

Cuestiones controvertidas que surgen en torno de la remuneración del directorio

Por

Marcelo L Perciavalle

Sumario: I. Retribución de honorarios: formas. II. Exégesis del artículo 261, LSC. III. Consideración amplia del director con o sin función técnico-administrativa (art. 261) IV. Pago de honorarios: anticipos. Distintos supuestos. V. Proyecto de reforma. VI. Pagos anticipados a directores en caso de quiebra. ¿Ineficacia de puro derecho (art. 118, inc. 2) o restitución por falta de causa (art. 88, inc. 3)? A) Pagos anticipados al director no aprobados por asamblea. B) Pagos anticipados al director en caso de quiebra. VII. Jurisprudencia abarcativa sobre la problemática. A) Jurisprudencia favorable a la aplicación del artículo 118, inciso 2. B) Jurisprudencia favorable a la aplicación del artículo 88, inciso 3, de la Ley Concursal. VIII. Conclusión.

I. Retribución de honorarios: formas

El pago de los honorarios de los directores puede fijarse de varias maneras, a saber:

a) El consejo de vigilancia, en virtud de lo emanado por el estatuto, elige al directorio; la remuneración de este será fija (art. 281, inc. d, y art. 261, LSC). En tal caso, la remuneración deberá ser pagada en las oportunidades determinadas y en tal momento la exhibición solicitada por la resolución por los directores se tornará obligatoria.

b) La cláusula estatutaria determina la retribución: por ser impráctico, sobre todo en épocas inflacionarias, este supuesto no es el más común. No obstante ello, en dicho caso habrá que atenerse a lo allí determinado y la establecida por los directores será obligatoria en la fecha determinada.

c) Asamblea ordinaria: en este supuesto, que es el más usual, en el cual es conveniente que se precise no solo su monto, sino también la época o el tiempo de pago, la exhibición se tornará obligatoria en las fechas y épocas determinadas en dicha asamblea.

d) Asamblea ordinaria con omisión de plazo: puede darse el caso de que la asamblea que hubiera determinado el honorario omitiese el plazo para hacerlo.

En tal circunstancia, y ante la falta de cobro, el interesado deberá interpelar a la sociedad para obtener el cobro, fijándose de ese modo en forma implícita la fecha de la exhibición.

Es oportuno mencionar que en virtud del apartado 1° del artículo 509 del Código Civil, el incumplimiento por la sociedad producirá la mora en forma automática, sin necesidad de interpelación alguna.

e) Adelantos a cuenta de remuneraciones: desde ya que esta posibilidad existe; no obstante ello, debemos realizar las siguientes aclaraciones: tal como lo señala Martorell, si la remuneración es fija, los adelantos a cuenta dejan de ser algo aleatorio, pero pueden ser irregulares si la suma de ellos supera la remuneración global total fijada por el estatuto¹.

Por otra parte, si los importes que los directores perciben durante el ejercicio son entregados con cargo a la cantidad que en definitiva les corresponda como honorarios cuando se conozcan los resultados del balance, se los deberá considerar aleatorios y sujetos a repetición, si el ejercicio se cierra sin utilidades o con pérdidas. Tampoco puede tomarse como antecedente para superar el tope del artículo 261 la circunstancia de que en la sociedad, a lo largo de varios ejercicios, los honorarios de los directores siempre excedieron los márgenes del artículo 261 de la Ley 19.550. Este antecedente es totalmente indiferente a los fines de revocar la medida cautelar que suspenda tal decisión asamblearia, porque el obrar no aparece constituido en uso normativo y está siendo controvertido en sede judicial.

II. Exégesis del artículo 261, LSC

Dentro de lo que podemos llamar como una interpretación restrictiva el artículo 261 de la Ley 19.550 limita la remuneración de los directores de las sociedades anónimas a un porcentaje de las ganancias de la sociedad durante el ejercicio en el que ellos estuvieron en funciones, interpretando que el tope máximo de ganancias previsto por aquella norma comprende sueldos y cualquier remuneración percibida por los administradores por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente y que, en caso de superarse tal límite, los directores deben devolver a la sociedad lo percibido de más, aun cuando se encuentren en relación de dependencia con el ente que administran, conclusión esta que ha merecido, sin embargo, y pese a la normativa de la Ley 19.550, alguna jurisprudencia adversa.

