

DIRECTORES RICOS, SOCIOS POBRES

Susana Monzó¹

Palabras clave: *directores - remuneración en exceso - minoritarios perjudicados*

Sumario

La interpretación sistémica del art. 261 LGS conduce a la conclusión de que la asamblea ordinaria tiene la competencia para establecer el régimen de remuneración de los directores siempre que, en caso de inexistencia o escasez de ganancias o de distribución de dividendos, se “justifique,” a criterio de la asamblea, la realización de funciones especiales por parte de aquellos. Ello conduce a la irracional situación de directores leales a la controlante sobre-remunerados frente al accionista minoritario sin dividendo.

INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

La gran problemática del Derecho Societario haya su ratio en el conflicto societario. Este se circunscribe a la dinámica “controlante-minoritario” y sus vertientes: abuso de control o abuso de minoría. Completa el esquema la situación de parálisis en las sociedades 50%-50% en donde existen dos socios y ninguno es mayoritario ni minoritario.

En este caso nos referiremos a la situación de existencia de un socio controlante de una sociedad anónima, que “toma provecho” de la sociedad sobre la cual ejerce una influencia dominante y valiéndose de la dinámica del control, coloca directores leales. Pero más allá de eso, coloca empleados personales que cumplen tareas en otras empresas del controlante o simplemente acreedores o familiares a quienes no puede satisfacer o remunerar de otra manera que no sea a través de un honorario como director de la sociedad en donde el controlante ejerce el poder. En algunos casos, el accionista controlante se coloca a sí mismo como director remunerado, incluso a sabiendas de que no habrá beneficios y justamente por esta situación quiere asegurarse un ingreso de manera legal. La normativa vigente le permite con su vaguedad regulatoria que fácilmente logre este cometido en desmedro del minoritario. Esta es la situación puntual en que nos colocamos y respecto de la cual trazaremos el análisis y las conclusiones.

Se trata de directores y por tanto carecen de relación de dependencia por este sólo hecho respecto de la sociedad. Tampoco implica para ellos una posición dentro de la estructura empresarial que involucre una tarea puntual visible o de obvia responsabilidad, como el CEO o el CFO o el Gerente comercial o de marketing. Se trata de directores que tienen la responsabilidad del art. 274 a 279 de la LGS, indelegable y personal, pero respecto de los cuales es difícil o imposible ponderar si la actividad que realizan se condice con el honorario que reciben, en la mayoría de los casos POR ANTICIPADO, mensual y previo a la realización de la asamblea ordinaria que es el órgano competente para remunerar a los directores.

Dentro de esta dinámica y en la hipótesis en que nos colocamos, los directores ingresan a la sociedad con una mensualidad a cuenta de ser ésta aprobada por la asamblea general ordinaria en donde por efecto propio del control resultará aprobada indefectiblemente sin perjuicio de lo que exprese el minoritario. Más aún, puede suceder que el propio socio controlante se coloque a sí mismo como director, perciba un honorario mensual y con ello esté de alguna manera anticipando beneficios para sí y en perjuicio del minoritario.

El caso cobra un matiz aún más controversial en la hipótesis de que, llegado el momento de la asamblea y habiendo percibido honorarios por anticipado, no existan beneficios e incluso el estado

de resultado arroje pérdidas. Es aquí donde la Ley General de Sociedades parece no terminar de dar solución que permita defender los derechos del socio minoritario.

ESTADO DE LA CIENCIA JURÍDICA HASTA EL MOMENTO RESPECTO DE LOS HONORARIOS DE LOS DIRECTORES, ART. 261 LGS

Situados ya en el caso de análisis, nos colocamos ahora en el momento en que la asamblea general ordinaria tiene que tratar específicamente el punto, que debe figurar en el orden del día y que refiere a la distribución y percepción de honorarios. El artículo que aborda el tema es el art. 261 LGS, que establece:

Remuneración.

ARTICULO 261. — El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia; en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia en su caso.

El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia en su caso, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) de las ganancias.

Dicho monto máximo se limitará al cinco por ciento (5%) cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de deducir las retribuciones del Directorio y del Consejo de Vigilancia.

