

NUEVO ENFOQUE Y DIMENSIÓN DE LA SINDICATURA SOCIETARIA

OSCAR ALBOR; NORBERTO GORZIGLIA;
JAIME MARTÍNEZ; ALBERTO JAMBRINA

PONENCIA

La ponencia que se eleva al Congreso persigue, en el plano formal, la modificación textual de la Ley de Sociedades con el objeto que la misma incorpore las siguientes cuestiones de fondo:

- I. Reconocimiento literal del principio fiscalizador denominado "Control de legalidad" mediante una reubicación ordinal del actual inc. 9 del art. 294.
- II. Definición del alcance profesional de las funciones de fiscalización incluidos en los incs. 1, 2 y 5 del art. 294.
- III. Redimensionamiento del ámbito de aplicación de la sindicatura societaria y adecuación del requisito de profesionalidad requerido para la función.
- IV. Institucionalización de la auditoría anual obligatoria.

FUNDAMENTOS

1. Las razones de la ponencia

En oportunidad del seminario sobre "La actuación Profesional y el Régimen Penal Tributario" y las "Jornadas sobre aspectos de procedimiento impositivo y previsional y la Ley Penal Tributaria", realizadas respectivamente los días 28, 29 y 30 de Junio de 1990 y 27, 28 y 29 de Marzo de 1995, en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal, las comisiones que encararon el tema con relación a la Sindicatura Societaria arribaron —como producto de la labor realizada— a las siguientes conclusiones:

I. La promulgación y vigencia del régimen penal tributario no modifica sustancialmente la esencia del problema de la Sindicatura Societaria, que es preexistente.

2. En todo caso, dicha vigencia solo incrementa el nivel de riesgo profesional que implica el ejercicio de la función de fiscalización propia del instituto.

3. Debe asumirse definitivamente que el ejercicio de la Sindicatura es "ejercicio profesional". Esta circunstancia, que reconoce su origen en las motivaciones del legislador, implica que la cumplimentación de los preceptos legales que rigen la función del Síndico Societario, deberá ser juzgada a la luz de los parámetros técnicos y de conducta que hacen a la condición de profesionalidad.

4. Como profesión organizada debe asumirse que el problema de la sindicatura societaria requiere dos cursos de acción de distinto alcance temporal: uno inmediato, que tiene que ver con los incrementos circunstanciales del riesgo y otro, mediano, que debe apuntar a una solución de fondo.¹

La profesión de Ciencias Económicas tiene la más absoluta convicción que la solución del problema esencial de la Sindicatura Societaria —la solución de fondo— requiere la reforma de las normas legales que regulan dicho instituto. Es ampliamente reconocido que las acciones tendientes a lograr este tipo de soluciones tienen efecto diferido y demandan extensos lapsos de gestión iterativa. La ponencia que se presenta es un eslabón en esa larga cadena.²

2. Los objetivos esenciales de la ponencia

Antes de plantear dichos objetivos corresponde señalar que las proposiciones que acá se hacen son elevadas al Congreso con la necesaria humildad que implica la extraprofesionalidad específica de sus autores. Son propuestas de carácter esencialmente jurídico hechas por profesionales de Ciencias Económicas. Al respecto, debe decirse que las mismas surgen estrictamente de la conjunción de la experiencia recogida en el ejercicio de la profesión como síndicos societarios, un análisis constante de la evolución doctrinaria y jurisprudencial que resulta de aplicación y el permanente cambio de opiniones con reconocidos profesionales del derecho.

¹ Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Seminario sobre la actuación profesional y el Régimen Penal Tributario Previsional 28, 29 y 30 de junio de 1990. Publicación del Consejo, p. 31.

² Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Op. cit., pp. 33 y 34.

3. Desarrollo de la ponencia

3.1. Formalización normativa del "control de legalidad"

Puede decirse, sin temor de faltar a la verdad, que es mucho lo que se ha escrito hasta ahora sobre la sindicatura societaria. Sin embargo, pese a la gran acumulación de doctrina nacional y extranjera, cada vez que se pretende establecer un juicio de valor sobre el desempeño de un síndico societario, deberá definirse, imprescindiblemente, en que corriente doctrinaria se inscribirá el análisis crítico a realizar. Esto es inevitable dado que, con respecto al alcance esencial de la fiscalización que el síndico debe asumir, la doctrina vigente se encuentra dividida en dos corrientes perfectamente definidas.

