

## INCOMPATIBILIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCION DE SINDICO

*Alfredo L. Rovira*

1. El Contador no tiene incompatibilidad para ser síndico de la sociedad cuyos Estados Contables certifique y/o audite.
2. El asesor legal y el apoderado no pueden ser síndico de la sociedad que asesore o represente.
3. Los actos sociales celebrados con participación de un síndico alcanzado por incompatibilidades funcionales no son anulables aunque el síndico será pasible de responsabilidad y pérdida de derecho a remuneración.
4. Los actos del síndico alcanzado por inhabilidades o incompatibilidades de orden público son anulables pero susceptibles de subsanación.

### 1. LA SINDICATURA. CONCEPTO

Es un órgano de la sociedad, que vela por la legalidad de los actos sociales, a través del control formal de legalidad de los mismos, y de oportunidad de funcionamiento de los otros órganos (el de administración y el de gobierno). Ello implica el cuidado de los intereses de todos los socios y, en forma mediata, resguarda los intereses de terceros (acreedores, dependientes y sujetos de derecho vinculados a la sociedad) y en alguna medida los del Estado mismo. Por la naturaleza de su misión, como norma le está vedado intervenir en la gestión y en los actos de gobierno.

Los síndicos no son representantes ni mandatarios de los socios ni de la sociedad. Algunos fallos judiciales antiguos, aunque dictados ya vigente la Ley de Sociedades Comerciales, le dieron tales caracteres desnaturalizando el instituto y

la situación jurídica de los síndicos<sup>(1)</sup> incurriendo en un error conceptual.

Así, el síndico podría ser libremente o sin causa revocado, lo cual eventualmente llevaría a afectar su independencia de actuación. La moderna doctrina considera a la sindicatura como un órgano; esta postura fue reafirmada por la Comisión Revisora de la Ley 19.550 al incorporar en la reforma de la Ley 22.903 la norma que establece que la revocación de los síndicos sólo pueda ser sin causa cuando no medie oposición del cinco por ciento (5%) de los accionistas (L.S. Art. 287).

## 2. REQUISITOS PARA REVESTIR LA CALIDAD DE SÍNDICO

La L.S., innovando respecto del Cód. Com., estableció con carácter de *norma imperativa*, exigencias mínimas para ser síndico que pueden ser ampliadas por el estatuto, trátase de la sindicatura singular o de la colegiada, o de los integrantes de sociedades civiles de profesionales para el ejercicio de la sindicatura. (L.S. Art. 235).

Debe explicarse el por qué de esta exigencias. Nuestra doctrina, reiteradamente, señaló como una de las causas del fracaso de la sindicatura la falta de requisitos de calificación de sus integrantes; indudablemente las múltiples funciones -algunas de ellas técnicas y complejas- que el Art. 340 del Cód. Com., imponía a éstos y que *mutatis mutandi* la L.S. conserva a través del Art. 294 no pueden ser llevadas a cabo por cualquier persona.

Por lo dicho, el Art. 285 de la L.S. exige que para ser síndico se requiere ser abogado o contador público, con título habilitante. Debe entenderse que la exigencia implica que el síndico esté en condiciones de ejercer su profesión (es decir, no debe hallarse imposibilitado o inhabilitado por cualquier causa para ello).

A este respecto, cabe señalar que la L.S. se ha orientado, en líneas generales, en el sistema francés. En éste, se exige a los *comisarios de cuentas*, una serie de requisitos personales: deben ser *honorables* (carentes de toda condena) e independientes con relación a los dirigentes de la sociedad; deben tener *aptitud profesional*, la que es apreciada por una comisión que funciona en la sede de cada tribunal de apelaciones y que tiene por misión confeccionar la lista de los comisarios domiciliados en la jurisdicción. Según Juglar e Ippolito, "*la idea del legislador ha sido dar a los comisarios de cuentas la competencia, independiencia y prestigio de que gozan los expertos contables de ciertos países, como los auditores anglosajones y los chartered accountants*"<sup>(2)</sup>.

