

## LIMITACION DE LA FUNCION Y RESPONSABILIDAD DEL SINDICO EN CASOS ESPECIALES.

Anibal Manuel Reyes Oribe

El tema anuncia una limitación y como paradoja debemos comenzar también esta ponencia estableciendo una, los límites de la misma. En efecto, corresponde aclarar que no pretendemos introducir en esta sugerencia la discusión integral del sistema normativo vigente del control societario interno, ni cuestionar el instituto hoy en crisis (1). Lo que intentamos es remarcar algunos aspectos - referidos exclusivamente a la sindicatura unipersonal - que deben tenerse en cuenta en los casos que indicaremos como reales contingencias del mundo societario argentino, que por su incidencia en el obrar del encargado del control interno entendemos que deben tener un cuidadoso tratamiento jurisprudencial inmediato y legislativo mediato.

Así, creemos aportar algunos elementos para la interpretación del sistema legal vigente y marcar una preocupación para la legislación futura.

- I -

Para entrar al análisis del problema que nos ocupa, nos permitimos transcribir un párrafo de Isaac Halperín que sirve de ejemplo para ubicar la función de la sindicatura en la realidad societaria. Dice el inolvidable maestro:

"La circunstancia de que el interés del accionista sea amparado o defendido por un órgano, pone un acento especial en el exámen de sus atribuciones y de la responsabilidad de sus integrantes, por esta disociación entre el titular del interés y el órgano de protección..."(2).

Sobre esta premisa de diferenciación del titular del interés y el órgano de protección vamos a estructurar nuestra posición.

La sindicatura como órgano de control interno, representa la solución legal para evitar abusos de la mayoría, posibilidad dada por el fraccionamiento del capital y el hecho de que la gestión societaria está en manos de esa mayoría en la generalidad de los casos.

También hay que tener en cuenta que esta función de la sindicatura debe entenderse, no como un control técnico o como una co-gestión, sino como supervisión general, supervisión de la gestión (3).

Al mismo tiempo que la sindicatura debe supervisar la gestión, tiene el control de la regularidad y legalidad de los actos societarios, pero no como función independiente de la de supervisión sino integrando la misma, es decir en relación a los intereses de los accionistas que no participan en la dirección.

El control de legalidad, no sólo formal sino sustancial, en manos de la sindicatura, es hoy opinión prevaleciente (4), pero hay que distinguirlo del que está en manos del Estado a través de los organismos públicos competentes a tal fin. Es decir, debemos tener en cuenta el destinatario de la actividad o del ejercicio de la función de control. Cuando el destinatario de la protección es el interés individual o privado del accionista estamos en la esfera del control societario interno; cuando lo es el interés general estamos en el campo del control estatal. Por ello entendemos que son funciones distintas las del síndico y las de la autoridad de contralor en cuanto a la legalidad de los actos societarios, debido a la diferenciación del destinatario de la actividad funcional de control.

- II -

Tomando como punto de partida los argumentos expuestos, corresponde precisar ahora las contingencias especiales a que se refiere nuestra ponencia. Es decir debemos precisar la función y responsabilidad de la sindicatura cuando la modalidad constitutiva u operatoria de sociedad ubican a esta última dentro de las llamadas sociedades de familia, de grupo cerrado y en aquellas en que los únicos accionistas son al mismo tiempo directores o administradores de la sociedad.

Hay que distinguir conceptualmente que en este trabajo no nos referimos a la sociedad de familia institucionalizada en algunos países con regulación propia, sino aquella que dentro del tipo normativo está constituida por los cónyuges, o por los ascendientes y los herederos forzosos eventuales, entre hermanos, etc. (5). Tampoco

las que aquí denominamos de grupo cerrado son aquellas que la ley 19.551 determina por oposición a las reguladas en el artículo 299, sino las que cuentan con reducido número de accionistas. Es decir el acento de la distinción lo ponemos en la cantidad de accionistas mientras que la ley lo hace en el volumen del capital o el objeto.

Creemos que estos problemas que nos ocupan, se producen en nuestro medio como consecuencia de la libertad para la adopción del tipo legal societario de la anónima, con independencia del capital y del número de integrantes de la misma (dos accionistas son suficientes). Esto produce un deajuste con las estructuras normativas, dado que están previstas para relaciones multilaterales más complejas.

Cuando el capital está en manos de pocas personas, estrechamente vinculadas entre sí, hay un contacto permanente y directo del accionista con los órganos de administración y a veces los integran directamente como únicos titulares del capital (6).

Quiere decir que en estas condiciones los accionistas conocen perfectamente la dirección que se imprime a los negocios societarios, el resultado del giro empresarial, participando áctivamente en la gestión, ya sea por el vínculo familiar, el reducido número de accionistas o por integrar el órgano de administración.

Es evidente que estos casos no son idénticos en cuanto a la limitación de la función de la sindicatura, hay matices diferenciales que imponen la desigualdad de tratamiento tanto de la función cuanto de la responsabilidad del órgano de control.

No es igual la situación del síndico en una sociedad familiar o cuando los únicos accionistas son la propio tiempo los administradores, que cuando el número de accionistas es reducido y sólo hay contacto directo y permanente con los encargados de la gestión.

En la última hipótesis - número reducido y contacto directo - la falta de interés en la protección del accionista resultará de un análisis subjetivo del caso concreto. En la sociedad de familia hay un elemento objetivo y manifiesto que presupone o invita al análisis subjetivo. En la primera hipótesis, la sociedad administrada por todos los accionistas, la falta de interés en el control aparece manifiesta y objetiva.

