

Autor/es: Por Frachia Sabarís, Federico. ED, [253] - (07/08/2013, nro 13.295) [Publicado en 2013]

I

Introducción

El tema de la remuneración del directorio en sociedades anónimas siempre me resultó interesante, porque a pesar de ser un tema que siempre se presta a debate entre los juristas orientados al derecho societario, aún no se logró establecer un criterio unificado sobre el mismo. Existen todavía varias posturas doctrinarias sobre el alcance intencionado por el legislador con respecto a determinados términos del artículo y dudas sobre su validez legal y sobre el modo de instrumentación.

Empezaré por dar un panorama general sobre el tema; luego, analizaré la cuestión de la validez legal y su alcance a la luz de la doctrina y jurisprudencia y, por último, estudiaré el recurso en manos de los accionistas y la viabilidad del mismo, pasando por la competencia de la autoridad de contralor.

II

Aspectos generales

1. Presunción de onerosidad

En una primera lectura del art. 261 de la ley 19.550, podemos ver que se establece como regla la presunción de onerosidad del directorio y del consejo de vigilancia, por ende, la gratuidad únicamente será admisible si no existe cláusula estatutaria en contrario y siempre que medie resolución asamblearia y aceptación expresa de los directores interesados en tal sentido.

Cuando la remuneración de los miembros del directorio o consejo de vigilancia esté prevista en el estatuto social, la fijación del monto por parte de los accionistas queda dentro de un amplio marco de autonomía de la voluntad, ligado en principio, en mayor o menor medida, al resultado del ejercicio social. Los socios constituyentes de la sociedad pueden prever de entre los tantos sistemas de remuneraciones existentes, y articular la cláusula respectiva a voluntad, surgiendo infinidad de posibilidades para ello, sin embargo, las formas de retribución que recoge la doctrina como más difundidas son las siguientes:

(i) Retribución fija.

(ii) Remuneración variable.

(iii) Sistema mixto.

La primera es la que se establece de antemano, no dejando librada la variación del monto más allá de lo estipulado y no dependiendo, más allá de la estructura de la ecuación, de variables externas.

En el supuesto de la remuneración variable, estaremos ante una erogación que se materializará a través del cálculo de un porcentaje de las utilidades netas, después de impuestos, lo que implica el carácter aleatorio de su funcionalidad. El sistema de remuneración variable presupone el cumplimiento ineludible de etapas previas, tales como una resolución asamblearia y la existencia de ganancias, entre otras. Para el caso, es importante tener en cuenta lo establecido por el art. 71 de la ley en cuestión, que dispone que las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores, y termina explicando que cuando los administradores, directores o síndicos sean remunerados con un porcentaje de ganancias, la asamblea podrá disponer en cada caso su pago aun cuando no se cubran pérdidas anteriores.

En cuanto al sistema mixto, podemos encontrar parte del sistema variable y parte del fijo, por el cual se fijará una retribución básica fija y un porcentaje variable dependiendo de diferentes condiciones.

En los casos de ausencia de previsión estatutaria, la remuneración deberá ser tratada y en su caso establecida por la asamblea(1) de accionistas. En cuanto a la fijación de la remuneración, la asamblea competente es la ordinaria según el art. 234, inc. 2º, de la ley en análisis, la cual tiene amplias libertades para fijar el monto, siempre en observancia del máximo legal establecido por el art. 261. Sin perjuicio de esto, en el caso de ausencia u omisión intencionada de fijación de remuneración por parte de la asamblea de accionistas, el directorio podrá solicitar judicialmente dicha fijación.

2. Límite establecido por la norma

La previsión legal que establece el art. 261, párrs. 2º y 3º, tiene como finalidad evitar un abuso por parte del directorio en cuanto a la percepción de honorarios en perjuicio de los accionistas. Por esto, se prevé un sistema mediante el cual los directores no pueden percibir más de un determinado porcentaje de las utilidades en concepto de honorarios: para el caso en que se distribuya el total de las utilidades devengadas en el ejercicio, el tope es del 25% sobre las mismas(2); en caso de distribución parcial, el porcentaje se incrementa proporcionalmente hasta llegar al 25%; si no existiere distribución de utilidades, el máximo a percibir es el 5% de éstas (en caso de que existan ganancias distribuibles).

