dispuesto por el artículo 286, inciso 1°, de la LGS —que más arriba se analizó—, remitiendo a lo dispuesto por el artículo 264 de la misma ley.

Así dice que: “No pueden ser síndicos conforme al art. 286 de la Ley General de Sociedades, quienes se hallen inhabilitados para ser directores según el art. 264 de la Ley General de Sociedades, es decir: 1. Quienes no pueden ejercer el comercio. 2. Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación. 3. Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos, hasta diez (10) años después de cumplida la condena. 4. Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la Sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones”. Esta norma, sin perjuicio de manifestar que no aporta nada respecto a lo regulado por la LGS, podemos agregar a favor que resulta aplicable a ambas profesiones.

Seguidamente, y dando una definición de la independencia por la negativa, establece que “El síndico no es independiente (...) Cuando fuera propietario, socio, director, administrador, gerente o empleado de la Sociedad o de entes económicamente vinculados a aquélla o lo hubiera sido en el ejercicio al que se refiere la tarea de sindicatura”.

Este precepto claramente amplía lo dispuesto por el artículo 284, inciso 2, de la LGS —lo que puede llevar a que adolezca de inconstitucionalidad—, ya que extiende la

falta de independencia al propietario o socio —la LGS no refiere a éstos— y coloca como target de la independencia no solo de la sociedad, sino también de todos los *entes económicamente vinculados* a aquella —los cuales seguidamente se definirán, conforme dispone la propia RT— o lo hubieran sido en el ejercicio al que se refiere la tarea de sindicatura, cuando la LGS, en el artículo 286, inciso 2°, coloca como sociedad target a la misma sociedad o de otra controlada o controlante de aquella.

Resulta curioso que se disponga que no pueda ser síndico el propietario o socio de la Sociedad o de entes económicamente vinculados a aquella, sin disponer un grado mínimo de participación para imponer dicha prohibición, ya que podría darse el caso de que éste fuera accionista por una pequeña participación, máxime si su capital está abierto a la oferta pública de acciones.

Al igual que el precepto anterior, —y sin perjuicio de que es emitido por un ente que nuclea a contadores públicos y para contadores públicos— éste también sería ajustable literalmente a ambas profesiones.

En cuanto a la *vinculación económica* más arriba mencionada, la RT va más allá de lo que puede ser controlante o controlada. Así dice que: “A efectos de cumplir en materia de independencia con las normas de auditoría vigentes, se entiende por entes (personas, entidades o grupos de entidades) *económicamente vinculados* a aquéllos que, a pesar de ser jurídicamente independientes, reúnen alguna de las siguientes condiciones:

Quando tuvieran vinculación significativa de capitales.

Quando tuvieran, en general, los mismos directores, socios o accionistas.

Quando se tratase de entes que por sus especiales vínculos debieran ser considerados como una organización económica única”.

Luego indica que el “El síndico no es independiente (...) Cuando fuera cónyuge o equivalente o pariente por consanguinidad, en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, inclusive, o por afinidad hasta el segundo grado, de alguno de los propietarios, directores, gerentes generales o administradores de la Sociedad o de los entes que estuvieran económicamente vinculados a aquella”.

De igual modo a lo sostenido con el criterio anterior, éste criterio de independencia también amplía lo dispuesto por la LGS, puntualmente respecto a lo establecido

por el artículo 284, inciso 3, de dicha ley, ya que incluye al equivalente al cónyuge —en la terminología del CCyC, podemos decir “conviviente”— y refiere como objeto de la independencia no solo de los directores y gerentes generales, sino también de los propietarios y de éstos, los directores, gerentes generales o administradores de los entes que estuvieran económicamente vinculados a la sociedad del caso.

Esta norma, al igual que la anterior, también podemos decir que es aplicable a ambas profesiones con aptitud sindical.

Posteriormente, incorpora el criterio que sostiene que “El síndico no es independiente (...) Cuando fuera accionista, deudor, acreedor o garante de la Sociedad o de entes económicamente vinculados a aquélla, por montos significativos en relación con el patrimonio de la Sociedad o del suyo propio”.

Este precepto, no contemplado en la LGS y adaptable —como los anteriormente mencionados, con las salvedades del caso— a ambas profesiones, es altamente positivo, ya que el síndico, de producirse alguno de los supuestos, podría tener un interés en la sociedad, lo que podría afectar su imparcialidad, ya que podría tener un interés en los resultados de la gestión de los directores sobre la cual debe pronunciarse⁶³.

Lo difícil del caso será determinar cuándo nos encontramos ante un “monto significativo”, ya sea en relación con el patrimonio de la Sociedad o del propio síndico. En efecto, la norma resulta vaga e imprecisa. Bajo que condiciones podemos sostener que el monto resulta significativo y cuando no. La norma en todo caso podría haber sido más concisa, contemplando porcentajes. El hecho de no especificar y dejar un vacío genera que la norma deba ser completada mediante la interpretación en cada caso concreto que se plantee con los problemas que ello genera. En línea con la propuesta de inclusión de porcentajes anteriormente mencionados, bien se podría haber establecido que el síndico societario que revistiera el carácter simultáneo de deudor, acreedor o garante de la Sociedad, o de entes económicamente vinculados a aquélla, no es independiente cuando tuviere tal calidad por montos representativos de determinado porcentaje (por ejemplo, un 20% o 25%) del patrimonio de la Sociedad o de su propio patrimonio.

Seguidamente incorpora el criterio que sostiene que “El síndico no es independiente (...) Cuando tuviera intereses significativos en la Sociedad o en los entes que

⁶³ Chapman, William Leslie, op. cit. “Sobre las incompatibilidades...”, administración de empresas, año 3, n° 30, Edit. Contabilidad Moderna, Año 1972. Bs. As., p. 571.

estuvieran vinculados económicamente a aquella, o los hubiera tenido en el ejercicio al que se refiere la tarea de sindicatura”.

Este criterio amplía el universo de posibilidades de existencia de intereses significativos del síndico, ya sea en la Sociedad o en los entes que estuvieran vinculados económicamente a aquella, por consideraciones distintas a las previstas en el precepto anterior (accionista, acreedor, deudor o garante).

Luego se incorpora un criterio referido a un asunto delicado que es el de la remuneración, que puede afectar su juicio imparcial. Así se dice que “El síndico no es independiente (...) Cuando la remuneración fuera contingente o dependiente de las conclusiones o resultado de su tarea” o bien “(...) Cuando la remuneración fuera pactada en función del resultado de las operaciones de la Sociedad”.

Criterio aplicable a ambas profesiones, resulta claramente válido, pues, en ambos supuestos contemplados, el síndico podría verse tentado a ser parcial con el accionar del directorio o bien verse obligado a prestar cierta lealtad con éste o con los accionistas, que son los que aprueban su remuneración⁶⁴. Más adelante volveremos sobre este punto, pero desde ya adelantamos que la remuneración de los síndicos societarios resulta un punto neurálgico en materia de independencia; debiéndose remunerarse la labor de estos con fundamento en criterios objetivos y emancipados a los resultados obtenidos por parte de la sociedad como de las tareas llevadas a cabo por los propios sujetos.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 298 de la LGS, al síndico le es aplicable lo dispuesto en los artículos 271 a 279 de dicha ley, referido a los directores; preceptos los cuales podemos adelantar que serían adaptables a ambas profesiones.

Bajo dicho marco, la RT en análisis contiene las siguientes prohibiciones:

1) El síndico no puede participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la Sociedad, salvo autorización expresa de la Asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad ilimitada y solidaria, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, prevista en el artículo 59 de la LGS.

Este precepto no es más que una adaptación expresa para con el síndico —sin ningún agregado adicional— de lo dispuesto por el artículo 273 de la LGS.

⁶⁴*Ibidem*, p. 572.

2) El síndico no puede celebrar con la Sociedad contratos que sean de la actividad en que ésta opere cuando estos no hayan sido concertados en las condiciones de mercado, salvo previa aprobación de la Dirección y de la Asamblea, o cuando pueda llegar a afectar su independencia como órgano de fiscalización.

Este precepto, en adaptación expresa para el síndico de lo que establece el artículo 271 de la LGS (referido a los directores), dispone básicamente que este no puede celebrar contratos extraordinarios, contratos ordinarios que no hayan sido concertados en las condiciones de mercado o que puedan comprometer su imparcialidad.

En el parafraseo para el síndico de lo dispuesto por el artículo 271 de la LGS, la referida RT exige para el caso de que se haya celebrado un contrato ordinario de la sociedad por afuera de las condiciones de mercado, que éste fuera aprobado previamente por el directorio y por la asamblea. Al respecto, teniendo en cuenta la función de fiscalización del síndico respecto al directorio, no tiene sentido una autorización previa por parte de éste último. Todo lo contrario, la exigencia de aprobación previa por parte del directorio podría generar cierto compromiso de devolución de favores por parte del síndico para con estos. En todo caso, sí se podría exigir una comunicación previa, pero para mantener en conocimiento a dicho órgano del acontecimiento⁶⁵.

3) El síndico deberá comunicar a la Dirección cuando tuviera un interés contrario al de la Sociedad, y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, prevista en el art. 59 de la LGS.

Adaptación expresa para el síndico de lo dispuesto por el artículo 272 de la LGS, en mi opinión la norma tendría que haber referido, primero, si el órgano de fiscalización es colegiado, a hacer saber la existencia del interés contrario al propio órgano de fiscalización y luego sí abstenerse de intervenir en la deliberación —del propio órgano de fiscalización y no del órgano de dirección, como pareciera referir la norma erróneamente, ya que el síndico no participa, va de suyo, en la toma de decisiones en dicho cuerpo social—; segundo, a hacer saber el asunto a la asamblea de accionistas de la sociedad, más que al órgano de dirección, al cual debe fiscalizar.

⁶⁵ *Ídem.* Así se dice que “En el caso del síndico —cuyas funciones son de fiscalización del directorio— no tendría sentido esta comunicación (salvo mantener al cuerpo al corriente de los acontecimientos) la que, en todo caso, debería hacerse ante la asamblea”.