Esta postura considera que la remuneración de los administradores y la norma del artículo 261 de la Ley 19.550, ha dividido a nuestra doctrina, y presenta

¹ Martorell, Ernesto, Los directores de S.A., Buenos Aires, Depalma, p. 272.

el raro fenómeno de que la intención del legislador de 1972, al vincular estrechamente la remuneración de los directores con el monto de las ganancias, compartiendo con los accionistas el riesgo empresario, fue originariamente desnaturalizada por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Mercantiles, quienes otorgaron primacía, salvo raras excepciones, al derecho del administrador de percibir una remuneración acorde con el trabajo realizado, sobre el derecho de los accionistas de percibir sus dividendos, con lo cual se dio en la práctica, y se convalidó jurisprudencialmente, la frecuente situación de que los directores de sociedades anónimas, en especial aquellas denominadas "cerradas", que revisten por lo general el carácter de accionistas mayoritarios o controlantes, en el sentido previsto por el artículo 33 de la Ley 19.550, se llevaban todas las ganancias de la sociedad, disfrazadas bajo el concepto de "remuneraciones". En consecuencia, y a pesar de la finalidad de la Ley 19.550, según la opinión de Ricardo Nissen, nunca se pudo lograr evitar que en nuestro medio existieran "directores ricos y accionistas pobres", pues aquellos accionistas que no integraban el directorio del ente, atento revestir el carácter de minoritarios, debían contemplar cómo sus administradores se llevaban todas las ganancias, invocando el supuesto de excepción previsto por el último párrafo de aquella norma².

Bien es cierto que el artículo 261 de la Ley 19.550, en su último párrafo, permite la superación de los topes remuneratorios previstos en los primeros párrafos de aquella norma, pero lo hace en forma restrictiva, para no desnaturalizar la finalidad del legislador. Requiere, pues, para superar tales límites, especiales requisitos de forma y de fondo, como la inclusión de tal excepción como punto especial del orden del día de la asamblea de accionistas, la inexistencia de ganancias o la exigüidad de las mismas y, finalmente, que sus directores beneficiarios hubieran cumplido funciones técnico-administrativas o integrado comisiones especiales.

Pero tales previsiones no pudieron poner freno, según Nissen, a las apetencias dinerarias que caracterizan a los directores de las sociedades anónimas en nuestro medio, pues ante el panorama fáctico descrito, los accionistas mayoritarios, como directores, gozan de expresa facultad legal para incluir en el orden del día de los actos asamblearios los puntos que consideraban convenientes, y les bastaba con disfrazarse de "gerentes" (cuyo nombramiento es también resorte del directorio: art. 270 de la Ley 19.550, lo cual implica, según autorizada doctrina, el desempeño de "funciones técnico-administrativas") para encuadrarse estrictamente en la excepción prevista por el artículo 261 *in fine* de la Ley 19.550. A ello no obstaba que la ley exija que, para el funcionamiento de tal excepción, es necesario que las ganancias sean reducidas o inexistentes, pues la jurisprudencia de los Tribunales Comerciales llegó a

² Nissen, Ricardo, Prólogo. En: Perciavalle, Marcelo, *Directores y socios. Aspectos remunerativos, previsionales e impositivos*, 1^o y 2^o ed., Buenos Aires, ERREPAR.

sostener que el carácter de reducidas de las ganancias, a los fines del artículo 261 de la Ley 19.550, debe ser medida en relación con la remuneración de los administradores, siendo de tal carácter una ganancia que, proporcionalmente, no alcance a remunerar suficiente a los administradores de sociedades, según valores de mercado³.

En tal línea de pensamiento, se llegó al extremo de sostener que el exceso en las remuneraciones de los directores quedaba justificado cuando el director beneficiario no se había limitado a concurrir exclusivamente a las reuniones de directorio, sino que tenía bajo su responsabilidad la dirección de un área determinada dentro de la administración de la empresa⁴ olvidándose que, como nos recuerda el doctor Bernabé Chirinos, con su voto en los autos "Los Cabritos S.A. c/Instituto Nacional de Previsión Social" de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social en fallo del 18/08/1985, que son funciones inherentes al cargo de director de una sociedad anónima, "todas aquellas funciones que hacen a la vida misma de la empresa, ya sea a nivel jurídico, económico, financiero, de representación y dirección, y que en conjunto son funciones permanentes que deben cumplir o velar por su cumplimiento los integrantes del directorio" y no exclusivamente, como se sostuvo en el caso "Martín", la concurrencia a reuniones de directorio.

Tales precedentes constituyen una saludable reacción contra aquellos fallos que han convalidado los abusos de mayorías y seguramente contribuirán a alentar la constitución de sociedades, en la medida en que fortalecen el derecho al dividendo de los accionistas, cuya obtención es precisamente la causa del contrato de sociedad.

