

“Honorarios del Directorio.

Análisis Interdisciplinario.”

I. a) Introducción.

El objetivo del presente trabajo es analizar y describir el régimen jurídico los honorarios del director de una sociedad anónima, de manera de establecer, según la ley argentina, como corresponde que sea remunerado el director en razón de la función que cumple dentro de esa sociedad.

Procuró desarrollar el tema desde la perspectiva actual a partir de un análisis profundo de la normativa prescripta en la Ley de Sociedades, atendiendo a sus antecedentes e interpretaciones y análisis doctrinarios y jurisprudenciales. Sin embargo, como objetivo fundamental de este trabajo de investigación el análisis será realizado desde un punto de vista interdisciplinario, a los efectos de abordar las implicancias que sobre dicho régimen conlleva el derecho laboral, tributario y previsional. Asimismo, se analizará el régimen contable aplicable a los honorarios.

De este modo, se intentará desarrollar -de un modo uniforme- la normativa aplicable que desde las diferentes disciplinas que abarcan la materia, se aborda la remuneración del directorio.

I.b) La norma y sus antecedentes

El directorio, es el órgano de la sociedad anónima, que inviste la administración del ente, con sujeción -en principio-- a las decisiones de la asamblea de la sociedad.

La función de los administradores es en todos los tipos societarios remunerada, y así lo presume la Ley de Sociedades, al disponer que si el estatuto omitiera determinar la retribución por su desempeño, "la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia" (art. 261, párr. 1º).

El artículo 261, tuvo como antecedente al art. 341 del Código de Comercio, que establecía que "las funciones de los directores y síndicos serán remuneradas, si los estatutos no dispusieran lo contrario. Si la remuneración no estuviese determinada por los estatutos, lo será por una asamblea general". De ahí que pudiera presumirse la gratuidad del cargo bajo el antiguo régimen. No resultaba claro si la asamblea gozaba de una facultad discrecional o no, e incluso, si podía delegar en el directorio la fijación de su propia remuneración.¹

Según Martorell² citando a Menegazzo Cané (h.), el sistema

¹ Verón menciona que la jurisprudencia judicial y administrativa en época de vigencia del Código de Comercio dilucidó alguno de los cuestionamientos, por lo que el régimen de remuneración de los administradores debía regirse por los siguientes principios: a) La retribución admitía diversas formas de implementación: cantidad fija anual para cada director, cantidad fija por cada reunión asistida, porcentaje sobre las ganancias distribuidas una vez aprobadas en asamblea, porcentaje sobre las ganancias después de abonado a los accionistas determinado dividendo, retribuciones diferenciadas a cada uno de los directores. b) La remuneración no podía ser fijada por el propio directorio. c) No disponiendo el estatuto la gratuidad del cargo, los directores podían exigir a la sociedad una retribución por el desempeño de sus funciones. d) La doctrina no era unánime si los directores en ejercicio podían participar de la distribución de las reservas. e) Cuando la remuneración fuera fija, tenía derecho a percibirla aunque el ejercicio no arrojara ganancias. (Verón, Alberto Victor, "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada." Ed. Astrea, Tomo 3, 1986).

² Martorell, Ernesto E., "Los honorarios de los directores de las sociedades anónimas

remuneratorio adoptado por el Código de Comercio acompañaba su estructura liberal, otorgando amplias facultades a las partes. Así, resultaba habitual que, o se asignara a los directores un porcentaje sobre las ganancias; o se estableciera una suma global por estatuto o se les atribuyera una cantidad anual fija, con la particularidad que -en las últimas dos hipótesis-, se presuponía el pago de la retribución aunque no hubiera ganancias, el que por lo general guardaba relación con el tiempo prestado por el funcionario para el desempeño del cargo.

Ya en aquella época, las críticas en contra del sistema remuneratorio basado en la liquidación porcentual de honorarios sobre las utilidades eran marcadas, sosteniéndose que existía un conflicto entre el interés personal de los directores con el de la sociedad administrada, pues, o aquéllos imputaban la existencia de ganancias superiores para cobrar más - con la evidente afectación al derecho al dividendo-, o quedaban impagos en parte de su retribución, por haberse computado utilidades inferiores, agregando Fernández³ que la práctica más común, consistía en el incremento ficticio de las ganancias por parte del directorio, para obtener una mayor remuneración.

Como consecuencia de ello, fue que el ex "Instituto Mixto de Inversiones Mobiliarias" comenzó a exigir a las empresas un compromiso de no distribuir por honorarios a directores, más del 25 % de las utilidades, lo que -a su vez- fue establecido como precepto por la ex "Comisión Nacional de Valores del Banco Central de la República Argentina", en el punto I, apartado "a) 7)" de sus "Normas...", y posteriormente receptado por el art. 10, de la ley 17.811, que impuso la obligatoriedad de convocar una nueva asamblea

ante el límite del artículo 261 de la ley 19.550", LA LEY1985-C, 861.

³ Fernández, Raymundo L.; "Código de comercio comentado", t. I, vol. II, p. 514, Buenos Aires, 1959.

dentro del mes de la anterior, para reconsiderar el tema de los honorarios abonados en exceso, y el deber de restitución de los importes indebidamente percibidos, ante la falta de cumplimiento de la disposición precedentemente mencionada⁴.

Es así que al sancionarse la Ley 19.550, fueron tenidas en cuenta las críticas anteriormente transcriptas, y se insertó en ella el art. 261⁵, que tuvo por base las disposiciones de los arts. 86 del "Anteproyecto Bomchil de Sociedades Anónimas", y 326 del "Anteproyecto de Ley General de Sociedades" de Malagarriga y Aztiria, y que dice:

“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

⁴ MENEGAZZO CANE (h.), Miguel; "Retribución a los directores de sociedad anónima", E. D., t. 62, p. 654, 1975. Veron, Alberto Victor, "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada." Ed. Astrea, Tomo 3, 1986, pág126.

⁵ Modificado a poco de su sanción por la Ley 20.468, mediante la que se aclaró que el total de las ganancias se consideraría sin tener en cuenta la reducción de la participación del directorio y del consejo de vigilancia en las ganancias, nunca se reparte el total de las mismas entre los accionistas, lo que es obvio, y por tanto nunca podría alcanzarse el máximo del 25% por el directorio y el consejo de vigilancia. (Otaegui, Julio, "Administración Societaria", pag. 270.

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.”

I.c). Los cuestionamientos efectuados a la disposición analizada

Al poco tiempo de su sanción, el art. 261 de la Ley 19.550, fue objeto de graves críticas. En este sentido, Raimondi⁶ lo calificó de "norma errónea y desacertada", acotando que la misma pretendía "enseñarle a los dueños de la empresa cómo deben remunerar a sus administradores y que deben hacer con su dinero", a lo que se sumaba su eventual "inconstitucionalidad", y el hecho que "entraba en colisión con las leyes del trabajo y de manera aún más violenta con el sentido común".

Las críticas, aunque más aisladas permanecen en la actualidad. Van Thienen⁷ entiende que el sistema vertebrado por el artículo 261 intentando proteger el derecho en expectativa de todo accionista tiene al reparto de utilidades, se restringe y condiciona la remuneración del director,

⁶ RAIMONDI, Carlos A.; "Representación y administración de sociedades", "Revista de administración de empresas", t. III-A, p. 444.

⁷ Van Thienen, Pablo A. "Remuneración del director y participación en las ganancias". CEDEF, Working Paper, n° 1/2006.

como si el derecho de éste tiene a percibir una justa compensación por sus funciones fuera un derecho subordinado, imperativamente, al pago de dividendos. En opinión de este autor, una remuneración adecuada, o sea, destinada a compensar la justa retribución del director no puede estar limitada y menos condicionada a las ganancias y a la política de dividendos por dos razones –a su entender- fácilmente comprensibles: (i) los socios pueden resolver seguir una política de dividendos restrictiva durante uno, dos o más ejercicios siendo ésta una decisión social ajena a la voluntad del director ejecutivo (art. 66.3 y 70) y, (ii) el monto de la ganancia del ejercicio podría ser reducida o inexistente en comparación con el monto de los honorarios.

Cabe mencionar que limitaciones semejantes a la de la norma cuestionada han sido establecidas en el derecho comparado, ya que en España -por ejemplo- la ley de 1951 en su art. 71, disponía que si se debía retribuir a los directores por medio de una participación en las ganancias, la misma sólo se podía pagar cuando existieran beneficios líquidos, obtenidos luego de cubrir las reservas legales y estatutarias, y de distribuido un dividendo mínimo del 4 % -o el que estableciera el estatuto al tipo más alto-.

En Francia, la ley de 24 de julio de 1966 dispone que si la remuneración directorial consiste en un porcentaje sobre los beneficios del ejercicio, la participación máxima de los administradores no puede exceder el 10 % de los mismos, y que su pago se encuentra condicionado a la puesta a disposición del dividendo a los accionistas.

II. El caso del director "dependiente". La relación laboral versus el vínculo orgánico. La acumulación de cargos del Director.

II. 1. Régimen legal. Antecedentes.

Durante la vigencia del Código de Comercio se debatió sobre la validez de la contratación a través de un contrato de trabajo mediante el cual el administrador, además de ejercer el cargo de director, se obligaba a trabajar simultáneamente como empleado de la sociedad que administraba.

Explica Otaegui⁸ que en virtud de la previsión del art. 338 del Código de Comercio, el cual disponía que *“es prohibido (a los directores) también negociar o contratar por cuenta propia directa o indirectamente con la sociedad que administran”*, se sostuvo que era inconciliable el contrato de trabajo con el cargo de director. Sin embargo, existía una corriente jurisprudencial contraria, mayormente laboral, que entendía era acumulable el cargo de director y empleado, por considerar que el art. 338 no resultaba aplicable al contrato de trabajo.

La sanción del art. 261 de la Ley de Sociedad despejó toda duda al respecto al establecer que los límites máximos fijados para remunerar a los directores comprenden “sueldos y otras remuneraciones”, y cuando la ley ha querido establecer este tipo de incompatibilidades, lo ha realizado en forma expresa, tal como los consejeros (art. 280, por remisión al art. 286) y los síndicos (art. 286, inc. 2)⁹. Se agregó a ello que el art. 271 del mismo cuerpo

⁸ Otaegui, Julio C., “Administración Societaria”, pag. 193, Editorial Abaco, 1979.

⁹ En este sentido se expresa Julio C. Otaegui quien entiende que “A esta argumentación cabe añadir que la Ley de Sociedades admite expresamente la acumulación de las calidades de director y de empleado, cuando en su art. 261 se refiere con relación a los

legal, permite –incluso- la celebración de contratos prohibidos¹⁰.

II. 2. El vínculo laboral aplicable al administrador.

Poco a poco se fue introduciendo en doctrina -y logró recepción jurisprudencial- una postura fundada en el derecho laboral, consistente en imputar a los directores el carácter de "subordinados" o "dependientes" de la sociedad que administran, cuyo resultado, y bajo tales fundamentos se proponían evadir la limitación normativa, con el pretexto que los "sueldos" (sic) directoriales se encuentran excluidos del tope legal del 25 %.

No debe perderse de vista que en una sociedad pueden existir directores que limiten sus funciones a la concurrencia y toma de decisiones en el ámbito de las reuniones periódicas del órgano –denominados “de asiento”-, y directores “ejecutivos” que realizan tareas técnico administrativas de carácter permanente en la sociedad.

Respecto a los primeros, no cabe duda alguna que el vínculo

miembros del directorio y del consejo de vigilancia a los “sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente”, y que cuando ha querido establecer la incompatibilidad de una función con las tareas de empleado lo ha hecho expresamente tal como los consejeros y los síndicos.” (“Administración Societaria”, Ed. Abaco, 1979).

¹⁰ Esta doble vinculación ha sido receptada jurisprudencialmente: “De igual manera, deben desestimarse las inadmisibles argumentaciones desplegadas acerca de la aplicación del régimen de la mora automática previsto en las normas laborales, puesto se trata de un capítulo no propuesto ante la instancia precedente, los que veda su tratamiento en Alzada (art. 277 C. Proc.) y, además, porque lo que se discute en este juicio no es la relación laboral que pudiera existir entre Cirimedo y Nutrimetal, sino la relación comercial societaria que vinculara a ambos y que es independiente del empleo o cargo desempeñado por el primero en relación de dependencia con la sociedad.” (CNCom, Sala C, 31/07/1985, “Cerimedo, Norberto c/ Nutrimetal SA s/ sumario”, societario.com Ref. Nro. 10.069.

que los une a la sociedad es estrictamente comercial y en nada se relaciona con lo laboral. Las dudas se generan en relación a los segundos, donde el encuadramiento –en principio- no resulta tan claro, en la medida que éstos, a su vez, pueden estar vinculados mediante una relación de dependencia con el ente.

En esta inteligencia, se ha sostenido que existe dependencia laboral simplemente cuando se comprueba que una persona utiliza su capacidad de trabajo para participar en el sistema general de bienes y servicios, realiza esa participación en forma habitual y continua a través de una organización empresaria total o preponderantemente ajena que, a la vez realiza su finalidad empresaria sobre la base de la libre disposición del producto elaborado o del servicio mismo. Bajo tal premisa, doctrinariamente se ha entendido que el como nota distintiva que se presenta en la función del director de una sociedad anónima, como trabajador concurre diariamente a la sede social, en horarios de administración de la sociedad, cumple funciones ejecutivas, y la misma ley le impone el carácter personal e indelegable del cargo¹¹.

En sentido similar, Vázquez Vialard¹² -llevando a límites extremos a esa teoría-, ha llegado a sostener que el presidente o vicepresidente ejecutivo de una S. A., en cuanto desempeñen alguna función gerencial, o sea que integren en forma adicional los "órganos" de la empresa (sic), deben ser considerados dependientes de la sociedad¹³.

¹¹ López Candiotti, José A y Daguerre, Luis O, "El Director de la Sociedad Anónima desde un enfoque conciliador entre el microsistema societario y el laboral", La Ley Online.

¹² VAZQUEZ VIALARD, Antonio; "La situación laboral del presidente o vicepresidente ejecutivo de una sociedad anónima". T. y S. S., 1977, ps. 129 y siguientes.

¹³ López Candiotti, José A y Daguerre, Luis O. citan en la obra (9) que la postura que liga a los directores al régimen de trabajo subordinado no goza de pocos adeptos. En tal sentido citan los siguientes antecedentes jurisprudenciales y administrativos: La CNAT sostuvo que el solo hecho de ser director de una sociedad anónima no constituye impedimento para la existencia de una relación de trabajo subordinada (CNAT, Sala V,

Roig¹⁴ entiende que el director realiza una prestación de servicios, pero el capital utilizado es ajeno, pues pertenece a la sociedad. La tarea del director, incluso cuando se encuentre en relación de dependencia, será propender a la obtención de lucro por parte de la sociedad, a pesar que, con la jurisprudencia y la doctrina imperantes, el lucro propio no este asegurado, ya que se encuentra sujeto a la condición de que la sociedad obtenga beneficios. El hecho de que trabaje con capital ajeno y la circunstancia de que su lucro no este asegurado constituyen razones claras y contundentes para desechar su encuadramiento como empresario, por lo que se torna aplicable la presunción de existencia de una relación de trabajo.