Bajo el título “Alcance de las incompatibilidades”, la mentada RT N° 45 dispone que los requisitos de independencia son de aplicación tanto para el síndico individual, y en el caso de integrar una Comisión Fiscalizadora para los restantes miembros que la integran, como para todos sus colaboradores en el desarrollo de las tareas de sindicatura.

Es decir, si los síndicos tuvieran asesores o colaboradores en el ejercicio de sus funciones, estos también tendrían que cumplir con los requisitos de independencia. Esto me parece de lo más positivo, ya que de estar afectados por alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad podrían influir negativamente en el síndico y, por ende, en su imparcialidad de juicio. Esta norma, sin matices, claramente es aplicable a ambas profesiones.

Luego tenemos disposiciones referidas netamente a los contadores. Así el punto 8, apartado IV de la RT, dispone que: “Las funciones de síndico son compatibles con otros servicios profesionales realizados por el contador público, en la medida que estos cumplan con las condiciones de independencia respecto de la Sociedad, descriptas en la Resolución Técnica N° 37 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas - "Normas de Auditoría, Revisión, Otros Encargos de Aseguramiento, Certificación y Servicios Relacionados" y en la Resolución Técnica N° 34 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas "Adopción de las Normas Internacionales de Control de Calidad y Normas sobre Independencia", en la medida que fuere de aplicación, y el Código de Ética Profesional aplicable”.

Es decir, dicho precepto permite el cumplimiento de un doble rol por parte de un síndico contador público, siendo independiente aquel en su ejercicio de síndico, en la medida que el segundo rol ejercido revista el carácter de independiente de acuerdo a ciertas otras resoluciones técnicas de dicha federación, de ser aplicables, y ello se enmarque en el Código de Ética Profesional.

Así, la norma continua diciendo que “Particularmente, son compatibles las funciones de síndico y de auditor externo. Podrá variar la naturaleza, alcance y oportunidad de los procedimientos a aplicar en el cumplimiento de una y otra función, pero, básicamente, los objetivos son similares y nada impide que ambas funciones puedan recaer en un mismo contador público”.

Sin perjuicio de manifestar mi desacuerdo con el cumplimiento de dicho rol simultáneo por parte del contador público, va de suyo aclarar, que dicha norma claramente no es de aplicación para la profesión de abogacía, sino que claramente está dirigida a los contadores públicos.

En suma, tenemos criterios que podrían ser aplicables a ambas profesiones, ya que están redactadas con un tenor genérico —más allá de las salvedades formuladas respecto a que son normas emitidas por un ente que nuclea en definitiva a contadores públicos y que están dirigidas justamente a dichos profesionales— y preceptos dirigidos puntualmente a los contadores públicos. En oposición, y teniendo en cuenta la naturaleza del ente del cual emanan estos preceptos, el régimen, va de suyo, no iba a contemplar supuestos vinculados especialmente con los abogados⁶⁶.

Así, en todo caso, tal como establece la FACPCE, que ha aprobado el doble rol de síndico y auditor externo estableciendo que “son compatibles las funciones de síndico y de auditor externo”, necesitamos que, o bien la FACA se pronuncie sobre el doble rol de asesor letrado o apoderado o letrado patrocinante y síndico societario o bien que ello lo hagan los propios organismos de contralor en materia societaria —desde mi óptica la mejor opción—, en lo que nos interesa, la CNV.

Además, el propio título de la RT “Modificación de la Resolución Técnica n° 15: normas sobre la actuación del contador público como síndico societario”, tal como menciona Susy Inés Bello Knoll, ratificaría que sólo alcanza a estos profesionales⁶⁷.

En efecto, los abogados, sin ser empleados, podrían cumplir en una sociedad, entre otros, los siguientes roles:

* Prestar patrocinio jurídico ante variados fueros y jurisdicciones.

* Prestar asesoramiento jurídico en distintas ramas del derecho, como ser derecho societario, laboral, tributario, comercial, penal, etc..

⁶⁶ Vid. Nota 63.

⁶⁷ En este sentido se ha dicho que “(...) uno se ve tentado a decir que la citada Resolución no le alcanza a los abogados. En primer lugar, porque lo ha dispuesto el Consejo Profesional que nuclea a los contadores y por lo tanto, no sería vinculante para los abogados. En segundo lugar, tomando el sentido literal del título de la Resolución Técnica N° 15: "NORMAS SOBRE LA ACTUACIÓN DEL CONTADOR PÚBLICO COMO SÍNDICO SOCIETARIO", ratificaría que sólo alcanza a los profesionales a los cuales va dirigida” (Bello Knoll, Susy Inés y otros, op. cit. “El abogado...”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2001).

* Ser apoderados con facultades de administración y/o disposición y/o judicial y/o extrajudicial y/o de gestiones administrativas, etc., pudiendo representar al ente no solo ante el poder judicial de cualquier orden de gobierno, sino también ante distintos organismos administrativos públicos, entre ellos, CNV, IGJ, DPPJ, AFIP, UIF, etc., o sujetos de derecho de raigambre privada, entre ellos, personas humanas o jurídicas, como ser entidades financieras, consultoras, proveedores, etc., pudiendo celebrar toda clase de contratos.

VII.- Las incompatibilidades implícitas

Ahora bien, además de la normativa expresa mencionada —inhabilidades e incompatibilidades de la LGS y los criterios de independencia que surgen de la RT N° 45 de la FACPCE, la doctrina y la jurisprudencia tanto administrativa como judicial mencionan ciertas incompatibilidades implícitas.

En este sentido, se sostiene que las causales de prohibición e incompatibilidad previstas en el art. 286 no son taxativas⁶⁸, sino que fueron simplemente introducidas a modo ilustrativo por ser los supuestos más frecuentes de quienes no deben ejercer el cargo de síndico societario por encontrarse comprometida su necesaria independencia⁶⁹.

Suarez Anzorena, antes de la sanción de la LGS, definió a la incompatibilidad, por ejemplo, como “la prohibición legal o convencional de acceder o ejercer una o varias funciones que pesan sobre determinados sujetos en razón de otras funciones o actividades que éstos desempeñan”⁷⁰, siendo por ende una especie de la incapacidad de derecho, que comprende la prohibición del agente de realizar una determinada actividad, por tener funciones inconciliables⁷¹.

En esta misma tesitura, se sostiene que hay incompatibilidades autónomas, no previstas en la legislación positiva, debiendo ser reconocidas como incompatibilidades implícitas o tacitas.

Así, son muchos los que piensan que no pueden ser síndicos societarios los asesores letrados o abogados de la sociedad, ni sus contadores públicos, pues entre éstos

⁶⁸ Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, La Ley, t. V, págs. 409, *apud.* Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618.

⁶⁹ Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618.

⁷⁰ Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Bs. As., p. 451/499.

⁷¹ Man, Adriana Claudia, op. cit. “Incompatibilidades y prohibiciones...”, Edit. La Ley, LEY1997-B, 460, Cita Online: AR/DOC/11065/2001.

y el órgano de administración existe una relación que aún cuando no sea estrictamente la de empleador-empleado contenida en el artículo 286 de la LGS, involucra una relación económica⁷².

Por ejemplo, la Resolución IGJ N° 19/68 de fecha 29/01/1968 de la autoría del Prof. Dr. E. Zaldívar —analizada en el trabajo de Suarez Anzorena citado— sentó la doctrina de que el ejercicio de la sindicatura era incompatible con el cargo de asesor letrado de una misma sociedad anónima o con el apoderado general de ella. Su principal fundamento era la existencia de una relación continua y remunerada que afectaba la independencia de sus órganos, presupuesto sustancial de la estructura de la sociedad, desnaturalizando la sindicatura en menoscabo de su misión y de los intereses de los accionistas⁷³.

En los Considerandos de dicha Resolución se decía que “Que la coexistencia del ejercicio de la sindicatura con el cargo de asesor letrado —cuando este importa una relación continuada y remunerada— o de apoderado de una misma sociedad, implica una violación del mencionado principio de independencia de la primera”.

Dicha Resolución, resolvió: “Artículo 1.- Establecer, como criterio de esta Inspección General de Justicia, que es incompatible el ejercicio de la sindicatura con el cargo de asesor letrado de una misma sociedad anónima —cuando este signifique una relación continuada y remunerada— o con el de apoderado general de ella. Artículo 2.- Contestar el pedido de dictamen de f. 1 informando que no es válida la suscripción de los documentos de una sociedad anónima —especialmente los referidos por los arts. 340, incs. 2 y 7, y 360— por quien inviste simultáneamente los cargos de síndico y asesor letrado o apoderado general. Señalar que ello no se fundamenta en disposiciones legales expresas, sino en los motivos indicados en los considerandos de esta resolución”⁷⁴.

⁷² Zaldívar, Enrique y otros, “Cuadernos de Derecho Societario”, volumen III, p. 767/768.

⁷³ Rovira, Alfredo L., “Incompatibilidad para el ejercicio de la función de síndico”, V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba), Año 1992.

⁷⁴ Suarez Anzorena destaca que “La resolución sigue fielmente anteriores pronunciamientos aislados y prácticas de la Inspección General de Justicia sobre el tema, En efecto, además del dictamen que ella cita el Poder Administrador ha declarado (1934) que “el síndico en razón de sus funciones no debe tener intervención alguna como profesional, ni directa ni indirectamente, en los negocios de la sociedad (Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Bs. As., p. 451/499).

En el marco de un comentario a la Resolución de la IGJ anteriormente mencionada, Suarez Anzorena resaltó que “(...) las incompatibilidades pueden ser inferidas por vía de interpretación de la ley, a cuyo fin se deberá tener en cuenta la actividad o función que tutelan los deberes propios de aquellas y la eventual colisión que puede darse entre estos y los intereses y deberes propios de otras funciones y actividades. En todo caso empero, la incompatibilidad implícita deberá fundarse adecuadamente a los efectos de sustentar su existencia; ello porque el deber de fundamentar cumple a todo cometido de interpretación y porque además, teniendo esta un contenido de prohibición, tal necesidad se hace en el supuesto mas imperiosa al punto que, en caso de duda, deberá optarse por la licitud del ejercicio de la otra función o actividad y no por la ilicitud; por la permisión y no por la prohibición”⁷⁵.