También la Cámara Comercial, Sala E, en fecha 2/09/1998 en autos "Ramos, Mabel c/Editorial Atlántida s/sumario" tuvo oportunidad de reiterar esta doctrina dominante. La Cámara sostuvo que no resultaría coherente fijar como regla general un monto máximo sobre ganancias líquidas a las retribuciones por todo concepto de los miembros del directorio, incluido el desempeño de funciones técnico-administrativas de índole permanente, y autorizar luego a exceder ese límite supuesto de no existir ganancias o ser reducidas, cuando uno o más directores ejercen funciones técnico-administrativas de carácter estable.

En síntesis, se sostiene que las únicas tareas que pueden ser retribuidas por sobre el límite son las comisiones especiales y las funciones técnico-administrativas "no permanentes".

³ CNCom., Sala D, 8/05/1981, "Vaccari de Gilbert, Norma /Gilbert S.A. y otros" y Sala A del mismo Tribunal, 12/10/1981, en autos "Zubía, Emeterio c/Forjagro S.A.".

⁴ CNCom., Sala B, 3/04/1984, en autos "Martín, Luis c/Estudio de Arquitectura Fernández Llanos S.A.",

Así, concluyen que: "las funciones, según los dichos de la demandada en forma "exclusiva y permanente" por los distintos miembros del directorio, no encuadran dentro del supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 261".

"Por ello, el derecho a la remuneración de los directores se encuentra subordinado a la existencia de ganancias. El ejercicio finalizado el 31/12/1991 arrojó pérdidas, por ello la decisión asamblearia que aprobó las remuneraciones de los directores correspondientes a ese período ha sido en violación a la ley".

El último párrafo del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales admite la posibilidad de superar los topes legales previstos por el párrafo segundo de dicha norma, siempre y cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- a) Que las ganancias del ejercicio fueren inexistentes o muy reducidas.
- b) Cuando haya desempeño por los directores de comisiones especiales o funciones técnico-administrativas.
- c) Que el punto figure como punto especial del orden del día.
- d) Que sea aprobado por la asamblea de accionistas.
- e) Que las remuneraciones en exceso se destinen expresamente a los directores que se encuentren comprendidos en el segundo supuesto.

El cuarto párrafo del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales exige que los directores deben desempeñar "funciones técnico-administrativas o integrar comisiones administrativas".

A diferencia de lo expuesto en el párrafo segundo del artículo 261, en lo que se refiere al desempeño de "funciones técnico-administrativas", Ricardo Nissen⁵, en concordancia con el fallo comentado, sostiene que la ley no requiere, para superar los límites remuneratorios, que dichas funciones hayan sido desempeñadas con carácter de permanencia. Tal como puede observar el lector, este es el aspecto neurálgico del fallo y la cuestión a dilucidar, en torno de determinar la temporalidad del cargo y en dicho caso poder o no excederse de la pauta fijada del 25%.

En este sentido, la Cámara Comercial toma la postura que para exceder el límite del 25% será necesaria la temporalidad de las tareas técnico-administrativas o comisiones especiales.

⁵ Nissen, Ricardo, *Ley de sociedades comentada*, Buenos Aires, Ábaco, T. IV, p. 285.

La Ley 19.550 no define qué debe entenderse por “funciones técnico-administrativas”, pero la doctrina ha cubierto la laguna, conceptuando a las mismas como aquellas que no se encuentran normalmente en manos del directorio, sino que son realizadas por personal especializado de la empresa, que integra el plantel de “jefes, gerentes o ejecutivos”⁶, pero que, en caso de ser efectuadas por alguno o todos los miembros del directorio, y en tanto configuran una locación de servicios, justifican el pago de un sueldo por la labor realizada.

Por su parte, el ejercicio de “comisiones especiales” implica la realización, por parte de alguno de los directores, de estudios para la proyección y/o realización de determinadas operaciones, sean de expansión empresaria u organización interna de la empresa⁷.

Debe quedar en claro, sin embargo, que los gerentes, quienes tienen a su cargo el desempeño de funciones técnico-administrativas, son empleados de la sociedad⁸ y, por lo tanto, están sometidos a las disposiciones de la Ley 20.744 de contrato de trabajo. Pero esa relación, como hemos visto, no autoriza la violación del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales, pues esta norma es terminante cuando se refiere al máximo de retribuciones de los directores que “por todo concepto”, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, puedan aquellos desempeñar, el cual no puede exceder el 25% de las ganancias.