En definitiva, se establece que la retribución del directorio por todo concepto queda comprendida dentro de las pautas del 5% al 25%, quedando comprendidos entonces los honorarios de directores, las tareas técnico administrativas permanentes y los sueldos del director empleado(3).

3. Excepciones al límite legal

El último párrafo de la norma abre la posibilidad de superar el límite legal y de pagar remuneraciones a los directores aun en caso de ausencia de ganancias. Situación que se configura cuando los directores ejercen comisiones especiales o funciones técnico administrativas, frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias, de modo que sea necesario exceder los límites prefijados en orden a remunerarlos por dichas tareas y solo si expresamente se tratase el tema y acordase por la asamblea de accionistas.

La norma tiende a proteger a los accionistas, y correctamente a mi criterio, coloca en cabeza de los mismos la facultad de otorgar la dispensa en los diferentes supuestos especiales; sin embargo, es preciso adentrarnos en el alcance e interpretación de determinados términos en orden a comprender cuándo efectivamente el supuesto en análisis entra en juego:

(i) Comisiones especiales: varias son las definiciones que se han adoptado en torno a este concepto, sin embargo, creo que la que mejor lo recepta es la brindada por Roitman cuando expresa que las mismas “consisten en estudios especiales realizados con fines de expansión u organización empresarial para la realización de operaciones específicas”(4) o simplemente en la prestación de cualquier servicio especial ajeno a la función directiva.

(ii) Funciones técnico administrativas: la ley 19.550 no define qué debe entenderse por este tipo de funciones, sin embargo, la doctrina las ha definido como aquellas que no se encuentran normalmente en manos del directorio, sino que son realizadas por personal especializado de la empresa, pero que en caso de ser efectuadas por algún miembro del directorio, y en tanto configuren una locación de servicios, justifican el pago de un sueldo por labor realizada. Asimismo, se tiene dicho que no se trata del director empleado (relación de dependencia), sino del desempeño de tareas especiales que exceden las normales del directorio, pero que resultan necesarias para un mejor desempeño del órgano (relevamiento, investigación, o actividad profesional específica en la que es idóneo, etcétera).

(iii) Utilidad inexistente o reducida: la inexistencia de utilidad es fácilmente comprobable con un simple

análisis del estado de resultados y balance general, en cuyo caso la asamblea puede remunerar, mediante una cifra determinada, a los directores de la sociedad. El problema surge cuando el artículo hace mención a la “utilidad reducida”. Existen varias corrientes de pensamiento con respecto a este análisis. Por un lado, podríamos entenderlo como aquella utilidad que represente una rentabilidad inferior a la expectativa de rentabilidad normal de la empresa en función del patrimonio existente. Por otro lado, algunos la consideran como escasa a la utilidad del ejercicio “cuando el análisis tendencial de la situación de la empresa en los últimos tres años, incluyendo el último balance general, así lo demuestra”(5). Ambas posturas reciben críticas, ya que en ninguna se define el límite entre ganancias razonables y reducidas. Sin perjuicio de ello, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el fallo “Veccari de Gilbert, N. c. Gilbert S.A.” del 8-5-81, tiene dicho que la ganancia reducida es aquella que no alcanza para pagar los factores de rentabilidad con una fracción de la misma, es decir, cuando no basta para la contratación de directores con la inversión de solo su 25%.

(iv) Aprobación por la asamblea: la fijación de un monto mayor en razón de alguna de estas circunstancias especiales debe estar incluido en el orden del día y dicha decisión deberá estar fundada(6), no siendo suficiente la simple mención del artículo o del enunciado pago en exceso.

En conclusión, para el pago de remuneraciones fuera de los límites legales, como bien lo expresa Zaldívar, “se requiere que confluyan cinco condiciones: a) que realmente las ganancias sean, en valores absolutos, muy reducidas o inexistentes; b) que realmente uno o más directores hayan realizado tareas en ejercicio de comisiones especiales o en cumplimiento de funciones técnico administrativas; c) que el asunto figure como un punto especial e independiente del orden del día; d) que sea aprobado por la asamblea expresamente, por resolución bien fundada; e) que la remuneración en exceso del porcentaje esté destinada exclusivamente a los directores que se hallen en la situación b)”(7).