Odriozola, por ejemplo, opina que “(...) el asesor legal y el apoderado tienen comprometida su conducta con el directorio, a quien asesoran o por cuenta de quien ejecutan actos decididos por éste”⁷⁶.

En ésta línea, Alfredo Rovira también sostiene que “(...) qué dudas pueden caber que el asesor legal o mandatario general o especial designado por el directorio, para asesorarlo, ejecutar decisiones, etc. está colaborando y como tal participando de las funciones del órgano de administración? Ante la respuesta afirmativa no cabe otra conclusión que arribar al mismo resultado que la añeja Resolución de la I.G.J., o sea, que la función de asesor o apoderado de la sociedad plantea una clara incompatibilidad funcional con las tareas y deberes del síndico”⁷⁷.

Por su parte, Barreira Delfino también destaca que “(...) existen incompatibilidades implícitas y que son las que surgen de situaciones que pueden llegar a afectar la independencia de criterio entre los fiscalizadores y los fiscalizados. Así, tenemos: los asesores jurídicos y contables de la sociedad. Los contadores certificantes del balance social. Los apoderados generales de la misma. La objetividad en el desempeño del car-

⁷⁵ Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Bs. As., p. 451/499.

⁷⁶ Odriozola, C. “La institución de la sindicatura en la sociedad anónima”, Ed. Abeledo-Perrot, 1962, 48/50, *apud*. Rovira, Alfredo L., op. cit. “Incompatibilidad...”, V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba), Año 1992.

⁷⁷ Rovira, Alfredo L., op. cit. “Incompatibilidad...”, V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba), Año 1992.

go, se verá asegurada en la medida que el síndico no tenga intervención alguna como profesional, ni directa ni indirectamente en los negocios de la sociedad que fiscaliza”⁷⁸.

Por su lado, haciendo una interpretación amplia del término “empleado” receptado en el artículo 286, inciso 2º, de la LGS, Nissen sostiene “(...) aquella locución hace referencia no a una relación empleador-empleado, sino que involucra una relación económica que afecta directamente la necesaria independencia del funcionario sindical, que, bueno es reiterarlo, no es designado por el directorio, sino por los mismos accionistas de la sociedad, reunidos en asamblea ordinaria (art. 234 inc. 2º, ley de sociedades), y sabido es que la independencia de funciones entre los diversos órganos de la sociedad ha sido impuesta por el legislador a través de evidentes normas de orden público, que hacen a la tipicidad de la entidad”⁷⁹.

Con lo que respecta a la actuación como apoderado, ya sea en términos generales o especiales, el síndico societario no puede realizar actos de representación. Representar implica la realización de un acto de administración. Es el directorio el que resuelve el otorgamiento de poderes. En este sentido, mal podría representar y administrar y controlarse a sí mismo⁸⁰.

Consecuentemente, y adhiriéndome a lo pensado por los autores citados, se puede sostener que las prohibiciones e incompatibilidades previstas en el artículo 286 de la LGS son enunciativas, es decir, no taxativas, existiendo incompatibilidades implícitas, tacitas, derivadas del vínculo económico que podría existir entre el órgano de administración y la sindicatura.

En el plano de proyectos de reforma, de acuerdo a Carlos Odriozola, Mario A. Rivarola, en el art. 75 de su “Anteproyecto”, señalaba: “El cargo de síndico es incompatible con el de miembro del directorio, presidente, administrador general, asesor legal,

⁷⁸ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit. “Inhabilidades...”, Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., p. 629.

⁷⁹ Nissen, Ricardo A. “Incompatibilidad entre las funciones de síndico societario y contador certificante de los balances”, Edit. La Ley, LA LEY1996-A, 501.

⁸⁰ Adriana Claudia Man, por ejemplo, sostiene que “el síndico societario no puede realizar actos de administración y de representación del ente en su relación con terceros, pues si su función esencial es el control sobre el órgano de administración, mal puede actuar y luego controlarse a sí mismo (...) Ahora bien, admitido que el síndico societario no puede integrar el directorio ni ser gerentes, que son delegados de dicho órgano a cargo de las funciones ejecutivas de la administración (art. 270, ley 19.550), tampoco pueden ocupar ningún cargo ni ejercer ninguna función que implica una delegación de la administración de la entidad por ellos fiscalizada, y dentro de este concepto se encuentran los apoderados, en quienes se delega ciertas y determinadas tareas o funciones específicas de la administración” (Man, Adriana Claudia, op. cit. “Incompatibilidades y prohibiciones...”, Edit. La Ley, LEY1997-B, 460, Cita Online: AR/DOC/11065/2001).

dependiente o cualquier designación que implique dependencia de la misma. Tampoco podrán ser síndicos los miembros del directorio o el presidente de la sociedad o los administradores generales, ni los socios, factores, empleados o dependientes de los mismos, ni sus parientes por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado”⁸¹.

Según este mismo autor, Segundo F. Pérez Fontana, bajo el título “Incapacidades e impedimentos”, determinaba en el art. 124 de su “Anteproyecto”: No pueden ser síndicos: (...) los empleados de la sociedad y las personas que reciban retribuciones a cualquier título, de la misma o de otras sociedades en que la entidad tenga acciones o participaciones de cualquier otra naturaleza”⁸².

Proyectos más contemporáneos consagran este criterio. Así fue contemplado en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales del año 2005, que estableció en los incisos 4° y 5° del artículo 286 que “(n)o pueden ser síndicos: (...) 4) Quienes estén vinculados por alguna función, mandato, tarea laboral o colaboración profesional con la misma sociedad o con otra controlante, controlada o vinculada; 5) Quienes se encuentren en situaciones que puedan comprometer su independencia respecto de la sociedad o de su controlante, controlada o vinculada o de accionistas cuya participación excede del CINCO POR CIENTO (5%) del capital en ellas”.

De igual modo, pero con pequeños ajustes y cambios, el criterio señalado fue replicado en el Proyecto de Reforma de la LGS del año 2019 (ingresado al Honorable Senado de la Nación con fecha 05 de junio de 2019, por los senadores Ada Iturrez de Cappellini y Federico Pinedo, como Expediente S N° 1.726/2019), el cual dispuso, de igual modo en los incisos 4° y 5° del artículo 286 de dicha ley lo siguiente: “No pueden ser síndicos: (...) 4°) Quienes estén vinculados por alguna función, mandato, tarea laboral o colaboración profesional con la misma sociedad o con otra controlada. 5°) Quienes se encuentren en situaciones que puedan comprometer su independencia respecto de la sociedad o de otra controlada, o de accionistas cuya participación exceda del cinco por ciento (5 %) del capital en ellas.

Bajo esta línea de análisis, Gonzalo Anaya entiende como razonable y conveniente, consecuentemente, “(...) postular como principio general que no puede ser con-

⁸¹ Odriozola, Carlos S., op. cit. “Acerca de las condiciones...”, Edit. J. A., 1961-V-Doctrina, Año 1961, p. 25-31.

⁸² Pérez Fontana, Segundo F., “Anteproyecto de ley sobre sociedades anónimas”, en “Sociedades anónimas — Revista de Derecho Comercial”, Año X, julio-setiembre de 1955, p. 361, *apud.* Odriozola, Carlos S., op. cit. “Acerca de las condiciones...”, Edit. J. A., 1961-V-Doctrina, Año 1961, p. 25-31.

siderado independiente ningún síndico que se encuentre relacionado con los accionistas, con el directorio o sus integrantes por cualquier vínculo de carácter económico”⁸³.

En efecto, este autor sostiene que “(...) parece muy difícil que el síndico que se encuentra económicamente vinculado con los accionistas mayoritarios o con el directorio impugne una decisión asamblearia aprobada con el voto de estos o una decisión del directorio. Y, por el contrario, luce muy probable que no custodie lealmente el ejercicio de los derechos de los restantes accionistas, tales como el de información (derecho esencial cuya función es, ni más ni menos, que canalizar en los términos del inc. 6° del art. 294), de preferencia, de receso, etc., y menos aún que investigue cuando corresponda las denuncias que los accionistas minoritarios efectúen en los términos del inc. 11 del art. 294”⁸⁴.

Agrega el autor citado que “(t)olerar que el síndico, designado por el mismo grupo mayoritario que designó al directorio al que deberá controlar, se encuentre económicamente vinculado con los accionistas que lo designaron o con el directorio que debe controlar significa condenar el instituto al inevitable fracaso”⁸⁵.

En mi opinión, cabe agregar, las incompatibilidades implícitas tienen sustento normativo en la manifiesta separación de funciones entre el órgano de administración y fiscalización⁸⁶. De ninguna manera puede haber alguna clase de vinculación entre estos órganos societarios que atente con la imparcialidad e independencia, sin necesidad de resalto expreso en la normativa.

Por otro lado, las incompatibilidades implícitas pueden ser vistas como inhibiciones morales para el ejercicio del cargo; en el sentido de que el concepto de “relación de dependencia” no debe ser restringido a los que surge de su utilización habitual como

⁸³ Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618. En éste sentido, este autor sostiene que “La razón es simple: si quien es designado como síndico no solo tiene interés en que quien lo nombró como tal lo mantenga en el cargo (que se supone remunerado (CNCom., sala A, 27-7-13, "Bergalli, Armando c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ordinario")), sino que, aparte, tiene otros intereses económicos en juego, el correcto ejercicio de su función está, cuanto menos, comprometido”.

⁸⁴ Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618.

⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁶ En este sentido se ha dicho que “(...) dicho principio de independencia funcional tiene sólido apoyo normativo en nuestro derecho vigente (...) que, claramente, establecen la separación de las funciones de administración y fiscalización” (Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Buenos Aires, p. 451/499).

vínculo laboral asalariado, sino también debiéndose extender a toda forma de servicio remunerado aunque no sea permanente⁸⁷.

A- El asesor letrado, apoderado o letrado patrocinante que reviste el carácter simultáneo de síndico societario

El asesor letrado, apoderado o letrado patrocinante que reviste simultáneamente el carácter de síndico societario encuadra —tal como hemos analizado— en este concepto de incompatibilidad implícita o tacita. Se trata claramente de supuestos donde hay una dependencia económica, que resta en el accionar del sujeto de la necesaria independencia de criterio, lo que significa tener su opinión comprometida con el directorio.