III. Consideración amplia del director con o sin función técnico-administrativa (art. 261)

Es obvio que en el cuarto párrafo, el legislador estimó reiterativo volver a mencionar la palabra “permanente”, pues era notorio que al mencionar las comisiones especiales, que como su nombre lo indica son transitorias, resulta redundante volver a insertar la palabra “permanente” para calificar a las funciones técnico-administrativas.

Además, no puede soslayarse que lo apropiado es retribuir a quien por su dedicación no ha podido contar con otro medio de vida y no como lo entiende la doctrina que emana del fallo “Riviere de Pietranera” que, contra la lógica y equidad, opta por retribuir excepcionalmente al director que trabajó aisladamente y deja sin pretensión a quien dedicara su tiempo a la sociedad en forma exclusiva.

⁶ Sasot Betes, M.A. y Sasot Betes, M., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ábaco, p. 273.

⁷ Sasot Betes, M.A. y Sasot Betes, M., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ábaco, p. 273.

⁸ Halperín, I., *Sociedad anónima*, p. 423.

Esta posición viola el artículo 14 de la Constitución Nacional en cuanto esta pregonera que se asegurará una retribución justa.

Siguiendo esta dirección⁹ que estima equivocado un fallo, sostiene la prevalencia de las normas del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales por sobre el derecho laboral que es de orden público, no revistiendo esta naturaleza la disposición societaria antes mencionada.

En efecto, en un fallo con conclusiones opinables quizá bañadas en la fuente del caso patológico y concreto que se tuvo en análisis, se sostuvo que el artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales debía aplicarse incluso sobre las disposiciones laborales, razonamiento que ciertamente no se ajusta a Derecho, por no respetar esta la preeminencia de las garantías constitucionales y leyes de orden público respecto de las normas que tutelan intereses particulares.

La opinión de esta postura es que el vínculo director-sociedad, cuando no existe función técnica de carácter permanente, genera un contrato de locación de servicios.

Por el contrario, cuando las tareas del director importan concurrencia diaria, en los horarios de administración de la sociedad y se cumplen funciones ejecutivas, determinar la naturaleza del vínculo resulta una cuestión más compleja, pues en estos casos podemos encontrar exclusividad, estabilidad, profesionalidad e incluso subordinación.

Para esta postura el artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales, cuarto párrafo, tuvo fundamento precisamente en flexibilizar los límites en los casos de los directores técnicos con funciones administrativas permanentes, es decir aquellos que hacen de su profesión su medio de vida.

Resulta entonces cuestionable que en el caso "Riviere de Pietaranea" se sostenga que la excepción está destinada a los directores que cumplen funciones transitorias castigando a los que dedican todo su tiempo a la compañía.

El fallo "Riviere" establece sin mayores distinciones que los directores deben asumir el riesgo empresario; tal afirmación sin mayores precisiones no es correcta.

En efecto, en una sociedad pueden existir directores societarios "de asiento", directores societarios con funciones técnicas de carácter permanente y directores empleados que serían aquellos que cumplen funciones técnicas permanentes y

⁹ Mata y Trejo, La remuneración de los directores de sociedad anónima. En: *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Filippi, Laura y Juárez, María Laura (Dir.), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

que además mantienen una relación de dependencia con la sociedad en la que se desempeñan.

Así parece aceptable concluir que los directores societarios "de asiento" asumen el riesgo empresarial, pues así está dispuesto en el artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales, que vincula remuneración con la distribución de utilidades.

Por tanto, los directores societarios de asiento asumen el riesgo empresarial y también eventualmente que la mayoría, con o sin razón, resuelva no distribuir la utilidad del ejercicio.

El director societario, con funciones técnicas de carácter permanente, es un director que hace de su profesión su medio de vida y que ha suscripto un contrato de locación de servicios.

El fallo "Riviere", siempre dentro de una postura crítica, adopta la doctrina sentada en otra sentencia, por la cual se afirma que, si el empleado es también director, su retribución laboral queda condicionada por la norma societaria, rectora de la función orgánica que él mismo acepta en la sociedad¹⁰.

También se sostiene en "Carrier de Saunier" que "al aceptar el cargo de director o empleado siendo ya director naturalmente pudo y debió alinderar la limitación del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales a fin de ajustar sus remuneraciones a esta norma que resulta de aplicación específica e insusceptible de ser desvirtuada en su eficacia por un régimen laborable aplicable a la relación de empleo de director".

La doctrina del fallo "Carrier" viola la garantía constitucional de una retribución justa y normas de orden público de naturaleza laboral que tienen jerarquía superior al artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales.

El tema es considerar qué alcance tienen los límites del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales frente a una relación laboral en la que los derechos del empleado son irrenunciables, siendo tal disposición de orden público.