La primera de ellas, sostiene que la fiscalización a cargo de la sindicatura debe cumplimentar exclusivamente el denominado "control de legalidad", es decir, que dicho órgano debe velar para que los otros órganos sociales encuadren su funcionamiento dentro de la ley, los estatutos sociales y las decisiones asamblearias.

La otra corriente doctrinaria afirma que la sindicatura societaria debe efectuar un "control de mérito y oportunidad" de la administración social y, por lo tanto, efectuar juicios de valor sobre la gestión del Directorio.

La gran elaboración doctrinaria a que se hizo referencia más arriba y que se inicia a mediados de la década del setenta culmina, en la actualidad, con un masivo apoyo a la primera de las corrientes citadas, o sea la que sostiene al "Control de legalidad" como alcance esencial de la fiscalización sindical.³

La segunda corriente de doctrina, argumentando que la fiscalización del síndico societario debe calificar la gestión evaluando el mérito y oportunidad

³ ZALDÍVAR, Enrique: *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. III, p. 738. Perrot. Buenos Aires, 1989; FÁRGOSI, Horacio: "Anotaciones sobre la Sindicatura en la Ley de Sociedades Comerciales", *LL*, 147, 1141; FARINA, Juan: *Tratado de Sociedades Comerciales*, t. II-B, p. 433. Zeus, Rosario, 1979; HALPERÍN, Isaac: *Sociedades Anónimas*, pp. 529 y ss., Depalma, Buenos Aires, 1974; NISSEN, Ricardo A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, p. 701, Ábaco, Buenos Aires, 1983; VACAREZZA, Alejandro: "La Sindicatura y la Sociedad Anónima cerrada", *La Información*, t. LIV, p. 533; FERRO, Raúl Héctor: "Consejo de Vigilancia y Sindicatura. Fiscalización de mérito y/o legalidad", *ED*, 94-638; MARTORELL, Ernesto: *Sociedades Anónimas*, p. 415, Depalma, Buenos Aires, 1988; VÁZQUEZ PONCE, Héctor: "Reflexiones acerca del alcance del control de la sindicatura de las sociedades", *La Información*, t. LIX, junio de 1989, pp. 1180/81; VÍTOLO, Daniel Roque: "La Sindicatura como órgano de control", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1980, pp. 601 y ss.; VERÓN, Alberto Víctor: "Sociedades Comerciales. Ley 19.550, t. IV, pp. 441 y ss.; Astream, Buenos Aires, 1987; GAGLIARDO, Mariano: *Sociedades Anónimas*, Abeledo-Perrot, 1990, p. 636.

de los actos y decisiones del Directorio, acredita entre sus mentores, casi en soledad, a Zamenfeld y Mascheroni.⁴

Es de fundamental importancia, como sustento de la ponencia a plantear, el hecho de que la jurisprudencia acumulada ha concordado, salvo algún caso puntual muy específico, con la doctrina que sustenta el "control de legalidad".

Quienes, como los que esto escriben, han ejercido permanentemente sindicaturas societarias —en empresas abiertas o cerradas— han afrontado la imperiosa necesidad de seguir día a día el avance de la doctrina y la progresión de la jurisprudencia que, conjuntamente con el permanente análisis de las normas de fondo, les permitiera formar un juicio de valor propio respecto del alcance, responsabilidad y riesgo de la sindicatura societaria. El citado análisis valorativo, elaborado coetáneamente con la praxis cotidiana, ha dado origen a la absoluta convicción de que los arts. 284 a 298 de la Ley de Sociedades consagran, en letra y espíritu, el principio fiscalizador enunciado por la propia ley en el inc. 9 del art. 294. Es decir, aquél reconocido como "control formal de legalidad" o, más simplemente, "control de legalidad".

Sin desmedro de la vastísima doctrina existente, las posiciones conceptuales que se exponen a continuación se erigen, en opinión de los autores, como los argumentos centrales consagratorios del "control de legalidad" como esencia de la fiscalización requerida al síndico societario.