(1) Al respecto la jurisprudencia ha dicho: "La sindicatura es un órgano de la sociedad, de defensa de la misma, pero fundamentalmente de los socios, en especial los que no han podido designar directores, y en forma mediata de terceros, y en alguna medida del Estado". Juzg. 1ª Instancia de Minas y Registro de Com. de Salta, nov. 24-1981, E.D. 98-624, autos: "Lufa S.A."

(2) Juglar-Ippolito. "Cours...", Nº 752, p. 487.

Lo antedicho tiende al cumplimiento cabal y personal de las atribuciones que se le asignan a través del Art. 294, y a la eventual efectivización de su responsabilidad.

Este mismo motivo fundamenta la indelegabilidad de las funciones establecidas por el Art. 293, sin perjuicio de que pueden acudir asesoramientos técnicos si lo consideran necesario.

### 3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ART. 285

Quien carezca de las condiciones exigidas por el Art. 285 no puede ser designado para el cargo, y si perdiere alguna de ellas de cesar de inmediato en sus funciones por aplicación del Art. 291, último párrafo. Ellas hacen a la esencia de la calidad de síndico.

Cabe señalar que si en el acto constitutivo se designare un síndico (Art. 166, inc. 3<sup>o</sup>) sin las calificaciones que hemos tratado, será nula la designación afectando la validez de dicho acto constitutivo que sería anulable, pues el mismo no habría cumplido integralmente con lo normado por el Art. 166 de la L.S.<sup>(3)</sup>

Los actos en que hubiere intervenido, o hubieren sido llevados a cabo por un síndico cuya designación tuviere los vicios referidos serían válidos por aplicación de la *teoría de la apariencia*.

De todos modos siempre cabrán las responsabilidades que establecen los Arts. 254, 274 y 296 con respecto a los accionistas, directores y síndicos que hubieren designado o consentido la actuación en calidad de síndicos de personas sin los requisitos del Art. 285.

### 4. INHABILIDADES. INCOMPATIBILIDADES. PROHIBICIONES

La L.S. sin formular distinción, engloba las mismas en el Art. 286 apuntando a los antecedentes personales de los síndicos como garantía para el desempeño de sus funciones y, al mismo tiempo, a que su independencia importe la consiguiente ecuanimidad en su actuación.

Suárez Anzorena<sup>(4)</sup> en erudito y completo análisis de esta temática agudamente precisa el contenido de las nociones de inhabilidad, incompatibilidad y prohibición. Así, señala que *"la prohibición configura una expresión conceptual de contenido genérico que comprende, por igual, todas las restricciones que el*

(3) Esta conclusión implica rever la postura que compartíamos en "Cuadernos", Vol. III, 3<sup>o</sup> ed., p. 767 considerando que esta nueva conclusión implica un más ajustado enfoque del art. 17 L.S.

(4) Suárez Anzorena, C., en "Las incompatibilidades del síndico y la función sindical", en RDCO, año 1, p. 451.

*ordenamiento impone ya al quehacer jurídico del sujeto de derecho en general, ya al de determinados sujetos de derecho con relación a ciertos actos o funciones".* Por su parte, califica a las inhabilidades como "*causales que vedan a un sujeto al acceso o a la continuación de una función o actividad*", tienen siempre un fundamento de orden público y son taxativamente impuestas por el ordenamiento jurídico. Por fin, las incompatibilidades son aquellas que importan una *prohibición legal o convencional de acceder o ejercer una o varias funciones o actividades que pesa sobre determinados sujetos en razón de otras funciones o actividades que éstos desempeñan*; tienen su origen en una posible colisión de intereses y deberes funcionales derivando de allí la conclusión de que cabe reconocer en nuestro derecho incompatibilidades implícitas.