Ya lo destacaba en el año 1961 Odriozola al señalar la fuerte “(...) posibilidad de que el abogado asesor de la sociedad anónima sea al mismo tiempo síndico de ella. A pesar de que en nuestra legislación no se consagra régimen alguno sobre incompatibilidades (...) es evidente la existencia de incompatibilidades tacitas, entre las que se encuentra la del empleado sometido a una dependencia jerárquica y económica. Tal situación no es idéntica a la que se presenta con el asesor letrado de una empresa, que no revista el carácter de abogado-empleado, pero juegan evidentemente factores que contraindican esa posibilidad”⁸⁸.

En efecto, dicho autor agregaba que “(...) el asesor letrado de la empresa tiene comprometida su opinión y consejo con el directorio, con relación a actos que posteriormente debería revisar en su condición de síndico con diferente criterio y teniendo en cuenta, en muchos casos, otros intereses. Se produce, asimismo, una vinculación económica que puede constituir —si se carece de una fuerte personalidad— una atadura que quite independencia al desempeño de la función. Por otra parte, es de presumir que la designación como asesor letrado corresponde a una relación de confianza o de amistad con el directorio, que habrá también de conspirar contra esa independencia de criterio (...) Afirmamos, pues, que debe considerarse incompatible la función de asesor letrado de la sociedad con el cargo de síndico de la misma”⁸⁹.

Ya en tiempos más modernos lo destaca también Anaya, al decir que “Los ejemplos más frecuentes de síndicos no independientes como consecuencia de su inter-

⁸⁷ Highton, Federico R., op. cit. “Insuficiente regulación...”, Edit. La Ley 1981-B-404.

⁸⁸ Odriozola, Carlos S., op. cit. “Acerca de las condiciones...”, Edit. J. A., 1961-V-Doctrina, Año 1961, p. 25-31.

⁸⁹ *Idem.*

vención profesional en los negocios de la sociedad son el del síndico abogado, que también asesora a la empresa en cuestiones legales atinentes a su giro cotidiano, y el del síndico contador, que también certifica los estados contables (...) no solo nos encontramos con la típica posibilidad de que el síndico abogado que fiscaliza la sociedad, a la vez, le brinda asesoramiento diario al directorio en relación con los negocios de la empresa o bien es el abogado personal de alguno de los accionistas (generalmente el mayoritario), sino que también suele ocurrir que este pertenece al mismo estudio jurídico al que pertenecen uno o más directores o que le presta asesoramiento integral o específico en materia corporativa, laboral, tributaria, societaria, financiera, etc. Escenarios que varían según la dimensión de la empresa y del estudio jurídico (...) Sin embargo, guste o no, lo cierto es que la existencia de cualquier vínculo económico entre el síndico abogado o contador y la sociedad o los accionistas (así como con los directores, podemos agregar) atenta de forma palmaria y evidente contra el espíritu de la ley y del instituto de la sindicatura, aun cuando dicha prohibición no esté expresamente prevista en el texto de la ley 19.550 (...)”⁹⁰ (el agregado entre paréntesis me pertenece).

Entre los argumentos para cumplir un doble rol, se encuentra, por un lado, el incentivo del abogado de revestir el carácter de síndico como puerta de acceso para hacerse de los servicios de asesoramiento jurídico externo de la empresa. Por el lado de la empresa, concentrar la función de síndico en el abogado externo que revista el carácter de asesor puede resultar un método para unificar o reducir gastos⁹¹, o bien desde la óptica del accionista mayoritario o del órgano de administración, que los temas legales sean llevados por su abogado de confianza⁹².

Asimismo, tal como viéramos anteriormente, y estrictamente en lo que respecta al abogado apoderado, el carácter de representante deviene de un acto de administración. Es decir, es el órgano de administración el que otorga poderes para representar al ente. Por ende, si el síndico societario ostenta un mandato ya sea de carácter judicial o

⁹⁰ Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618.

⁹¹ Así se ha dicho “(...) que tal duplicidad de roles resulta frecuente en tanto algunos letrados suelen aceptar la sindicatura —a veces en sí misma poco rentable— como modo de captación del servicio jurídico de la empresa, la cual a su vez se beneficia con la consiguiente unificación o reducción de gastos” (Highton, Federico R., op. cit. “Insuficiente regulación...”, Edit. La Ley 1981-B-404).

⁹² Se destaca que “La situación descripta muchas veces responde a cuestiones de conveniencia económica para la sociedad o a la lógica razón de que el accionista mayoritario o el directorio confía sus temas legales a su estudio jurídico de confianza” (Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618).

de otra índole, está ejerciendo actividad de administración y, por ende, debiera controlarse a sí mismo.

VIII.- Consecuencias de la incompatibilidad e inhabilidad previstas en la ley.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 291 de la LGS, en caso sobrevenir una causal de inhabilitación para el cargo, el síndico debe ser reemplazado por el suplente que corresponda. De no haber o no ser posible la actuación del suplente, el directorio debe convocar de inmediato a una asamblea general, o de la clase en su caso, a fin de hacer las designaciones hasta completar el período. Por otro lado, producida una causal de impedimento durante el desempeño del cargo, el síndico debe cesar de inmediato en sus funciones e informar al directorio dentro del término de diez (10) días, por medio fehaciente. Asimismo, debería notificar al respectivo suplente, si la sindicatura es unipersonal y lo hay, o a los restantes síndicos, si es pluripersonal. La falta de comunicación inmediata podría generar responsabilidad por ocultamiento⁹³. Por otro lado, debería comunicar al organismo de contralor de la jurisdicción donde se encuentra inscrita la sociedad y a los organismos que tenga a su cargo la fiscalización de la actividad específica⁹⁴, como sería la CNV en el asunto que nos interesa.

Es decir, de violarse una inhabilidad o incompatibilidad nos vamos a encontrar *a priori* ante un cuestionamiento del asunto desde el punto vista societario, lo que contempla un procedimiento de reemplazo por un suplente, debiendo producirse las comunicaciones previas del caso, así como la convocatoria por parte del directorio, en caso de vacancia, y el deber de remoción y nueva designación por los accionistas para completar el mandato interrumpido.

Ahora bien, podría darse el caso de que el directorio de la sociedad no inicie el proceso de convocatoria o que los propios accionistas no tomen la decisión de remoción. Tomando como ejemplo la incompatibilidad implícita del apoderado judicial, Highton destaca lo “(...) poco probable que la violación de la incompatibilidad sea castigada internamente por la misma sociedad que lo designo sindico y a la vez apoderado judicial. Si bien el síndico es designado por la asamblea y el apoderado judicial por el directorio, la separación entre ambos factores de poder se desdibuja en sociedades fami-

⁹³ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit. “Inhabilidades...”, Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., ps. 629-630.

⁹⁴ *Ídem.*

liares o de pocos socios, lo cual en nuestro medio no significa necesariamente chicas. De ese modo salvo en el supuesto aislado de que se aprovechara la circunstancia para canalizar un conflicto de accionistas o que el caso fuera circunstancialmente detectado por la autoridad de contralor, no solo no habrá sanción sino que ni siquiera se impulsara el cese de la causal de incompatibilidad”⁹⁵.

En estos casos de no remoción por parte de la asamblea ordinaria, la remoción podría ser solicitada judicialmente por cualquier accionista, director o síndico⁹⁶, o por el propio órgano de contralor.

En cuanto a los actos del síndico inhábil, incompatible o inidóneo, existen discrepancias en cuanto a las consecuencias. Hay quienes dicen que hay que diferenciar entre inhabilidad e incompatibilidad. En la inhabilidad, en el caso de realización del acto prohibido, la consecuencia es la nulidad del mismo, mientras que el desempeño de ciertas actividades incompatibles con el agente que las realiza provoca sanciones de otra naturaleza —ya que no son consideradas incapacidades de derecho—, particularizadas en cada caso, pero no la nulidad de los actos celebrados. Este criterio fue sentado en el fallo “Trigo Lydia y otros contra Trigo Hermanos y Cía. S.A. sobre sumario” de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en sentencia de fecha 18 de junio de 1996⁹⁷.

Por otro lado, están quienes creen que las incompatibilidades forman parte de las incapacidades de derecho, argumentando que el acto de producirse es nulo. Así lo sostiene Ricardo Nissen y Adriana Claudia Man, a tenor de los preceptos de nulidad en el —aquel en entonces— Código Civil y, ahora, CCyC. A ello se le agrega lo dicho por esta última autora en el sentido de que aceptar la validez de la actuación del síndico, exorbitando sus funciones e inmiscuyéndose en la administración de la sociedad, implica desvirtuar y desnaturalizar la función sindical, desproteger a la sociedad y alterar el orden de valores, pues implica premiar la realización de un acto socialmente indeseable⁹⁸.

Sin perjuicio de si los actos son nulos o no, el síndico societario actuante en tales condiciones será responsable personal e ilimitadamente por los daños que su actua-

⁹⁵ Highton, Federico R., op. cit. “Insuficiente regulación...”, Edit. La Ley 1981-B-404.

⁹⁶ Nissen, Ricardo A. op. cit. “Incompatibilidad...”, Edit. La Ley, LA LEY1996-A, 501.

⁹⁷ CNCom, Sala A, “Trigo, Lydia y otros c. Trigo Hnos. y Cía S.A.”, LA LEY, 1997-B, 460.

⁹⁸ Man, Adriana Claudia, op. cit. “Incompatibilidades y prohibiciones...”, Edit. La Ley, LEY1997-B, 460, Cita Online: AR/DOC/11065/2001.

ción viciada ocasionase a la sociedad. Tal responsabilidad será extendida solidariamente a los directores, otros síndicos (si hay Comisión Fiscalizadora) y accionistas que hubiesen consentido dicha actuación⁹⁹.

IX.- Sindicatura en las PyMEs que hacen oferta pública de valores negociables y en las grandes empresas emisoras de valores negociables representativos de deuda

El artículo 79 de la LMC contempla la posibilidad de que las sociedades que hacen oferta pública de acciones y tengan constituido un Comité de Auditoría puedan prescindir de la Comisión Fiscalizadora.