III

Impugnación. Nulidad

1. Nulidad

El art. 261 es una norma imperativa, cuya finalidad es la protección del interés de los accionistas, lo cual la hace inderogable por los estatutos e irrenunciable de antemano. Mas no se trata de una norma de orden público, toda vez que no protege un interés general ni involucra principios esenciales que hagan a la convivencia de la comunidad. En consecuencia, la infracción a las disposiciones de esta norma no genera una nulidad absoluta, declarable de oficio, inconfirmable e imprescriptible; por el contrario, la acción es disponible, transable y renunciable, y está sometida al plazo de caducidad del art. 251 de la LSC(8).

En definitiva, las violaciones al art. 261 de la ley 19.550, relacionadas con las retribuciones en exceso, son nulas de nulidad relativa, ya que según el fiel entender de la corriente doctrinaria la norma está destinada a proteger el interés de los socios, razón por la cual no la consideran de orden público y, por ende, susceptible a ser renunciada por los socios si lo considerasen oportuno.

2. Impugnación de las decisiones asamblearias

En razón de lo arriba mencionado, y en correlato a lo normado por el art. 251 de la ley bajo análisis, toda resolución asamblearia adoptada en violación de la ley, el estatuto o reglamento, puede ser impugnada de nulidad por cualquier accionista que no hubiese votado favorablemente en la respectiva decisión o que hubiera estado ausente, o que hubiere votado favorablemente sobre la base de una información falsa. En igual sentido, Vanasco apunta que “para que la asamblea pueda considerar la fijación de honorarios por encima de los topes fijados por la ley, ésta requiere que el tema referido a este asunto sea incluido expresamente como uno de los puntos del orden del día” y que “la fijación de honorarios por parte de la asamblea que superen los topes fijados por el art. 261, sin que se hubieren configurado las circunstancias

que ella establece para que sea legalmente posible, dará lugar a una acción de impugnación de la respectiva decisión en los términos del art. 251”(9). Gozando el impugnante de un plazo de tres meses para promover la acción.

Tiene dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, en su fallo de fecha 3-5-07 “Multicanal S.A. c. Supercanal Holding S.A.” que “corresponde declarar la nulidad de la decisión asamblearia que aprobó el reconocimiento de honorarios a los directores en exceso del límite previsto en el art. 261 de la ley de sociedades comerciales (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319), toda vez que se omitió incluir el asunto como uno de los puntos a tratar en el orden del día, pues tal omisión viola lo dispuesto en el artículo 261 de la misma ley”.

En cuanto a los sujetos legitimados para promover la acción, la norma hace mención, más allá de los accionistas arriba enunciados, a que también pueden hacerlo los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. Resulta inapropiado a mi fiel creer y entender que el legislador utilice la palabra “pueden”, como dejando librado a la voluntad el cuestionamiento de este tipo de actos, por parte de los directores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, ya que estos actos constituyen en mayor o menor medida un imperativo legal y son funciones propias que hacen a la naturaleza del órgano, que de ser omitidas o por decisión no cuestionadas estarían en un todo en contra de los deberes impuestos a ellos.

IV

Autoridad de contralor

En reiteradas oportunidades surgió el interrogante sobre la competencia de la Inspección General de Justicia, tanto para su actuación administrativa de oficio como para la recepción y sustanciación de denuncias que los interesados promuevan en el ejercicio de sus funciones de fiscalización. Ambos interrogantes, al parecer, se encontrarían preceptuados en la ley orgánica 22.315, art. 6º, incs. c) y f).

A efectos de orientar las dificultades interpretativas, me permito plantear el siguiente interrogante ejemplificativo: ¿sería competente la Inspección General de Justicia para investigar la denuncia que formule un accionista o director sobre la decisión asamblearia que no respetó las bases legales y normativas que prevén la asignación de remuneraciones al directorio en exceso?