Cuando el *ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas por parte de uno o más directores, frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias* impongan la necesidad de exceder los límites prefijados, sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día.”

Es así como el art. 261 LGS establece una tabla que prescribe cada situación teniendo como base y criterio la existencia de ganancias y la distribución o no de dividendos a los accionistas. Finalmente aborda la situación de las remuneraciones en exceso: es decir, aquellas que deben realizarse sobrepasando los límites impuestos en la tabla que anteriormente ha establecido como una regla de aparente cumplimiento imperativo. Es decir, que frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias se imponga la necesidad de exceder los límites prefijados y remunerar a los directores o aprobar la percepción de honorarios anticipados sin haber apreciado la posibilidad de llegar a resultar excesivos al momento del cierre del ejercicio.

Para este caso puntual impone como requisitos: 1- que ello figure como uno de los puntos del orden del día; 2- que sea expresamente acordado por la asamblea de accionistas; 3- que los directores que percibirán estos honorarios hayan ejercido comisiones especiales o funciones técnicoadministrativas.

Veamos estos dos últimos puntos: 2- y 3-.

EXPRESA APROBACIÓN POR PARTE DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

Este aspecto merece una crítica puntual. Si la norma estableciera imperativamente este criterio relativo a: la existencia o no de ganancias; la distribución o no de dividendos y los topes en cada caso... en el último apartado que hemos subrayado y resaltado ¿no estaría eliminando este carácter imperativo de la norma?

Utiliza el modo imperativo al prescribir: “, **no podrán exceder** del veinticinco por ciento (25%) de las ganancias.

Dicho monto máximo **se limitará** al cinco por ciento (5%) cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite..”

Todo ello parece ser imperativo, salvo que la asamblea especialmente disponga otra cosa, más allá de que deberá fundarlo y acreditarlo, tema que veremos en el punto siguiente.

Focalicémonos en el puntual aspecto de la competencia atribuida a la asamblea ordinaria para dejar de lado este criterio que proviene de una tabla de aparente carácter imperativo. La duda metódica surge o se deriva de ¿para qué establecer una tabla imperativa si renglón seguido se atribuye a la asamblea ordinaria competencia para no seguir estos criterios?

Pareciera resultar entonces que la norma, art. 261 LGS, es sólo una sugerencia para que la asamblea tome esta tabla como una guía para cuando no tenga algún fundamento que le permita remunerar según las necesidades de la controlante. Y seguramente la controlante, que forma la voluntad social en la asamblea ordinaria por cuanto: designa, revoca *ad nutum*, remueve, remunera y responsabiliza a los directores, encontrará fundamentos para justificar que esos directores, casualmente leales a él, merecen ser remunerados en exceso y dejando de lado la tabla del art. 261 LGS. Es decir, esta norma se convierte en una mera sugerencia o referencia a ser tenida en cuenta por la asamblea ordinaria, a quien el propio artículo le atribuye competencia para dejarla de lado. Nuevamente, deberá justificarlo y fundarlo, pero ese es otro aspecto que merece un abordaje.

LAS ESPECIALES FUNCIONES DE LOS DIRECTORES ¿CÓMO SE ACREDITAN?

La clave de la norma parece estribar en “las especiales funciones de los directores remunerados en exceso”.

La aparente imperatividad de la norma quedará desactivada si, la asamblea ordinaria resuelve expresamente aplicar otro criterio de remuneración cuando existan estas **comisiones especiales o funciones técnico administrativas por parte de uno o más directores,** que parecen ser el núcleo central, el aspecto esencial sobre el cual se asienta y reposa todo el sistema retributivo de los directores cuando existe ejercicio de control.

Ello porque, por definición, cuando el controlante decide tomar provecho de la sociedad en beneficio propio, sin llegar al extremo del control perverso destructivo, pero sí del control de quien se autopercibe dueño, este encontrará todos los vericuetos y argumentos para imponer su voluntad en la asamblea ordinaria. Y entonces la lógica del desarrollo nos conduce a la pregunta ¿de qué hablamos cuando hablamos de *comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas por parte de uno o más directores?* ¿cómo se acreditan? ¿cuál es el criterio de prueba?