Esta eventualidad tiene por finalidad evitar la coexistencia de dos órganos con una finalidad de control. Uno propio de un sistema dualista (la Comisión Fiscalizadora) y otro empeñado de un sistema monista (el Comité de Auditoría).

Así lo hizo entender el Mensaje de Elevación del PEN al remitir la LMC al Honorable Congreso de la Nación al manifestar que “(...) se introduce como novedad la posibilidad de sustituir la Comisión Fiscalizadora por el Comité de Auditoría, asignándole a éste las atribuciones y deberes que otorga el Artículo 294 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o 1984) y sus modificaciones, respondiendo a una justa demanda de los operadores societarios, en orden a evitar la innecesaria proliferación de órganos sociales, con los consiguientes ahorros de actividad y supresión de eventuales conflictos de competencia, sin renunciar a la observancia y ejercicio de los derechos-deberes consagrados a favor de la sindicatura”.

Respecto al sistema dualista —adoptado por nuestra LGS— se dice que “(...) se basa en la existencia de un órgano de fiscalización o control independiente”¹⁰⁰, esto es, en nuestro derecho, la sindicatura.

En esta misma línea, se dice que “En los sistemas dualistas, las tareas de supervisión y administración ya se encuentran formalmente separadas en dos órganos diferenciados. Sin perjuicio de ello, la problemática se presenta igualmente con relación a la

⁹⁹ Barreira Delfino, Eduardo A., op. cit. “Inhabilidades...”, Edit. L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, Año 1987, Bs. As., ps. 629-630.

¹⁰⁰ Fushimi, Jorge Fernando, op. cit. “Reinvindicando...”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 2013.

necesidad de lograr independencia de quienes integran el órgano de supervisión, de aquellos que desempeñen su función de management”¹⁰¹.

En cuanto al sistema monista, se dice que “(...) sólo existe la asamblea de accionistas (o junta general) y el directorio o consejo de administración. A partir del denominado Informe Cadbury de 1992, se ha considerado esencial —dados los problemas de agencia que se detectaron— la incorporación de los denominados “consejeros independientes” tanto en el consejo de administración como en el comité de auditoría (que también forma parte del consejo o *board of directors*”¹⁰².

A partir del dictado del Decreto 677/2001, el país importó normas propias del sistema monista referido para aplicarlas al sistema dualista adoptado en nuestro régimen societario, sin tener en cuenta lo antagónico de ambos sistemas y lo conflictivo que podía resultar¹⁰³.

Por ejemplo Cracogna decía tres años después de la sanción del mencionado Decreto que “la tipicidad propia de la sociedad anónima encuentra en la regulación de la LS un tratamiento de lógica coherencia que toma en consideración las distintas funciones y su desempeño por órganos diferenciados. Dentro de ese esquema configura un todo armónico y cerrado que se resiente con la intromisión de normas extrañas elaboradas con una concepción diferente”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Salvochea, Ramiro, op. cit. “Mercados...”, La Revolución del Corporate Governance, Edit. La Ley, Año 2016, Bs. As., p. 515-516.

¹⁰² Fushimi, Jorge Fernando, op. cit. “Reinvindicando...”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 2013.

¹⁰³ Al momento de la sanción de dicha normativa la Cámara de Sociedades Anónimas se pronunció, manifestando que “Esta incorporación, cuando se realiza en países que cuentan con sistema de derecho continental y estructura dualista, plantea problemas de coherencia, dado que en ellos generalmente la función del directorio, no es de control sino de administración. Por el contrario, en las estructuras de tipo monista, vigente en los países de common law donde se originó la mencionada doctrina, la función primordial del Directorio es controlar la gestión de la sociedad, encomendada al equipo profesional” (Cámara de Sociedades Anónimas, “De la compleja incorporación al derecho argentino de institutos de derecho anglosajón relativos a la doctrina de buen gobierno corporativo”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2001)

¹⁰⁴ Cracogna, Dante “Corporate Governance, importación de normas y desajustes legales: el caso del Decreto 677/01”, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (San Miguel de Tucumán, 2004). Bajo dicha línea de pensamiento, dicho autor agregaba: “Frente a las expresas disposiciones relacionadas específicamente con el control de estas sociedades, llama la atención que el art. del dcto. 677/01 imponga la constitución de un comité de auditoría integrado por miembros del directorio al que se adjudican variadas funciones de control e información (incluidas algunas propias del comité de remuneraciones que suele existir en las sociedades norteamericanas). Este comité de auditoría viene a agregarse y superponerse en distintos aspectos con funciones del directorio del que forma parte, de la sindicatura y de la auditoría. Obviamente, en caso de existir consejo de vigilancia, la superposición se producirá también con las funciones de este órgano”, “Las sociedades anónimas -incluidas las cotizantes- tienen en el derecho nacional una estructura legal coherente (aunque

El Comité de Auditoría se encuentra regulado en los artículos 109 y 110 de la LMC¹⁰⁵. El primero de los artículos mencionados dispone que “En las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones deberá constituirse un Comité de Auditoría”.

Por su parte, el artículo 110 de la LMC, establece que “La Comisión Nacional de Valores podrá exceptuar con carácter general a las pequeñas y medianas empresas de constituir el comité de auditoría (...)”.

En reglamentación de dicho precepto, el artículo 8º, Capítulo VI, del Título II de las NORMAS de la CNV dispone que “Las sociedades anónimas que realicen oferta pública de sus acciones incluidas en este régimen PYME CNV están exceptuadas de constituir un Comité de Auditoría”, estableciendo, seguidamente en el artículo 11 de dicho Capítulo y Título, que “Las emisoras comprendidas en los regímenes del presente Capítulo, deberán contar al menos con un síndico titular y un suplente”.

Así las cosas, si bien una línea de pensamiento —propia de un sistema monista— podría argumentar que hay resolver el problema de la eficiencia e independencia del órgano de control de la administración concentrando esfuerzos en el Comité de Auditoría, lo cierto es que éste únicamente está previsto para las grandes empresas que hacen oferta pública de sus acciones.

Por lo tanto, las grandes empresas emisoras por oferta pública de valores negociables representativos de deuda (v.gr. obligaciones negociables) y las PyMEs emisoras por oferta pública de valores negociables representativos de deuda y capital se encuentran exceptuadas de constituir un Comité de Auditoría y contar sí obligatoriamente con una Comisión Fiscalizadora —en el caso de las grandes empresas— o una Sindicatura unipersonal —en el caso de las PyMEs.

Consecuentemente, salvo que se modifique la LMC y se requiera obligatoriamente la constitución de un Comité de Auditoría para todas las grandes empresas emisoras de valores negociables (capital y deuda) y se elimine el precepto que exceptúa a

pueda ser perfeccionada) que surge del tipo societario específico adoptado por el legislador, el cual debe ser obligatoriamente observado mientras no se modifique la ley. La función de control se encuentra específicamente legislada en el régimen societario, por lo que la introducción de órganos extraños —como el llamado comité de auditoría, que es recomendable en otros ordenamientos— resulta sobreabundante y puede generar serios conflictos en el funcionamiento de la sociedad”.

¹⁰⁵ En cuanto a su finalidad, se dice que “La principal función de este comité es de supervisión, lo cual implica en la práctica, una reconducción de las funciones del directorio, convirtiéndolo también en un órgano de control” (Bacqué, Eduardo, “La calidad de director independiente”, Edit. La Ley, LA LEY2002-A, 1217 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 757).

las PyMEs emisoras de valores negociables de deuda y capital de constituir un Comité de Auditoría —cuestión que dudo que suceda en el corto plazo dado el fuerte arraigo del sistema dualista de nuestro derecho societario¹⁰⁶— considero firmemente dedicar empeño en el estudio y desarrollo de criterios de independencia de los síndicos de emisoras que hacen oferta pública de sus valores negociables, haciendo especial énfasis en las particularidades de cada profesión —aptas para ejercer dicha función— y en las relaciones simultaneas que, éstos, puedan ejercer en dichos entes.

Por ejemplo, Jorge Fernando Fushimi destaca que “En un sistema dualista como el argentino, el énfasis en el control societario debería estar puesto en fortalecer y robustecer las facultades de la sindicatura y del consejo de vigilancia y procurar sí en este caso, que las minorías y los accionistas institucionales que no participan por apatía racional, tengan mayor peso tanto en la integración como en la elección de sus integrantes, lo cual evitaría mayores perjuicios”¹⁰⁷. Este mayor peso, en lo inmediato, podría obtenerse mediante la inclusión de recomendaciones de participación de dichos sectores mediante una reforma del Código de Gobierno Societario, sancionado por la CNV mediante la RG N° 797 de fecha 14 de junio de 2019. En lo mediano, se podría transitar dicho camino mediante una reforma de la LGS, contemplando expresamente la participación de las minorías en la elección de los integrantes del órgano de fiscalización de las sociedades.

X.- Propuesta de reforma de normas *hard* como de *soft law*.

Para solucionar los problemas señalados, proponemos, en lo mediano, reformar las normas referidas a los criterios de independencia de los síndicos societarios contenidas en las normas duras de la CNV, que contemplen especialmente las profesiones que un síndico societario puede revestir.

¹⁰⁶ Se sostiene que “(...) la ley de sociedades comerciales (LSC) ha adoptado el sistema dualista con la incorporación obligatoria de un órgano de fiscalización o control que es la sindicatura y que puede ser complementado o sustituido por un consejo de vigilancia. Si la envergadura de la sociedad lo amerita (es decir, si encuadra en las disposiciones del art. 299 LSC, excepto en su inciso 2°) la sindicatura debe ser colegiada en número impar. Sin embargo, un criterio de racionalidad y de realidad económica permite que las sociedades que no encuadren en el art. 299 LSC puedan prescindir de la sindicatura, exigiéndoseles en este caso que tal omisión conste expresamente en el instrumento constitutivo” (Fushimi, Jorge Fernando, op. cit. “Reinvindicando...”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 2013).

¹⁰⁷ Fushimi, Jorge Fernando, op. cit. “Reinvindicando...”, XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 2013.