Resulta difícil afirmar una solución al respecto, ya que en el caso planteado, los derechos subjetivos –de competencia judicial– están íntimamente ligados con actos sociales funcionales susceptibles de fiscalización administrativa. Por ende, cabe plantearse si la Inspección General de Justicia puede abocarse el conocimiento de dichas denuncias y, en su caso, efectuar declaraciones de irregularidad e ineficacia de actos. Indudablemente este es un tema que deambula entre el poder de fiscalización del órgano y los derechos subjetivos que son de competencia judicial, lo que sí es claro, es que la Inspección General de Justicia nunca podrá declarar nulidades o sentencias sobre los derechos de los afectados.

Cabe recordar la resolución particular IGJ 811/06 del 11-8-06 dictada en el expediente nº 453.652/5511, en donde la Inspección General de Justicia indicó que la solicitud de intervenir administrativamente una sociedad comercial es absolutamente improcedente ya que dicha medida es de exclusiva competencia judicial. Expresó, además, que conforme el art. 5º de la ley 22.315 dicho organismo es incompetente para resolver cuestiones vinculadas con derechos subjetivos de los accionistas, ya que estas deben resolverse en la instancia judicial(10).

Asimismo, la resolución particular IGJ 1386/10 del 22-12-10 dictada en el expediente nº 1.696.157, siendo el caso “Desafío del Chaco S.A.”(11), resolvió: “Por lo tanto, al carecer el organismo de competencia expresa para resolver las cuestiones suscitadas por transferencias o gravámenes sobre acciones de las sociedades por acciones, como así también sobre las medidas precautorias que sobre las mismas se dispongan, la

Inspección General de Justicia rechazó la denuncia efectuada. Agregando, finalmente, que las cuestiones denunciadas también son ajenas a la competencia del organismo, por cuanto el art. 5º de la ley 22.315 prescribe que son competencia judicial las resoluciones de las cuestiones que versan sobre derechos subjetivos de los socios de una sociedad comercial entre sí y con respecto a la sociedad”.

En este último caso parecería verse una postura clara con respecto a la sustanciación de denuncias formuladas en la Inspección General de Justicia sobre temas que versen sobre cuestiones fuera de sus competencias, y una declaración contundente por parte del mismo órgano reconociendo tal situación, en este entendimiento, creemos que la respuesta a la pregunta planteada *ut supra* seguiría la misma suerte, sin perjuicio de ello no hemos encontrado un antecedente.

V

Conclusiones

Entiendo que el cuestionamiento sobre la asignación de honorarios al directorio de una sociedad anónima en exceso a lo dispuesto en el art. 261 de la Ley de Sociedades Comerciales no está sujeto al análisis de la IGJ, en cuanto a su procedencia o improcedencia, o en cuanto a la emisión de un requerimiento de producción de prueba, ya que el mismo le está vedado por defecto en razón al alcance de competencia y facultades de actuación otorgadas por su ley orgánica (art. 5º de la ley 22.315). Estas cuestiones deben, no dejando librado a la decisión del que ostente la legitimación activa para la presentación de dicho cuestionamiento, ventilarse en todos los casos que sean detectadas ante la justicia.

En esta inteligencia, queda abierto el análisis en relación con la acción que “deben” y no “pueden” –según mi fiel entender– tomar los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y accionistas –dado el caso–, cuando conforme reza el art. 251 de la Ley de Sociedades se detecte una “resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento”, dejando de lado entonces tanto el supuesto de impugnación de oficio por la autoridad de contralor, como la resolución por dicho órgano de la interposición de impugnación por algún legitimado activo, cuando la decisión asamblearia a impugnar tenga como quid de la cuestión una asamblea en la cual no se respetaron las bases legales y normativas que prevén la asignación de remuneraciones al directorio en exceso.

Por último, conforme se desprende de los fundamentos y consideraciones que se han desarrollado a lo largo de este estudio, y sin perjuicio de la gramática del texto legal, parecería que hoy en día no es determinante el cumplimiento de determinadas formalidades societarias cuando, y sin perjuicio de que se viole el límite legal establecido para la remuneración del directorio, no se violenten derechos subjetivos y por lo tanto no se impugnen resoluciones en sede judicial. Es así que la concurrencia de los requisitos detallados en el punto II, apart. 3º *ut supra* para la válida celebración de una asamblea, responde a una exigencia que pierde razonabilidad en los supuestos en los que no se presenten conflictos entre accionistas y/o éstos y directores, toda vez que los órganos de control interno “pueden” impugnar y la autoridad de contralor es incompetente.

