

Comité de Auditoría. Consecuencias indeseadas de su tratamiento por la Ley 26.831 en dos casos: Prescendencia 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*

Tema III: Las Sociedades
Anónimas Abiertas

Subtema 2: Organismos
de control

Autores

Echeveste, María Natalia

García Lastra, Mariela

Vergara Gaona, Rebeca

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.

I. Sumario

El artículo 79 de la Ley 26.831, que prevé que las sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones y tengan constituido un Comité Auditoría podrán prescindir de la Sindicatura y el artículo 19 del Capítulo III, Sección V de las Normas de la Comisión Nacional de Valores T.O. 2013, que libera a las PyMES de contar con dicho Comité, producen consecuencias no previstas por la normativa, por lo que se proponen alternativas tendientes a reparar tales desajustes.

II. Introducción

Con la sanción del artículo 79 de la Ley 26.831 se contempla la posibilidad, para las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones y tengan constituido un Comité de Auditoría, de prescindir de la Comisión Fiscalizadora, debiendo para ello cumplir con una serie de requisitos.

En este trabajo analizaremos aquellas cuestiones que se suscitan a la luz del nuevo ordenamiento, tomando en cuenta lo establecido por la referida Ley, su Decreto Reglamentario y las nuevas Normas de la Comisión Nacional de Valores.

Posteriormente, haremos hincapié en la situación de las Pequeñas y Medianas Empresas bajo esta normativa; y la problemática que surge de la aplicación del artículo 14 Capítulo III Sección IV de las Normas de la Comisión Nacional de Valores T.O. 2013.

III. Abordaje

El Decreto 677/01 (derogado por la Ley 26.831), inspirado en el movimiento de las Prácticas del Buen Gobierno Corporativo, introdujo la creación del Comité de Auditoría, como uno de los sub-órganos permanentes del Directorio, incorporando a nuestro régimen jurídico matices del denominado sistema monista (en el que las funciones de ejecución y control se concentran en el órgano de administración), por oposición al sistema dualista seguido por nuestra Ley de Sociedades.

No obstante las opiniones encontradas en doctrina respecto a la conveniencia de la incorporación de este Comité, la nueva Ley de Mercado de Capitales le otorga sustento legal y en su artículo 79 incluye como novedad la posibilidad de prescindir de la Comisión Fiscalizadora, en los siguientes términos:

- 1) Sociedades que tengan constituido un Comité de Auditoría.
- 2) Aplicación de las atribuciones y deberes que otorga el artículo 294 de la Ley 19.550 a los miembros del Comité.
- 3) La decisión de eliminar la Comisión Fiscalizadora corresponde a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, requiriéndose un quórum agravado (como mínimo, el 75% de los accionistas con derecho a voto) y, para la adopción de la referida resolución el voto favorable del 75% de las acciones con derecho a voto, sin que pueda aplicarse la pluralidad de votos.

Por su parte, el Decreto 1023/13¹, reglamentario de la Ley 26.831, suma a los requisitos mencionados, los siguientes:

- 4) Opinión favorable de la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora.
- 5) Presentación de la propuesta de prescindir de la Comisión Fiscalizadora ante la Comisión Nacional de Valores, “*la que podrá denegar su aprobación para el caso de que se vean afectados los derechos de las minorías*”.
- 6) Los integrantes del Comité deberán reunir los requisitos de idoneidad y experiencia, exigidos a los síndicos en la Ley 19.550.

IV. Diferencias entre la Comisión Fiscalizadora y el Comité de Auditoría. Cuestiones surgidas a partir de la posibilidad de supresión de la Comisión Fiscalizadora

1. Responsabilidad:

En relación a las incompatibilidades que se suscitan en torno al diferente régimen de responsabilidad de la Comisión Fiscalizadora y del Comité de Auditoría, se desprenden las siguientes cuestiones, que podrían provocar conflictos funcionales:

a) El Comité de Auditoría puede desempeñarse como sub-órgano del Directorio, con funciones de administración específicas, o también, con funciones de fiscalización, especialmente cuando reemplaza a la Comisión Fiscalizadora. Dada la diferencia tan amplia en cuanto a la asignación de funciones, surge como inquietud principal si debió asignarse un régimen de responsabilidad específico a este cuerpo, como órgano, frente a los terceros, la Sociedad y los accionistas.