La cuestión no es menor, puesto que es la clave que permitirá dejar de lado todo el sistema trazado por el art. 261 LGS, y entregar a la asamblea ordinaria y por ende a la controlante la remuneración de los directores leales a éste, con lo que, en definitiva, cuando no existen beneficios o dividendos a distribuir, he aquí una forma tácita de percepción de beneficios por parte de la controlante en desmedro del socio minoritario. Por este medio, “retira fondos de manera legal” siempre que justifique que los directores remunerados han prestado estas funciones técnicoadministrativas.

LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

La doctrina y jurisprudencia son contestes en que no basta con que, en caso de pérdidas o ganancias insuficientes, se trate el tema como un punto especial del orden del día. “*Se requiere que*

confluyan 5 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; e) que la remuneración en exceso del porcentaje esté destinada exclusivamente a los directores que se hallen en la situación b)".²

Desde antiguo, la jurisprudencia ha sido categórica en este sentido: así, se resolvió que "si el resultado del ejercicio fue negativo y **no existe prueba contundente respecto de la importancia o especialidad de la actividad** cumplida durante el ejercicio de que se trata, **el pretendido reconocimiento del derecho al cobro de honorarios no procede**".³

En otro fallo la Sala A C.N.Com dispuso que solo es admisible "la remuneración en exceso cuando: el ejercicio arroje ganancias inexistentes o muy reducidas, los directores se desempeñen en comisiones especiales o funciones técnico-administrativas, que el tema figure en el orden del día, que sea aprobado por la asamblea, y que las remuneraciones en exceso se destinen expresamente a los directores que se encuadren en el segundo supuesto" y que "no basta con incluir en el orden del día el tema de la remuneración del directorio, sino que **la decisión deberá ir acompañada de los debidos fundamentos del caso**, siendo necesario asentar en el acta de asamblea, siquiera resumidamente, una referencia concreta de las tareas realizadas por los directores que fundan tales honorarios".⁴

Viene al caso mencionar un interesante análisis de lo dispuesto en el Art. 261 LGS, en el que Diego Coste señala la vinculación de los límites impuestos y las excepciones admitidas por esa norma, con el derecho a la información del accionista. Sostiene que "la validez de la resolución asamblearia que aprueba retribuciones por encima del tope impuesto por el art 261 en su párr. 2º, **depende del respeto del derecho de información de los accionistas**, el cual se materializará en dos etapas interdependientes sucesivas entre sí: el cumplimiento de los recaudos formales para la descentralización de funciones del directorio y el cabal suministro de toda la información relevante solicitada por los accionistas con relación a estas últimas".⁴

La doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en que estas facultades o comisiones deben ser probadas durante la celebración del acto asambleario. Aún así, existe un espectro de subjetividad por cuanto presentar una lista de tareas supuestamente realizadas por los directores que será juzgada por la misma asamblea en donde el controlante forma la voluntad social, es tanto como una invitación a la vaguedad misma y dejar a criterio de quien va a remunerar a "sus" directores la ponderación de la prueba acerca de si la misma es suficiente o no a estos fines.

CONCLUSIÓN

La primera y última pregunta en esta mayéutica seguida en la ponencia es: **¿A quién buscamos proteger?** La respuesta es clara: al socio minoritario, que no percibirá dividendos pero que tendrá que soportar que el socio controlante remunere en exceso a "sus" directores leales y hasta quizás a si mismo, percibiendo incluso una suerte de dividendo ficto.

Entendemos que el art. 261 LGS no es una norma que logre la tutela jurídica del minoritario, así como tampoco lo es respecto del interés social. Pese a la imperatividad surgida del tiempo verbal utilizado termina dejando a criterio del accionista controlante el diseño del sistema remunerativo de los directores, a sola condición de tener que probar algo tan subjetivo como tareas especiales

² ZALDÍVAR-MANÓVIL-RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, 3ª Ed., 1983, pág. 525, y en iguales términos ROITMAN, Horacio, *Ley General de Sociedades Comentada y Anotada*, 3ª ed., La Ley, 2022, T. V, pág. 431, nota 1031.

