

LA RESPONSABILIDAD DEL SINDICÓ SOCIETARIO

Gisela A. Bergia y Mónica L. Puccio

Ponencia

El problema gira en torno a lograr una efectiva fiscalización de las sociedades anónimas. Existen dos mecanismos de control: el interno, a cargo de la sindicatura. Y el externo, a través de un tercero, mediante el contrato de auditoría, mas allá del control estatal, claro está. En el presente, discurriremos sobre la fiscalización orgánica, regida en la L.S. en el Capítulo II, Sección V, Apartado VIII.

En primer lugar, en relación a la discusión doctrinaria acerca de si la responsabilidad es contractual o legal y si la obligación a cargo de la sindicatura constituye una obligación de medios o de resultado, propugnamos por ésta última y afirmamos su carácter legal. Y como consecuencia de esto, auspiciamos por la reglamentación específica sobre la responsabilidad de los síndicos, reemplazando así, la remisión a lo dispuesto en la L.S. sobre responsabilidad de los directores.

I. El órgano de fiscalización privada. La sindicatura

La sindicatura ha sido definida como un órgano permanente de la sociedad anónima, desempeñado por un funcionario o varios, elegidos por los accionistas en asamblea, con atribuciones legales mínimas inderogables e indelegables para la fiscalización de la administración de la sociedad ⁽¹⁾.

(1) "... se trata de un órgano impuesto por la ley, con atribuciones que no pueden serle retaceadas por los estatutos, la asamblea o el directorio... los funcionarios que fiscalizan la vida social como 'órgano social' de carácter

Si bien se trata de un órgano *permanente* de la sociedad anónima no es un órgano *esencial* pues puede ser reemplazado por el Consejo de Vigilancia y, en las sociedades excluidas de las consideraciones del art. 299 L.S., prescindirse de él.

Debe tenerse presente que la fiscalización importa, en principio, un control formal o de legalidad, es decir, dicho control no puede versar sobre la conveniencia u oportunidad de la gestión -volveremos más adelante sobre esta cuestión-.

a. Número de síndicos

Según el art. 284 de la L.S.C., la fiscalización privada de la sociedad anónima, en lo que hace al número de sus integrantes, está sujeta a las siguientes reglas:

- *Si se trata de una sociedad anónima no incluida en el art. 299 L.S.*, pueden designar un síndico titular y un síndico suplente (si quieren, pueden designar más síndicos, pero esto no es obligatorio). También, según ya vimos, pueden prescindir de la sindicatura pero esto debe estar previsto en los estatutos.

- *Si se trata de una sociedad anónima con una capital social mayor a \$ 10.000.000*, también pueden designar un solo síndico -con su suplente- pero, a diferencia del caso anterior, no pueden prescindir de la sindicatura.

- *Si se trata de una sociedad anónima incluida en los restantes casos del art. 299 L.S.C.* deben obligatoriamente organizar una sindicatura colegiada en número impar (3, 5, 7, etc., síndicos), con sus respectivos suplentes.

Es pertinente subrayar que la sindicatura plural actuará como cuerpo colegiado y el estatuto reglamentará su constitución y funcionamiento.

intrasocietario..." (Martorell, Ernesto E., "El síndico de la sociedad anónima: replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de su responsabilidad", L.L., 1988-B-1082).

En otra línea de pensamiento, calificados doctrinarios tales como Rivera y Halperín, la definen como una locación de servicios, habida cuenta de la dependencia jurídica que se refleja entre el profesional y la sociedad (Rivera, Julio C., *Responsabilidad civil del síndico societario*, Hammurabi, Bs. As., 1980, p. 19.

b. Designación

El primer síndico o síndicos son designados en el mismo acto constitutivo de la sociedad; en donde se indicará, asimismo, el término de duración del cargo, el cual no puede exceder de tres ejercicios. Posteriormente son elegidos por asamblea ordinaria, pudiendo ser reelegidos.

Al igual de lo que ocurre con el Directorio, la L.S.C. permite que uno o más síndicos sean elegidos por las diversas clases de accionistas o por voto acumulativo.

Su designación es revocable por la asamblea.

c. Atribuciones y deberes

La ley enumera atribuciones, y no facultades, por ello el síndico está obligado a ejercerlas para asegurar el buen desempeño de la fiscalización que le ha sido encomendada. El estatuto puede ampliar las atribuciones, pero no restringirlas ni desvirtuarlas. Respecto de ellas, existen distintas clasificaciones, siguiendo a Farina ⁽²⁾, efectuamos la siguiente:

Tareas específicas de fiscalización: Es su función más importante y comprende los siguientes aspectos:

- Fiscalizar la administración de la sociedad. Conforme ya se señalara, el síndico realiza un control formal o de legalidad y no está en sus funciones expedirse sobre la conveniencia de realizar determinado acto, o de controlar -fuera del resultado y la legalidad- la gestión cumplida.

- Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias.

- Controlar cada tres meses las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento. Dentro de esto adquiere especial relevancia el cumplimiento por la sociedad de las cargas fiscales y el depósito de los aportes jubilatorios.

- Controlar la constitución y subsistencia de la garantía obligatoria de los directores por la responsabilidad de su gestión.

(2) Farina, citado por Martorell, Ernesto, op. cit., en nota 1.

- Controlar la liquidación de la sociedad.

Tareas de investigación: Recae sobre el síndico también la tarea de desentrañar aspectos que no aparecen claros y que son requeridos por los accionistas (que representen no menos del 2% del capital social), ello cuando la situación investigada no reciba del Directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y sea necesario actuar con urgencia, convocará de inmediato a asamblea.

Tarea informativa:

- Informar a la asamblea ordinaria sobre la situación económica y financiera de la sociedad.

- Dictaminar sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados.

- Suministrar informes a los accionistas que representen no menos del 2% del capital social.

- Informar a la Asamblea sobre el resultado de la investigación practicada a pedido de los accionistas (art. 294 inc. 11).

- Informar a la autoridad de contralor cualquier circunstancia que coloque a la sociedad dentro de los supuestos del art. 299 (art. 305).

- Informar a la Asamblea en los casos de reducción obligatoria de capital (art. 203).

Tareas de gestión: Este tipo de tareas es excepcional en la sindicatura pues corresponden, en principio, al órgano de administración (el Directorio). No obstante, la ley se la confiere al síndico en los siguientes supuestos excepcionales:

- Convoca a asambleas: Si se trata de asamblea ordinaria, sólo lo debe hacer cuando lo omita el Directorio; si se trata de asamblea extraordinaria, siempre que lo juzgue necesario.

- Designar directores interinos en los supuestos contemplados por la L.S.C..

- Asistir a reuniones de Directorio, con voz y sin voto.

- Incluir puntos en el Orden del Día.

- Firmar las acciones junto con un director.

- Impugnar las decisiones de la asamblea cuando son contrarias a la ley, estatuto o reglamento (art. 251).

- Exigir la intervención de la autoridad cuando el estado de la sociedad lo requiera (art. 301 inc. 1).

En este punto adscribimos a la doctrina que entiende que las funciones asignadas a este órgano social exceden el marco del control

de legalidad, especialmente en las investigativas o de gestión ⁽³⁾. En contraposición, se hayan los que las circunscriben a un control de legalidad o legitimidad, reconociéndole, excepcionalmente, facultades instructorias o de investigación ⁽⁴⁾. Sobre el punto, volveremos al hablar de la responsabilidad.

II. Responsabilidad

En este acápite nos enfrentamos con dos problemas: El primero es respecto a la naturaleza de la vinculación del síndico con la sociedad, en tanto considerarla una locación de servicios o bien un funcionario del órgano fiscalizador, a los fines de responder al problema de si su responsabilidad es contractual o legal.

El segundo, observamos que las consecuencias de las obligaciones de medios son disímiles a las de resultado, por lo tanto inclinarse por alguna de ellas no es un problema de menor importancia, sino trascendental al momento de explicar la responsabilidad del órgano sindical.

Trataremos de dilucidarlos partiendo de la exposición literal de la ley, para después explicar las distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

a. Régimen actual

Reza el art. 296 L.S. que los síndicos responden en forma ilimitada y solidaria por el incumplimiento de sus obligaciones; también responden con los directores por los hechos u omisiones de éstos, cuando el daño no se hubiera causado si hubiesen actuado conforme a derecho. La asamblea es quien juzga su responsabilidad, cuya determinación importa, asimismo, su remoción (supuesto de omisión

(3) Martorell, Ernesto E., op. cit. en nota 1.

(4) Vítolo, Daniel R., *La sindicatura como órgano de control*, Nota a fallo: "Miguel E. Critto s/ art. 300, inc. 3 C. Penal", 28/8/1980, Cámara 2da. de Apelaciones en lo Penal de Tucumán, en *Jurisprudencia Anotada*, ps. 600, 601.

de control). Agrega la L.S. en el art. 298 que será de aplicación todo lo reglado respecto de la responsabilidad de los directores en los arts. 271 a 279.

En caso de sindicatura plural, los síndicos disidentes con la resolución del órgano de fiscalización, deben actuar individualmente en el ejercicio de sus atribuciones-deberes, en tanto que no quedan eximidos de responsabilidad por el solo hecho de haber votado en contra, sino deben poner en marcha todas las herramientas de las que disponen para evitar se produzca el daño que se cree se efectivizará de ejecutarse la resolución vetada.