Vítolo, por ejemplo, dice que el informe que presenta el síndico "se funda en la imperatividad de la norma legal que obliga a la sociedad a observar determinadas normas en materia de documentación y contabilidad, la responsabilidad recae sobre los administradores. El síndico se limita a manifestar si los registros contables se ajustan a la realidad, si el cumplimiento de las normas legales se ha llevado a cabo, pero no si las operaciones sociales han resultado convenientes para la sociedad; eso lo dirá la Asamblea".⁵

Farina, por su parte, sostiene que atribuir la posibilidad de controlar el mérito de la gestión a la Sindicatura, significaría colocar al Directorio bajo la censura de ésta, que podría entonces objetar cualquier iniciativa en materia de negocios por considerarla inconveniente y arriesgada.⁶

Pero, sin duda, de todas las posiciones doctrinarias, la de Nissen —por su lógica normativa— se nos muestra como la más sólida. Dice Nissen, que el argumento más contundente para sostener que la Sindicatura ejerce un control formal de legalidad, es que no se le ha otorgado a la misma las

⁴ ZAMENFELD, Víctor: "Atribuciones del Síndico". *La Información*, t. XXXIII, marzo 1976, pp. 277 y ss.; MASCHERONI, Fernando: *Manual de Sociedades Anónimas*, Cangallo, p. 286. Buenos Aires, 1973.

⁵ VÍTOLO, Daniel Roque: Op. cit., pp. 601 y ss.

⁶ FARINA, Juan: Op. cit., p. 433.

atribuciones que se concedieron al Consejo de Vigilancia en el art. 281, incs. a) y c). Por su parte, el art. 283 admite la superposición de la sindicatura y el Consejo de Vigilancia: no tendría razón de ser alguna la superposición de dos órganos que detentan el “control de mérito”.⁷

Observando retrospectivamente los hitos de la evolución doctrinaria, se percibe con claridad que el espíritu del legislador asumía la esencia de la fiscalización como un control de legalidad. Esta evidencia perfila, con más nitidez aún, la inadecuada estructura textual de la ley, en la que el legislador cometió, en nuestro criterio, un error en la jerarquización ordinal de los incisos del art. 294. Es absolutamente reconocido que, por simples razones metodológicas expositivas, la enunciación del principio general debe preceder a los predicados particulares que le son relativos. Obsérvese, que el principio que la doctrina va demostrando en forma sucesiva como immanente en toda la normativa de fiscalización interna, se encuentra expuesto —en dicha normativa— en una posición subordinada entre las atribuciones y deberes de la función sindical. Es indudable que si el inc. 9 del art. 294 hubiera inicialmente encabezado a los diez restantes, el camino doctrinario-jurisprudencial hubiera sido menos arduo. Esta posición preeminente hubiera resultado indicativa del principio rector alentado por el legislador.

En función de lo expuesto, asumiendo plenamente que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han jugado plenamente su capacidad generadora de derecho, se propone eliminar las dudas interpretativas existentes respecto de la esencia de la fiscalización privada dispuesta por los arts. 294 a 298 de la Ley de Sociedades.

A tal efecto se propone,

a. incorporar en el título del art. 294, como parte inicial del mismo, el concepto: “Principio general de fiscalización”,

b. incorporar al primer párrafo de dicho artículo el principio general de fiscalización incluido, hasta ahora, como inc. 9 de la misma norma, y

c. reasignar la referencia ordinal de los artículos incs. 10 y 11.

Sobre esta base, se plantea la siguiente:

MODIFICACIÓN TEXTUAL TENTATIVA

Artículo 294 - Principio general de fiscalización, deberes y atribuciones

El síndico deberá vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias. A tal efecto,

⁷ NISSEN, Ricardo A.: Op. cit., p. 701.

sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto, tiene las siguientes deberes y atribuciones:

1. Fiscalizar la administración de la sociedad
-
9. Fiscalizar la liquidación
10. Investigar las denuncias

3.2. Alcance de la fiscalización dispuesta por los incs. 1.2. y 5 del art. 294. Su determinación implícita en la propia ley

Si bien, tal como se afirmó, la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia sostiene que espíritu y letra de la ley adjudican a la sindicatura societaria la responsabilidad de fiscalizar ejerciendo el "control de legalidad", ninguna de estas fuentes sustantivas ha delimitado claramente el alcance de dicho control.

Siendo la sindicatura societaria un órgano establecido por la ley y caracterizado por la misma con la exigencia de ser ejercida exclusivamente por profesionales, no parece razonable que éstos —siendo los que sufren las consecuencias de la indefinición comentada— no extremen sus esfuerzos por aportar soluciones a la misma.

Quienes ejercen y han ejercido la función de síndicos societarios, han sobrellevado permanentemente la indefinición esencial a que se hizo referencia en el apartado I. y, consecuentemente, la incógnita del plano fáctico que debiera cubrir su actuación. Esta incertidumbre, exacerbada por la permanente posibilidad de que su gestión quedara inscripta en una circunstancia societaria conflictiva o —aún peor— litigiosa, ha llevado a los fiscalizadores a plantearse: ¿por cuales actos que he realizado y por cuales otros que he omitido, seré criticado o juzgado?