Así, partiendo de esa distinción y reconociendo la viabilidad de prohibiciones implícitas o tácitas compartimos en Cuadernos <sup>(5)</sup> la tesis de que debía entenderse que no pueden ser síndicos los asesores de la sociedad, ni sus contadores, pues entre éstos y el directorio existe un vínculo que aún cuando no sea estrictamente el de empleador -empleado a que se refiere el inc. 2º del Art. 286, involucra una relación económica del órgano. Un replanteo de la cuestión me induce ahora a adoptar una posición diversa.

Cabe recordar que esta anterior postura, compartida por Suárez Anzorena, encuentra su antecedente en la Resolución I.G.J. Nº 19/68 de la autoría del Prof. Dr. E. Zaldívar que sentó la doctrina 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 anónima*) desnaturalizando la sindicatura en menoscabo de su misión y de los intereses de los accionistas.

Parte de dichos fundamentos, los que hacen a la estructura orgánica societaria y al connatural deber de lealtad de toda función o actividad orgánica, en nuestro renovado juicio tienen más trascendencia que la cuestión relativa a la relación de remuneración que pudiera tener el síndico por otras funciones desempeñadas.

Como sabiamente destacaba Suárez Anzorena, las incompatibilidades pueden ser inferidas por vía de interpretación de la ley teniendo en cuenta la función que tutela los deberes propios de aquélla y la eventual colisión que puede darse entre éstos y los intereses y deberes propios de otras funciones y actividades. Pero tratándose de incompatibilidades implícitas, en caso de duda debe optarse por la

(5) "Cuadernos", p. 770. La tesis de la existencia de incompatibilidades tácitas ya había sido anticipada por Odriozola, C.S., en "La institución de la sindicatura de la sociedad anónima", Abeledo-Perrot, 1962, y por Suárez Anzorena, C. "Las incompatibilidades...", RDCO, año 1, p. 482.

permisión y no por la prohibición <sup>(6)</sup>.

El análisis nos revierte al estudio de la finalidad del instituto de la sindicatura que, cuestiones de eficacia aparte, debe perseguir el permanente y continuado control de la legitimidad de los actos sociales en general y del funcionamiento del órgano de administración en particular.

A partir de ello no puede caber duda que la independencia entre fiscalizados y fiscalizadores es presupuesto fundamental para el acabado cumplimiento de la función sindical. Ello explica la norma del inc. 2 del Art. 286 L.S.

Por otra parte viene oportuno recordar que ha sido criterio general de la doctrina señalar que la incompatibilidad funcional es personal no extendiéndose a sus parientes ni socios o personal vinculadas a aquel <sup>(7)</sup>.

En suma, lo medular es determinar si, la persona que cumple la función sindical a la vez realiza otras actividades que impliquen participar en las facultades gestoras del órgano de administración. Si así fuere, quedaría alcanzado por la incompatibilidad en pleno. Así concluimos 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 <sup>(8)</sup>.

Iglesias Prada <sup>(9)</sup>, caracteriza la administración de una sociedad como el conjunto de actos y operaciones que, incidentes sobre el patrimonio del ente, se orientan a la realización del objeto social o, al cumplimiento de cualquier tipo de actividad económica y jurídica en relación con el patrimonio de la sociedad.

La actuación del directorio en las sociedades anónimas, de ordinario resulta hoy desbordada por la complejidad del tráfico y porque no, como dice Paillusseau <sup>(10)</sup>, por la ausencia de hombres competentes en su seno que reduce en la práctica la función directorial a ratificar las decisiones del presidente, director general o ejecutivo principal <sup>(11)</sup>.

Se produce así, una cierta confusión entre la concentración creciente del poder, impuesta por las circunstancias, en unas pocas manos y la descentralización de funciones exigidas por la especialidad de las mismas.

(6) Suárez Anzorena, C., "Las incompatibilidades...", RDCO, año 1, p. 472.