En este entendimiento, Nissen considera que el síndico que controló o ejecutó una decisión asamblearia declarada judicialmente nula, debe responder, siendo viable incoar contra él la acción de repetición prevista por el art. 254 L.S.. Sólo podrá liberarse de responsabilidad convocando una nueva Asamblea, cuyo temario y objeto fuese la revocación del acuerdo impugnado y si el resultado fuese negativo, deberá iniciar la correspondiente acción de nulidad prevista en el art. 251 *ib.*, encontrándose legitimado a tal fin ⁽⁵⁾.

b. Diferentes encuadramientos

Encontramos por una parte a aquellos que consideran que los síndicos tienen una responsabilidad contractual frente a la sociedad y extracontractual frente a los terceros, ello así, al caracterizar la relación como una locación de servicios, debido a la dependencia jurídica que se refleja entre el profesional y la sociedad ⁽⁶⁾.

Mientras que otros aducen que la responsabilidad del síndico es de carácter legal, por analogía con la de los administradores. Ven a estos funcionarios como órganos sociales designados por un acto unilateral de la asamblea, que para su efectividad requiere de la aceptación, revestidos de un poder conferido por la ley, por el cual ejercen el control interno de la sociedad. Aseveran que la función

(5) Nissen, Ricardo A., *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, ps. 304 y ss..

(6) Rivera, Julio C., *ob. cit.* en nota 1.

encomendada a la Sindicatura es necesaria, asimilándola con la representación de los incapaces ⁽⁷⁾.

Sin desmerecer el rigor científico de las posiciones expuestas, creemos que se condice de mejor manera con el régimen societario patrio la segunda de ellas. Esto por la concepción de sociedad que tenemos, es una persona jurídica cuyos órganos son los que le dan vida, no estando subordinados a dicha persona, cada uno cumple su función, sin ellos la sociedad no existiría. Los síndicos no ejercen facultades, sino atribuciones impuestas coactivamente, no tienen opción, deben ejecutarlas, y si no lo hacen, responden.

A mayor abundamiento, cabe recordar la "Doctrina del órgano" referida a la administración societaria, la cual predica que no existe una relación de mandato entre sus órganos y la sociedad, sino que las personas que los integran son funcionarios y es la sociedad misma la que actúa ⁽⁸⁾. En el mismo sentido, Martorell se queja de que en nuestro país existe una enorme confusión en todo lo que hace a la relación entre los individuos que cumplen funciones en los órganos sociales, y la compañía que integran estructuralmente dichos órganos, descartando así toda relación con la esfera contractual ⁽⁹⁾.

Habiendo zanjado la primera contrariedad, decidiendo que la responsabilidad de la sindicatura es extracontractual, pasamos ahora a concentrarnos en la calificación de ella, en tanto que si debemos considerar su función como una obligación de medios o de resultado.

c. ¿Obligación de medios o de resultado?

El síndico societario es miembro del órgano de la sociedad calificado como "órgano de control o fiscalización". Con fundamento en lo anterior afirmamos que el síndico societario no es un "dependiente" de la sociedad; esto es, que no existe dependencia o subordinación jurídica propia del contrato de trabajo. No es empleado de la sociedad.

(7) Garrigues y Uría, citados por Martorell, Ernesto E., op. cit. en nota 1.

(8) Nissen, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 218.

(9) Martorell, Ernesto E., op. cit. en nota 1.

La circunstancia de que la función de síndico de la sociedad anónima sea “remunerada” surge de la propia Ley de Sociedades Comerciales (art. 292) y del Código Civil (art.1627), como bien lo señala Zunino.

Tal consecuencia, esto es la de no-gratuidad, se relaciona con la “profesionalidad” que se exige a la persona (física o jurídica) que se elige para desempeñar tal función dentro del esquema societario. La Ley de Sociedades Comerciales 19.550 exige para poder ser elegido el título de abogado o de contador público. Consideramos necesario, habida cuenta de las funciones y atribuciones a desempeñar, y a fin de lograr el adecuado y sano control que la ley pretende, que el órgano de fiscalización esté compuesto obligatoriamente por profesionales de ambas ramas (lo cual es práctica habitual en las sociedades anónimas de cierta envergadura). Ello se fundamenta en el carácter mixto de las tareas profesionales que se le encomiendan en el extenso art. 294 de la L.S.C., tal como ya se reseñara *supra*.

Con relación a la naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa, es necesario destacar que no se trata de un contrato sino de un órgano de la sociedad destinado al cumplimiento de una determinada función –la de fiscalización– y que debe velar por el interés social y no solamente del grupo de socios que lo hubieren elegido. Con relación a este punto, es necesario recalcar, que si bien puede ser elegido por un grupo particular de socios (y en la mayoría de los casos velará por la protección de estos intereses individuales que le fueron confiados), ello no lo exime de su función de control de la gestión de los administradores que representen al mismo “grupo de accionistas” que lo eligieron.