Como vemos es en aquella que denominamos sociedad familiar donde la cuestión aparece dudosa, es decir, si se trata de una falta de interés objetiva o bien dependiente de un análisis subjetivo concreto.

La participación de los accionistas que son titulares del cien por ciento del capital en el órgano de administración hace desaparecer la disociación entre el titular del interés y el órgano de gestión y en los otros dos casos lo atempera, con mayor intensidad en la sociedad familiar.

Estos supuestos demuestran la lesión de la diferenciación entre control y gestión, fundamento del primero como afirma Hálperin (7) y por ello cabe sostener que si el accionista que participando en la gestión, directa o indirectamente, no realiza los actos necesarios para amparar su interés individual, no puede pretender la protección de la sindicatura cual si fuera una representación pupilar.

- III -

Bajo estas condiciones o modalidades es evidente que la figura de la sindicatura como control interno aparece desdibujada, o cuanto menos lejos del sistema normativo de la ley 19.550.

Pierde importancia el instituto por carecer de objeto de protección, ya que el control de la legalidad únicamente con destino al interés general, está en manos del Estado, como hemos expresado anteriormente hay que distinguir los receptores de la función de control, la finalidad y los valores sociales que protege. No tendría sentido interpretar la sindicatura privada como control de legalidad en el interés colectivo de la comunidad, ya que se superpone con el control estatal de mayor rango y con idéntica finalidad.

La ley, por el carácter general que le es propio, no contempla la posición de la sindicatura en los casos de sociedades anónimas formadas por un reducido y concreto número de accionistas (si se quiere extremar el ejemplo suponemos el caso de acciones nominativas, no endosables) en base al conocimiento y confianza recíprocos (8),

por lo que será tarea de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial establecer los límites de la función de control y de la responsabilidad de quien lo ejerce en esas condiciones, teniendo en cuenta la finalidad del sistema de control interno y la presencia o intensidad del interés jurídico protegido.

Lamentablemente, la legislación no distingue, lo que podría haber hecho dada la objetividad del caso, la modalidad en que los accionistas titulares de la totalidad del capital societario sean los miembros del órgano de administración, contingencia prolífica en la formación de sociedades de capital en nuestro país (9).

Es evidente que la sindicatura debe mantenerse en estas sociedades, no tanto por cumplir un formalismo legal -no puede haber sociedad anónima sin órgano de control interno- sino por la posibilidad de que la composición de los tenedores del capital cambie y se torne necesario su funcionamiento. La aparición de nuevos accionistas en determinado momento de la vida societaria hace que la actividad de control debe desempeñarse realmente, pero lo que sostenemos es que debe regularse el funcionamiento de la sindicatura cuando no hay accionistas ni minorías que proteger.

#### - IV -

Estas argumentaciones nos llevan a las siguientes conclusiones:

##### **A. De lege lata:**

1. En los casos de sociedades con reducido número de accionistas, que mantienen estrecha vinculación y no están comprendidas en el art. 299, debe interpretarse la función de la sindicatura como protegiendo un interés limitado y debilitado jurídicamente, por lo que la responsabilidad consecuente pierde intensidad y deben atemperarse las consecuencias de la misma.

2. En los casos de sociedades familiares, debe presumirse la falta de interés en la protección y debe juzgarse con tendencia a la exclusión de responsabilidad de la sindicatura.

3. En los casos de sociedades en que los únicos accionistas, titulares de la totalidad del capital, integren al mismo tiempo el órgano de dirección y administración, la sindicatura debe considerarse como órgano de control formal y la responsabilidad de quien la ejerce suspendida, ya que la falta de interés legítimo tutelado y los postulados legales sobre el control interno serán inaplicables mientras no haya un cambio en la tenencia de las acciones o en el órgano de administración.

##### **B. De lege ferenda:**

Parece necesario introducir en la legislación vigente el supuesto apuntado en la conclusión indicada bajo A.3. limitado a su existencia formal el órgano de control interno.

#### **CITAS**

- 1.) GUERRA, Pietro -Revoca e decadenza dei sindaci delle società per azioni- Studi in onore di Alberto Asquini- Il Padua Cedam 1965 pág. 939.
- 2.) HALPERIN, Isaac - Sociedades Anónimas - Ed. Depalma Bs. As. 1974, pág. 139.
- 3.) DJIAN, Yves - Le controle de la Direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun - Ed. Sirey Paris 1965, pág. 139.
- 4.) COLOMBO, Giovanni E. - ITALIA en Encuesta de derecho comparado sobre las sociedades por acciones - 4III kluner The Netherlands 1974 pág. 1689.
- 5.) AZPIRI, Jorge Osvaldo - Sociedad de familia - La Ley 13 de setiembre de 1979.
- 6.) SEGURA, Luis - La fiscalización de la sociedad anónima - Ed. Valerio Abeledo Bs.As. 1955 pág. 14; ZALDIVAR, Enrique y otros - Cuadernos de derecho societario II 2da. parte pág. 645 citando a Fargosi.
- 7.) HALPERIN, Isaac - op. cit. pág. 539.
- 8.) THANH, Ngo Bá - La sociedad anónima familiar - Ed. Hispano Europea Barcelona, pág. XX.
- 9.) ODRIOZOLA, Carlos S. - Estudios de derecho societario - Ed. Cangallo Bs. As. 1971 pág. 107.