Roitman¹⁵ se expresa con un criterio similar, pero el planteo lo realiza a partir de un supuesto fáctico particular en el cual un empleado accede luego de determinado tiempo al cargo de director. En este sentido entiende que en general, las normas del derecho del trabajo no dejan desamparado a quien con el curso de los años consolida derechos adquiridos (antigüedad, vacaciones, preavisos, etc.). Sería injusto que como consecuencia de acceder a un puesto en la dirección perdiera estas prerrogativas, y pudiera ser despedido sin más con motivo de la revocación de su designación como director, o no elegirlo nuevamente al concluir su mandato.

6/5/74). La Cámara Civil y Comercial de Rosario resolvió que la calidad de directores de la fallida no es en principio incompatible con la relación laboral que pueda existir entre aquellos y la sociedad anónima en quiebra. (CCCom, Rosario, Sala I, 11/08/97, LL 1998-F, 876.). Por último, la resolución 443/92 de la Administración Nacional de Seguridad Social además de establecer ciertas pautas para comprobar la existencia de la relación de dependencia, señaló por medio de una enumeración no taxativa, que debía considerarse en relación de dependencia a los directores de la sociedades anónimas que cumplan determinadas pautas, pero excluía expresamente al presidente y vicepresidente.

¹⁴ Roig, Jaime, "La remuneración al director de una sociedad anónima en la ley argentina", SJA 08/09/2010.

¹⁵ Roitman, Horacio "Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada". La Ley, 2006, pág. 414.

Veamos, es importante analizar los aspectos esenciales del contrato de trabajo para posteriormente inferir si debe o no aplicarse al vínculo directorial. Los elementos específicos del contrato de trabajo son: la subordinación, la exclusividad, la estabilidad y la profesionalidad.

La subordinación jurídica, como criterio distintivo del contrato de trabajo implica que un sujeto se obliga a prestar a otra persona, bajo su dirección y dependencia, un servicio personal bajo una retribución convenida¹⁶, es decir que el trabajador debe acatar las instrucciones impartidas por su empleador. Por su parte, la exclusividad esta dada por la total y eficaz dedicación al trabajo, incluso aunque el empleado concurra a más de un trabajo. La estabilidad del vínculo laboral supone que la relación de trabajo tiende a perdurar en el tiempo. Por último, la profesionalidad, elemento inherente al trabajador, como prestador de servicios propios de sus facultades u oficios, lo enviste de una categoría al incorporarse a la empresa.

La realidad es que para analizar si las reglas del contrato de trabajo alcanzan a los directores –incluso a aquellos que presten funciones permanentes- debe dilucidarse bajo un principio rector: el carácter de órgano societario del Directorio, y de los miembros que lo componen, que por la específica naturaleza jurídica del vínculo, ostenta elementos especiales disímiles al del contrato de trabajo, por lo que resultan incompatibles uno con el otro.

No puede hablarse en rigor de una subordinación de los directores con la sociedad, pues en realidad estos se confunden con el órgano administrador de dicho ente, no existiendo subordinación en el sentido de la

¹⁶ C2º Trab, Córdoba, 09/08/67, LL 128-645).

Ley Laboral, sino una en el sentido normativo a la ley societaria y estatuto. Es que los directores de la sociedad no son meros representantes o mandatarios de ésta, sino que como miembros del órgano de administración integran su personalidad societaria y mal podrían ser subordinados a ella.

La exclusividad, no se da en el vínculo del director para con la sociedad, pues no resulta extraño que una misma persona ocupe el cargo de director en diferentes sociedades.

Tampoco constituyen elementos del cargo de director la estabilidad y profesionalidad. La primera por cuanto el ejercicio del cargo tiene un límite temporal¹⁷ –aunque reelegible¹⁸- y el mismo puede ser revocado libremente por asamblea sin expresar causa.

La Ley de Sociedad ha estructurado un régimen normativo para que los directores no violen su deber de actuar conforme al interés social. Por ello, de que valdría todo este andamiaje jurídico so pretexto de tutelar el derecho laboral creado unilateralmente por los directores. Sería fácil burlar esta disposición produciendo directores que se autodesignasen empleos y remuneraciones en detrimento del interés que deben tutelar. En este sentido, Veron¹⁹ expresa que: “Es que la ley quiere que el director esté al servicio de la sociedad; y no ésta al servicio de aquél. De ahí las limitaciones impuestas con carácter de orden público. Sería fácil burlar esta disposición procediendo los directores a autoasignarse empleos y retribuciones especiales en detrimento de los intereses que deben tutelar”.

¹⁷ Art. 257 L.S.C.

¹⁸ Art. 256 L.S.C.

¹⁹ Veron, Alberto Victor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.” Ed. Astrea, Tomo 3, 1986, pág. 118.

En suma, los directores de la sociedad no resulta en su origen empleados de la sociedad, y por ende no existe una relación de empleo privado entre ellos y ésta.

Así se ha resuelto que: “No prejuzga contra el reclamo del actor el hecho de que antes de la promoción de la presente demanda hubiera promovido otra, en sede laboral, por el cobro de remuneraciones e indemnizaciones laborales contra la aquí demandada, la cual fue finalmente rechazada por improcedente. Esto es así, porque si bien, como regla, y tal como sostiene la demandada, la función de empleado o dependiente se contrapone a la de director de sociedad anónima, ya que los directores constituyen órganos de la sociedad e integran su personalidad y entonces, mal podrían estar subordinados a ella”²⁰.

Desde el punto de vista previsional cabe destacar que el principio de que los miembros del Directorio de las sociedades anónimas deben inscribirse obligatoriamente al Régimen Integrado de Jubilaciones y Pensiones en carácter de trabajadores autónomos.

Ésta duplicidad de relaciones (orgánicas y laborales) es receptada también por la Ley 24.421 que en el artículo 3 al establecer que resulta voluntaria la inscripción al Régimen Integrado de Jubilaciones y Pensiones del director de una sociedad anónima por las asignaciones que perciban de la misma sociedad por actividades especialmente remuneradas que configuren una relación de dependencia.

²⁰ CNCom, Sala D, 28/08/2007, “Rodríguez, Manuel Pedro c/ Engraulis SA s/ ordinario”, societario.com Ref. Nro. 16.181

Es decir, la afiliación al sistema previsional siempre es obligatoria bajo el régimen de trabajador autónomo, independientemente que el director perciba o no asignaciones como empleado en relación de dependencia, por lo que desde el punto de vista previsional, si bien se reconoce la posibilidad de que el director pueda estar relacionado con la sociedad bajo un régimen de relación de dependencia, se privilegia el carácter autónomo de éste, más acorde a la relación organica que lo une con la sociedad.

Ahora bien, como se ha visto "supra", entendemos que los directores no pueden ser considerados dependientes de la sociedad que administran, pero hemos mencionado que la propia Ley de Sociedades admite la doble vinculación del director, que por una parte es miembro del órgano de administración –circunstancia que excluye cualquier tipo de vinculación laboral- y a su vez es empleado de la sociedad.

Esta circunstancia, en el cual el director es además empleado de la sociedad, se puede generar, ante dos presupuestos: a) el primero, cuando un empleado de la sociedad –el cual suele haber estado contratado por un período considerable- es designado director de aquella sociedad. b) un segundo caso, menos frecuente, cuando el director es designado, y simultánea o posteriormente, es nombrado empleado en relación de dependencia con la sociedad que administra. En este último supuesto, deberá en su caso, cumplirse con las disposiciones del artículo 271 de la Ley 19.550²¹.

²¹ Manifiesta Otaegui que “si la contratación como empleado es posterior al nombramiento como director deberá darse cumplimiento a la LS, art. 271, en su caso. (“Administración Societaria”, pag. 196, Editorial Abaco, 1979).

Pero bien, ante un conflicto de intereses por ese doble rol que decide cumplir, prevalece la tutela de los intereses que debe defender el director, aunque sea también empleado de la sociedad. Nada impide al empleado gozar de los beneficios del régimen laboral, pero si este empleado acepta asumir la función de director, se entiende que se subordina su posición original –de empleado- a la de director. Si como empleado podía gozar de mejor remuneración, debería entonces abandonar el cargo de director o no haberlo asumido²².

Es así entonces que si el empleado es a su vez director, su retribución laboral queda condicionada por la norma societaria rectora de la función orgánica que él aceptó en la sociedad. Al aceptar su designación debió ponderar las limitaciones establecidas en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, régimen de aplicación específica que resulta insustituible por la normativa laboral aplicable a la relación de empleo del director con la sociedad, sin perjuicio de lo cual, queda a salvo la remuneración en exceso prevista en la misma normativa.

La circunstancia de que la Ley de Sociedades haya previsto la delegación de funciones del Directorio en un Comité Ejecutivo y Gerentes, ha llevado a pensar que el director de una sociedad anónima puede invocar válidamente su carácter de empleado subordinado, en tanto realice las “tareas permanentes” especificadas en el art. 261.

Cualquiera fuere la posición que se adopte, resulta indiscutible que a un directorio unipersonal no le puede alcanzar de modo alguno la relación laboral, aunque realice funciones permanentes y retribuidas con sueldo o remuneración periódica. De igual manera, al Presidente del

²² Veron, Alberto Victor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.” Ed. Astrea, Tomo 3, 1986, pág 116.

directorio, aunque tenga un empleo en relación de dependencia con la sociedad, no se lo puede concebir como un empleado, dado el carácter de representante legal de aquella que ejerce.

Por consiguiente, no parece razonable que -invocando la eventual dependencia del "director-gerente"-, se intente dejar de lado el régimen societario -en especial el régimen remunerativo del art. 261 de la L. S.-, en la medida que es imposible admitir la insólita transfiguración de un director en gerente-empleado, justamente por el hecho que siendo el órgano de administración la máxima autoridad patronal dentro de la empresa, no es lógico pensar que sus integrantes puedan estar subordinados jurídica y técnicamente a ellos mismos.

II.3. La limitación del artículo 261 de la Ley de Sociedades y el vínculo laboral.

Como se ha visto "supra", entendemos que los directores no pueden ser considerados dependientes de la sociedad que administran, dejándose en claro que -hasta en países como Francia, en donde la acumulación de los cargos de director y empleado es aceptada-, se establece un régimen extremadamente riguroso para impedir que mediante la misma se perjudique los intereses sociales.

Coincidimos con Farina²³, quien destaca que: "Lamentablemente en nuestro país una gran parte de los tribunales del fuero laboral (donde suelen ventilarse estos litigios), hacen un enfoque unilateral del problema, como si el derecho laboral no fuera parte del derecho positivo total que rige en la República; y con ese criterio soslayan la vigencia de la ley

²³ Farina, Juan "Tratado de Sociedades Comerciales".T II-B (parte especial), p. 344

19.550, olvidando que la protección que otorgan a un director que invoca la calidad de empleado puede colocar a la sociedad en una grave situación al ser víctima de quien fuera designado para velar por sus intereses. Dar a los directores la posibilidad de designarse empleados sin la previa autorización de la asamblea extraordinaria, permite toda clase de abusos en materia de remuneraciones a pesar de los límites impuestos por el art. 261".

Esta problemática ha sido cabalmente expresada en un antecedente de la jurisprudencia: "En realidad, más que el exceso de lo erogado por la doble vía, lo que ha sido puesto en cuestión en este juicio es un problema de disciplina contable y conceptual de la empresa Gilbert S. A. Sus directores han mezclado dos roles, el de tales y el de gerentes; lo cual no es malo, acaso sea muy bueno. Pero, cuando llega el momento del pago, se advierte que no hay manera de distinguir lo que corresponde a lo uno y a lo otro; y surgen las quejas: los trabajadores-directores sostienen que su salario de empleados es bajo; una accionista arguye que su honorario de director es alto. Quizá ambas posturas sean acertadas; pero la decisión propuesta al tribunal no ha sido una valoración de la situación genérica (no lo planteó así la defensa, al menos), sino la justificación de lo segundo. Y ello no fue demostrado, porque no hay una sola prueba que muestre cuanto hubo que pagar en aquel año 1977 para tener un buen director-gerente, sea técnico o administrativo. Creo que el fracaso de la defensa ha sido fatal, ab initio, por la auto-contradicción de su posición."

Aun admitiendo la relación laboral de los directores, la remuneración percibida por los mismos, cualesquiera sea el concepto a que responda, queda incluida en la norma del art. 261 de la L. S., pues ella vincula a los administradores con el resultado económico del ejercicio de la sociedad, a lo cual no son, obviamente ajenos. La remuneración de éstos en exceso al tope legal, aun cuando haya sido abonada durante el ejercicio en concepto de

sueldos nada cambia, pues la limitación prevista por aquella norma legal tiende a impedir una merma excesiva en los dividendos de los accionistas, que sólo afecta a quienes ninguna representación tienen en el directorio²⁴²⁵.

En sentido contrario, se ha resuelto que "el porcentaje máximo del 25 % establecido respecto de la retribución de los directores (art. 261, ley 19.550) incluye los sueldos y demás remuneraciones especiales que se hubieran acordado a los directores en razón del ejercicio por parte de éstos de comisiones o funciones técnico-administrativas, pero ello no significa que su reducción sea obligatoria si dichas remuneraciones superan el 25 % de las utilidades, pues tal forma de retribución es demostrativa del correlativo desempeño de tareas amparadas y protegidas por el derecho laboral, que, como es bien sabido, prohíbe que se reduzcan las remuneraciones²⁶".

La ley, en el art. 261, se refiere a las remuneraciones que "por todo concepto" puedan percibir los administradores, lo que resulta ser suficientemente claro, descartando la interpretación de incluir sólo en la norma a los sueldos recibidos por el cumplimiento de funciones "técnico-administrativas" o integrar "comisiones especiales".

Así lo ha entendido claramente un fallo ejemplar al establecer que: "Si el empleado de la sociedad es también director, su retribución laboral queda condicionada por la norma del art. 261 de la ley 19.550, rectora de la función orgánica que él mismo aceptó en la sociedad. Al aceptar, pues el cargo de director, o de empleado, siendo ya director, naturalmente pudo y debió ponderar las limitaciones del art. 261 a fin de ajustar sus

²⁴ Martorell, Ernesto E. Obra citada en 2.

²⁵ En el mismo sentido se expresa Otaegui al expresar que: "Por ello nos pronunciamos a favor de la acumulación de las calidades de director y empleado, sin perjuicio de recordar que:...b) Las remuneraciones tendrán que sujetarse a la L.S., art. 261.

²⁶ CNCom, Sala A, 12/10/1981, "Emeterioc Zubía Forjardo SA", LL 1982-A, 457.

remuneraciones a esta norma que, según es dable reiterar, resulta de aplicación específica e insusceptible de ser desvirtuada en su eficacia por el régimen laboral aplicable a la relación de empleo del director, aun cuando siempre queda a salvo la retribución en exceso por virtud del último párrafo del art. 261. Y es razonable a mi juicio que ante un conflicto de los intereses de la misma persona que es a la vez empleado de la sociedad y director, prevalezca la tutela de los intereses que debe defender el director, aunque sea también empleado de la sociedad. Nada impide al empleado gozar de los beneficios del régimen laboral que fuese, pero si este empleado acepta asumir la función de director se entiende que subordina aquella posición a la propia de director que, por las razones del caso, también le ha interesado asumir. Si como empleado podría gozar de mejor retribución, debería entonces abandonar su cargo de director o no haberlo asumido²⁷.

En sentido contrario se expresan López Candiotti y Daguerre²⁸ al entender que la disposición –art. 261 L.S.- traslada el riesgo empresario mediante un sistema remunerativo que varía en función de la existencia o no de resultados positivos. De este modo se condiciona la percepción de un salario a quien no es accionista de la sociedad, ni ha tenido en miras fines especulativos. El régimen opera de manera tal que en el supuesto de óptimos resultados limita a un tope máximo la percepción de los honorarios del director, disminuyéndolos en caso de resultados negativos, de esta manera el director soporta en igual medida que los accionistas los sinsabores empresariales, pero no sucede lo mismo en épocas de bonanza. El supuesto que regula el art. 261 no solo violenta la equidad, sino que ha perdido fundamento práctico.