Desde hace años, la Comisión de Estudios Societarios del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal, ha incorporado a su temario permanente la problemática de la sindicatura societaria. Movida por las incertidumbres profesionales más arriba planteadas, la Comisión ha tratado de definir argumentadamente, la extensión fáctica de la función sindical. Este organismo de estudio ha determinado concretamente el alcance de la fiscalización contable incluida en los incs. 1, 2 y 5 del art. 294. El trabajo de análisis realizado ha permitido definir que dicho alcance estaba implícito en la propia ley.

Se describe seguidamente la tarea analítica desarrollada para determinar en forma objetiva el alcance de uno de los aspectos más relevantes de la función de síndico societario. Es del caso señalar previamente, que el alcance de una función cualquiera se considera objetivamente definido, cuando las

acciones a ejecutar por quien debe desempeñarla, están claramente especificadas en normas vigentes de aplicación obligatoria. Haciendo lugar a la brevedad que debe caracterizar estas ponencias, se expondrán a continuación solo aquellos pasos de análisis que llevan a la conclusión final.

a. Se analizan las funciones básicas propias del Consejo de Vigilancia y de la sindicatura societaria enumeradas por los artículos de la Ley de Sociedades n^{os} 281 y 294, respectivamente.

b. El análisis conjunto y biunívoco de las funciones de fiscalización de cada uno de los institutos indica lo siguiente:

- Las funciones de “Integración de gobierno”, “Información” e “Investigación” son comunes a ambos institutos.
- La función de “Control de gestión” es exclusiva del Consejo de Vigilancia.
- La función de “Fiscalización contable” es exclusiva de la sindicatura societaria.

c. Es indudable que el legislador, si bien ha admitido la existencia coetánea de ambos institutos, vislumbró la duplicación de funciones que dicha coexistencia implicaba y, para evitarla, posibilitó la prescindencia de la sindicatura societaria de acuerdo a lo dispuesto en el art. 283.

d. De acuerdo a lo expuesto en b., resulta obvio que al prescindir de la sindicatura societaria, la sociedad se ve privada de la función de fiscalización exclusiva de ese instituto: “la fiscalización contable”. Se percibe en este punto la aguda sensibilidad del legislador que —para no disminuir el espectro global de la fiscalización— condiciona la prescindencia de la sindicatura societaria a la contratación de una auditoría anual.

e. Es decir, la propia Ley de Sociedades proporciona una definición objetiva de una de las funciones de fiscalización más relevante de la Sindicatura Societaria como es “la fiscalización contable”: la iguala a un contrato anual de auditoría.

De esta forma, la función de “Fiscalización contable” a cargo de la sindicatura societaria —que encuentra su expresión legal en los incs. 1, 2 y 5 del art. 294— queda enmarcada en los límites de un servicio profesional perfectamente regulado, a través de normas profesionales reconocidas por todos los Consejos Profesionales del país.

La importancia de este avance es obvia. La función de fiscalización contable a cargo del síndico societario tiene ahora pautas de evaluación cualicuantitativas. Pautas que asumen su concreción objetiva bajo la forma de normas profesionales con imperio nacional. Quedan definidos así, los procedimientos que debe aplicar el síndico, además de como y cuando aplicarlos y en que forma debe documentarlos. Diríase que fiscalizadores y fiscalizados pueden reconocer el alcance de sus derechos y obligaciones, y los conflictos

o litigios que puedan suscitarse entre ellos, o con terceros, permitirán al juez actuante juzgar objetivamente la conducta del Síndico Societario. Juzgarlo a la luz de una norma cuya universalidad está avalada por toda una profesión a nivel nacional, y su acervo técnico amparado por el reconocimiento de normas similares en los países más avanzados del mundo. No debe olvidarse, además, que siendo una norma técnico-profesional la que se utilizará como pauta valorizadora, ésta se arbitra dentro del marco natural con que el legislador pretendió jerarquizar el instituto: la condición de profesionalidad.