³ CNCom, Sala C, 13.9.96, *Oswald, Victoria c. Lalor SA*, TR LALEY AR/JUR/5082/1996, citado por ROITMAN, pág. 434, nota 2036.

⁴ *González Ramella c. Asyst SA*, 4.6.2009, TR LALEY AR/JUR/28451/2009 y MJ-JU-M-50302-AR | MJJ50302, también citado por ROITMAN, pág. 432, nota 1032.

⁴ COSTE, Diego, *La remuneración en exceso en armonía con el deber de diligencia y el derecho a la información*, ED, T. 221, pág. 765.

técnicoadministrativas, que pueden ir desde un viaje a visitar clientes sufragado por la sociedad, hasta el

haber asesorado jurídicamente sobre un aumento de capital o haber intervenido en la decisión sobre a qué mercado exportar.

¿Cuál es el límite entre aquello que hace a la función propia de un buen hombre de negocios del art. 59 LGS que implica conocimientos en el rubro de que se trate y la realización de tareas técnico-administrativas que justifican una remuneración en exceso pese a que, el socio minoritario no percibirá dividendos, siendo esta la causa fin que lo llevó a contratar y a correr el riesgo en común?

Una posibilidad que permitiría la “objetivización” de una situación tan subjetiva como tener por probados actos correspondientes a la realización de tareas especiales por parte de directores leales a la controlante podría estribar en la necesidad de que estas **tareas y sus alcances hayan sido previamente tasados en contenido y extensión en un acta de directorio**, que puede estar inscripta o no en el Registro Público, por una analogía con el art. 274 LGS *in fine*. La inscripción registral produce efectos declarativos frente a terceros, torna oponible aquello inscripto y según la doctrina calificada genera presunción de validez de los actos inscriptos, sin embargo, no consideramos que esta exigencia agregue valor fundamental.

EL CASO DE APLICACIÓN Y LAS EXIGENCIAS LEGALES

Dentro de los sanos principios que deben irrigar al sistema societario se encuentra el principio de razonabilidad, que debe generar ajustes concretos en las normas para no quedar en el ámbito filosófico. Es así como resulta razonable que:

- Exista una **necesidad concreta** dentro del giro comercial o técnico-administrativo de la sociedad que motive la inclusión dentro del directorio de una persona que, además de los requisitos propios exigidos para todo director (conducta y conocimientos propios de un buen hombre de negocios) ostente calificaciones o conocimientos específicos en el área respecto de la cual surge la necesidad. Un ejemplo podría ser: la sociedad atraviesa un problema financiero puntual y por tanto se designa a un director experto, con conocimientos probados sobre la materia, sin que resulte necesario entablar un contrato de relación de dependencia con la sociedad;
- Esta situación debería **volcarse en acta de directorio** haciendo saber la necesidad y la congruente capacidad específica del director que ingresará en el cargo;
- En esa acta debería figurar qué **tareas va a realizar y el monto** acordado como remuneración del director;
- Al momento de la asamblea que va a remunerarlo en exceso a lo establecido por el art. 261 LGS, debería efectuarse una **mera constatación de las tareas** realizadas en función de lo previamente estipulado (sin que ello implique una obligación de resultado).

Como puede apreciarse, debería tratarse de la asunción formal de un compromiso por parte del director; en base a una necesidad concreta; con anterioridad a su actuación y por tanto a la ponderación de su desempeño por parte de la asamblea. Ello no solamente simplificaría la tarea durante la celebración del acto asambleario, sino que también actuaría como elemento disuasivo de conductas especulativas por parte de la controlante.

Por último, de no cumplirse con estos requisitos la norma debería establecer la imposibilidad de percibir el honorario en exceso y de hacerlo su nulidad. Ello por cuanto el principio de razonabilidad no puede arribar a conclusiones injustas e irracionales.

El Derecho societario solo puede otorgar herramientas que permitan la defensa del interés social y a partir de este que “cada uno reciba aquello que por derecho le corresponde”. No puede consentir que la especulación de quien ejerce el poder genere situaciones injustas para aquellos que han corrido el Riesgo Común con la finalidad de obtener beneficios, de lo contrario permitiría la desnaturalización de la Causa fin societaria y el colapso de todo el sistema.