(7) Cfme. Suárez Anzorena, C., ob. cit., p. 479 y doctrina por él reseñada (v.gr. Anaya, Fontanarosa, etc.). Aunque la I.G.J. tenía sentado un criterio opuesto en 1934 que fuera compartido por el Prof. Halperín.

(8) Cfme. Odriozola, C. "La institución...", p: 48/50.

(9) Iglesias Prada, Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima", Madrid, 1971, p. 49.

(10) Paillusseau, "La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise", París, 1967.

(11) Cristóbal-Montes, Angel, "Administración de la sociedad anónima", Pamplona 1977, p. 76.

La delegación en la gestión supone la atribución a personas o grupos de personas de determinados sectores de competencia atribuciones que, aunque puedan variar cuantitativa y cualitativamente, suponen siempre la delegación de funciones, de instrucciones, de órdenes, de decisiones y, por fin, de responsabilidades.

A su vez, la doctrina moderna ha sostenido la tesis que la delegación implica la institución de mandatarios del directorio con facultades delegadas.

Si bien la doctrina del mandato en el campo genérico de la administración social está hoy en franco retroceso ante los embates del denominado sistema orgánico, no cabe duda que en la práctica, sin perjuicio de la postura dogmática organicista que explica el origen de los poderes y atribuciones de los administradores, la gestión social se cumple por intermedio de una compleja trama de estructuras en las que la figura del mandatario aparece como instrumento necesario para acreditar facultades representativas del ente ante terceros.

En ese contexto, qué dudas pueden haber 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 legal o apoderado de la sociedad plantea una clara incompatibilidad funcional con las tareas y deberes del síndico.

Distinta es la solución para el caso del contador certificante y el auditor externo.

Seguendo el modelo francés la sindicatura se reduce hoy, en esencia, a una tarea de control a través de la revisión contable de la empresa.

El informe Nº 6 del Instituto Técnico de Contadores Públicos establece que a los efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones de fiscalizar la administración de la sociedad, se recomienda al contador público que cumpla funciones de síndico:

“...1.2. Revisar los libros rubricados, verificando si se cumplen las disposiciones legales formales. 1.3. Comprobar selectivamente que las registraciones contables están respaldadas por la documentación pertinente”.

Por su parte, el Art. 75 del Estatuto de Ciencias Económicas de 1945, reglamentado por Decreto 4460/46 dispone que “la certificación (de estados contables) garantizará que la cifra de los estados del activo, pasivo y cuentas de ganancias y pérdidas concuerden con las registraciones contables, llevadas de conformidad con las disposiciones legales y respaldadas con sus respectivos comprobantes” en un enunciado semejante al Arancel de Honorarios de 1957 (Dto. Ley 16.638/57). En sentido semejante se pronuncian las normas sobre documentación contable de la Bolsa de Comercio de Bs. As. y las de la Comisión Nacional

de Valores.

Las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas que tienen su origen en una recomendación formulada por la VII Conferencia Interamericana de Contabilidad de Mar del Plata (1965) y adoptadas por la VII Asamblea Nacional de Graduados en Ciencias Económicas de Avellaneda (1969) establecen que el trabajo de auditoría debe comprender: un estudio y evaluación del sistema de control interno vigente en la entidad examinada; la obtención, mediante la aplicación de procedimientos de auditoría, de evidencia comprobatoria válida y suficiente; comparación de estados contables con los registros de contabilidad; realización de pruebas parciales y selectivas de los registros con la documentación en la extensión y profundidad que el auditor estime conveniente en atención al resultado de su evaluación de la eficacia del control interno <sup>(12)</sup>.

A los standards legales propios para juzgar la conducta del síndico se suman las normas de la ciencia contable y las reglamentarias del ejercicio de la profesión de contadores públicos que en todo caso apuntan a preservar la veracidad <sup>(13)</sup>.