Antes de plantear la propuesta normativa propiamente dicha, entendemos necesario —a modo de prevención aclaratoria— discurrir brevemente respecto de las funciones del síndico y del auditor externo. Corresponde señalar que la metodología analítica utilizada y descripta más arriba, ha tenido como único objetivo, demostrar que la ley resulta indicativa de la identidad entre los medios técnico-profesionales utilizados por el auditor externo para emitir opinión sobre los estados contables de la empresa, y los que debe utilizar el síndico societario para cumplimentar con la fiscalización requerida por los incs. 1, 2 y 5 el art. 294. Bajo ningún punto de vista, este camino metodológico permite inferir otras identidades o analogías que la señalada. Es de reconocimiento generalizado que las funciones de síndico societario y auditor externo acusan diferencias significativas en lo que hace a su naturaleza, objetivos y funciones. Sin embargo, debe señalarse que esta afirmación no es óbice para admitir que la identidad de medios técnico-profesionales utilizados por ambas funciones, permiten adjudicarles el calificativo de “complementarias”, especialmente si están desempeñadas por la misma persona. Esta última situación es considerada incompatible por algunos autores, sin perjuicio de ello, la mayoría de la doctrina, los organismos profesionales y las de contralor societario, además de considerar ambas actividades como ejercicio profesional, las declaran absolutamente compatibles.

En resumen, el análisis de las atribuciones comunes y no comunes del Consejo de Vigilancia y de la Sindicatura Societaria, observadas biunívocamente mediante la comparación de los arts. 281 y 294 de la Ley de Sociedades, permite demostrar que las funciones de fiscalización contable, requeridas al síndico por los incs. 1 y 2 del art. 294, y la obligación de emitir un dictamen anual dispuesto por el inc. 5 del mismo artículo, resultan equiparables al servicio profesional de “Auditoría Anual”. Sobre la base de esta demostración, se propone incorporar al inc. 1. del art. 294 de la Ley de Sociedades, la expresa mención que dicho proceso de fiscalización contable deberá efectuarse aplicando, básicamente, las Normas de Auditoría promulgadas por los organismos profesionales correspondientes. Consecuentemente, se plantea lo siguiente:

MODIFICACIÓN TEXTUAL TENTATIVA

Artículo 294

.....

1. Fiscalizar la administración de la sociedad a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres meses. Tanto este examen, como la verificación a que se hace referencia en el inciso siguiente, deberán realizarse aplicando, básicamente, las Normas de Auditoría promulgadas por los organismos profesionales correspondientes.

2.

3.3. Redimensionamiento del ámbito de aplicación de la sindicatura societaria y adecuación del requisito de profesionalidad requerido por la función

Una relevante mayoría de la doctrina y una significativa proporción de la jurisprudencia —ésto último por lo que se infiere de los fundamentos o el sentido de las sentencias— 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.⁸

No sería justo admitir que dicha inadecuación, falta de operatividad o inocuidad del instituto —cualquiera sea la descalificación que se le atribuya— resulta exclusiva del quehacer societario argentino. La ley 19.550 tiene un

⁸ PIAGGI, Ana Isabel: "La Sindicatura como órgano intrasocietario de Control. Nuevas Técnicas de Control", *LL.* V. 1981. 1086/7; ZAMENFELD, Víctor: "La Sindicatura en la Sociedad Anónima y la Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales", *La Información*, t. L. oct. 1994, pp. 778/9; VIROLO, Daniel Roque: Op. cit., pp. 589/590; BROSETÀ PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 229; SEGAL, Rubén: "Idoneidad para la fiscalización privada en las Sociedades Anónimas", *LL* t. A., 1975, pp. 135/6; VACAREZZA, Alejandro: Op. cit., p. 539; SUÁREZ ANZORENA, Carlos: "Las incompatibilidades del síndico y la función sindical", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1968, pp. 451 y 456; HALPERÍN, Isaac: Op. cit., pp. 538/543; FERRO, Héctor Raúl: Op. cit., p. 637; LE PERA, Sergio: "Diversos aspectos del derecho Societario. Bases para su mantenimiento o reforma". *Anales del Segundo Congreso de Derecho Societario. Comisión I*, 1979, p. 101; MARTORELL, Ernesto E.: "El Síndico de la Sociedad Anónima. Replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de su responsabilidad", *LL* t. B., 1988, pp. 1083/85; ROMANELLO, Eduardo R.: "Funciones del Síndico en las sociedades por acciones. Control de legalidad o gestión", *Impuestos*, t. XXXVIII, pp. 1797/8; GAGLIARDO, Mariano, Op. cit., p. 637.

profundo parentesco con normas homólogas del Código Civil italiano y de la ley francesa. La doctrina de estos dos países también ha reconocido el fracaso de la Sindicatura como órgano de fiscalización, haciéndola objeto de críticas conceptualmente similares a las desarrolladas por los juristas nacionales.