Agregan a lo expuesto que una posible solución es aquella que

²⁷ CNCom, Sala E, 30/05/1984, “Carriere de Saunier María T y otro c/ La Casa de las Juntas SACIyF s/ sumario”, societario.com, Ref. Nro. 2784.

²⁸ Lopez Candiotti, Jose A, Daguerre, Luis O, ob. Cit 11.

interpreta que el sueldo proveniente de la relación laboral es el piso de la remuneración del director y en el caso de darse los supuestos limitantes del segundo párrafo del art. 261 de la Ley de Sociedades, la asamblea no podrá regular honorarios por encima de lo percibido en concepto de sueldo, salvo por aplicación del cuarto párrafo del artículo citado. Por lo tanto, desde su punto de vista, el monto total de los sueldos que percibe el director resulta amparado por la disposición de excepción de esa parte del artículo 261. Desde mi óptica, este razonamiento resulta insuficiente, pues para hacer valer el régimen de excepción del art. 261 deberán cumplimentarse indefectiblemente los requisitos de fondo y forma previstos en el ordenamiento legal.

Entiendo que una solución que pueda salvar esta conflictiva situación puede estar dada por la fijación anticipada de los honorarios por la asamblea del ejercicio anterior, sin perjuicio de lo cual, también resultará discutible si esos honorarios fijos se encuentran o no limitados por la norma del art. 261.

Es conclusión, admitiendo la doble vinculación del director y empleado de la sociedad, su remuneración se encuentra sujeta al régimen societario, lo que implica que: a) la remuneración –incluso la fijada mediante un salario mensual- se encuentra sujeta a las limitaciones del art. 261 L.S.; b) si las remuneraciones fijas mensuales en concepto de sueldo resultan superiores a la remuneración final a asignarse en asamblea, deberán ser aprobadas bajo el régimen de excepción de la misma norma, o en su defecto, deberá restituir a la sociedad la remuneración excedente.

III. REGIMEN DE REMUNERACIÓN PREVISTO EN LA LEY DE SOCIEDADES.

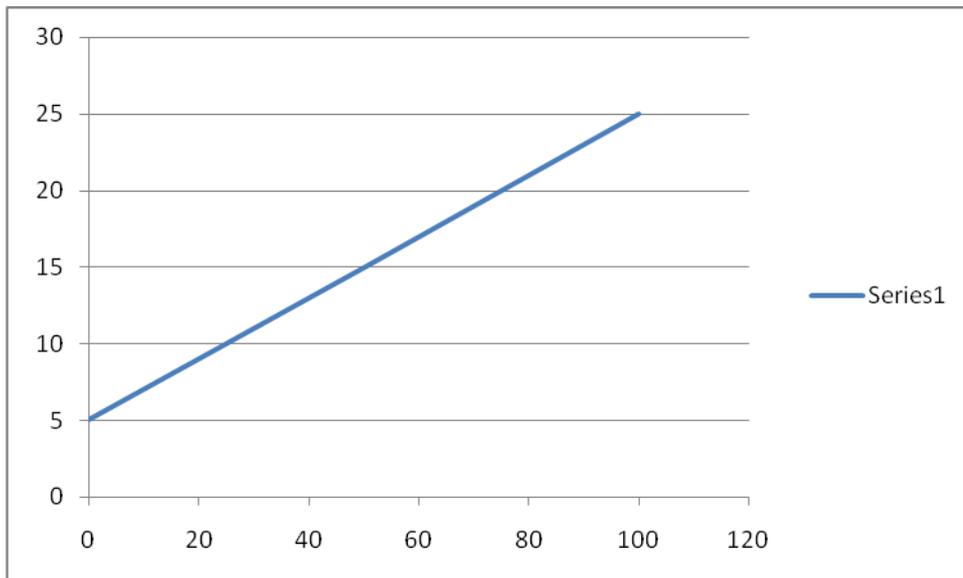
III. 1. Principios generales.

Siguiendo con la tendencia de algunas legislaciones foráneas, el párrafo 3ero del artículo 261 relaciona las remuneraciones del órgano de administración con la distribución de dividendos a los accionistas, limitando la fijación de los primeros de acuerdo al porcentaje de distribución de las ganancias del ejercicio a favor de los socios.

En este orden, dispone que el monto máximo de honorarios alcanzará el 25% de las ganancias del ejercicio en el supuesto que la asamblea disponga la distribución total del resultado del ejercicio en dividendos; y se reducirá al 5% cuando, por el contrario, no se decida distribución alguna en concepto de dividendos, y el resultado del ejercicio se afecte a otros destinos.

Es así que la Ley establece dos variables para poder determinar los honorarios del Directorio, las que se interrelacionan entre sí. Una primera variable es la determinación del porcentaje del resultado del ejercicio que será afectado a la distribución de dividendos. Fijado dicho parámetro, obtendremos el porcentaje de las ganancias que podrá ser fijado como honorarios.

El siguiente cuadro ilustra lo explicado:



Como se puede apreciar en el cuadro precedente, la relación de ambas variables es directamente proporcional, ante mayor distribución de las utilidades en dividendos, mayor es el honorario a fijar.

Para las sociedades que cotizan en bolsa, la Comisión Nacional de Valores ha determinado mediante las Normas (texto ordenado año 2001) que las retribuciones se incrementarán proporcionalmente a la distribución de dividendos de conformidad con la siguiente fórmula y escala:

Las proporciones se determinan de acuerdo con las fórmulas siguientes:

a) Partiendo de las remuneraciones al directorio:

$$\frac{[75 + (20 - 100 * \% \text{ rem. proyectada (1)})] * 100 * \% \text{ rem. Proyectada (1)}}{20} =$$

dividendos

(1) Remuneraciones proyectadas: se toma restándole el 5% permitido para todos los casos.

b) Partiendo de dividendos:

$$\frac{-4,75 + \sqrt{22,5625 - 20 * \%di v. project.}}{-10} = \%remuneraciones$$

(2)

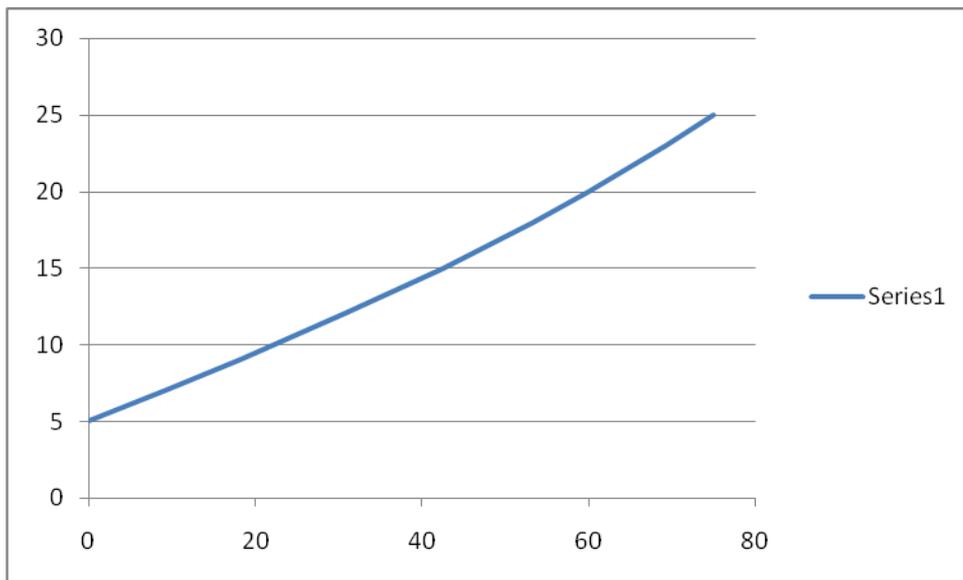
(2) Se toma sumándole el 5% permitido para todos los casos.

RETRIBUCIONES AL DIRECTORIO Y CONSEJO DE VIGILANCIA

% s/ ganancia computable	Dividendo	% s/ ganancia computable	Retribución
-----------------------------	-----------	-----------------------------	-------------

0,0	5
4,7	6
9,3	7
13,8	8
18,2	9
22,5	10
26,7	11
30,8	12
34,8	13
38,7	14
42,5	15
46,2	16
49,8	17
53,3	18
56,7	19
60,0	20
63,2	21
65,3	22
69,3	23
72,2	24
75,0	25

Utilizando la misma metodología podremos apreciar que de acuerdo a las normas de la Comisión Nacional de Valores, y en especial, la escala propuesta por dicho organismo, se obtiene el siguiente cuadro:



Del análisis de dicho cuadro se desprenden dos circunstancias a destacar:

- a) La primera consiste en los límites máximos de las variables utilizadas. Es así que según las normas de la CNV, el porcentaje máximo de utilidades que pueden ser afectadas a dividendos ascienden al 75%, por cuanto, desde la perspectiva del organismo, el saldo del 25% corresponde sea asignado a los honorarios del directorio. Esto no necesariamente es así. En primer lugar, porque puede la Asamblea resolver la distribución del 100% de la utilidad en dividendos de un ejercicio, y esto no impedirá fijar los honorarios y disponer el pago. Ello así por cuanto no existe norma legal alguna que obligue a que los

honorarios deban ser pagados con la utilidad del ejercicio, y así lo demuestra la práctica, por cuanto los mismos suelen ser efectivizados mediante el pago en el ejercicio siguiente.

- b) Como puede apreciarse, en el cuadro inicial la variable resulta directamente proporcional, por ello los diferentes resultados se unen mediante una recta. Por el contrario, del cuadro resultante de la fórmula de la Comisión Nacional de Valores se desprende una curva ascendente. A mi entender, cuando la norma habla del incremento proporcional a la distribución, no puede sino entenderse que nos encontramos frente a una variable lineal.

III.1.b) Deducción de los honorarios percibidos.

Conforme lo establece la norma en cuestión a los fines de la aplicación del límite previsto legalmente, no se tendrá en cuenta la disminución de la ganancia distribuible que resultara de los gastos que en concepto de honorarios se hubieran deducido.

En decir, que conforme lo prevé expresamente la norma, a los fines del cálculo del porcentaje para determinar el límite legal, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos resultante de deducir las retribuciones del directorio. Por ello, los honorarios que hayan sido percibidos se deben sumar a la ganancia del ejercicio que se utilizará como base para determinar el límite de retribución.

A modo de ejemplo, si el resultado de un ejercicio arroja la suma de \$200.000, pero durante el mismo, se imputaron honorarios al

estado de resultados por la suma de \$30.000, el monto de ganancia computable sobre el que se calculará el límite previsto en el artículo 261 de la L.S.C. será \$230.000. Como contrapartida, la asamblea, al fijar la remuneración del directorio deberá computar a los efectos del límite legal los honorarios ya percibidos (\$30.000), toda vez que expresamente la norma prevé que *“las retribuciones que por todo concepto pueden percibir”* los directores deben ajustarse al máximo legal del venticinco por ciento.

Cabe destacar que esta disposición de la norma no ha sido analizada por la doctrina y jurisprudencia de la materia. Tal omisión resulta llamativa desde que la disposición en cuestión conlleva importantes consecuencias prácticas y teóricas al régimen de remuneración en nuestro sistema legal.

Desde el punto de vista práctico, obviamente que la adición a la ganancia computable de los honorarios que hubieren sido percibidos tiene como consecuencia inmediata una modificación del monto final de honorarios que podrán asignarse de acuerdo a los límites legales establecidos.

Por su parte, desde el punto de vista teórico las consecuencias son igualmente contundentes. Es así que por aplicación de esta disposición, entiendo que el régimen previsto en nuestra ley abandona ese principio general tan establecido en la doctrina y jurisprudencia²⁹ a partir del cual los honorarios del directorio responden a una participación en

²⁹ “No es dudoso que el legislador ha sometido a los directores al riesgo empresario, y más concretamente, ha vinculado a las ganancias del ejercicio la remuneración” (Dristel SA c/ Nogue Hnos. SA). “No desconozco que esto puede traer serias consecuencias al director de una sociedad anónima que no obtenga ganancias, pero, insisto este riesgo fue voluntariamente asumido por el director que acepta el cargo” (Riviere de Pietranera c/ Riviere e Hijos SA):

las ganancias sobre el resultado social. La norma que en el presente punto se comenta demuestra que tal principio no es –al menos- absoluto. Al reconocerse legalmente los pagos anticipados de honorarios, independientemente de que sean realizados bajo una prestación de servicios o por dependencia laboral, se reconoce que la retribución de los honorarios no necesariamente debe resultar de esa participación en las utilidades.

Tal principio también ha sido reconocido en el artículo 64 de la Ley de Sociedades, que establece que los honorarios pueden imputarse como cargos directos a la cuenta de ganancias y pérdidas del ejercicio. Sobre este punto volveré al analizar el régimen contable de los honorarios (punto VI) del presente trabajo de investigación.

Es mi opinión entonces, que el régimen que establece el artículo 261 de la Ley de Sociedades no implica necesariamente un sistema de participación en las ganancias por parte de los directores, por cuanto expresamente la norma dispone que los administradores de la sociedad anónima podrán ser previamente remunerados a la determinación del resultado del ejercicio, sin perjuicio de lo cual, toda remuneración que perciban bajo cualquier concepto se encuentra sometida a un estricto límite fijado en razón de las utilidades obtenidas y los dividendos aprobados. Es decir, el sistema legal que prevé la Ley de Sociedades es un sistema amplio en cuanto a los modos en que pueden ser remunerados los directores, pero drástico respecto de los límites establecidos para cualquier tipo de remuneración.

III. 2. Régimen de excepción.

Así como el artículo 261 fija fijos parámetros para determinar los honorarios que podrán ser fijados a los miembros del Directorio, también estipula un régimen de excepción en su párrafo cuarto al disponer que:

“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.”

La doctrina³⁰ reconoce cinco requisitos para ello a saber: a) ganancias inexistentes o muy reducidas; b) desempeño por los directores de comisiones especiales o funciones técnico administrativas; c) que el tema figure como un punto específico en el orden del día; d) que sea aprobado por la asamblea; e) que la remuneración en exceso se destine expresamente a los directores que se encuadren en el supuesto sub b).

Se analizará a continuación cada una de ellas.

III. 2.1. Inexistencia de ganancias o ganancias reducidas.

La inexistencia de ganancias resulta un concepto de fácil comprobación ante la constatación del estado de resultados de determinado

³⁰ Zaldívar, Manovil, Ragazzi y Rovira en sus “Cuadernos de derecho societario” t.II 2da parte, pág. 501, Otaegui, ob. cit, pág. 272

ejercicio. En este sentido, Cura³¹ interpreta que la expresión “inexistencia de ganancias”, equivale a existencia de quebrantos.

No sucede lo mismo con relación al concepto de “reducido de las ganancias”, debido a que la acepción de dicho concepto resulta, por lo menos, mucho más amplia.

Las posturas doctrinarias y jurisprudenciales no resultan uniformes.

Se ha entendido que por el concepto de ganancias reducidas, debe entenderse a aquella utilidad inferior a la expectativa de rentabilidad normal de la empresa en función del patrimonio existente³².

En este orden de ideas, se ha entendido que la ganancia no resulta reducida cuando de la propia memorial del ejercicio los directores admiten que las ganancias del ejercicio “son retributivas del capital invertido”³³.