Como corolario de lo expuesto se entiende que la gestión de los miembros del Comité de Auditoría debería ser sometida a la aprobación de la Asamblea Ordinaria de Accionistas resultándole aplicable lo dispuesto por el artículo 234 inciso 3) de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550.

b) Para que un director resulte exento de responsabilidad, si participó en la deliberación o tuvo conocimiento de ella, debe dejar constancia escrita de su negativa y notificar al síndico. En este caso, ¿la notificación se dirigiría a miembros del mismo órgano?

c) En cuanto a las facultades de revisión e investigación que le competen a la Comisión Fiscalizadora sobre la posible actuación irregular de los Directores, encontramos contradicciones en lo atinente, por un lado, a la facultad otorgada por el artículo 294 inciso 11) de la Ley de Sociedades Comerciales que prevé que el Síndico podrá convocar de inmediato a asamblea para que resuelva al respecto “(…) *cuando la situación investigada no reciba del Directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia.*” (se exige la presentación por parte del 2% de los accionistas), resultando llamativo que el mismo órgano denunciado sea el que determine si el tratamiento es el adecuado. Por otro lado, advertimos que no ha sido delegada expresamente la función del artículo 295 respecto a los derechos de información e investigación administrativa del síndico, los que incluyen los ejercicios económicos anteriores a su elección.

¹ Publicado en el Boletín Oficial con fecha 1.08.2013.

2. Elección:

Los integrantes del Comité de Auditoría se designan por mayoría simple de entre los miembros del Directorio². Dado que los mismos son elegidos a su vez por Asamblea de accionistas, podría verse limitado el acceso a la participación de los accionistas minoritarios (más allá de la posibilidad de que algunos de los mismos sean elegidos por el sistema de voto acumulativo). Esto podría influir en favor de intereses de los accionistas de control, afectando indirectamente el sentido de independencia de los mismos.

De acuerdo al Decreto 1023/13, al reglamentar el artículo 79, es la Comisión Nacional de Valores quien aprueba finalmente la presidencia de la Comisión Fiscalizadora “*cuando no se afecte el derecho de las minorías*”. Siguiendo el mismo razonamiento, entendemos que debió definirse el concepto de “*minoría*” teniendo en cuenta que el mismo puede cambiar sustancialmente por el grado de dispersión del capital de cada emisora y, que de no hacerlo resultaría una facultad discrecional de dicho organismo.

3. Criterio de Independencia:

El artículo 79 de la Ley de Mercado de Capitales, establece que la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora debe revestir la calidad de independiente. A reglón seguido, y en la misma línea de análisis, dicha disposición autoriza a aquellas sociedades que hagan oferta pública de sus acciones a prescindir de la Comisión Fiscalizadora, la que será sustituida por el Comité de Auditoría.

Sin embargo, la total independencia que se persigue en la función de fiscalización, no se condice con lo dispuesto por el artículo 109 del mismo cuerpo legal que prevé que la mayoría (y no la totalidad) de los integrantes del Comité de Auditoría deben revestir la condición de independientes.

V. Pequeñas y Medianas Empresas (PyMES) y el Comité de Auditoría

El artículo 19 del Capítulo III, Sección V de las Normas de la Comisión Nacional de Valores T.O. 2013, dispone que las sociedades anónimas registradas como Pequeñas y Medianas Empresas se encuentran exceptuadas de constituir un Comité de Auditoría. En virtud de ello y dadas sus particulares funciones en materia de celebración de operaciones con partes relacionadas (la determinación de si las mismas se ajustan a precios de mercado y son realizadas como si se trataran de operaciones entre partes independientes) detectamos un vacío legal en el tratamiento de estas cuestiones para este tipo de empresas.

En este sentido la propuesta sería la de requerir un informe de firmas evaluadoras, aplicando un procedimiento similar al plasmado en el artículo 14 del Capítulo III, Sección IV de las Normas de la Comisión Nacional de Valores T.O. 2013, el cual prevé que para las sociedades obligadas a constituir un Comité de Auditoría, y “*en tanto*” no lo tuvieran constituido, se le podrá solicitar el mismo³.

² A diferencia de la elección de los Síndicos que efectúa la asamblea de accionistas, sin aplicar el voto plural.

³ Ver artículos 72 inciso b y 110 inciso h de la Ley 26.831.