En prieta síntesis, las razones de la ineficacia de la Sindicatura Societaria son, entre otras, las siguientes:

1. *La indefinición legal de la naturaleza y alcance de la función sindical*

Esta falencia quedará removida con la implementación de las modificaciones normativas propuestas en los apartados I. y II. de esta ponencia.

2. *El evidente desbalanceo entre la múltiple, diversa, compleja y permanente tarea de fiscalización requerida por la ley y la posibilidad de asumirla plenamente e integrarla en el ejercicio cotidiano de la profesión*

En el caso del contador público, esta disparidad se hace extrema cuando éste no se desempeña coetáneamente como contador dictaminante de los estados contables de la sociedad. Con referencia a los abogados, la diferencia entre la carga de la función y la posibilidad fáctica de cumplimentarla, se hace prácticamente insalvable cuando ejercen la sindicatura singular o cuando, siendo ésta plural, está integrada exclusivamente por abogados. Es altamente probable que la conjunción de la asimetría señalada con las especiales características de las sociedades anónimas argentinas —que se conceptuarán en el apartado siguiente— hayan llevado al instituto que nos ocupa a la inocuidad que jurisprudencia y doctrina le atribuyen. Es indudable que, en un elevado porcentaje de sociedades, al órgano de fiscalización interna ni siquiera puede atribuírsele valor formal sino que, resulta más veraz, afirmar que su razón de ser solo es nominal. Esta circunstancia es aplicable a la mayoría de las sociedades de familia, sean éstas pequeñas o grandes empresas, y a grandes sociedades cerradas cuyas mayorías accionarias están en manos de grupos económicos de importancia.⁹

⁹ ROMANELLO, Eduardo R.: Op. cit., p. 1799; LE PERA, Sergio: Op. cit., p. 101; ZALDÍVAR, Enrique: Op. cit., p. 620.

3. *El mínimo nivel de apertura y atomización del capital imperante en el universo societario nacional incide negativamente en el grado de independencia de la sindicatura dado que, el mismo grupo accionario que elige a los fiscalizados elige a los fiscalizadores*

Por supuesto, la situación indicada es propia de las sociedades cerradas o familiares y también, en una gran proporción, de las grandes sociedades abiertas en las que, a la hegemonía de los grupos mayoritarios debe sumarse el creciente abstencionismo del escaso capital atomizado. Si bien existen matices diferenciales, las sociedades cerradas o familiares se caracterizan porque —por vía directa o representativa— la totalidad de los accionistas, o la mayoría absoluta de ellos, integra el órgano de representación. Siendo esto así, se produce una disparidad entre la realidad de las sociedades implementadas y las estructuras normativas que las regulan, dado que éstas últimas han sido previstas para relaciones multilaterales más complejas. En ese sentido, se percibe claramente en estos casos, que la disociación o antinomia funcional entre el titular del interés a defender —el accionista— y el órgano a fiscalizar —el Directorio— desaparece, razón por la cual la necesidad y justificación del control intrasocietario se muestran como nulas. Es precisamente en este punto donde, si a esta injustificación de la fiscalización interna, se añade el desbalanceo entre el alcance de la función y la posibilidad fáctica de cumplimentarla —al que se hizo referencia en el apartado anterior— nace la desvalorización de la sindicatura societaria llevándola, como se dijo, a una mera nominalidad.¹⁰

En lo que hace a las grandes sociedades abiertas, 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 creciente 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. Sin embargo, una visión objetiva de las sociedades abiertas de nuestro medio obligaría a decir que, sin perjuicio de la crítica de fondo enunciada que se debe a una patología

¹⁰ ROMANELLO, Eduardo R.: Op. cit., p. 1798.

normativa congénita, se comprueba en este tipo de sociedades —presumiblemente por efecto de la firme fiscalización externa— un desenvolvimiento cabal, reglamentario y útil del órgano de fiscalización interna.¹¹

4. *El tratamiento disyuntivo otorgado por la ley al requisito de profesionalidad de la función, en cuanto ésta puede ser ejercida por un abogado o un contador público*