Nissen³⁴, siguiendo el criterio de la Comisión Nacional de Valores³⁵, entiende que se debe considerar como escasa la utilidad del

³¹ Cura, José M. “Remuneración de administradores de Sociedades Anónimas”, JA 1996-IV-682.

³² Roitman Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada”. La Ley, 2006, Tomo IV pág. 411 citando a Halperin y Otaegui,

³³ CNCom, Sala A, “Preinl Boguslav, Eugenio c/ Manufactura Argentina de Porcelana”, societario.com Ref. Nro. 7769.

³⁴ Nissen, Ricardo A. “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada.” Tomo 4, Ed. Abaco, pág. 283.

³⁵ Res. 50 de la Comisión Nacional de Valores.

ejercicio cuando el análisis tendencial de la situación de la empresa en los últimos tres años, incluyendo el último balance general, así lo demuestra.

Por su parte, otra corriente jurisprudencial³⁶ en autos “Vaccari de Gilbert, Norma c/ Gilbert SAIC y otros s/ nulidad de asamblea” ha entendido que un resultado es reducido cuando impide que la sociedad pueda contratar los servicios de personas serias y eficientes para cumplir las tareas de administración y representación de la sociedad.

Para llegar a esta conclusión, el fallo ha interpretado que la frase “frente a lo reducido de las ganancias” en realidad tiene poca insidencia, llegando a la conclusión –que no comparto- de que no resulta un presupuesto iuris del caso de excepción; sino sólo una mera alusión al estado de las cosas que devendría en un interés de hacer jugar la excepción. Manifiesta el Dr. Alberti, autor del voto, que dichas palabras resultan incidentales, como lo revela: 1) su colocación gramatical, encerrada entre comas, 2) su sentido, pues no contiene una preceptiva dogmática, sino una descripción de un supuesto de hecho en el cual resultaría aplicable la norma, que surge de otras palabras de dicho artículo. En este orden de ideas, el sentenciante propone leer la norma suprimiendo dicha acepción, para llegar a la conclusión que nada se modificaría.

Por último, critica la posibilidad de que el magistrado analice en cada caso en particular la aplicación del concepto por entender que no existe, a su criterio, una pauta económica generalmente aceptada por la comunidad. Concluye entonces que: “lo que se debe probar es que el 25% de las ganancias no alcanza para conseguir, en este plazo y en este momento –no en condiciones abstractas, porque el hecho del juzgador es real y no

³⁶ CNCom, Sala D, 08/05/1981, societario.com, Ref. Nro. 7447.

teórico- los servicios de personas serias y eficientes, o al menos personas tenidas por tales.”

Es decir, que de acuerdo a este criterio, la ganancia es reducida cuando no alcanza a remunerar, según los costos de mercado, a un director apto para la tarea.

Esta conclusión no hace más que convencerme de la inaplicabilidad de esta postura, ya que postula la inaplicabilidad del concepto de “ganancias reducidas”, por entender que no existe una pauta económica general aceptada, para en definitiva, recaer en un concepto mucho más vago y de difícil determinación, como lo es el de “personas serias y eficientes”. La determinación del costo del servicio de estas personas serias y eficientes es en sí mismo, de determinación cuasi imposible, mucho más difícil que poder determinar cuando una ganancia resulta reducida. A veces es peor el remedio que la enfermedad.

Desde mi punto de vista, para determinar cuando una ganancia resulta reducida, deberá realizarse un análisis comparativo con los últimos tres ejercicios, determinando a su vez la relación de la utilidad con el patrimonio neto de la sociedad. Ello así por cuanto no puede dejarse de lado elementos objetivos y comparativos existentes que surgirán de la propia contabilidad de la sociedad, sin necesidad de realizar una valoración del mercado a tales efectos como lo propone el fallo comentado.

III. 2.2. Desempeño de comisiones especiales o funciones técnico administrativas.

El concepto de comisiones especiales y de funciones técnico administrativas no ha sido desarrollado por la Ley de Sociedades. Ha sido entonces la doctrina la que ha intentado determinar estos conceptos, así como la jurisprudencia ha fijado diversos parámetros desde la casuística que han establecido las pautas de interpretación aplicables a cada uno de estos recaudos.

Las comisiones especiales consisten en la realización de estudios o tareas especiales realizadas con fines de expansión u organización empresaria en el marco de tareas específicas³⁷, o en la prestación de cualquier servicio especial ajeno a la función directiva.

Por su parte, es conteste la doctrina al entender que las funciones técnico administrativas son aquellas tareas que exceden las normales del Directorio, que en principio, deberían ser ejercidas por personal especializado de la empresa, pero por ser ejercida por los directores de la sociedad, configuran una locación de servicios³⁸, que ameritan el pago de una remuneración por la labor realizada³⁹.

En este sentido se ha resuelto que “no se ha desconocido formalmente que los beneficiarios tenían a su cargo la totalidad de las tareas administrativas, financieras y comerciales de la sociedad, así como que habrían cumplido funciones que usualmente asignadas a la gerencia –que en el caso no esta especialmente constituida- y que habrían mediado labores específicas vinculadas, por ejemplo, con la obtención de permisos de pesca

³⁷ Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada” Ed. La Ley, 2006, Tomo IV, pág. 409.

³⁸ Nissen, Ricardo A. “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada.” Tomo 4, Ed. Abaco, pág. 285.

³⁹ Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada” Ed. La Ley, 2006, Tomo IV, pág. 410.

que posibilitaron aumentar las capturas y ventas, y que podrían ameritar la retribución acordada⁴⁰”.

Asimismo, se ha resuelto⁴¹ –a mi entender en forma equivocada- que la dirección del área que confecciona los balances de la sociedad puede ser considerada una comisión especial, que debe ser reconocida y remunerada en debida forma. Claro es, a mi entender, que la confección de los balances importa una función inherente al cargo de director, y que por lo tanto, no resulta un servicio ajeno al cargo de director.

Ahora bien, si bien la doctrina ha coincidido mayoritariamente en la concepción de las funciones técnico administrativas, no ha coincidido en la asignación del carácter de transitorias o permanentes de las mismas cuando la norma las menciona como supuesto de aplicación de la excepción al régimen general.

En efecto, son tres las tesis que proponen una solución en torno al carácter permanente o transitorio de estas funciones.

La primera de ellas, interpreta que el párrfo cuarto del art. 261 L.S., por contraposición con el segundo, alude solo a las funciones técnico administrativas de carácter transitorio. En tal sentido se entiende que la no inclusión del adjetivo “permanente” en el supuesto de excepción consagrado por el último párrafo de la norma, a diferencia de lo previsto en el párrafo segundo, lleva necesariamente a concluir que dicho el presupuesto

⁴⁰ CNCom, Sala E, 19/08/2009, “Comfin SA c/ Pesquera Olivos SA y otros s/ medida precautoria s/ incidente art. 250 CPCC”, societario.com Ref. Nro. 14.368.

⁴¹ CNCom, Sala B, 30/06/2009, “Bertarini, Carlos Pedro c/ Difusora Marplatense SA s/ ordinario”, societario.com Ref. Nro. 14.366.

de permanencia no es el previsto por la norma. Esta postura entiende que las funciones técnica administrativas de carácter permanente se encuentran dentro del tope legal previsto por la norma, por lo que éste último párrafo no puede sino referirse a un supuesto fáctico distinto⁴².

Bajo una segunda postura en la que se encuentra Veron⁴³, se entiende que las funciones técnico administrativas siempre tienen carácter de permanentes. Esto así por la propia concepción que el autor les otorga a

⁴² Bajo esta postura se enrolan Nissen (“Un fallo ejemplar en materia de remuneración de directores de sociedades anónimas”, LL 1997-A, 134.) y Gagliardo (Pautas para la remuneración del directorio, LL 1988-C, 68), así como los fallos “Riviere de Pietranera, Lidia c/ Riviere e Hijos SA” (CNCom, Sala B, 07/07/1995 y en “Distrel SA c/ Nougues Hnos. SA” (CNCom, Sala D, 20/11/2000, societario.com Ref. Nro. 177) donde expresamente se dispuso que: “Como se advierte fácilmente -y lo he destacado en cursiva-, la referencia a funciones técnico-administrativas aparece tanto en el principio (párrafo 2º) como en la excepción (párrafo 4º); diferentemente, la especificación **de carácter permanente** -referida a las funciones técnico-administrativas- sólo se presenta en el principio (párrafo 2º). Lógicamente, un único y mismo concepto -el de “funciones técnico administrativas”- no puede integrar a la vez, y con igual extensión significativa, el principio y la excepción a ese principio, pues esa excepción sería de tal modo plena o total, que sencillamente tendría por efecto derogar o tener por no escrito el principio; ello sería absurdo y la norma legal, autocontradictoria. Entonces, no puede sino juzgarse que la diferencia entre el principio y la excepción -o, en otras palabras, lo que justifica racionalmente la existencia de la excepción frente al principio- es la especificación “de carácter permanente”, referida a las funciones técnico-administrativas, especificación contenida literalmente en el principio del párrafo 2º, mas no en la excepción del párrafo 4º. De todo ello se deriva lógicamente *la necesidad de incluir en la excepción la especificación **contraria** a la expuesta en el principio*, de modo de introducir una diferencia entre el principio y la excepción -que, ciertamente, no pueden tener ambas el mismo alcance, pues ello sería absurdo por autocontradictorio-. Por tanto, si el principio del párrafo 2º rige a las funciones técnico-administrativas **de carácter permanente**, la excepción del párrafo 4º sólo será aplicable a los supuestos de *funciones técnico-administrativas de carácter **no permanente***.”

⁴³ Veron, (ob. citada 1, pág. 139) quien expresamente manifiesta que: “Si se reputara que ambas tareas pueden ser tanto temporarias como permanentes, no tendría sentido la distinción entre “comisiones especiales” y “funciones técnico-administrativas”, luego, es razonable interpretar que estas últimas asumen el rol de funciones permanentes. Así también parece inferirse de un fallo sentado que lo que dice el art. 261, es sencillamente que el porcentaje legal del 25% puede ser excedido cuando su importe no alcance para retribuir los trabajos especiales o las funciones que cumplen los directores (sean técnicas o administrativas, indistintamente, porque sería aberrante suponer que sólo pueda ser pagado por esta vía un hombre que reúna tan fantásticas aptitudes que le permitan ejercer a la vez la dirección técnica y el manejo administrativo de una sociedad) (CNCom, Sala D, 08/05/1981, LL 1981-C, 315).

estas funciones, diferenciandolas de las comisiones especiales justamente por entender que las primeras son de carácter permanente y continuado, y las segundas, esencialmente temporales o eventuales.

Por último, una tercera postura sostiene que las funciones técnico administrativas que hace alude el párrafo cuarto de la norma se refiere a las todas las tareas técnico administrativas, sean estas permanentes o transitorias.

Esta posición menciona que corresponde interpretar que conforme a que el párrafo cuarto de la norma, donde se sienta la excepción el principio general del párrafo segundo, alude tanto a funciones permanentes como transitorias, precisamente porque aquel párrafo segundo –como regla general- al fijar un techo respecto a toda retribución, permite colegir que alcanza también a las funciones de carácter permanente o transitorias.

Agrega esta postura que cuando en el segundo párrafo del artículo se menciona “por todo concepto” e “incluidos” se dirige a incluir de manera no taxativa alguna de las funciones comprendidas en el principio general. Por lo que las funciones permanentes y transitorias se encuentran comprendidas en el texto del principio general, párrafo segundo –por cuanto el carácter de las enumeradas no es taxativo- y en el párrafo cuarto –ya que en contraposición con la primer postura- la norma no hace distinción alguna entre el principio general y la excepción, ambos incluyen las tareas permanentes o transitorias.

Se agrega a ello, que dicha interpretación es la que mejor se condice con los intereses tutelados por la manda legal, porque de acuerdo a esta interpretación, el más elemental sentido común permite inferir que

quien cumple una tarea ajena a su función de director, tiene derecho a ser remunerado con independencia de que aquélla sea de carácter transitorio o permanente⁴⁴.

Esta postura fue oportunamente receptada por el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, aconsejando la modificación del actual texto del art. 261, incorporando de manera expresa tanto al regular el principio general como la excepción, la mención de funciones técnico administrativas “ocasionales o permanentes” (conf. art. 107).

III. 2.3. Fijación como un punto del orden del día.

Resulta clara la norma al establecer que la fijación de honorarios en exceso a los límites fijados legalmente debe estar previsto como un punto concreto en el orden del día.

Esto resulta de toda lógica por cuanto la aplicación de un supuesto de excepción al régimen legal amerita que los accionistas se encuentren debidamente informados, previo a la realización de la Asamblea, de la posibilidad de que dicho régimen de excepción pueda ser aplicado.

Este requisito ha sido entendido como esencial. La omisión de su fijación en el orden del día impide cualquier otro tipo de

⁴⁴ Así se ha resuelto en autos “Sanmartino, Javier c/ Cemati SACI s/ societarios, contenciosos y cooperativos”, C3a Civ y Com. Córdoba, 31/03/2006, societario.com Ref. Nro. 9865.

análisis, por lo que la aplicación del régimen de excepción no resulta procedente⁴⁵.

En este sentido, las normas de la Comisión Nacional de Valores⁴⁶ establecen expresamente el texto que deberá redactarse como punto del orden del día en la convocatoria sujeto a distintos parámetros: i) exceso del límite del 5% sin distribución de dividendos, ii) exceso del límite del 5% incrementado conforme a la distribución de dividendos, iii) exceso del 25% ante la distribución total de las ganancias, iv) remuneraciones en caso de inexistencia de ganancias.

Agrega la normativa administrativa que para el supuesto de que el punto del orden del día no sea redactado de acuerdo a los supuestos contemplados en la norma, el directorio deberá convocar a una nueva asamblea dentro de los sesentas días de realizada la anterior para considerar nuevamente las retribuciones del directorio.

⁴⁵ En este sentido se ha resuelto que: “Esta norma establece, al describir las condiciones que permitan soslayar la regla general limitativa de los honorarios que, amén de ser necesario encomendar la realización de comisiones especiales o funciones técnico administrativas por parte de algunos directores, ello sólo será posible si “tales remuneraciones en exceso fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día. Según puede advertirse en el acta copiada a fs. 73, el orden del día allí debatido, nada decía sobre la fijación de honorarios en exceso del límite previsto por LS 261” (Juzg. Nac. de Prim Instancia en lo Comercial n 5, Sec. 10, 14/03/2005, “Multicanal SA c/ Supercanal Holding SA s/ sumario”, societario.com Ref. Nro. 9331. En el mismo sentido “De las cinco condiciones que impone la doctrina, la primera no se ha dado en absoluto, tampoco a mi juicio la esencial, que es la segunda, en cuanto a la especificación del punto en el orden del día” (CNCom, Sala A, 20/02/1980, “Preinl Boguslav, Eugenio c/ Manufactura Argentina de Porcelana s/ impugnación de asamblea.”, societario.com Ref. Nro. 7796.

⁴⁶ Resolución General 368/01, Capítulo III, Artículo 5.

Como se puede apreciar, si bien el presente resulta un requisito de forma, tanto la jurisprudencia como la normativa administrativa fulminan de nulidad cualquier intento de incumplimiento del recaudo.

III. 2.4. Aprobación asamblearia.

Que la cuestión deba ser aprobada en asamblea implica que dicho órgano debe expedirse en forma expresa en el sentido de que la remuneración que se fija ha sido establecida en exceso de los límites legales.