Por otro lado, en lo mediato, dada la relevancia que hoy en día ha adquirido a nivel mundial, y por el carácter de las propuestas a realizar, modificar el Código de Gobierno Societario de la CNV, a efectos de incluir nuevas y buenas prácticas en cuanto al funcionamiento del órgano de fiscalización y su interacción con los accionistas y el resto de los órganos, contemplando también especialmente las profesiones que dichos integrantes pueden desempeñar. Recordemos que recientemente se ha sancionado un nuevo Código, el cual, como normativa *soft law* (recomendaciones), además de mantener los objetivos del código anterior de promoción de la transparencia, de protección de los derechos de los inversores de los acreedores y los de público en general, ha incorporado dos nuevos objetivos: (i) a través de un lenguaje simple y directo se busca que las sociedades comprendan la lógica detrás de las recomendaciones, esperando que esta herramienta sirva para generar una cultura sólida de buenas prácticas de gobierno corporativo, además de que las mismas sean recibidas por las empresas como una oportunidad de mejorar su gobernanza y cultura empresarial con todos los beneficios estratégicos, reputacionales y operativos que ello conlleva; y (ii) la promoción de un código comprometido, reflexivo y adaptable a las particularidades de cada empresa, buscando, además, la profesionalidad en el funcionamiento de sus órganos sociales¹⁰⁸.

En tal sentido, posteriormente a la emisión de una serie de conclusiones, efectuaremos las propuestas de reforma en el sentido anteriormente referido que consideramos adecuadas y necesarias para la solución de la problemática.

XI.- Conclusiones

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, el carácter independiente del órgano de fiscalización resulta fundamental para el funcionamiento eficaz del órgano.

En particular, dicha calidad resulta esencial para las sociedades que hacen oferta pública de sus valores negociables, ya que se encuentra involucrado el ahorro público, siendo fundamental la existencia de un control que, no solo resulte real y verdadero, sino también exhaustivo; principalmente para las entidades que hacen oferta pública de valores representativos de deuda y las PyMEs, ya sea que ofrezcan públicamente capital o deuda, pues, en ambos casos mencionados, la sindicatura es obligatoria —por ende, imprescindible— y no puede ser reemplazada por el Comité de Auditoría.

¹⁰⁸ Montenegro, Nadia y otros, “Actualización del Código de Gobierno Societario de la Comisión Nacional de Valores”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2019.

En esta línea, la LMC exige que todos los síndicos sean independientes. Ahora bien, las NORMAS de la CNV definen la independencia remitiéndose a las normas de la FACPCE, ente que nuclea a los colegios profesionales de ciencias económicas. Decisión que no me parece acertada, ya que, teniendo en cuenta el interés tutelado —la protección del público inversor— no resulta conveniente delegar el asunto a un ente que no tiene experiencia y competencia específica en lo que respecta a prácticas de gobierno corporativo, vinculadas al mercado de capitales argentino. En una forma de verlo, pareciera que la CNV se quitó el asunto de encima, delegándoselo a un tercero.

Tal como hemos visto, los síndicos societarios pueden ser, además de contadores públicos, abogados. Siendo ello así, no parece adecuado remitirse a las normas de contadores públicos para definir la independencia de los síndicos societarios abogados. No solo no resulta adecuado sino que, tal como se observara, hay particularidades de la profesión de abogado que no se encuentran contempladas en las normas de dicha Federación; profesiones que, a claras luces, son distintas. Las normas de independencia podrían contener criterios genéricos dirigidos a ambas profesiones y criterios particulares contemplando las especificidades de cada una de ellas. Cosa que no sucede. Por ejemplo, las resoluciones técnicas de la Federación mencionada contemplan un posible doble rol que puede cumplir un síndico societario contador público sin la existencia de conflicto de intereses; este es el caso del contador público que, además de síndico societario, reviste el rol de auditor externo de la compañía. En este caso, las referidas resoluciones técnicas expresamente se manifiestan por la negativa respecto a la existencia de conflicto. Pero, nada se dice respecto al síndico societario abogado que, además, reviste el rol de asesor letrado externo de la compañía, apoderado o bien de abogado patrocinante en causas judiciales de ésta. Nada dicen las normas con relación a esto. Tal como hemos visto, se trata claramente de supuestos de no independencia del síndico societario. Incluso parte de la doctrina incluye a estos casos dentro de las mencionadas “incompatibilidades implícitas”.

En ésta línea, y para brindar seguridad jurídica, se deben modificar las normas de la CNV, contemplando expresamente estas incompatibilidades. Para que haya coherencia, así como se delegó a la FACPCE la posibilidad de emitir normativa en el asunto, lo propio se debería hacer con la FACA. O mejor aún, ya que no creo conveniente delegar la tarea a terceros, que el asunto lo asuma la CNV, especificando con

exhaustividad los criterios de independencia de los síndicos societarios, tal como se hace con los directores de las compañías¹⁰⁹.

En esa tarea, dicho organismo debería regular como “incompatibilidades expresas” —brindando clara seguridad jurídica en la materia— los casos de los síndicos societarios que resultan asesores letrados, apoderados o abogados patrocinantes en juicios de la compañía, ya que a claras luces nos encontramos ante casos en los que no hay real independencia. Es decir, expresamente debe establecerse que la tarea de asesor letrado, apoderado o abogado patrocinante en juicio es incompatible con la función de síndico societario, tal como en cierta medida hiciera oportunamente la IGJ en el antecedente citado.

Siguiendo ésta tesis, y para desalentar estas prácticas indeseables —sin perjuicio de que por normativa de la LGS las consecuencias resultantes son presumibles—, debería emitirse normativa específica que contemple expresamente las consecuencias en caso de designarse síndicos societarios no independientes. Esto es, que debe convocarse en forma inmediata a asamblea de accionistas para remover a los mismos, la cual, en caso de que no sea convocada por el directorio, pueda pedirla judicialmente cualquier accionista, director o síndico, así como que la misma pueda ser solicitada en forma directa por la propia CNV, ya sea a pedido de cualquiera de los mencionados o de oficio.

También debiera contemplarse la responsabilidad por daños y perjuicios por los actos resultantes, tanto por el sujeto que no revista el carácter independiente, sino también por aquellos que, sabiendo de ello, ninguna acción hubiesen adoptado al respecto; ello en forma solidaria.

Téngase presente que de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 4º, Sección III “Independencia” del Capítulo I del Título XII de las NORMAS de la CNV, los accionistas tienen la carga de saber y de informar en la asamblea de accionistas —la cual va a ser difundida a través de la Autopista de la Información Financiera— si los síndicos

¹⁰⁹ En este sentido, por ejemplo, se pronunció Gonzalo Anaya al decir que “(...) el requisito de independencia de los síndicos debería medirse, cuanto menos, con una vara similar a la de los directores independientes de las sociedades que hacen oferta pública de valores negociables y que, por ende, se encuentran alcanzadas por la ley 26.831, su decreto reglamentario y por el Texto Ordenando de la Comisión Nacional de Valores del año 2013, que sí establece expresamente que no será independiente el director que pertenezca a una sociedad o asociación profesional que mantenga relaciones profesionales, o perciba remuneraciones u honorarios de la emisora o los accionistas” (Anaya, Gonzalo Luis. op. cit. “Reflexiones en torno...”, Edit. El Derecho, Año 2014, nro.13.618).

societarios propuestos son independientes o no, al establecer que “(...) en oportunidad de cada elección de miembros de los órganos de fiscalización, los accionistas que propongan candidatos titulares o suplentes a la consideración de la asamblea, deberán informar antes de la votación la condición de independientes de los candidatos. Dichos accionistas también informarán si los candidatos propuestos, ejercen, han ejercido o van a ser propuestos ellos, o los estudios, sociedades o asociaciones profesionales que integren como tales, o a través de otros de sus miembros, como auditores externos de la emisora o tienen relaciones profesionales o pertenecen a un estudio, una sociedad o asociación profesional que mantiene relaciones profesionales: a) Con la emisora, o b) Con su controlante o con empresas controladas o vinculadas por o con esta última, o el estudio, sociedad o asociación a la que pertenece, o c) Perciba remuneraciones u honorarios de la emisora (distintos, en su caso, de los correspondientes al ejercicio del cargo) o de su controlante o de empresas controladas o vinculadas por o con esta última, o d) Si alguna de las circunstancias indicadas se presenta, respecto de una sociedad con la cual la emisora o su controlante o sociedades controladas o vinculadas por o con esta, tengan accionistas comunes”.

Por otro lado, los propios integrantes del órgano de fiscalización tienen el deber de mantener actualizada la información respecto a su calidad de independencia o no, pues, el referido artículo también establece que “(...) los órganos de fiscalización de las emisoras, deberán informar a la Comisión la situación de sus miembros respecto de lo establecido en este artículo, dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles de su elección o asunción del cargo titular, según se trate”; información la cual, a su vez, deberá ser puesta a disposición de todos los inversores al momento de solicitar financiamiento mediante oferta pública por parte de la emisora, al disponer la misma normativa que “Asimismo dicha información deberá incluirse en todo prospecto o suplemento de prospecto, que sea emitido por la emisora”.

Por último, debiera contemplarse expresamente que sucedería con los actos adoptados por el síndico no independiente. En mi opinión, debiera contemplarse la nulidad de los mismos, pues, de lo contrario, se le estaría dando validez a un estado de cosas reprochables desde el punto de vista ético, normativo y moral.