El indiferente temperamento adoptado por el legislador ha impedido que, en el caso de sindicaturas unidisciplinarias —sean éstas singulares o plurales— no haya sido posible aprovechar íntegramente, el beneficio del requisito de profesionalidad introducido por la ley 19.550. La creciente complejidad en las variables macro y microeconómicas, así como la profusión y diversidad de nueva legislación, indican la necesidad de un tratamiento inclusivo y no exclusivo de las profesiones requeridas por la ley. Sin duda, la integración de ambas disciplinas en el órgano fiscalizador, asegura una complementación enriquecedora y abarcativa de todas las atribuciones y deberes impuestos por el art. 294 de la ley.¹²

Sobre la base de las razones expuestas en los puntos 2, 3 y 4 precedentes, y con el objeto de otorgar a la función de fiscalización interna una base normativa adecuada a su realidad operativa, el texto del art. 284 de la Ley de Sociedades debería ser modificada en los siguientes aspectos:

- a. Suprimir la sindicatura obligatoria para las sociedades incluidas en el inc. 2 del art. 299 y para sus controlantes y controladas.
- b. Mantener el requisito de que la sindicatura debe ser colegiada en número impar, agregando la condición de que la misma deberá estar integrada con un profesional, por lo menos, de cada una de las profesiones mencionadas en el inc. 1 del art. 285

Consecuentemente, se plantea la siguiente:

¹¹ REYES ORIBE, Aníbal Manuel: "Interpretación de la función y responsabilidad del Síndico en casos especiales", *La Información*, t. XLII, octubre 1980, pp. 694/97; CARLINO, Fernando P.: "El efecto telescopio y la función y responsabilidad del síndico en casos especiales", *La Información*, t. XLIII, febrero, 1981, pp. 399 y ss.; VACAREZZA, Alejandro: Op. cit., p. 539/541.

¹² SEGAL, Rubén: Op. cit., pp. 137/8; ZAMENFELD, Víctor: Op. cit. en nota 5, p. 783; FAVIER DUBOIS, Eduardo y VÁZQUEZ PONCE, Héctor: "Necesaria formación interdisciplinaria (jurídico-contable) para el desempeño de la sindicatura". Anales del Segundo Congreso de Derecho Societario, Comisión I, 1979, pp. 83/5; PIAGGI, Ana Isabel: Op. cit., p. 1088.

MODIFICACIÓN TEXTUAL TENTATIVA

Artículo 284 - Designación de Síndicos

.....
Cuando la sociedad estuviere comprendida en el art. 299 —excepto las sociedades a que hace referencia el inc. 2 de dicho artículo y sus controlantes o controladas— la sindicatura debe ser colegiada en número impar y deberá estar integrada con un profesional, por lo menos, de cada una de las profesiones mencionadas en el inc. 1 del art. 285.

.....
Prescendencia: Las sociedades a que hace referencia el inc. 2. del art. 299, las sociedades controlantes de o controladas por éstas y las sociedades no comprendidas en los demás supuestos de dicho artículo, podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto en el Estatuto. En tal caso los socios poseen el derecho de controlar que confiere el art. 55.

3.4. Institucionalización de la auditoría anual obligatoria

Demostrada la conveniencia de reducir el ámbito de aplicación de la sindicatura societaria, debería considerarse propicia esta circunstancia para producir un viraje normativo hacia otro tipo de control que, si bien no es de carácter orgánico respecto de la sociedad, muestra ventajas extrínsecas e intrínsecas que, obviamente, superan la reseñada inocuidad de la fiscalización sindical. Quienes esto escriben piensan que la actual coyuntura es adecuada para institucionalizar normativamente —para todas las sociedades— la auditoría anual obligatoria tendiente a la emisión de un dictamen profesional sobre sus estados contables.¹³

Es importante señalar que la auditoría anual o, en su caso, trimestral, mensual, etc., es un control de carácter externo, asumido contractualmente por un profesional, fedatario público, absolutamente independiente de la empresa sobre cuya situación patrimonial, económica y financiera deberá dictaminar. Es del caso reseñar seguidamente algunas características ventajosas de este tipo de control.¹⁴

En principio, es fundamental recordar que, tal como se afirmara y demostrara en el apartado II. de esta ponencia, el servicio de auditoría anual es equivalente —como herramienta de control— a la fiscalización contable

¹³ FERRO: Héctor Raúl: Op. cit., p. 637.