Pero ello no es el único requisito que debe contener la decisión asamblearia respectiva. Resulta imprescindible además que en el acta asamblearia correspondiente se detalle los motivos que ameritan exceder el límite establecido legalmente. En este orden de ideas se exige que en el acta correspondiente se describa en detalle de las funciones técnico administrativas que han realizado los administradores⁴⁷.

⁴⁷ En ese sentido ha resuelto la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal que *“El pago de las remuneraciones a los directores de la sociedad anónima en exceso a los porcentuales previstos en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, por el desempeño de funciones técnico administrativas, exige que en el acta de las 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”*. (CNCom, Sala E, 11/10/96, en autos “Gristein, Saul c/ Biotenk S.A.”, LL 11/8/97, fallo 95.756). Concordantemente, la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal⁴⁷, resolvió que *“ Si el resultado del ejercicio arrojó pérdidas y no existe una prueba contundente respecto de la importancia o especialidad de las labores cumplidas por los directores, resulta forzoso concluir que no se reúnen los recaudos que la normativa societaria exige para reconocer a los directores el derecho a la percepción de una retribución debiendo en consecuencia aquellos reintegrar a la sociedad el total de las remuneraciones percibidas por el mencionado ejercicio”*. (Oswald, Victoria Maña c/ Lalor S.A. y ot. s/ sumario” 13-09-1997).

Es decir, la sola mención de que los honorarios serían fijados en exceso de los principios establecidos por la norma, no resulta suficiente para avalar la aplicación de la excepción prevista por el artículo 261 de la Ley 19.550, por cuanto la misma resulta de aplicación restrictiva⁴⁸.

Es además indispensable que la Asamblea funde debidamente la necesidad de exceder los topes remuneratorios previstos por el artículo 261 L.S.⁴⁹, así como que debe expedirse en forma expresa sobre la remuneración en exceso, detallando en el acta correspondiente los motivos que ameritan exceder el límite establecido legalmente. En este orden de ideas se exige que en el acta correspondiente se describa en detalle de las funciones técnico administrativas o comisiones especiales que han realizado los administradores⁵⁰.

Y esta obligación de exigirse que en el acta se detallen las funciones técnico administrativas o comisiones especiales tiene su correlato procesal en el hecho de determinar quien tiene la carga de probar la efectiva

⁴⁸ Nissen, Ricardo, *Curso de Derecho Societario, Ad-Hoc, Julio 2005, Pag. 467*

⁴⁹ CNCom, Sala A, 31/03/82, "Dykstein, José c/ Shulman Hnos. SA"

⁵⁰ En ese sentido ha resuelto la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal que *"El pago de las remuneraciones a los directores de la sociedad anónima en exceso a los porcentuales previstos en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, por el desempeño de funciones técnico administrativas, exige que en el acta de las 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"*. (CNCom, Sala E, 11/10/96, en autos "Gristein, Saul c/ Biotenk S.A.", LL 11/8/97, fallo 95.756). Concordantemente, la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal⁵⁰, resolvió que *" Si el resultado del ejercicio arrojó pérdidas y no existe una prueba contundente respecto de la importancia o especialidad de las labores cumplidas por los directores, resulta forzoso concluir que no se reúnen los recaudos que la normativa societaria exige para reconocer a los directores el derecho a la percepción de una retribución debiendo en consecuencia aquellos reintegrar a la sociedad el total de las remuneraciones percibidas por el mencionado ejercicio"*. (Oswald, Victoria Maña c/ Lalor S.A. y ot. s/ sumario" 13-09-1997).

realización de las tareas técnico administrativas o comisiones especiales que ameriten la aplicación del régimen de excepción.

En principio, cabe aclarar, que la carga de la prueba es por cierto una distribución, no del poder de probar, que tienen ambas partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo⁵¹.

El principio general, previsto en el artículo 377 del Código Procesal implica que la carga de la prueba la tiene la parte que afirme al existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico, motivo por el cual, quien alega la inexistencia de la realización de comisiones especiales o funciones técnico administrativas tiene la carga de probar dicha inexistencia⁵².

En sentido contrario, y por aplicación del segundo párrafo del artículo 377 del Código Procesal, se ha resuelto que la carga probatoria para los casos analizados pesa sobre la sociedad. En tal sentido se ha entendido que la carga probatoria esta impuesta a quien desea ampararse en una permisión derogatoria de la regla general, tal como sucede en el caso en estudio, por cuanto la realización de funciones técnico administrativas o

⁵¹ CNCom, Sala D, 28/08/2007, "Rodriguez, Manuel Pedro c/ Engraulis SA s/ ordinario", societario.com Ref. Nro. 16.181.

⁵² En este sentido se ha resuelto que: "Las alusiones del recurrente a la carga probatoria de las comisiones especiales, no parece que pueda conducir a una solución diferente, pues si se hizo constar en las actas de las asambleas impugnadas –con motivo de los honorarios de los directores de Cadia-, que ellos habían ejercido comisiones especiales que conducían a admitir una retribución en exceso al límite previsto en el art. 261 LS, fue justamente el impugnante y aquí actor quien debió probar la inexistencia de tales comisiones y no a la inversa (art. 377 del Código Procesal)" CNCom, Sala C, 06/07/1994, "Ardanaz, Carlos Alberto c/ Constructores Argentinos SA s/ sumario", societario.com Ref. Nro. 11.808.

comisiones especiales a probarse implican un apartamiento del principio general de remuneración al Directorio previsto en el párrafo segundo⁵³.

Sin lugar a dudas, este resulta a mi entender el criterio aplicable. No solo por la clara aplicación en la materia del segundo párrafo del art. 377 del Código de Rito, sino también por la aplicación de la doctrina de las cargas dinámicas, mediante la cual, la carga de la prueba recae sobre aquén que tiene el acceso a la información y/o elementos de prueba sustanciales al efecto. No caben dudas que es la propia sociedad la que debe y puede probar con clara facilidad cuales han sido las comisiones especiales o funciones técnico administrativas realizadas por los administradores.

Por último, y morigerando ambos criterios, también se ha entendido que la carga de la prueba resulta común a ambas partes⁵⁴.

III.2.5. Directores que pueden recibir la remuneración en exceso.

Las retribuciones en exceso así consideradas pueden ser percibidas por uno o más directores (en virtud de la modificación introducida por la Ley 20.468), disipándose la duda que generaba la redacción anterior al disponer que dicha remuneración en exceso podía ser fijada a favor de “algunos directores”. El único recaudo ineludible, es que la remuneración en exceso sea asignada a aquellos directores que efectivamente haya realizado las tareas técnico administrativas o comisiones especiales que hayan habilitado la remuneración en exceso

⁵³ CNCom, Sala D, 08/05/1981, “Vaccari de Gilbert, Norma c/ Gilbert SAIC s/ nulidad de asamblea”, societario.com Ref. Nro. 7447.

⁵⁴ C3a Civ y Com. Córdoba, 31/03/2006, “Sanmartino, Javier c/ Cemati SACI s/ societarios, contenciosos y cooperativos”, societario.com Ref. Nro. 9865.

IV. LA FIJACION DE LOS HONORARIOS POR LOS PROPIOS DIRECTORES

Frecuentemente en las sociedades cerradas se da la particularidad de que los accionistas mayoritarios ejercen personalmente la administración y representación de la sociedad, lo que en definitiva se convierte en un inconveniente por la prohibición impuesta por el art. 241.

Dicha norma prohíbe a los accionistas que ejercen cargos en el Directorio votar en aquellos temas relacionados a su gestión, responsabilidad y remoción. Esta prohibición se apoya en un fundamento lógico: nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo, cerrándose de esta manera la posibilidad de que los directores –en su propio interés– impidieran un debido examen de su gestión y responsabilidad.

Pues bien, lo que se intenta dilucidar en este punto es si la premisa de que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo resulta también aplicable respecto de la fijación de honorarios. Es decir, el punto central de la controversia radica en establecer si, de conformidad con las normas vigentes, los directores y otros ocupantes de cargos ejecutivos o de control de una sociedad anónima, que invisten al mismo tiempo la calidad de accionistas, pueden o no votar en lo concerniente a la aprobación de sus remuneraciones.

El artículo 241 no es la única disposición de la Ley de Sociedades en el cual el derecho al voto cede frente al interés social. Bajo el

mismo fundamento el artículo 248 establece que: “El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.”

Es indudable que la norma ha pretendido proteger sustancialmente el interés social y el de las minorías del capital, evitando que la posición del director sea aprovechada para dar lugar a un beneficio indebido⁵⁵.

En principio es conteste la jurisprudencia y doctrina al entender que la votación de las remuneraciones no entraña una aprobación de los actos de gestión de los directores, único aspecto hoy vedado por el artículo 241⁵⁶.

Distinto es el supuesto del artículo 248 donde la solución

⁵⁵ CNCom, Sala B, 15/05/1987, “Milrud Mario I c/ The American Rubber SRL s/ sumario”, societario.com, Ref. Nro. 7203.

⁵⁶ “Por eso, aunque se admita que la modificación que introdujo la ley 22.903 en el texto del art. 241 de la LS importó restringir su ámbito de aplicación y excluir de la prohibición de votar allí contenida, entre otros, los casos en que se traten temas vinculados con las remuneraciones de los ocupantes de los cargos -como sostuvo el a quo-, ello no sería óbice para comprobar si la situación resulta alcanzada o no por la norma más amplia del art. 248. Para dejar de lado esa alternativa, no creo posible argumentar con base en que los directores pueden ahora -a raíz de la deliberada supresión de la ley 22.903- intervenir en la votación sobre los “estados contables” de la sociedad. Porque si bien en ellos están incluidas las remuneraciones, no se trata en ese caso de aprobar la pertinencia de cada rubro o de su magnitud, sino tan sólo de la correlación de los datos consignados en el balance y demás documentos con la realidad patrimonial de la sociedad. Ello es bien distinto de aprobar en especial el quantum de las retribuciones que se han asignado los directores en el marco del art. 261 de la LS. Y, por cierto, ninguna de esas deliberaciones -ni la que atañe a los estados contables ni la que se refiere al quantum de los honorarios- importa aún, per se, abrir juicio acerca de la aprobación de los actos de gestión del directorio (ver: exposición de motivos de la ley 22.903 en relación al art. 241, LS).” CNCom, Sala C, 12/03/1993, “Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex SA s/ sumario”, societario.com, Ref. Nro. 2528.

no se presenta tan clara. Es así que lo que se intenta determinar es si el accionista que aprueba su remuneración como director de la sociedad actúa bajo un “interés contrario” que vedaría su derecho al voto.

En primer lugar, cabe aclarar que desde mi perspectiva la consecuencia de emitir un voto eficiente –aquél que resulta necesario para conformar la mayoría- en contrario interés al social, implica no solo la responsabilidad por el daño causado, sino también la nulidad de la decisión aprobada⁵⁷⁵⁸.

Ahora bien, la aprobación de la remuneración por parte de quien la va a percibir podría resultar reprochable desde lo moral, pero si no existe norma alguna que obligue al accionista a abstenerse del voto, dicho voto es válido. Es así que esa sola circunstancia no implica por sí sola la existencia de un interés contrario.

En este punto entra en colisión la doctrina. En primer lugar Bakmas⁵⁹ entiende que no debe exigirse la demostración de un daño para que prospere la prohibición prevista en el art. 248

⁵⁷ (Otaegui, Julio C., "Invalidez de actos societarios", p; 412, ed. Abaco. Bs. As. 1978

⁵⁸ En el caso “De Carabassa, Isidoro c/ Canale SA” se adhirió al voto del Dr. Williams mediante el cual se sentó la doctrina según la cual en caso de violación a la norma del art. 248 no procede la acción de nulidad de la decisión adoptada sino la acción de daños y perjuicios contra el socio que hubiese violado la prohibición. Más dicho precedente perdió vigencia cuando en el caso “Milrud” la misma sala cambió de criterio y aceptó la procedencia de la acción de nulidad.

⁵⁹ Bakmas, Ivan; “Artículo 248 de la ley de sociedades. Nulidad de voto por conflicto de intereses. Crítica a la doctrina de los casos Milrud y Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex; LL 1998-F, 1067.

Entiende en este sentido que es imposible determinar a priori si el accionista que va a votar en el asunto puesto a consideración hará prevalecer su interés personal por sobre el social, y si la decisión en definitiva causará perjuicios. Lo único que se puede conocer con certeza es que existe peligro de que esas cosas ocurran, por lo que la finalidad de la norma es evitar el peligro.

Desde su perspectiva, la norma tiende a evitar la consumación de un posible daño a los intereses sociales, y el mejor medio para evitar el daño es prevenirlo. Por ello se privilegia el deber de lealtad y buena fe del accionista que deberá abstenerse de votar.

Por otra parte Van Thienen y Di Chiazza⁶⁰ entiende al daño como un presupuesto de procedencia de la norma del art. 248. Es así que estos autores realizan una diferenciación entre los conceptos de conflicto de intereses e interés contrario. Entendiendo que el segundo se configura necesariamente ante la existencia un daño, requiriendo que el perjuicio sufrido por una de las partes sea proporcional y este directamente relacionado con la ventaja obtenida por la otra.

En este orden de ideas, entienden que el acto ejecutado con conflicto de interés podrá ser un acto ilícito si alguna norma positiva condena dicha conducta inmoral. Por ello entienden que el accionista que aprueba en asamblea sus propios honorarios puede recaer en una conducta cuestionada desde lo moral, si embargo, no hay norma alguna que le imponga el deber de abtención.

⁶⁰ Van Thienen, Pablo A, Di Chiazza, Ivan; "Impugnación de balance por interés contrario "reflejo" en la relaciones de grupo: Un caso que alarma". LL 22/06/10.

Ahora bien, si bien es claro que la aprobación de honorarios en principio no resulta comprendida en las prohibiciones del artículo 241, ni implica en si misma un interés contrario, que obliga a la abstención por lo normado por el artículo 248, lo cierto es que cuando dichos honorarios son fijados en exceso de los límites previstos por el artículo 261 de la Ley, entiendo que el accionista que ejerza un cargo en la administración debería abstenerse de votar en razón de la posible existencia de un interés contrario.

Analicemos dicho supuesto bajo las posturas doctrinarias señaladas.

Para Bakmas, el fundamento de la configuración del interés contrario se constituye ante la existencia de un peligro. Pues bien, cuando la asamblea intenta –conforme lo previsto en el orden del día- fijar honorarios mediante un sistema excepcional reglado por el artículo 261, nos encontramos sin lugar a dudas ante una situación de peligro, configurada por la intención de utilizar un sistema de excepción que determinará un honorario en exceso del permitido legalmente, con la consecuente disminución del patrimonio social –en forma directa- y la afectación al derecho al dividendo. Por ello, desde dicha tesitura, existirá interés contrario cuando el accionista intente fijar su propia retribución como director en exceso del límite del art. 261.

A la misma conclusión arriban Van Thienen y Di Chiazza. Desde su postura, el voto emitido en interés contrario operará cuando el

accionista de control pretenda imponer su voto en asamblea que decide aprobarse honorarios en exceso y en exclusivo beneficio propio. Concluyen que el socio controlante, saca provecho económico a expensas de la sociedad y de los otros socios quienes verán lesionados sus derechos patrimoniales.

En este aspecto, me permito agregar, que el cumplimiento de los recaudos legales previstos en el artículo 261 de la Ley de Sociedades para remunerar en exceso no mengua el interés contrario del voto, que se configura en forma previa a la deliberación. El remedio a la violación al régimen de excepción para la fijación de honorarios en exceso se constituye en la nulidad de la decisión asamblearia (art. 251) que se configura una vez tomada la decisión pertinente.