La respuesta no es difícil; el sueldo proveniente de la relación laboral es el piso de la remuneración del director y, en caso de darse los supuestos limitantes del segundo párrafo del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales, la asamblea no podrá regular honorarios por encima de lo percibido en concepto de sueldos, salvo por aplicación del cuarto párrafo del artículo citado.

¹⁰ "Carrier de Saunier, M. c/Casa de las Juntas S.A.", CNCom., Sala E, 30/05/1984.

El monto total de los sueldos percibidos resulta amparado en la disposición de excepción del cuarto párrafo del artículo 261 que es precisamente la que evita el conflicto de normas entre el derecho societario y el laboral.

En síntesis, el cuarto párrafo del artículo en análisis ampara la percepción de retribuciones por funciones ejecutivas de carácter permanente, aunque no especifique tal carácter y las comisiones especiales que -a nuestro juicio- son aquellas tareas de índole ejecutiva que no gozan de permanencia y por lo tanto son especiales.

Esa es la explicación y no otra por la cual la ley no menciona el carácter permanente en el cuarto párrafo y es la explicación que se ciñe al origen y fuente del artículo 261.

En síntesis, las limitaciones del segundo y tercer párrafo, según esta teoría, juegan de la siguiente forma:

1. Los directores con funciones ejecutivas solo podrán percibir honorarios en la medida en que la norma inserta en el segundo párrafo lo permita y no puedan ampararse en la excepción del cuarto párrafo.
2. Los directores con funciones ejecutivas de carácter permanente pueden percibir válidamente honorarios en forma anticipada si una asamblea autoriza su percepción en forma previa.
3. Los directores con funciones ejecutivas y relación de dependencia podrán percibir sus sueldos con necesidad de autorización previa en virtud de la necesaria compatibilización que deben efectuarse entre el ordenamiento societario y las normas laborales¹¹.

IV. Pago de honorarios: anticipos. Distintos supuestos

Los denominados "anticipos de honorarios" son muy frecuentes en nuestras sociedades anónimas y se utilizan para asignar una retribución mensual fija o variable a los directores, ya sean los de "asiento" o societarios, como aquellos que cumplen funciones técnico-administrativas de carácter permanente, a los que hemos denominado directores profesionales.

El cuarto párrafo del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que las remuneraciones en exceso por utilidades reducidas, dividendos

¹¹ Mata y Trejo, La remuneración de los directores de sociedad anónima. En: *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Filippi, Laura y Juárez, María Laura (Dir.), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

no distribuidos suficientemente, o bien por inexistencia de utilidades, solo pueden hacerse efectivos previa decisión de la asamblea. Frente a esta disposición cabe analizar la naturaleza de las sumas pagadas a los directores antes del cierre del ejercicio y de la consideración del balance correspondiente a aquel por la asamblea ordinaria de accionistas.

La doctrina y la jurisprudencia entendieron que dichas sumas no eran anticipos de honorarios, pues, si existía pago, no habría obligación de devolver sino un mutuo con imputación a honorarios.

Muchas sociedades adoptaron procedimientos idóneos para evitar cuestionamientos posteriores y además con el objeto de exteriorizar claras reglas de juego, sobre todo para los directores que cumplían funciones técnico-administrativas de carácter permanente, que por su característica hacían que aquellos dedicaran su vida laborable a la sociedad y por lo tanto no podían quedar sometidos a la alternativa de tener que devolver lo percibido que había sido gastado para dar sustento a su núcleo familiar ¹².

La metodología, aún aplicada, consiste en que la asamblea ordinaria considere y apruebe en forma anticipada las sumas globales que el directorio puede percibir "a cuenta" en forma mensual y durante el ejercicio ya iniciado o en curso.

Esta aprobación previa tiene las siguientes consecuencias: si el ejercicio finaliza sin utilidades o con utilidades insuficientes o si bien luego la asamblea decide distribuir dividendos en una forma que torna lo percibido con anterioridad por los directores en un exceso de los parámetros fijados en el segundo párrafo del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales, las sumas retiradas "a cuenta" quedan inexorablemente firmes como derecho adquirido, no impugnada por cierto la asamblea que aprobara los retiros anticipados, jugando así dichas sumas como piso de la retribución directorial.