Por otra parte, si bien la función de síndico se presenta *prima facie* como más sencilla que la del administrador a quien se le exige no un título habilitante sino una determinada aptitud de buen hombre de negocios (art.59 de la L.S.C), con la concesión de la asunción de determinados “riesgos”, al síndico se le exige prudencia y recelo y la diligencia de un buen padre de familia. La función del síndico es la de vigilancia de cumplimiento por parte de los demás órganos sociales de las normas legales o estatutarias, caracterizándose por la comprobación de la adecuación o falta de adecuación de las conductas de dichos órganos con la normativa por cuyo cumplimiento debe velar.

No obstante lo afirmado, la función del síndico no es “pasiva” -si bien sus incumplimientos se evidenciaran a través principalmente de omisiones- por cuanto la ley le impone ciertas conductas activas

como: la participación en las deliberaciones de los órganos de administración y de gobierno, la convocatoria a asamblea cuando omitiere realizarlo el directorio, la confección de informe que debe acompañar a la "memoria", la investigación de toda denuncia realizada por los accionistas, etc. Tales atribuciones son sólo enunciativas por cuanto debe velar por el cumplimiento de la ley y el estatuto y responderá en consecuencia, por todo aquello que conoció o debió conocer obrando con la diligencia que se espera de alguien con su cualificación.

Es necesario destacar que al síndico no se le exige propiamente un examen en cuanto al mérito de la gestión del órgano de administración pero muy frecuentemente se verá obligado a expedirse al respecto ante ciertas conductas de los administradores que, sin ser palmariamente violatorias de la ley, estatuto o reglamento, podrían configurar supuestos de violación a normas genéricas (como el art. 59) y, por ende, derivar en responsabilidad de los administradores. Entendemos que un buen informe por parte del síndico, no podrá soslayar ciertos aspectos que se relacionan más bien con la razonabilidad u oportunidad de la gestión que con su legalidad. El síndico no es un autómatas, no pudiendo limitarse a un mero recuento contable, por cuanto el acabado cumplimiento de las obligaciones a su cargo se realizará siempre y cuando, con su accionar -idóneo e independiente- no perjudique el interés social.

De lo dicho hasta aquí se sigue que la responsabilidad que le cabe al síndico societario por el incumplimiento de las funciones a su cargo es de tipo extracontractual por cuanto nace de la propia ley y no puede ser dispensada de antemano.

Finalmente, siguiendo a Ernesto Martorell diremos "*... si el síndico no cumple con las obligaciones no hay por qué demostrar la existencia de culpa de su parte, porque el programa de prestación no fue alcanzado, y -como en toda obligación de resultado- la culpa es algo que no interesa: queda fuera de la cuestión*"⁽¹⁰⁾.

(10) Martorell, Ernesto E., op. cit. en nota 1.

III. Propuesta superadora a modo de conclusión

Finalmente destacamos la mala apreciación que se tiene de la fiscalización privada, en tanto es considerada por la sociedad y la administración como una intromisión, una traba al normal desarrollo de los negocios; y para los terceros y socios minoritarios no significa una garantía a sus derechos, sino una valla más a la hermética gestión.

Conforme el desarrollo elaborado concluimos afirmando que la responsabilidad del síndico societario surge de la propia ley y no de un contrato. Además, sus obligaciones están delimitadas por el régimen societario y por el estatuto, las cuales debe cumplir fielmente, siguiendo el mandato del “buen *pater familis*”, al ser la mayoría de aquellas de resultado.

Así pues, creemos que la responsabilidad de éste órgano, no puede seguir siendo juzgada con los mismos parámetros que para los administradores, tal como lo dispone el art. 298 L.S.C.. En consecuencia, profesamos una reforma en el sentido de un régimen propio, específico, que se adecue a la realidad de este órgano.

Bibliografía

- MARTORELL, Ernesto E., “El síndico de la sociedad anónima: replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de su responsabilidad”, L.L., 1988-B.
- NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998.
- NISSEN, Ricardo A., *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Ad-Hoc, Bs. As., 2006.
- RIVERA, Julio C., *Responsabilidad civil del síndico societario*, Hammurabi, Bs. As., 1980.
- VITOLLO, Daniel R., *La sindicatura como órgano de control*, Nota a fallo: “Miguel E. Critto s/ art. 300, inc. 3 C. Penal”, 28/8/1980, Cámara 2da. de Apelaciones en lo Penal de Tucumán, en Jurisprudencia Anotada.
- ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Régimen de sociedades comerciales ley 19.550*, 21ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As..