La necesidad de demostrar un perjuicio ha sido un presupuesto para la configuración del interés contrario receptado jurisprudencialmente en un caso en el que el conflicto se suscitaba ante la impugnación del voto de un accionista que había aprobado sus propios honorarios.

En autos “Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex s/ sumario”⁶¹ la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial entendió que los distintos enfoques interpretativos desarrollados en el fallo, hacen conducir a la necesidad de examinar, en el caso de que se trate, más allá de una liminar apariencia de contraposición de intereses, sí ha habido o no un perjuicio real y tangible para la sociedad, como presupuesto para la declaración de nulidad.

⁶¹ CNCom, Sala C, 12/03/1993, “Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex s/ sumario”, societario.com, Ref. Nro. 2528.

Desde esta perspectiva, los honorarios que se fijen por encima de los límites previstos por el art. 261 siempre implicarán un perjuicio al interés social por la afectación al patrimonio que ello implica (ante la inexistencia o insuficiencia de las ganancias) o por la afectación de los derechos patrimoniales de los accionistas (cuando los honorarios se fijan por encima de los límites establecidos entre el 5% y el 25% según sea el caso concreto).

V.ANTICIPOS DE HONORARIOS.

Los directores pueden recibir adelantos a cuenta de honorarios por el ejercicio de la función que desempeñan, pero, en tal supuesto, siempre será atribución de la asamblea la fijación definitiva de los mismos.

Ello así por cuanto conforme a lo establecido por el artículo 261 de la Ley de Sociedades, los honorarios deben resultar de una ganancia realizada, líquida y distribuible resultante de un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado⁶².

Lo cierto es que la práctica habitual ha llevado a los directores a realizar retiros o anticipos a cuenta de honorarios con los que se retribuirá su gestión, todo ad referendum de la asamblea que en definitiva fije el monto de la remuneración.

Determinada la remuneración por parte de la asamblea, se compensarán dichos retiros con la suma final asignada, por cuanto dichos retiros se contabilizan como un crédito de la sociedad contra los sujetos que efectuaron los mismos⁶³.

Como se analizará a continuación, dicha potestad de realizar retiros a cuenta se encuentra expresamente reconocida por el

⁶² Art. 224, párr. 1º de la Ley 19.550.

⁶³ Rovira, Alfredo L. "La remuneración de los directores", en "El Directorio en las Sociedades Anónimas. Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos Odriozola". Ed Ad-Hoc, pág.196.

régimen legal fiscal, por fallos judiciales⁶⁴ y por la normativa de la Comisión Nacional de Valores.

V.I) Régimen previsto por la Comisión Nacional de Valores.

Como se expresó, las ganancias distribuibles deben resultar de balances legalmente confeccionados y aprobados en asamblea, no obstante, en las sociedades anónimas abiertas, se permite la distribución de dividendos anticipados, situación prohibida en las sociedades cerradas. Por su parte la Comisión Nacional de Valores reconoce implícitamente la posibilidad de que los directores retiren anticipos de sus honorarios por cuanto establece en sus normas⁶⁵ que los directores deberán devolver a la sociedad las sumas percibidas en exceso cuando la asamblea no aprobare en legal forma las remuneraciones en exceso.

La facultad de realizar distribuciones parciales de dividendos anticipados previstos expresamente por el ordenamiento societario para las sociedades abiertas, autoriza –a mi entender- a que los directores también puedan realizar retiros como anticipos, siempre sujetos a lo que en definitiva resuelva la asamblea respecto a la remuneración final, por cuanto si tanto los dividendos como los honorarios de directores deben resultar de ganancias líquidas y distribuibles resultantes de un balance general legalmente confeccionado, la excepción sobre dicho principio para

⁶⁴ “Es procedente la autorización asamblearia a los directores para realizar retiros a cuenta de sus honorarios, cuando tal proceder no está vedado ni por el estatuto ni por la Ley de Sociedades.” (CNCom, Sala E, 02/09/98, “Ramos Mabel c/ Editorial Atlántida”, ED 181-122).

⁶⁵ “No realizada esta asamblea, los directores deberán devolver a la sociedad la suma percibida en exceso, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.” Resolución General CNV, 368/01, Capítulo III, Artículo 5.

los dividendos reconocida legalmente⁶⁶ debería implicar la procedencia de la excepción también para los honorarios anticipados en las sociedades sujetas a control del ente.

V.II) Legislación fiscal.

Como expresé anteriormente, los anticipos a cuenta de honorarios también se encuentran expresamente reconocidos a través de en ley impositiva.

Es así que el artículo 73⁶⁷ de la Ley de Impuesto a las Ganancias establece que toda disposición de fondos efectuado por la sociedad a favor de terceros y que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa, hace presumir una ganancia gravada. Por su parte, el artículo 103⁶⁸ del decreto reglamentario prevé expresamente que constituyen una

⁶⁶ Art. 224, párrafo 2do de la Ley 19.550.

⁶⁷ **Art. 73.-** Toda disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso a), y que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa, hará presumir, sin admitir prueba en contrario, una ganancia gravada equivalente a un interés con capitalización anual no menor al fijado por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA para descuentos comerciales o una actualización igual a la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, con más el interés del OCHO POR CIENTO (8%) anual, el importe que resulte mayor. Las disposiciones precedentes no se aplicarán a las entregas que efectúen a sus socios las sociedades comprendidas en el apartado 2. del inciso a) del artículo 69. Tampoco serán de aplicación cuando proceda el tratamiento previsto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14.

⁶⁸ **Art. 103 -** A efectos de la aplicación del artículo 73 de la ley, se entenderá que se configura la disposición de fondos o bienes que dicha norma contempla, cuando aquéllos sean entregados en calidad de préstamo, sin que ello constituya una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa o deban considerarse generadoras de beneficios gravados. Se considerará que constituyen una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa, las sumas anticipadas a directores, síndicos y miembros de consejos de vigilancia, en concepto de honorarios, en la medida que no excedan los importes fijados por la asamblea correspondiente al ejercicio por el cual se adelantaron y siempre que tales adelantos se encuentren individualizados y registrados

consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa, las sumas anticipadas a directores, síndicos y miembros de consejos de vigilancia, en concepto de honorarios, en la medida que no excedan los importes fijados por la asamblea correspondiente al ejercicio por el cual se adelantaron y siempre que tales adelantos se encuentren individualizados y registrados contablemente⁶⁹.

contablemente. La imputación de intereses y actualizaciones presuntos dispuesta por el citado artículo, cesará cuando opere la devolución de los fondos o bienes, oportunidad en la que se considerará que ese hecho implica, en el momento en que se produzca, la cancelación del crédito respectivo con más los intereses devengados, capitalizados o no, generados por la disposición de fondos o bienes respectiva. Sin embargo, si en el mismo ejercicio en el que opera la devolución o en el inmediato siguiente, se registraran nuevos actos de disposición de fondos o bienes en favor del mismo tercero, se entenderá que la devolución no tuvo lugar en la medida dada por el monto de esas nuevas disposiciones y que los intereses y actualizaciones que proporcionalmente correspondan a dicho monto no han sido objeto de la cancelación antes aludida. A todos los fines dispuestos por el artículo 73 de la ley y por este artículo, los bienes objeto de las disposiciones que los mismos contemplan se valuarán por su valor de plaza a la fecha de la respectiva disposición. La imputación de intereses y actualización previstos por el citado artículo de la ley, también procederá cuando la disposición de fondos o bienes devengue una renta inferior en más del VEINTE POR CIENTO (20%) a la que debe imputarse de acuerdo con dicha norma, en cuyo caso se considerará que el interés y actualización presuntos imputables resultan iguales a la diferencia que se registre entre ambas. En el supuesto que la disposición de fondos o bienes de que trata este artículo suponga una liberalidad de las contempladas en el artículo 88, inciso i), de la ley, los importes respectivos no serán deducibles por parte de la sociedad que la efectuó y no dará lugar al cómputo de intereses y actualizaciones presuntos. Compensación de quebrantos por sociedades, asociaciones, empresas y explotaciones unipersonales

⁶⁹ “Que en estas condiciones, debe señalarse que el decreto reglamentario hace jugar el interés de la empresa en la disposición de los fondos de los directivos, en la medida del límite de las remuneraciones aprobadas por la asamblea, entendiéndose como efectuadas no en interés de la empresa, a aquellas que superen dicha aprobación asamblearia. Que, frente a esta disposición reglamentaria, el contribuyente, haciendo pie en la realidad económica y la posterior reducción del capital societario destaca la existencia de una verdadera distribución de capital social, sin que pueda considerárselos préstamos... Que la razonabilidad de dicho límite es evidente si se piensa que es por la vía asamblearia mediante la cual se reconoce y retribuye las tareas efectuadas por los miembros de su órgano directivo en interés del ente, siendo entonces que todo lo que exceda dicha suma, no estará ya relacionado con el interés social, sino de los sujetos directivos quienes, por medio de adelantos en cuenta corriente, obtienen una suerte de financiamiento aprovechando la caja de la sociedad que administran, ya que pasa su subsistencia personal o familiar, ya sea para la realizar otras operaciones lucrativas en forma personal, cuestión que no interesa para la calificación legal de la operación en cabeza de la sociedad.” (TFN, Sala B, 28/03/05, “Punte SACIF s/ apelación impuesto a las ganancias”, societario.com ref. nro. 8883)

Cabe destacar que el decreto reglamentario aclara expresamente que los anticipos a los que hace referencia deben ser retirados en concepto de honorarios. En su caso, la falta de imputación de dicha cuenta implicará que los adelantos retirados por el director serán considerados préstamos sujetos a una ganancia gravada. En tal sentido, se ha resuelto que los retiros mensuales retirados por directores que no hayan sido imputados expresamente a futuros honorarios, no pueden posteriormente ser compensados con éstos, por lo que puede posibilitar la vía del cobro de los mismos por parte del director⁷⁰.

El problema se encuentra cuando el monto de los honorarios retirados como anticipos resulta inferior al monto que en definitiva aprueba la asamblea, por cuanto en dicho caso, los directores se constituyen en deudores de la sociedad y deben restituir los honorarios percibidos en exceso⁷¹.

En este sentido Gagliardo⁷² entiende que la obligación de restituir no resulta de la ausencia de su desempeño o por infringir las pautas de un buen hombre de negocios, sino por no verificarse los recaudos

⁷⁰ “Ahora bien, independientemente de lo anterior, ambos expertos contables dijeron que no les fueron exhibidos recibos que acrediten que los retiros efectuados mediante esos cheques fueron realizados a cuenta de honorarios...En el caso, lo único que los peritajes han podido establecer es que el actor cobró ciertos cheques que fueron debitados de la cuenta nº 210 antes referida. No se ha establecido en cambio, cuál ha sido la imputación de dichas cobranzas.” (CNCom, Sala D, 28/08/2007, “Rodriguez, Manuel Pedro c/ Engraulis SA s/ ordinario”, societario.com ref. nro. 16.181).

⁷¹ En este sentido, se ha resuelto que es procedente la medida cautelar de inhibición general de bienes contra el director que haya percibido honorarios en exceso que no hayan sido ratificados por la asamblea. (CNCom, Sala B, 21/08/2009, “Nahuelsat SA en liquidación c/ Torres Raúl Alfredo s/ ordinario s/ incidente de apelación”, societario.com ref. nro. 14.401).

⁷² Gagliardo, Mariano “Anticipos a cuenta de directores y una gestión eficaz” ED 181-398.

formales que dan validez a su emolumento.

V.III) Efectos de la quiebra sobre los anticipos a cuenta de honorarios.

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 cuanto a la resolución del problema⁷³.

Por una parte se ha expresado que los anticipos retirados por el director “a cuenta” de honorarios durante el período de cesación de pagos y sin que la asamblea le hubiese asignado remuneración alguna debe entregar dicha suma con fundamento en lo dispuesto por el art. 88, inc. 3ero de la Ley 24.522, ya que al no haber constituido tal dación la satisfacción de débito alguno que la sociedad mantuviera con su administrador, éste –que es formalmente un tercero respecto a aquella- resulta accipiens vinculado por el débito de restituir⁷⁴.

Se trata por ende, de una aplicación de la orden contenida en la norma mencionada por cuanto la incautación de los bienes del fallido es una consecuencia inmediata del desapoderamiento, pues implica que el síndico tome efectiva tenencia de los bienes del deudor⁷⁵.

Una segunda interpretación, aplica el inciso 1º del art.

⁷³ Perciavalle, Marcelo, “Responsabilidad: Directores, Socios, Síndicos.” Errepar, 2008, pág. 109.

⁷⁴ CNCom, Sala D, 26/10/1998, “Stel tec SA s/ quiebra” ED 181-398.

⁷⁵ Arduino, Augusto y Azeves, Angel Héctor, “Situación jurídica de los retiros a cuenta de honorarios efectuados en el período de sospecha por el directorio”, ED 229-828.

118 de la Ley 24.552. Bajo tales parámetros los adelantos a cuenta realizados por la sociedad sin encontrarse habilitada al pago de honorarios, constituye una liberalidad, ya que no hubo una causa que lo justifique⁷⁶.

Por último, una tercera postura, señalada por Perciavalle⁷⁷ al referirse a los autos “Cambria SA s/ quiebra s/ incidente de ineficacia” aplica el inciso segundo del artículo 118 al entender que el pago de anticipos constituye el pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad.

⁷⁶ Del dictamen del Fiscal en “Stel tec SA s/ quiebra”, CNCom, Sala D, 26/10/1998, ED 181-398

⁷⁷ Perciavalle, Marcelo, “Responsabilidad: Directores, Socios, Síndicos.” Errepar, 2008, pág. 109.

VI) RÉGIMEN CONTABLE DE LOS HONORARIOS DEL DIRECTORIO.

Sobre el particular corresponde formular una distinción previa que emana de las diversas modalidades con la que se origina la retribución de los directores. Ello así por cuanto el tratamiento contable de la remuneración del directorio dependerá de la forma asignada al pago de dicha remuneración.

Por ende, cuando las mismas provengan del desempeño de funciones técnicas, administrativas o gerenciales, o en la comisión de tareas especiales, que se traducen en sueldos o en remuneraciones mensuales, o pagos puntuales asignados a las tareas específicas encomendadas, estamos ante cargos directos a la cuenta de ganancias y pérdidas del ejercicio conforme lo expresamente establecido por el artículo 64, inciso b), punto 1 de la Ley 19.550.

Por el contrario, si los honorarios son establecidos como un porcentaje de las ganancias, y por lo tanto, sujetas al arbitrio de la asamblea, los mismos constituyen una distribución de utilidades expuesta en el “estado de resultados acumulados” conforme lo prevé el artículo 71 del mismo cuerpo legal.

La primera de estas posibilidades, en donde se encuadran los sueldos de los administradores que pudieran vincularse con la sociedad

bajo una relación de dependencia, así como aquellas situaciones en las cuales en el marco de la realización de funciones técnicas, administrativas o gerenciales, constituyan una prestación de servicios autónoma, con independencia del error que pueda atribuírsele al no considerar al directorio como órgano de la sociedad y asignando su estructura a las características de una prestación de servicios⁷⁸; siempre se tratará de un gasto y costo con “cargo de resultados”. Corresponde que figuren en el Estado de Resultados como partidas negativas que disminuyen la ganancia o aumentan la pérdida del ejercicio⁷⁹.