La asamblea ordinaria posterior podrá aumentar el honorario conforme la atribución que le concede el cuarto párrafo del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales, pero nunca reducir lo aprobado por la asamblea anterior, cuya decisión ha sido convalidada por expiración del plazo legal de impugnación previsto en el artículo 251 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Así, en los casos en que los "retiros a cuenta" tuvieran como fundamento una decisión asamblearia previa, la naturaleza de los mismos no será de un préstamo que se debita contra la cuenta particular del director y que está sujeto a una

¹² Anguinis, Ana María M. de: Reflexiones sobre la retribución que corresponde a cada director, *RDCO*, 14, 1982, p. 497.

eventual devolución, sino que revestirán el carácter de anticipos de honorarios que quedaban firmes con los alcances antes expuestos.

No cabe otra interpretación pues el cuarto párrafo establece un equilibrio entre los intereses en juego: el de los accionistas y el de los directores que cumplen funciones permanentes y dedican su vida a la sociedad. A este último caso se refiere la ley al decir: "cuando... frente a lo reducido o la inexistencia de ganancias que se imponga la necesidad de exceder los límites prefijados...".

Se impone la necesidad de exceder los límites solo en el caso de las funciones ejecutivas de carácter permanente, que son aquellas que permiten operar diariamente a la sociedad. Una función temporaria no permanente demuestra por esa sola característica que en principio no es imprescindible y, por lo tanto, no debió haber sido contratado por la sociedad en épocas de baja rentabilidad.

V. Proyecto de reforma

En el año 2002, como consecuencia de la resolución (MJDH) 112/2002, una nueva comisión fue designada para encarar la labor reformadora de la ley de sociedades, de la cual al día de este trabajo no se tiene noticia alguna, no obstante ello consideramos válida su mención en atención a la luz que sobre el particular podría verter.

El anteproyecto de reforma de la ley de sociedades en su artículo 261 dice:

"Frente a lo reducido o inexistencia de ganancias, puede prescindirse de las limitaciones prefijadas para remunerar el cumplimiento de comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas, ocasionales o permanentes, por parte de uno o más directores".

Al hablar de "ocasionales o permanentes" dejaría abierta la puerta para la aplicación de la tesis amplia que hemos esbozado en el punto III.

No obstante ello, no queremos abrir interpretación a efectos de no confundir al lector toda vez que este es un proyecto y se menciona al solo título informativo.

VI. Pagos anticipados a directores en caso de quiebra. ¿Ineficacia de puro derecho (art. 118, inc. 2) o restitución por falta de causa (art. 88, inc. 3)?

Las situaciones en donde existe un retiro de fondos por parte de los directores de la fallida en el período de sospecha han traído aparejadas muchas dudas en cuanto a su legalidad, y la jurisprudencia no ha sido uniforme en la resolución del problema. Analizando la normativa vigente y un reciente

pronunciamiento de la Cámara Nacional Comercial, el autor adhiere a la postura que considera tales pagos como ineficaces de puro derecho, sin dejar de señalar los abusos que esto puede llegar a ocasionar y la necesidad de nuevos fallos jurisprudenciales que enriquezcan las posturas al respecto.

A) Pagos anticipados al director no aprobados por asamblea

Consideramos que los pagos de honorarios a los directores deben ser votados por la asamblea que trata el ejercicio contable (art. 234, LSC). De lo contrario, no se puede saber si existen ganancias para poder distribuir dichas utilidades a los mismos (art. 261, LSC).

Este artículo establece una serie de normas imperativas en materia de remuneración de los directores, las cuales son aplicables a todos los administradores de sociedades comerciales, pues el fundamento de las limitaciones remuneratorias previstas en aquella norma vale para todos los tipos societarios.

El artículo 261 de la Ley de Sociedades dispone dos procedimientos para la determinación de los honorarios de los directores:

a) Por vía estatutaria, lo cual constituye un supuesto de muy infrecuente aplicación, y que consiste en la fijación, por el estatuto, de un monto determinado o de un sistema de porcentajes sobre las ganancias del ejercicio, discriminando las funciones cumplidas por cada uno de los directores.

b) A falta de cláusula estatutaria, la ley delega en la asamblea de accionistas o en el consejo de vigilancia su fijación, en los términos de los artículos 234, inciso 2 y 281, inciso d, de la Ley de Sociedades Comerciales, pero para que este último supuesto sea de aplicación, resulta necesaria una cláusula estatutaria expresa¹³.

De ser absolutamente consecuentes con el criterio de que todos los gastos del ejercicio deben incidir en el estado de resultados del ejercicio, y no en el estado de resultados acumulados, tenemos que llegar a la conclusión de que los honorarios a directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia también deben consignarse en el estado de resultados del ejercicio. Efectivamente, este procedimiento es correcto desde el punto de vista contable, pero jurídicamente opone una dificultad bastante seria¹⁴:

1. Por un lado, cuando la Ley de Sociedades Comerciales supedita el monto de dichos honorarios a un porcentaje o parte de las ganancias del ejercicio.