VI. Conclusión

El Comité de Auditoría, insertado dentro de otro órgano, el Directorio, se halla integrado por directores designados por un mismo accionariado, es decir, controladores y controlados tendrían la misma procedencia, pudiendo afectar la seguridad de la protección de los intereses de los inversores y accionistas minoritarios⁴. A *contrario sensu*, un sistema efectivo es aquel en el cual los que controlan las decisiones sea un órgano separado de aquellos que las resuelven y las implementan, otorgando de esta manera mayor protección a los inversores, lo que propendería al desarrollo del mercado de capitales.

Algunas de las deficiencias enumeradas a lo largo de éste trabajo podrían subsanarse por vía de una reglamentación que contemple, entre otros aspectos, la posibilidad de ampliar las facultades de los miembros del Comité de Auditoría, de manera que los mismos desarrollen sus funciones con similar alcance a la otorgada por el artículo 295 de la Ley de Sociedades Comerciales. Asimismo, con la finalidad de facilitar la representación de la minoría en la composición del Comité de Auditoría se prevea que un número de sus miembros haya sido electo por la misma.

Por otro lado, destacamos la necesidad de determinar un régimen especial de responsabilidad para los miembros del Comité de Auditoría.

Al mismo tiempo, consideramos necesario la inclusión de un mecanismo accesible y específico para las Pequeñas y Medianas Empresas que fiscalice las operaciones celebradas entre partes relacionadas determinando que las mismas se ajustan a precios de mercado y son realizadas como si se trataran de operaciones entre partes independientes.

Entendemos que si bien la incorporación de estas herramientas responde a la necesidad de asegurar la transparencia del mercado, surgen dificultades al importar institutos que no se condicen con el sistema dualista imperante en nuestra Ley de Sociedades, en el que las funciones de administración, gestión y representación de la sociedad, se encuentran separadas de la función de fiscalización, otorgando de esta manera mayor protección a los inversores.

Por todo lo expuesto, si bien el espíritu de la norma responde a “evitar la innecesaria proliferación de órganos sociales, con los consiguientes ahorros de actividad y supresiones de eventuales conflictos de competencia”⁵, reflexionamos que a pesar de que la Sindicatura representa un costo adicional para las emisoras, prescindir de la misma podría llevar a una indeseable desprotección del inversor.

⁴ SCHVARTZ, Fernando. *El gobierno de las empresas cotizadas. El rol fiduciario de los directores. El comité de auditoría*. LA LEY 01/06/2005.

⁵ Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo Nacional, dirigido al Congreso de la Nación del Proyecto de Ley del Mercado de Capitales, Foja 6 párrafo 3.

Bibliografía

- FEDERICO, Carlos Alberto. *Reflexiones en torno al Gobierno Corporativo*. VII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).
- GONZALEZ, Ana Carolina. *El Comité de Auditoría*. VII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).
- TETAMENTI , Roberto Alfredo, SOSA Melquíades, TEMPORINI Ricardo Santiago, BALONAS Ernesto Daniel, SALVADOR Nora, MORELLI Vicenzina. *Imprescindibilidad de la Sindicatura*. VII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).
- VAN THIENEN, Pablo Augusto, colaboradores Di Chiazza Iván, Paolini de Vidal Florencia, La Vista Miguel. *Comité de Auditoría o Consejo de Vigilancia (Análisis crítico al Decreto 677/01)*. CEDEF La & Business. Working Paper N° 6/2003.
- SCHVARTZ, Fernando El gobierno de las empresas cotizadas. El rol fiduciario de los directores. *El Comité de Auditoría*. LA LEY 01/06/2005.
- LUPPI, María E., “*El Rol del Comité de Auditoría en las Sociedades Cotizantes*”, Revista Argentina de Derecho Empresa, IJ-VL-183. 12/12/2006.
- ETCHEVERRY, Pablo. *Información societaria, derecho contable y transparencia en el mercado*. XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 2010).
- ROVIRA, Alfredo. *De las reglas de integración del Directorio a la cuestión del Comité de Auditoría versus Órganos de fiscalización*. XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 2010)
- LUCIANI, Fernando J. *El rediseño de Mercado de Capitales. Los principios generales que trae la nueva ley*. Suplemento Especial Regulacion de Mercado de Capitales 2012 (Diciembre) 06/12/2012.
- CARLINO, Bernardo P. *Ley 26.831 sobre mercado de capitales*. Suplemento Especial Regulación de Mercado de Capitales 2012 (Diciembre) 06/12/2012.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (P) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (H), *El nuevo régimen de mercado de capitales y sus impactos societarios, concursales y contables*. Errepar, DSE, Nro. 311, Tomo XXV, Octubre 2013.