Para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones las normas de la Comisión Nacional de Valores establecen que la retribución del directorio deberá considerarse como gasto del ejercicio correspondiente. Agregan que cuando la determinación de la remuneración se encuentre sujeta a la asamblea, se deberá estimar –provisionar- en los estados contables el monto que corresponda ser aprobado⁸⁰.

Por su parte, aquellos honorarios que conforme al artículo 261 de la Ley de Sociedades deban ser aprobados por asamblea no pueden ser previamente cargados como partidas negativas que afecten al Estado de Resultados –salvo que se registren como provisión conforme lo estipulado por la Comisión Nacional de Valores-, ya que los mismos, como bien lo explican Oklender y Policella, recién integran el pasivo de la sociedad –como deudas- a partir de que la asamblea dispone tal reparto. Es decir, antes de la asamblea tales honorarios no existen jurídicamente y ello explica que no figuren contablemente devengados con cargo de resultados.

⁷⁸ Así ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Juan F. Fullana SA s/ recurso de apelación –impuesto a las ganancias- del 02/04/1985 (societario.com ref. nro. 6924).

⁷⁹ Oklender, Juan y Policella, Gustavo “Los directores de la S.A. frente a los impuestos (1 parte), IMP2006-3, 425.

⁸⁰ Normas CNV 368/01, III.3.4.

En este sentido se ha expresado la Corte Suprema al entender que *“los honorarios que no se computan contablemente como gastos a fin de determinar el estado de ganancias y pérdidas del ejercicio, y tampoco se toman en consideración como pasivo en la cuenta patrimonial a la fecha del balance. Por el contrario, en las prácticas y técnicas contables, avaladas por los organismos de control, los honorarios se consideran gastos registrados en la fecha de realización de la asamblea de accionistas, y se reflejan como afectación de resultados (gasto) en el “estado de resultados acumulados” y como “pasivo” en los asientos de la contabilidad de ese ejercicio posterior. Pasivo éste, que estará o no cancelado a la fecha de cierre del nuevo ejercicio.*⁸¹”

En relación a la deducción de dichos honorarios en el balance del ejercicio a tratarse en asamblea –tema sobre el que volveré-, cabe referir que el artículo 118 del Decreto Reglamentario de la Ley al Impuesto a las Ganancias determina que las mencionadas remuneraciones pueden ser deducidas, a pesar que las mismas no constituyen un gasto, pero sí una deducción admitida en el balance del ejercicio en que aquellas se regulan al solo efecto de la determinación del resultado. Es decir, su deducción no esta causada en que las mismas constituyen un gasto, sino por una norma expresa que a tales efectos lo autoriza. Si esto no fuera así, los honorarios sólo se habrían podido deducir del ejercicio siguiente.

En este sentido se expresa Van Thienen⁸² al considerar que en el supuesto del honorario fijado a partir de una participación en las ganancias tanto el pago como el monto de los honorarios quedan

⁸¹ CSJN, 02/04/85, Juan F. Fullana SA s/ recurso de apelación –impuesto a las ganancias-, societario.com ref. nro. 6924.

⁸² Van Thienen, Pablo Augusto “Remuneración del director y participación en las ganancias” CEDEF, Working Paper n 1/2006.

inexorablemente subordinados a dos condiciones suspensivas: (i) que efectivamente existan ganancias y (ii) que los socios decidan distribuir parte de las mismas como honorarios. O sea, desde el punto de vista contable o jurídico esta forma de distribuir es lisa y llanamente, un destino de las ganancias.

En cambio, cuando la remuneración es fija, la misma es absolutamente independiente del resultado económico, de que existan ganancias, y de que se declaren dividendos. Esta forma de distribución es un coste de explotación que debe soportar la sociedad por el sólo hecho de ser administrada, y que conforme el artículo 64 de la Ley de Sociedades, será un cargo directo a la cuenta de ganancias y pérdidas.

VII) RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS HONORARIOS DEL DIRECTORIO.

Como se ha expuesto hasta aquí el régimen jurídico aplicable a la remuneración de los directores es complejo desde que el mismo resulta variable en función a las diferentes tareas que puede realizar un director y la modalidad mediante la cuál las mismas puedan ser remuneradas.

Como ha sido explicado en el presente, la expresa posibilidad prevista en la Ley de Sociedades para que el director pueda estar vinculado a la sociedad como dependiente de ésta, hace que los principios del derecho societario y laboral se enfrenten para determinar no sólo la naturaleza del vínculo, sino también el límite de remuneraciones aplicable.

Del mismo modo, las diferentes tareas que puede desempeñar el director, más allá de las propias del cargo, hace que el régimen de límites a la remuneración pueda soslayarse, y en consecuencia, fijarse honorarios en exceso.

En efecto, el director de una sociedad anónima puede ejercer funciones ejecutivas (director ejecutivo) o meramente orgánicas (director de asiento).

Del mismo modo, pueden ejercer en el marco del cargo de director tareas técnico administrativas o comisiones especiales.

Respecto de las comisiones especiales, parecería lógico que las mismas se realicen en un marco de prestación de servicios autónomo por la naturaleza propia de dicha prestación. Por la comisión de las mismas el director recibirá un pago en concreto por la prestación del servicio encomendado. Como ha sido expresado, a los efectos del cálculo del límite establecido en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, los pagos recibidos por el director en estas condiciones serán computados a los efectos de determinar el límite de los honorarios a fijarse en asamblea, por lo que en este caso, el director podría percibir honorarios por prestaciones de servicios en razón de comisiones especiales encomendadas y a su vez, los honorarios – propios- que determine la asamblea en razón del porcentaje de las utilidades del ejercicio.

En relación a las tareas técnico administrativas las mismas también podrían generarse bajo un vínculo de prestación de servicios autónomo, con independencia del error que pueda atribuírsele al no considerar al directorio como órgano de la sociedad. En su caso, recibirá el mismo tratamiento analizado en el párrafo anterior para las comisiones especiales.

Pero la realidad demuestra que es que estas funciones técnicas que realiza el director en general no son retribuidas en forma de una prestación de servicios autónoma, sino que, son alegadas por el órgano asambleario al momento de la fijación de honorarios como fundamento para exceder el límite legal. Es decir, durante el ejercicio las funciones técnicas

pueden haber sido desarrolladas por el director, pero las mismas no serán remuneradas hasta el momento de celebrarse la asamblea. Por ello, se alega la realización de las mismas para exceder el límite de la remuneración, que es única en su especie –honorario en participación de las ganancias- independientemente de las diferentes tareas realizadas.

Todas estas variables, determinarán en definitiva la forma en que se abone la remuneración así como el límite del honorario aplicable. Pero como se analizará a continuación, estas diversas formas existentes para retribuir a un director, tienen una consecuencia insoslayable en el tratamiento tributario que se le asignan a los honorarios.

Como se verá entonces, el derecho tributario abarcará las diferentes situaciones a partir de las funciones que realice el director, aplicando un tratamiento impositivo propio a cada uno de los supuestos.

VII. I) Aspectos previsionales.

Desde el punto de vista previsional, rige el principio de que los miembros del Directorio de las sociedades anónimas deben inscribirse obligatoriamente al Régimen Integrado de Jubilaciones y Pensiones –de acuerdo a lo previsto en el artículo 2, inciso b), apartado 1) de la Ley 24.241 -, en carácter de trabajadores autónomos, por cuanto la norma establece que las personas que realicen tareas de dirección, administración o conducción de cualquier sociedad, aunque por esas actividades no obtenga retribución, se encuentran obligatoriamente comprendidos en el sistema bajo el régimen de trabajador autónomo.

Dicha afiliación al régimen de trabajadores autónomos debe ser realizada con independencia al domicilio del director, ya sea que el mismo se encuentre en nuestro país o en el exterior.

Como ha sido expresado, el artículo 261 de la Ley de Sociedades prevé la posibilidad de que un director perciba sueldos en concepto de remuneración, por lo que –como ha sido expresado– la propia norma societaria presupone la posibilidad de que exista una relación de dependencia entre el director y la sociedad. Ésta duplicidad de relaciones (orgánicas y laborales) es receptada también por la Ley 24.421 que en el artículo 3 al establecer que resulta voluntaria la inscripción al Régimen Integrado de Jubilaciones y Pensiones del director de una sociedad anónima por las asignaciones que perciban de la misma sociedad por actividades especialmente remuneradas que configuren una relación de dependencia.

Es decir, la afiliación al sistema previsional siempre es obligatoria bajo el régimen de trabajador autónomo, independientemente que el director perciba o no asignaciones como empleado en relación de dependencia.

En su caso, aquel director que recibiere tal remuneración como sueldo, podrá optar por incorporarse voluntariamente al Sistema de Jubilaciones y Pensiones como dependiente, pero manteniendo su adherencia al régimen de trabajadores autónomos. En este supuesto, la sociedad deberán ingresar los aportes y contribuciones del director en tal carácter como si se tratara de un empleado más de la sociedad. A tales efectos, el

director deberá cursar una nota a la sociedad por cualquier medio fehaciente para que se lo incorpore al sistema como trabajador dependiente⁸³.

Por su parte, aquel director que no ejerza la opción de incorporación voluntaria al régimen de trabajadores subordinados, percibirá su salario el cual no tributará aportes y contribuciones jubilatorias.

Puede ocurrir también que una persona ejerza el cargo de director en una sociedad y se encuentre bajo relación de dependencia de otra, en cuyo caso, deberá aportar a ambos sistemas conforme lo expresamente previsto en el artículo 5 de la Ley 24.421.

Debo destacar asimismo, que una persona que ejerza el cargo de director en dos o más sociedades debe inscribirse como autónomo bajo una única actividad. Ello por cuanto a los fines fiscales no nos encontramos ante una multiplicidad de actividades, sino que se trata de una misma actividad ejercida en diversas empresas. Respecto a la categoría en la que deba inscribirse, ello dependerá de la cantidad de empleados que tenga cada una de las sociedades en las que ejerce el cargo, y se tomará la de mayor significancia económica, es decir, la que tenga mayor cantidad de empleados.

⁸³ En tal supuesto y conforme Res. 1242/98 de la DLTRSS-DGI los trabajadores obligados con el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones como autónomos que no haya adherido voluntariamente al régimen de relación de dependencia no deben ser incluidos por la sociedad en la nómina mensual de empleados. Pero si deberán realizarse los aportes correspondientes al sistema de aseguradores de riesgo del trabajo conforme a lo prescripto por el artículo 2 de la Ley 24.557.

Lo anterior se relaciona también con la carga del pago, la cual está impuesta al Director y no de la sociedad justamente por el carácter de trabajador autónomo que le asigna la Ley 24.421 al director.

En relación a los directores suplentes, mientras no hayan asumido función de administración y/o de representación alguna en reemplazo o vacancias del titular, no deben ser inscriptos en el Régimen Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

Por último, y conforme a lo normado por la Ley 24.476, establece en relación a los directores que al 15 de julio de 1994 fueran beneficiarios de prestaciones de jubilación ordinaria o por edad avanzada, o si a esa fecha reunieran los requisitos para obtener dichos beneficios, no tributarán en ninguna categoría de autónomos. Por el contrario, los que no tuvieran esa suerte, es decir, que su jubilación fuere posterior a esa fecha indicada, deberán tributar en la categoría más baja⁸⁴.

VII. II) El impuesto a las ganancias sobre las retribuciones del director.

El principio general es que las retribuciones que la sociedad abona al director se encuentran íntegramente sometidas al impuesto a las ganancias, aunque en definitiva, como se analizará a continuación, ello dependerá del tipo de retribución que se trate.

⁸⁴ Perciavalle, Marcelo L. "Directores y Socios. Aspectos remunerativos y previsionales". Ed. Errepar, pág. 17.

En este sentido el artículo 79 de la Ley del Impuesto a las Ganancias establece que: *“Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes de: b) del trabajo personal ejecutado en relación de dependencia...; f) del ejercicio de (...) funciones del director de sociedades anónimas.”*

Si las retribuciones al director son percibidas en el marco de la relación de dependencia que lo une con la sociedad, las mismas estarán sometidas al régimen de retención establecido en la Resolución General 1261 de la AFIP, es decir que tributarán según el método de “lo percibido”, de forma idéntica a cualquier otro sueldo abonado por la sociedad⁸⁵.

Diferente resulta el tratamiento cuando la retribución del director es abonada por la sociedad en concepto de honorarios, ya sea por la prestación de comisiones especiales o tareas técnico administrativas o por honorarios propios o “puros” resultantes de su actuación como miembro del órgano de administración de la sociedad.

En principio las remuneraciones que perciba el director en concepto de honorarios por las tareas propias del cargo que enviste serán de tercera o cuarta categoría dependiendo de que las mismas hayan sido fijadas por debajo o en exceso del límite deducible por la sociedad previsto en el artículo 87 inciso j) de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

⁸⁵ Oklender, Juan y Policella, Gustavo “Los directores de la S.A. frente a los impuestos (1 parte), IMP2006-3, 425.

Es así que en la medida que estas retribuciones no excedan los límites cuantitativos que fija el artículo 87 de la Ley de Impuesto a las Ganancias para permitir su deducción en el balance fiscal de la sociedad, las remuneraciones constituyen para el director ganancias de cuarta categoría . Cuando dichas retribuciones exceden dicho límite y toda vez que las mismas dejan de ser computables como ganancias gravadas en cabeza del director, al no resultar deducibles, pasan a tributar dicho gravamen pero como rentas de tercera categoría en cabeza de la propia sociedad⁸⁶.

Respecto de los honorarios percibidos por los directores por el desempeño de tareas técnico administrativas o comisiones especiales, es decir en un marco de prestación de servicios autónoma, las mismas constituyen materia imponible íntegramente en cabeza del director, con un tratamiento análogo al que corresponde a las restantes ganancias de cuarta categoría.

Y esto es así por cuanto el límite de deducciones por remuneraciones a los directores, deducible por la sociedad, no toma en cuenta a aquellas retribuciones que correspondan por: a) actividades desarrolladas en el marco de una relación de dependencia, b) por el desempeño de tareas técnico administrativas o comisiones especiales que hayan sido percibidas previo al tratamiento de los honorarios en asamblea por prestaciones autónomas de servicios.

Así resulta del tercer párrafo del artículo 142 del Decreto 1344/98 que establece que las remuneraciones a que se refiere el inc. j) del

⁸⁶ Oklender, Juan y Policella, Gustavo “Los directores de la S.A. frente a los impuestos (1 parte), IMP2006-3, 425

artículo 87 de la Ley de Impuesto a las Ganancias no incluyen los importes que los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o socios administradores pudieran percibir por otros conceptos (sueldos, honorarios, etc.) los que tendrán el tipo de tratamiento previsto en la ley según el tipo de ganancia de que se trate⁸⁷.

Sin embargo, cabe destacar que esta postura no resulta absoluta, por cuanto conforme ha sido resuelto judicialmente: “la norma...no efectúa distinciones entre el tipo de remuneración que perciben los directores, sino que se limita a señalar que la deducción permitida por tal concepto no puede superar el límite que establece. En consecuencia, no cabe interpretar que el límite de la deducción no rige para las retribuciones por el desempeño de las funciones técnico administrativas, como sostiene la apelante, ya que, conforme bien se señala en la sentencia en crisis, el tema de los honorarios a deducir del impuesto a las ganancias no guarda vinculación alguna con el tipo y calidad de las tareas efectivamente desempeñadas con los directores prevista por la legislación comercial.⁸⁸”

A mi entender, el tercer párrafo del artículo 142 del Decreto Reglamentario cuando se refiere a “otros conceptos” entre los que menciona honorarios, se refiere a aquellos honorarios que fueren percibidos por un director como retribución de un servicio concreto encomendado por la sociedad –que puede ser considerado una comisión especial o una tarea técnica-, pero que ha sido contablemente asignado como gasto y costo con “carga de resultados”. Es decir, se refiere a aquellos honorarios que han sido

⁸⁷ Conforme al Dictamen (DAT) 45/02, del 30/04/02, Boletín Impositivo AFIP N 63, pág. 1799, los honorarios por funciones técnico administrativas recibidos por los directores no se encuentran limitados por el 25% establecido en el inc. j) del art. 87 de la Ley de I.G.