¹³ Nissen, Ricardo, *Ley de sociedades*, Buenos Aires, Ábaco, T. III, p. 276.

¹⁴ Ver Verón, Alberto, *Los balances*, Buenos Aires, ERREPAR, p. 477.

2. Por otro lado, las limitaciones impuestas al monto de dichas retribuciones por el artículo 26¹⁵] que, aunque se fijen de antemano y estén cargadas en las pérdidas del ejercicio (vgr. remuneraciones mensuales), precisan su desglose del estado de resultados del ejercicio a fin de establecer con exactitud el monto de las ganancias sujetas a la aplicación de los porcentajes máximos.

En ambos casos, es la asamblea general ordinaria de accionistas quien tiene que resolver sobre la aprobación de los honorarios sobre la base, previamente, de los resultados netos del ejercicio y de la magnitud de la distribución de dividendos¹⁶. De aquí que se haya resuelto que la utilidad del ejercicio no es utilidad a distribuir sin más como dividendo, pues esta debe ser neta, es decir, deducidos los importes correspondientes a impuestos, honorarios del directorio, consejo de vigilancia o sindicatura, gratificaciones, fondo de reserva legal, etc. La utilidad distribuible solo puede determinarse una vez aprobado por la asamblea el balance, la gratificación al directorio y los honorarios del consejo de vigilancia¹⁷.

B) Pagos anticipados al director en caso de quiebra

Hechas estas salvedades, podemos entrar de lleno en la cuestión planteada en el título de este trabajo.

En más de una oportunidad nos encontramos en situaciones donde existe retiro de fondo por parte de los directores de la fallida en el período de sospecha, sin decisión asamblearia.

Lo expuesto, como es de suponer, ha traído aparejadas muchas dudas sobre la legalidad de dicha cuestión.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en la resolución de este problema, ya que algunos sostienen que en tal proceder habría una ineficacia de puro derecho, amparada en el artículo 118, inciso 2 y otros en una obligación de restitución por falta de causa (art. 88, inc. 3).

Haciendo un repaso de estos dos institutos, observamos que en el artículo 118, inciso 2, la ley alude a la declaración de ineficacia de los actos otorgados en período de sospecha.

En sentido amplio, la ineficacia comprende todo supuesto en que un acto jurídico es privado de efectos, sea total o parcialmente, sea entre las partes

¹⁵ Ver Verón, Alberto, *Sociedades comerciales*, T. 4, pp. 108/68, y T. 5, pp. 459/72

¹⁶ Ver también De Gregorio, *Los balances*, pp. 428/31.

¹⁷ Ver CNCom., Sala C, 12/03/1979, II, 1979, I, XL, p. 634.

que lo han otorgado, sea frente a todos o ciertos terceros. Así se incluyen en esta noción la invalidez (nulidad, anulabilidad), la inexistencia (para quienes consideran que esta es una categoría admitida en el derecho patrimonial), la inoponibilidad, así como la revocación, la resolución y la rescisión.

En cambio, la ineficacia en sentido estricto comprende solo a los actos válidos que, por otras razones, no producen algunos efectos que le son propios. Ello importa distinguir la ineficacia en sentido estricto de la invalidez. Por lo tanto, son ineficaces en este sentido los actos inoponibles. Así, aquellos que se resuelven, revocan o rescinden.

En el caso concreto que nos ocupa, los actos son “*stricto sensu*” declarados inoponibles a los acreedores en la masa¹⁸.

Por su parte, en el artículo 88, inciso 3, es la orden al fallido y a los terceros para que entreguen -al síndico- los bienes de aquel. Es el efecto propio del desapoderamiento (ver art. 106), debiendo proceder el síndico -de manera inmediata a la sentencia de quiebra- a la incautación de los bienes y papeles del fallido, a cuyo fin el juez designa un funcionario que puede ser un notario (art. 177, LC), lo cual a su vez se relaciona con el inciso 10 del artículo 88 de la ley concursal, que prevé la designación de un funcionario que realizará el inventario de los bienes del fallido.

VII. Jurisprudencia abarcativa sobre la problemática

A) Jurisprudencia favorable a la aplicación del artículo 118, inciso 2

Ausente el acto asambleario que hubiere otorgado validez al retiro anticipado de honorarios por los directores, deviene inevitable la conclusión de que esos actos enmarcan en el supuesto previsto por el artículo 118, inciso 2, de la Ley 24.522, sin que tal manera de concluir pueda ser juzgada de formalista o ritualista, sino de la simple utilización de normas de la Ley 19.550, pues aunque pudiera admitirse que las tareas o gestión y dirección hayan existido y, por lo tanto, que existía una deuda genuina de la sociedad hacia los directores generada por la prestación, no puede eludirse de todos modos la conclusión de que se trató de pagos anticipados, a raíz de lo dispuesto por los artículos 234 y 261 de la Ley 19.550¹⁹.