¹⁴ CARLINO, Bernardo P.: "Acerca de la sindicatura optativa", *La Información*, t. XLIX, marzo 1984, pp. 595/6; LE PERA, Sergio: Op. cit., pp. 101/2.

requerida al síndico societario por los incs. 1 y 2 del art. 294, y al dictamen anual exigido al mismo por el inc. 5 del citado artículo de la Ley de Sociedades. Sobre esta base, la eliminación de la sindicatura obligatoria para las sociedades no incluidas en el art. 299 de la Ley de Sociedades —dispuesta por la ley 22.903— y la propuesta de eliminación del citado órgano para las sociedades incluidas en el inc. 2 de dicho artículo, incluida en esta ponencia, no dejan desguarnecidos a los respectivos accionistas ya que, la obligatoriedad de la auditoría anual les asegura la aplicación de los mismos controles, así como la disposición de un dictamen profesional sobre la situación patrimonial, financiera y de resultados de la sociedad. Si a la circunstancia apuntada, se agrega que la eliminación de la sindicatura obligatoria readjudica a los accionistas los beneficios del art. 55 de la Ley de Sociedades —examen de libros, papeles sociales y requerimiento de información— resulta razonable afirmar que, habida cuenta la reiterada inoperancia sindical, los accionistas de referencia incrementan, con las propuestas de esta ponencia, su espectro de control.¹⁵

Si bien no asume la entidad de argumento relacionado con la temática central de la ponencia, debe enfatizarse que la incorporación de la auditoría anual obligatoria permitiría que nuestra normativa societaria se alineara, en ese aspecto, con la mayoría de las legislaciones extranjeras de avanzada.

Teniendo en cuenta los argumentos incluidos en este apartado, la parte final del art. 62 de la Ley de Sociedades debería requerir que todas las sociedades presenten sus estados contables acompañados con la opinión profesional de un contador público matriculado. El citado artículo debería requerir, además:

- que el trabajo profesional se ejecute aplicando normas técnicas reconocidas,
- que el nombramiento del contador dictaminante sea dispuesto por la asamblea de accionistas o reunión de socios,
- que a los efectos del nombramiento del contador dictaminante cada acción confiera un solo voto, y
- que el contador dictaminante esté presente en la asamblea o reunión de socios en que se consideren los estados contables por él dictaminados, para producir la información que se le requiera.

Con el objeto de cubrir los requerimientos expuestos se plantea lo siguiente:

¹⁵ PIACGI, ANA ISABEL: Op. cit., p. 1988; DE ROIMESER, Mónica G. C.: "La reforma del Régimen inglés de sociedades anónimas y el anteproyecto suizo de 1975". *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1980, pp. 853/856; ROMANELLO, Eduardo R.: Op. cit., p. 1804.

MODIFICACIÓN TEXTUAL TENTATIVA

Artículo 62 - (*in fine*)

Dictamen profesional: Los estados contables de las sociedades, correspondientes a ejercicios completos, períodos intermedios o destinados a fines especiales, deberán acompañar, a todos los efectos, la opinión profesional de un contador público matriculado obtenida mediante la aplicación de normas de auditoría promulgadas por los organismos profesionales correspondientes. El nombramiento del contador dictaminante deberá ser expresamente considerado por la Asamblea de Accionistas o reunión de socios, computándose, a tal efecto un solo voto por acción. El contador dictaminante deberá hacer acto de presencia en la Asamblea o reunión de Socios en que se consideren los estados contables por el dictaminados, a los efectos de producir la información que, en la materia de su competencia y en relación a dichos estados se le requiera.

A MODO DE SÍNTESIS

La prescindencia de la sindicatura obligatoria para las empresas incluidas en el inc. 2 del art. 299 de la Ley de Sociedades, indica la única "vía rápida", incluida en la ley, para lograr el necesario abandono de un dispositivo de fiscalización interna que se ha mostrado absolutamente inoperante. La invalidación de dicho dispositivo se debe a que ha sido concebido con el vicio insanable de no respetar la esencia del control sistemático de la acción humana: la oposición o inidentidad de intereses, condición única para la independencia de criterio.

Las razones del "no innovar" en las sociedades abiertas no indica que los autores asuman que debe mantenerse en ellas el dispositivo de fiscalización imperante, es solo indicativa de que, por circunstancias extrínsecas a dicha fiscalización —preponderantemente la fiscalización externa— los intereses que deben ser tutelados se muestran, de hecho y hasta el presente, como aceptablemente resguardados.

La intención profunda de esta ponencia es trascender la necesidad del cambio esencial —letra y espíritu— de la fiscalización interna vigente. No se tiene idea de cual debe ser el cambio, sí se percibe que éste podría consistir en la prescindencia de la fiscalización interna, pero también se teme que los tiempos para dicha prescindencia pueden no estar dados aún.