A.- Propuesta de reforma del Código de Gobierno Societario de la CNV

A tenor del nuevo Código de Gobierno Societario sancionado por la CNV mediante la RG N° 797 de fecha 14 de junio de 2019, el cual se emitió con la finalidad de adecuar las prácticas y normas en la materia a los Principios de Gobierno Corporativo emitidos en el año 1999 por la OCDE, actualizados en los años 2004 y 2015, así como a fin de promover una mejora en la cultura de buena gobernanza dentro de las emisoras que participan en el oferta pública, incentivando la adopción de mejores prácticas¹¹⁰, se propone introducir una reforma en éste Código, contemplando modificaciones como las siguientes:

a) **Antigüedad en el ejercicio como síndico societario:** sería interesante recomendar que se designen profesionales que cuenten con cierta cantidad mínima de ejercicios sociales como síndico societario¹¹¹, ya sea en sociedades abiertas o cerradas pero del artículo 299 de la LGS. Esta experiencia como mínimo implicará, asimismo, que el síndico societario cuente con cierta experiencia en el ejercicio de la profesión; ello con el objeto de lograr mayor eficiencia, entendiendo que la experiencia suele ser un punto clave en cualquier función de naturaleza fiscalizadora¹¹².

b) **Integración al menos por un abogado y por un contador público:** de acuerdo a la ley, y a lo que hemos visto, la Comisión Fiscalizadora podría estar integrada por todos abogados o todos contadores públicos. En este sentido, y atendiendo a los beneficios de la diversidad, y a que el síndico desarrolla tareas propias tanto de la profesión de abogado como de contador público, se recomienda que, en su composición, haya al menos un abogado y un contador público.

c) **Rotación de síndicos societarios o prohibición de reelección:** se recomienda la rotación de los síndicos societarios cada cierto periodo de tiempo. Esto para evitar, por el paso del tiempo, la generación de vínculos entre éstos y los accionistas o el

¹¹⁰ Cordero, María Anahí y otros, “Comentarios en torno al nuevo Código de Gobierno Societario”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2019.

¹¹¹ Jambrina, Alberto José “Sindicatura societaria, hacia un cambio necesario”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 1998. Este autor propuso lo mencionado, teniendo en cuenta determinada cantidad de ejercicios en que debió desempeñarse como síndico societario, en empresas cotizables o en empresas cerradas cuyo patrimonio neto exceda determinado valor.

¹¹² Tetamanti, Roberto y otros, “Imprescindibilidad de la Sindicatura”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario), Año 2001.

órgano de administración¹¹³. Una alternativa de esta propuesta sería la prohibición de reelección. Ya sea con una u otra propuesta, se recomienda, asimismo, que transcurran ciertos ejercicios sociales para que vuelvan a revestir el carácter de síndicos societarios en la sociedad del caso¹¹⁴.

d) Revocación del síndico societario únicamente por justa causa: Se sugiere que se recomiende únicamente la revocación con justa causa. La doctrina en este sentido recomienda para asegurar que el síndico goce de suficiente libertad en su desempeño que deba evitarse que esté amenazado por la remoción discrecional dispuesta por la asamblea, es decir, por la revocabilidad sin justa causa o “ad nutum”¹¹⁵.

e) Remuneración obligatoria y acorde a tareas similares en el mercado: debiera contemplarse como recomendación que los síndicos societarios perciban una remuneración obligatoria acorde al mercado; ello de manera tal de lograr la independencia económica de éstos¹¹⁶. La remuneración quizás podría decidirse incluso *ab initio* al momento de la designación, para que la misma no pueda ser comprometida a los actos de gestión de sus miembros o a las utilidades de la compañía¹¹⁷. El no pago de honorarios, el pago de montos escasos o la sujeción de los honorarios a la existencia de utilidades, hace presumir la dependencia económica o bien cierta necesidad de complacencia para obtener honorarios¹¹⁸. Recuérdese en este sentido que la FACPCE, en su RT N° 45

¹¹³ Jambrina, Alberto José, op. cit. “Sindicatura societaria...”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 1998.

¹¹⁴ *Ídem*.

¹¹⁵ Vallejos Meana, op. cit. “Algunas reflexiones...”, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta), Año 1982. En este mismo sentido, Ana Piaggi por ejemplo sostiene que “Respecto del síndico y conspirando decididamente contra su independencia la ley mantiene la posibilidad de la revocación “ad nutum” por parte de la asamblea, situación no compartida por la mayoría de las legislaciones europeas actuales que prevén requisitos específicos para la procedencia de la remoción del síndico. Mantener la posibilidad revocatoria de la designación pesará sobre el síndico, como una espada de Damocles afectando su libertad, comprometiendo el resultado de su gestión y tendiendo inexcusablemente a favorecer a la mayoría de la cual depende” (Piaggi, Ana I., op. cit. “La sindicatura...”, Edit. La Ley, LA LEY1981-B, 1086).

¹¹⁶ En este sentido se dice que “la función del síndico es remunerada por imperio legal (art. 292, ley de sociedades comerciales), y que, en principio, la asamblea no podría disponer la gratuidad de sus funciones (Nissen, Ricardo, “Ley de sociedades comerciales”, Edit. Abaco, t. 5, Año 1996, p. 69).

¹¹⁷ Se dice que “(...) la forma de su remuneración (...) debe ser obligatoria, con independencia de la existencia o no de utilidades” (Odriozola, Carlos S., op. cit. “Acerca de las condiciones...”, Edit. J. A., 1961-V-Doctrina, Año 1961, p. 25-31).

¹¹⁸ Por ejemplo, se ha sostenido por parte de la doctrina que “(...) se apunta a través de la remuneración del síndico por un lado a asegurar su imparcialidad e independencia (respecto, téngase presente que de no existir una norma como la que califica a la función del síndico como remunerada, su retribución dependería de lo que, en definitiva, se resuelva, por quienes representan la mayoría en la asamblea; y, si así fuera, la independencia del síndico se vería seriamente comprometida, atento que al quedar sometidos sus honorarios a la decisión de la mayoría, no sería extraño que tales socios tuvieran en cuenta al fijarlos

—tal como anteriormente viéramos—, dispone que “El síndico no es independiente (...) Cuando la remuneración fuera contingente o dependiente de las conclusiones o resultado de su tarea” o bien “(...) Cuando la remuneración fuera pactada en función del resultado de las operaciones de la Sociedad”. Un precepto en este sentido debiera incluirse en el referido Código, tal como se realiza respecto a los miembros del órgano de administración y los gerentes de primera línea con el Comité de Remuneraciones y la política de remuneración. En este sentido, las mismas recomendaciones podrían dirigirse también a los integrantes del órgano de fiscalización, contemplando las salvedades mencionadas.

f) Participación de los accionistas minoritarios en la designación de síndicos societarios: Resulta aconsejable también que el Código recomiende la participación de los accionistas minoritarios —a través de algún mecanismo— en la designación de los síndicos societarios. Para conseguir una más fuerte independencia del síndico societario y, por ende, control más fidedigno del órgano de administración, resulta conveniente que, al menos uno de los síndicos societarios, no sea designado por el accionista mayoritario que también elige al órgano de administración¹¹⁹. En efecto, si bien los síndicos societarios propuestos por el accionista mayoritario se suponen que son —de acuerdo a los criterios de independencia desarrollados— imparciales, lograr el objetivo de que dicho órgano también esté compuesto por personas elegidas por los accionistas minoritarios le daría al órgano mayor garantía de funcionamiento eficaz en cuanto a su naturaleza de órgano de control. El mecanismo de participación de las minorías en este aspecto podría consistir en una propuesta del referido código en cuanto a una reforma del estatuto social, contemplando expresamente éste derecho en dicho texto, en el sentido de que, como mínimo, un tercio de los integrantes del órgano de fiscalización, será designado a propuesta consensuada de los accionistas que detentan la minoría de las acciones en oposición a los que poseen la mayoría y, por ende, el control societario.

la complacencia del síndico con ellos o los administradores por ellos elegidos.) en el correcto cumplimiento de las atribuciones, obligaciones y responsabilidades inherentes al órgano, y por el otro responde a sostener la profesionalidad que el mismo debe mantener y respetar durante el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la calificación técnica mínima que debe tener y que está garantizada por la letra del art. 285 de la ley de sociedades comerciales” (Racciatti, Hernán (h.) y Romano, Alberto Antonio, “Sindicatura societaria y derecho a remuneración”, Edit. La Ley, LA LEY 1997-D, 16).

¹¹⁹ Por ejemplo, en este sentido se destaca la necesidad de “(...) instrumentar los mecanismos conducentes para desvincular la elección de los integrantes del órgano de fiscalización respecto del principio mayoritario (circunscribiendo este último a las funciones de gobierno y administración social) y conceder a las minorías la facultad inderogable de participar en forma exclusiva de la indicada elección con independencia de los votos que detenten” (Seijas, Ramiro, “Desnaturalización de la función de control...”, Edit. La Ley, Año 2015, 1 - LA LEY03/03/2015, - DJ01/04/2015, 1).

B.- Inscripción de los síndicos societarios ante CNV

Una medida más radical y transformadora, sería exigir, mediante una eventual reforma de la LMC, la inscripción de los síndicos societarios de sociedades abiertas en un registro a ser llevado por la CNV.

Se trata de una propuesta —para los síndicos societarios en general— que recurrentemente ha sido recomendada por varios autores, desde antes incluso de la sanción de la LGS. Suarez Anzorena, por ejemplo, la planteaba en el año 1968 al proponer que “(...) se instituya una matrícula de síndicos sujetos a los recaudos y al control que establezcan normas de policía que regulen la actividad como una profesión especializada exigiendo, a los efectos del ingreso en la nomina respectiva, antecedentes notorios o titulo especializado y fijando sanciones, inclusive la de eliminación de la nomina, para el sindico que incumpliere sus obligaciones (...) La designación del síndico podrá ser libremente efectuada por la asamblea dentro de quienes figuren en la nómina, inclusive respecto de las sociedades de interés público; en su caso, puede sí limitarse el número de sindicaturas que puede ejercer simultáneamente cada matriculado. Para cada uno de ellos existiría un legajo público que detalle los antecedentes de su actuación, en el que se harán constar las sanciones que le hubiere aplicado el Tribunal en razón del mal cumplimiento que haya dado de éstos”¹²⁰.

En este mismo sentido, fue planteado en el Congreso Argentino de Derecho Societario realizado en Salta, en el año 1982, por Vallejos Meana, al decir que “(...) podría ser mayor garantía en este sentido colocar el gobierno de la actividad profesional específica de los síndicos -sin desconocer el régimen general que existe para abogados y contadores- en Órbita de un organismo local de cada jurisdicción provincial y la Capital Federal (...) Ante esta entidad, las personas físicas y las sociedades civiles facultadas legalmente para ser síndicos deberán requerir su inscripción pertinente, ejercitando el organismo el control de las aptitudes profesionales y morales de los candidatos, así como que éstos no se encuentren incurso en ninguna de las inhabilidades legales. Una decisión denegatoria de la inscripción debe ser fundada y dar lugar a un recurso judicial. Esta entidad gozaría de suficiente poder disciplinario, inclusive para disponer la suspensión temporaria y la exclusión de la lista de los inscriptos (...) Obviamente cada socie-

¹²⁰ Suarez Anzorena, Carlos, op. cit. “Las incompatibilidades...”, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Edit. Depalma, Año I. 1968, Bs. As., p. 451/499.

dad tendría libertad para elegir a sus síndicos, más siempre de esta lista, cuya formación estaría bajo la supervisión de este organismo proyectado”¹²¹.