De la apretada síntesis realizada surge palmariamente que tanto las funciones del síndico como las del contador certificante o auditor si bien en algunos aspectos se superponen, en ningún caso entran en conflicto funcional. Sus roles apuntan al control interno de la administración del ente debiendo, por razón misma de su actividad funcional, mantenerse independiente de la sociedad que los contrata.

Llegamos así a admitir la superposición del rol de síndico, contador certificante y auditor en la misma persona <sup>(14)</sup>.

No considero suficiente, en contra de tal posición, el argumento del eventual interés económico que pudiere inducir a actuar al profesional en ciencias económicas, condescendentemente con el directorio que haya contratado al contador certificante o auditor. Adviértase a mayor abundamiento que, el Art. 283 (al tratar del Consejo de Vigilancia) no inhibe al Consejo a contratar una auditoría anual en la que alguno de los consejeros tuviere participación <sup>(15)</sup>.

(12) Concordantemente se expidió el Instituto Técnico de Contadores Públicos en su Dictamen Nº 1 (pto. 1.b).

(13) El Código de Ética Profesional aplicado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal en sus arts. 2º, 5º y 10 hacen hincapié en este punto. Para mayor análisis ver Schiavo, Jorge N., "Los registros contables legales", ed. Nueva Técnica S.R.L., 1983, Bs. As.

(14) Cfme. Rodríguez, M.A., "Contador que es a la vez síndico. Régimen de honorarios". La Información T. XXV, p. 408. En contra aunque sólo pareciera fundarse en la relación remunerativa Highton, Federico R. "Insuficiente regulación de las incompatibilidades del Síndico Societario", L.L., t. 1981-B, p. 404 (nota al mismo fallo indicado en nota aunque aquí se cita como "Ridaco S.A. c/Pérez, M.A.")

(15) Los organismos de control externo, esto es I.G.J., Comisión Nacional de Valores, Bolsa de Comercio han aceptado que el síndico sea a la vez contador certificante de los estados contables.

## 5. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL REGIMEN DE LOS ARTS. 286, 271 Y 272

El acto llevado a cabo por un síndico comprendido por alguna incompatibilidad funcional será válido frente a terceros, pero eventual causal de remoción y acción de responsabilidad. Este criterio se aplica cuando las incompatibilidades existieren al momento de su designación o sobrevinieren posteriormente y el síndico ha permanecido en funciones <sup>(16)</sup>.

El síndico que afectado por el Art. 286 acepta el cargo o continúa en ejercicio de sus funciones, según el caso, es responsable personal e ilimitadamente por los perjuicios que su actitud ocasione a la sociedad. En este sentido, el Art. 296 no deja lugar a dudas. Si la sindicatura fuere plural y los otros síndicos conociendo la situación no la hubieran impugnado a su debido tiempo, serán solidariamente responsables (Art. cit.).

Los accionistas que sabiéndolo eligieren un síndico inhábil y los directores que consintieren su actuación, serán solidariamente responsables con éste. Tal interpretación se desprende de los Arts. 254 y 274 de la Ley.

(16) La CNCom. Sala A, 8/8/80, autos DIDACO S.A. c/Pérez M.A., L.L. T. 1980-D, p. 273, llegó a dicha conclusión haciendo suya la doctrina sentada por C. Suárez Anzorena en "Las incompatibilidades...", RDCO, año 4, p. 467. Así sostuvo que son válidos los actos celebrados por el síndico de la sociedad en ejercicio de una actividad incompatible con su función (en el caso en ejercicio de su profesión de abogado como apoderado de la sociedad anónima actora), para luego agregar que "Ante la falta de normas respecto de las incompatibilidades, categoría de prohibiciones distinta a la de las incapacidades de derecho, quedan aquéllas, en principio al menos, sometidas al régimen común propio del género prohibición, y no al particularísimo y especial que las normas vigentes consagran para la categoría incapacidad de derecho (en el caso, se trata del síndico de una sociedad anónima).