VOCES: SOCIEDAD - SOCIEDAD ANÓNIMA - EMPRESA - HONORARIOS - JURISPRUDENCIA - BOLSAS Y MERCADOS

* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La remuneración de los directores de Sociedades Anónimas. Necesidad de un replanteo normativo y doctrinario, por Guillermo E. Matta y Trejo, ED, 199-556; Creación de valor para el accionista, el riesgo empresario y el régimen de remuneración del director en la S.A. (Examen crítico al art. 261 de la LSC), por Pablo Augusto Van Thienen, ED, 201-925; La remuneración del director en la sociedad anónima y el régimen de participación en las ganancias (Nuevas reflexiones en torno al art. 261 de la LSC), por Pablo Augusto Van Thienen, ED, 207-971; Límites a la remuneración del Directorio, por Miguel J. R. Lezica, ED, 220-810; Alerta: la remuneración del director ejecutivo puede estar sometida al riesgo de empresa (Las funciones técnico-administrativas: ¿permanentes o transitorias?), por Iván G. Di Chiazza y Pablo Augusto

Van Thienen, ED, 225-53; Situación jurídica de los retiros a cuenta de honorarios efectuados en el período de sospecha por el directorio, por Augusto H. L. Arduino y Ángel Héctor Azeves, ED, 229-828. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 - CNCom., sala D, "Rivero Haedo c. Millet Service S.A.", 9-8-73. "Frente al silencio de los estatutos de la S.A. en cuanto a la remuneración que corresponde a los directores, la asamblea está obligada a la fijación de la misma".

10 - Ymaz Videla, Martín R., Actualidad societaria y de otros entes. Parte I, LL, 2007-B-1317.

11 - Ymaz Videla, Martín R., Actualidad societaria y de otros entes, LL, 2012-A-816.

2 - CNCom., sala A, "Sporetti, Nazareno c. González e Hijos S.A.", 5-10-79. "Su violación puede dar lugar a la impugnación de la respectiva resolución asamblearia y no siendo dicha norma de orden público queda alcanzado el derecho a impugnar su violación".

3 - CNCom., sala D, "Dymensztein, Jorge M. y otros c. Información y Decisión consultores S.A.", 20-2-04, La Ley, 23-8-04, 7 - Sup. Esp. Sociedades Comerciales, 2004. "La limitación legal determinada por el art. 261 de la Ley de Sociedades, comprende tanto a las retribuciones que por todo concepto perciban los directores de la sociedad anónima, cuanto a los sueldos que reciban por el desempeño de funciones técnicas o administrativas especiales, de carácter permanente".

4 - Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. IV, pág. 409.

5 - Resolución 50 de la Comisión Nacional de Valores.

6 - CNCom., sala E, "Grinstein, Saul c. Biotenk S.A.", 11-10-96. "El pago de remuneraciones a los directores de sociedad anónima en exceso a los porcentajes previstos en el art. 261 de la Ley de Sociedades por el desempeño de funciones técnico administrativas, exige que en el acta de deliberaciones y votaciones de la asamblea conste una referencia detallada de dichas funciones o, cuando menos, una explicación que pueda ser verificada mediante su consignación en concreto. En efecto, ante tal decisión de excepción, no basta la simple referencia de encontrarse configurado el supuesto previsto en la ley para hacer aplicación de ese régimen, solución que se fundamente también, en el art. 625 del cód. civil".

7 - Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo - Rovira, Alfredo, Cuadernos de derecho societario, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, t. III, pág. 625.

8 - Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales..., cit., pág. 412 y citas. CNCom., sala A, "Multicanal S.A. c. Supercanal Holding S.A.", 3-5-07, ED, 227-63.

9 - Vanasco, Carlos A., Sociedades comerciales, Buenos Aires, Astrea, 2006, t. 2, págs. 627/8.