En este mismo sentido, Alberto José Jambrina, puntualmente en lo que respecta al registro de síndicos societarios de sociedades abiertas, propuso durante el VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa realizado en el año 1998, en Buenos Aires, que “los síndicos deberán ser elegidos entre un grupo de profesionales con absoluta y probada independencia respecto de las empresas; este grupo deberá acotarse en función de condiciones y requisitos a definir; verificadas estas condiciones y requisitos, el grupo deberá integrar una lista pública y la dinámica de dicha lista deberá estar fiscalizada por un organismo a definir”¹²².

De concretarse eventualmente esta propuesta, en mi opinión, dicha lista debería estar integrada por profesionales que se dedican exclusivamente a la sindicatura societaria, debiendo ser, va de suyo, de probada independencia respecto a las emisoras. En este sentido, las asambleas de accionistas tendrían que designar profesionales listados en ese registro. Así las cosas, se le quitaría al accionista de control la discrecionalidad en la elección de los integrantes y la existencia, con ello, de potenciales vínculos económicos o de otro tipo que puedan generar conflictos de interés.

XII.- Bibliografía

Alegría, Héctor, *Las “Sociedades Civiles” y el Código Civil y Comercial de la Nación*, Publicado en: RCCyC 2015 (octubre), 3.

Albor, Oscar y otros, *Nuevo Enfoque y dimensión de la sindicatura societaria*, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 1995).

Anaya, Gonzalo Luis, *Reflexiones en torno a la independencia de la sindicatura Societaria*, *El Derecho* (2014), nro.13.618.

¹²¹ Vallejos Meana, op. cit. “Algunas reflexiones...”, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta), Año 1982.

¹²² Jambrina, Alberto José, op. cit. “Sindicatura societaria...”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires), Año 1998. Como sustento de la propuesta, este autor destacaba el “(...) carácter exógeno que asume la generación de fiscalizadores con relación a la sociedad. La fiscalización deja de ser una variable endógena, controlable por el poder corporativo, para transformarse en una variable de carácter contextual, no controlable por dicho poder”.

Balbín, Sebastián, *Manual de Derecho Societario*, Editorial: Abeledo Perrot, 2018.

Bacque, Eduardo, *La calidad de director independiente*, Editado por La Ley, Buenos Aires (Argentina), año 2002.

Barreira Delfino, Eduardo A., *Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de la sindicatura*, L.I., LVIII, t. LV, núm. 687, marzo 1987, ps. 623/35.

Bello Knoll, Susy Inés y otros, *El abogado y la Resolución Técnica 15*, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (Dir.) y de Reina Tartiere, Gabriel (Coord.), *Mercado de Capitales*, Editorial: Heliasta, 2009.

Cámara de Sociedades Anónimas, *De la compleja incorporación al derecho argentino de institutos de derecho anglosajón relativos a la doctrina de buen gobierno corporativo*, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).

Camerini, Marcelo A., *Mercado de Valores*, Editorial: Ad-Hoc, 2002.

Carlino, Bernardo, *¿Quo vadis síndico societario? (hacia el rol de árbitro interno)*, Edit. La Ley, Año 2006, 1 - LA LEY2007-A, 1157.

Casal, Armando M., *El desempeño del contador público independiente como síndico societario: aspectos doctrinarios, legales, profesionales y fiscales*, Enfoques 2000-945, 2000.

Castellanos, Santiago F. y D'Felice, José C., *Derecho Bursátil*, Editorial: Advocatus, 2010.

Chapman, William Leslie, *El régimen de fiscalización privada en las sociedades anónimas*, "Rev. Administración de Empresas", t. III, ps. 397/403.

Chapman, William Leslie, *Acerca de la idoneidad para desempeñar la función del síndico según la ley 19.550*, Edit.: Derecho Empresario, v. 6, 1979. Bs. As., Arindo, p. 1-18.

Ciliberto, Juan Andrés, *Sindico Societario: Revocatoria Ad-nutum*, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta, 1982).

Cracogna, Dante, *Corporate Governance, importación de normas y desajustes legales: el caso del Decreto 677/01*, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (San Miguel de Tucumán, 2004).

Dealecsandris, Ricardo y Quian, Roberto, *Reformas al instituto de la Sindicatura*, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta, 1982).

Etcheverry, Raúl A., *La necesidad de crear un grupo de estudios sobre la reforma de la ley de sociedades a la luz de la doctrina del mejor gobierno corporativo (Corporate Governance)*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998).

Farina, Juan M., *Tratado de Sociedades Comerciales. Parte General*, Rosario, Editorial: Zeus Editora, 1980.

Fargosi, Horacio P., *Anotaciones sobre la sindicatura en la Ley de sociedades comerciales*, La Ley, t. 147, p. 1146, 1972.

Fargosi, Horacio P., *Esquicio sobre el "director independiente"*, Academia Nacional de Derecho, LA LEY, Año 2008, 1 - LA LEY 29/04/2009, 29/04/2009, 1 - LA LEY2009-C, 881.

Favier Dubois, Eduardo M. y Vázquez Ponce, Hector O., *Necesaria formación interdisciplinaria para el desempeño de la sindicatura*, II Congreso Argentino de Derecho Societario (Mar del Plata, 1979)

Ferro, Héctor, *Consejo de vigilancia y sindicatura. Fiscalización de mérito y/o legalidad*, ED, 94-633.

Flaibani, Claudia C., *Ley de Sociedades Civiles y Comerciales comentada y anotada*, Buenos Aires, Editorial: Heliasta, 1997.

Fushimi, Jorge Fernando, *Reinvindicando al sistema dualista*, XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013).

Halperín, Isaac y Butty, Enrique M., *Curso de derecho comercial. Volumen I. Parte General*, Editorial: Depalma, 2000.

Highton, Federico R., *Insuficiente Regulación de las incompatibilidades del síndico societario*, Revista Jurídica La Ley 1981-B-404, 1981.

Jambrina, Alberto J., *Sindicatura societaria, hacia un cambio necesario*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998).

Luchinsky, Rodrigo, *Las sociedades unipersonales y el mito de la fiscalización*, Publicado en: RDCO 282, 115.

Man, Adriana Claudia, *Incompatibilidades y prohibiciones que pesan sobre el síndico societario*, La Ley, t. 1997-B, pág. 460, 1997.

Martorell, Ernesto E., *El síndico de la sociedad anónima: replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de responsabilidad*, Publicado en: LA LEY 1988-B, 1082.

Molina Sandoval, Carlos A., *Sociedades Profesionales*, Publicado en: RDCO 281, 687.

Montalbán, Diana F. de y Bonfanti, Alberto, *Sindicatura. Contenido y significación. Coordinación interpretativa de las normas vigentes. Responsabilidad*, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta, 1982)

Muguillo, Roberto A., *Manual de Sociedades Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Editorial: Abeledo Perrot, 2012.

Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, Editorial: Ad-Hoc, 2006.

Nissen, Ricardo A. *Incompatibilidad entre las funciones del síndico societario y el contador certificante de los balances*, Revista Jurídica La Ley 1996-A-501, 1996.

Nissen, Ricardo A., *Análisis de la ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550. Asamblea, directorio, consejo de vigilancia y sindicatura*, LA LEY 1984-B, 850.

Odriozola, Carlos S., *Acerca de las condiciones para ser síndico de sociedades anónimas*, J. A., 1961-V-Doctrina, p. 25.

Piaggi, Ana Isabel, *La sindicatura como órgano intrasocietario de control. Nuevas técnicas de control*; La Ley, t. 1981-B, pág. 1088, 1981.

Racciatti, Hernán (h.) y Romano, Alberto Antonio, *Sindicatura societaria y derecho a remuneración*, Publicado en: LA LEY 1997-D, 16.

Rovira, Alfredo L., *Incompatibilidad para el ejercicio de la función de síndico*, V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba, 1992).

Salvochea, Ramiro, *Mercados y Buen Gobierno Corporativo*, La Revolución del Corporate Governance, Editorial: La Ley, Año 2016.

Sandler, Max M., *Representación y control de las sociedades por acciones*, Publicado en: Revista del Notariado 736, 1317.

Segal, Rubén, *Idoneidad para la fiscalización privada en las sociedades anónimas*, L.L., T.1975-A, p.137.

Seijas, Ramiro, *Desnaturalización de la función de control en las sociedades con sindicatura. Obsolescencia del órgano. El principio mayoritario. La necesidad de una reforma del sistema*, Publicado en: Sup. Act. 03/03/2015, 03/03/2015, 1 - LA LEY03/03/2015, - DJ01/04/2015, 1.

Solari Costa, Osvaldo, *Modificaciones de la Ley 26.994 a la Ley 19.550 de Sociedades*, Publicado en: LA LEY 27/05/2015, 1, LA LEY 2015-C, 888, Enfoques 2015 (junio), 78.

Suárez Anzorena, Carlos, 1968, *Las incompatibilidades del Síndico y la función sindical*, Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Año I.; Depalma, Buenos Aires, 1968.

Tetamanti, Roberto y otros, *Imprescindibilidad de la Sindicatura*, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).

Vallejos Meana, José A., *Algunas reflexiones sobre la conveniencia de mantener el régimen legal vigente con relación a la sindicatura*, III Congreso Argentino de Derecho Societario (Salta, 1982).

Vergara Gaona, Rebeca y otros, *Comité de Auditoría. Consecuencias indeseadas de su tratamiento por la Ley 26.831 en dos casos: Prescindencia de la Comisión Fiscalizadora y PyMes en la Oferta Pública*, XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, Ragazzi, Guillermo E., Rovira, Alfredo L., *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, T. II, Segunda Parte.



Universidad de
San Andrés