En un reciente fallo, con pronunciamiento del Fiscal de Cámara al que se adhirió el Tribunal, se resolvió: “procede hacer lugar a la declaración de ineficacia

¹⁸ Rivera, Roitman y Vítolo, *Ley de concursos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. II, pp. 59 y 175.

¹⁹ Cambria S.A. s/quiebra. Incidente de ineficacia, CNCCom., Sala A, 27/12/2000.

de pleno derecho en los términos del artículo 118 *in fine*, de la ley de concursos y quiebras, respecto de lo decidido en cierta asamblea de accionistas del ente declarado en bancarrota, celebrada en período de sospecha, recalificando en los estados contables cierto rubro, inicialmente ubicado en el activo de la sociedad como “retiros directores”, para conceptuarlo como retribución de aquellos, con evidente perjuicio para la masa, pues ello implicó disposición de un importante activo de la sociedad, sin contraprestación alguna, dado que no se ha demostrado la realización de tarea alguna de los directores a favor de la entidad que deba ser retribuida”²⁰.

Para arribar a tales conclusiones, la Fiscalía sostuvo:

“En los propios registros contables de la sociedad se había dejado en claro que el retiro, por parte de los aquí apelantes -en ese entonces eran directores-, de los importantes fondos del caso, constituía una deuda suya frente a aquella. No se dejó allí constancia alguna de que, por el contrario, tales considerables sumas debían considerarse ‘retribución’.

“En rigor: no observo que se hubiesen dado argumentos eficaces para sustentar la decisión de la cuestionada asamblea, en punto a la transformación de un activo de la sociedad en una pérdida, con evidente perjuicio para la masa.

“En tal línea de ideas, opino que dicha decisión asamblearia parece haber constituido casi una liberalidad; digo: un acto que, redondamente, implicó disposición de un importante activo de la sociedad (los tales créditos a cobrar) sin contraprestación visible, en pleno período de sospecha. En tal sentido, considero que se trata de un supuesto encuadrable en la norma del artículo 118, inciso 1°, de la Ley Concursal.

“La aludida realización de trabajos por parte de los ex directivos aquí apelantes no parece haber configurado, a mi juicio y en el caso, la aludida contraprestación: no noto que dicho retiro de fondos hubiese tenido relación alguna con tareas suyas en el ente; no veo que se hubiese demostrado eso; por el contrario: los propios registros contables de la sociedad, como antes señalé, demostraron lo contrario”.

B) Jurisprudencia favorable a la aplicación del artículo 88, inciso 3, de la Ley Concursal

²⁰ “M.C. Informática S.A. s/quiebra s/incidente de declaración de ineficacia”, CNCom., Sala E, 16/08/2001.

En autos "Stel Tec S.A. s/quiebra"²¹, se fue más allá de la ineficacia al considerar que, en caso de retiro de fondos a cuenta de honorarios de directores, se debería restituir dicho monto por parte de los directores, en virtud del artículo 88, inciso 3, de la Ley 24.522, y no del artículo 118, inciso 2, de la Ley Concursal.

Podemos resumir el sumario de dicho fallo de la siguiente forma:

La obligación que tiene el director de la fallida de restituir los fondos retirados de la caja social "a cuenta" de honorarios durante el período de sospecha, y sin que por decisión asamblearia se le hubiese asignado retribución alguna, halla fundamento en el artículo 88, inciso 3, de la Ley 24.522 y no en el artículo 118, inciso 2, del mismo cuerpo legal, ya que tal dación no constituyó un pago referido a una deuda de la sociedad, pues esta última no tenía débito alguno con su director.

VII. Conclusión

Por nuestra parte, adherimos a la postura, que parece ser mayoritaria, de considerar tales pagos anticipados como ineficaces de puro derecho, en los términos del artículo 118, inciso 2, de la Ley Concursal.

No obstante ello, consideramos que estamos frente a una cuestión controvertida, donde existe un gran abuso por parte de los directores en toda la cuestión atinente a adelantos de honorarios del directorio, más en este tipo de etapas procesales.

Desde ya el tema no está definido, restando esperar nuevos pronunciamientos que enriquezcan ambas posturas jurisprudenciales.

²¹ CNCom. - Sala D - 26/10/1998.