⁸⁸ CContAdmFed, Sala II, 21/02/08, “Deportes Peña SA c/ DGI” societario.com ref. nro. 11458.

previamente percibidos por el director en el marco –impropio- de una prestación de servicios.

Por el contrario, las tareas técnico administrativas a las que se refiere el fallo mencionado son aquellas que resultan de los honorarios aprobados por asamblea, la que para fundar el exceso al límite del artículo 261 de la Ley de Sociedades. Es decir, dichos honorarios no resultan contabilizados como gasto y costo con “carga de resultados”, sino que recién integran el pasivo como deuda a partir de la asamblea que dispone su reparto; y como consecuencia de ello, se computan dentro del límite deducible por la sociedad.

Como se puede apreciar el régimen tributario difiere –en cuanto a los límites- del societario. Como ha sido analizado, a los fines de establecer el monto máximo para la fijación de los honorarios del Directorio previsto en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, se tiene en cuenta todo tipo de remuneración percibida por los directores cualquiera fuere su causa y forma de pago. Por el contrario, a los fines tributarios para establecer los montos deducibles para la sociedad por honorarios del directorio, quedan fuera de ellos, las remuneraciones percibidas por los directores en concepto de tareas técnico administrativas o comisiones especiales previamente percibidos y contabilizados como gasto con carga de resultados, y sueldos.

Otra diferencia importante entre la normativa societaria y tributaria, es que en esta última, incluye en el importe máximo de los

honorarios deducibles a los que correspondan a la Sindicatura, para los cuales no rige el tope que fija la Ley de Sociedades⁸⁹.

VII.III) La determinación del límite deducible por la sociedad.

Resulta de suma importancia determinar el límite máximo deducible por honorarios al Directorio, pues de aquél límite dependerá el tratamiento que deberá aplicarse a la retribución en cabeza de los directores, salvo que correspondan a sueldos por relación en dependencia o honorarios por el desempeño de comisiones especiales o desarrollo de tareas técnico administrativas en razón de una prestación de servicios impropia.

VII.III.a) La normativa aplicable.

Conforme a lo normado por el artículo 87, inciso j)⁹⁰ de la Ley de Impuesto a las Ganancias y el artículo 142⁹¹ del Decreto

⁸⁹ Oklender, Juan y Policella, Gustavo "Los directores de la S.A. frente a los impuestos (1 parte), IMP2006-3, 425.

⁹⁰ j) Las sumas que se destinen al pago de honorarios a directores, síndicos o miembros de consejos de vigilancia y las acordadas a los socios administradores -con las limitaciones que se establecen en el presente inciso- por parte de los contribuyentes comprendidos en el inciso a) del artículo 69.

Las sumas a deducir en concepto de honorarios de directores y miembros de consejos de vigilancia y de

retribuciones a los socios administradores por su desempeño como tales, no podrán exceder el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de las utilidades contables del ejercicio, o hasta la que resulte de computar DOCE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 12.500) por cada uno de los perceptores de dichos conceptos, la que resulte mayor, siempre que se asignen dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada anual del

Reglamentario de dicha norma, resulta deducible para la sociedad las sumas abonadas en concepto de honorarios a directores hasta i) el 25% por ciento de las utilidades contables del ejercicio, o, ii) hasta \$12.500 por cada uno de los perceptores de dicho concepto; el que sea mayor.

año fiscal por el cual se paguen. En el caso de asignarse con posterioridad a dicho plazo, el importe que resulte computable de acuerdo con lo dispuesto precedentemente será deducible en el ejercicio en que se asigne. ***Las sumas que superen el límite indicado tendrán para el beneficiario el tratamiento de no computables para la determinación del gravamen, siempre que el balance impositivo de la sociedad arroje impuesto determinado en el ejercicio por el cual se pagan las retribuciones.***

⁹¹ **Art. 142** - La deducción por concepto de honorarios de directores, miembros de consejos de vigilancia o por retribución a socios administradores que establece el inciso j) del artículo 87 de la ley, no podrá superar el mayor de los siguientes límites: a) VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de las utilidades contables del ejercicio. A tal fin, deberá entenderse por utilidad contable a la obtenida después de detraer el Impuesto a las Ganancias del ejercicio que se liquida determinado según las normas de la ley y de este decreto reglamentario; b) el monto que resulte de computar DOCE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 12.500), por cada uno de los perceptores de honorarios o sumas acordadas. Dicho monto se determinará considerando respecto de cada perceptor el importe antes indicado o el de los honorarios o sumas acordadas que se le hubieren asignado, si este último fuera inferior. El monto deducible que se determine con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, se imputará al ejercicio por el que se paguen los honorarios o sumas acordadas si, dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada de la sociedad correspondiente al mismo, dichos honorarios o sumas acordadas hubieran sido asignados en forma individual por la asamblea de accionistas o reunión de socios o por el directorio u órgano ejecutivo, si los órganos citados en primer término los hubieran asignado en forma global. Si las asignaciones aludidas precedentemente tuvieran lugar después de vencido aquel plazo, dicho monto se deducirá en el ejercicio de asignación. Idéntico criterio de imputación regirá para la deducción de las sumas que se destinen al pago de honorarios de síndicos. Las remuneraciones a que se refiere el inciso j) del artículo 87 de la ley no incluyen los importes que los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o socios administradores pudieran percibir por otros conceptos (sueldos, honorarios, etc.), los que tendrán el tratamiento previsto en la ley según el tipo de ganancia de que se trate. A los efectos indicados deberá acreditarse que las respectivas sumas responden a efectivas prestaciones de servicios, que su magnitud guarda relación con la tarea desarrollada y, de corresponder, que se ha cumplimentado con las obligaciones previsionales pertinentes.

Como bien lo explican Oklender y Policella⁹² uno de los problemas que se le presenta a quien enfrenta la tarea de calcular el importe máximo deducible en concepto de honorarios a los directores consiste en que uno de los datos de los que depende dicho importe, es el que corresponde a lo deducible en concepto de Impuesto a las Ganancias, suma que a su vez depende de dicho importe⁹³.

El Decreto Reglamentario no resuelve el problema. Esta aparente imposibilidad de resolver esta dificultad tiene solución por cuanto pueden calcularse ambos conceptos –monto de honorarios deducible e impuesto a las ganancias- mediante un sistema de ecuaciones. La solución práctica ha sido elaborada por el Gabinete de Computación del Departamento de Tributación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires que ha desarrollado un aplicativo informático que facilita la solución del problema liquidatorio⁹⁴.

VII. IV) El Impuesto al Valor Agregado.

⁹² Oklender, Juan y Policella, Gustavo “Los directores de la S.A. frente a los impuestos (1 parte), IMP2006-3, 425.

⁹³ En este sentido se ha resuelto que: “con el dictamen DAL 106/96, del 28/10/96, que dejó claramente definido el concepto de utilidad computable neta del ejercicio a los efectos de la deducción de los honorarios de los directores y síndicos previstos en el art. 87 inc. j) de la ley de impuesto a las ganancias...que en este sentido la expresión “utilidades contables del ejercicio” debe entenderse lógicamente a la ganancia contable del período, es decir aquella que surge del estado de resultados, neto de impuestos. (TFN, Sala C, 01/12/2006, “Suple Servicio Empresario SA s/ recurso de apelación-ganancias”, societario.com ref nro 9600.

⁹⁴ El aplicativo ha sido denominado FACU-2, el cual resuelve el problema de los cálculos necesarios para determinar el honorario máximo deducible por distribución de utilidades en el balance impositivo de las sociedades de capital. El mismo se encuentra disponible en la página web de dicha facultad: “www.econ.uba.ar/www/departamentos/tributacion/

El Impuesto al Valor agregado resulta ser otro gravamen que genera dudas respecto a su aplicación al régimen de honorarios del Directorio. La aplicación de este tributo nuevamente dependerá del tipo de tarea remunerada, ya sea que el director sea remunerado por medio de un sueldo por la relación de dependencia que lo vincula por la sociedad, o por honorarios propios del cargo, o por último, por la realización de tareas técnico administrativas o comisiones especiales.

La relación de dependencia en sí misma resulta ser un factor excluyente de imposición al Impuesto al Valor Agregado. Así lo dispone expresamente el apartado 21) del inciso e) del artículo 3 de la Ley del IVA: *“Se encuentran alcanzadas por el impuesto de esta ley: e) las locaciones y prestaciones de servicios que se indican a continuación. 21) Las restantes locaciones y prestaciones, siempre que se realicen sin relación de dependencia y a título oneroso, con prescindencia del encuadre jurídico que les resulte aplicable o que corresponda al contrato que las origina.”*

Por ello, y conforme lo establece la normativa, la retribución de un director que perciba en el marco de una relación de dependencia no debe tributar IVA, pues se encuentra explícitamente excluida del ámbito de aplicación de dicho tributo, independientemente que retribuyan actividades inherentes al cargo de director, o bien sean consecuencia del desempeño de funciones técnico administrativas o de cualquier otro tipo.

Diferente es la situación cuando las retribuciones al director se realicen en un marco ajeno a la relación de dependencia, es decir, en forma independiente y retribuidas mediante honorarios, pues para estos

casos se deberá distinguir que tipo de actividad es la que se esta remunerando para determinar el régimen de IVA aplicable.

Es así que el artículo 7 de la Ley de IVA dispone que se encuentran exentas del impuesto: *“18) Las prestaciones inherentes al cargo de director...de sociedades anónimas...”* Asimismo, se incorporó en el año 2000 por medio de la Ley 25.239 el siguiente texto a la norma referida: *“Las exención dispuesta en el párrafo anterior será procedente siempre que se acredite la efectiva prestación de servicios y que exista una razonable relación entre el honorario cobrado y la tarea desempeñada, en la medida que la misma responda a los objetivos de la entidad y sea compatible con las prácticas de usos y mercado”*.

VII.IV.a) La condición de “inherencia” de las funciones.

Conforme lo establecido por la normativa tributaria, serán las prestaciones “inherentes” al cargo del director las que se encuentren exentas de IVA, y por el contrario, aquellas tareas que no resulten “inherentes” al cargo deberán ser gravadas con el IVA.

La normativa no ha definido el alcance del término “inherente”, ni tampoco lo ha realizado la reglamentación, con lo cual, esta imprecisión legal ha sido subsanada por la jurisprudencia y doctrina aplicable a la materia conforme se analizará a continuación.

Lo anterior llevaría a concluir que así como en el caso del impuesto a las ganancias, los honorarios por tareas técnico administrativas son deducibles para determinar el monto imponible en el balance, esos mismo honorarios no gozan de la exención al IVA. Ello así, porque si el director desarrolla tales prestaciones en forma independiente, percibiendo honorarios como retribución por las mismas, actúa como si fuera un prestador de servicios más, ajeno a la sociedad, sin que aquéllas dependan del ejercicio del cargo de director⁹⁵⁹⁶.

VII.IV.b) Las interpretaciones del Tribunal Fiscal y de la Justicia.

En cuanto a la postura del Tribunal Fiscal de la Nación, debe advertirse que han existido posturas opuestas entre las Salas intervinientes.

Las resoluciones que se analizarán a continuación se originaron como consecuencia de auditorías practicadas en la firma Glutal S.A., respecto de la cual los recurrentes revestían la calidad de directores, detectándose en la cuenta “Directores y Honorarios” una deducción en exceso en el impuesto a las ganancias. Sin embargo, la inspección actuante concluyó que el rubro “honorario de directores” deducido en dicho gravamen

⁹⁵ Oklender, Juan y Policella, Gustavo “Los directores de la S.A. frente a los impuestos (2 parte), IMP2006-4, 601.

⁹⁶ Así lo sostiene la AFIP que se expidió en el Dictamen (DAT) 45/02 -del 30/04/02, Boletín Impositivo AFIP n 63 pág. 1799- donde se estableció que el director que desarrolla este tipo de tareas debe tributar IVA por aplicación de lo dispuesto en el art. 3 inc. e) pto. 21 aptdo. F) que abarca a los servicios técnicos y profesionales (de profesiones universitarias o no) artes, oficios y cualquier otro tipo de trabajo.

resultaba procedente en cuanto estaría encuadrado dentro de lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y en el artículo 148 del Decreto Reglamentario y que tal deducción

Es así que en la causa "*Trod, Luis Moises*"⁹⁷ la Sala D de dicho Tribunal consideró que las tareas desarrolladas por el apelante tenían directa relación con su incumbencia profesional así como se encontraban relacionadas con el objeto de la sociedad cuyo Directorio integraba y de la que resultaba accionista, por lo que los honorarios que percibía por realizar funciones técnico administrativas se encontraban exentos de IVA, por cuanto el artículo 3 excluía del ámbito de imposición a los honorarios de los directores sin ningún tipo de desconocimiento.

Por su parte la Sala A del mismo Tribunal, en los autos "*Garat, Howard Luis*"⁹⁸ adoptó una posición absolutamente contraria a la anterior. En este caso –no obstante tratarse de un director de la misma sociedad- entendió que la totalidad de los honorarios, que habían sido percibidos por el desempeño de funciones técnico administrativas debía tributar IVA, ya que no se trataban de funciones específicas o inherentes al cargo de director.

Tales resoluciones del Tribunal Fiscal fueron respectivamente apeladas, por lo correspondió el tratamiento de dichos recursos por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal. Es así que la Sala III de dicha Cámara se avocó a resolver en el caso "Trode" y la Sala V en la causa "Garat". En términos generales ambas Salas entendieron que no

⁹⁷ TFN, Sala D, 10/03/99.

⁹⁸ TFN, Sala A, 1/09/99.

todos los honorarios percibidos por el beneficiario eran asignados por el desempeño de tareas técnico administrativas, sino que una parte de éstos resultaban honorarios propios del cargo de director. Bajo esta tesitura entendieron que los honorarios se encontraban exentos hasta el límite del 25% calculado sobre el resultado del ejercicio, luego de deducir el impuesto a las ganancias.

Finalmente en el mismo sentido que el fijado por la instancia de apelación, se expidió, ya en el año 2002, la Sala C del Tribunal Fiscal de la Nación en autos “Giscafre⁹⁹”, también en relación a un director de la misma sociedad.

Si bien en ambos casos se juzgó que no podía presumirse que la totalidad de las sumas percibidas por el recurrente pudieran atribuirse a la prestación de tareas técnico administrativas no inherentes al cargo de director, ello no implicó el rechazo a la postura fiscalista, sino que, por el contrario la jurisprudencia en análisis ratifica dicha postura en el sentido de que los honorarios que se perciben por el desempeño de funciones técnico administrativas se encuentran gravados¹⁰⁰.

Estas resoluciones –conforme los expresan Oklender y Policella¹⁰¹- constituyen una “creación pretoriana”, traída forzosamente de otras disposiciones –la Ley de Sociedades y la Ley de Impuesto a las

⁹⁹ TFN, Sala C, 26/09/2002.

¹⁰⁰ Martínez Costa, María Jimena, “Honorarios de los Directores de Sociedades Anónimas: Su tratamiento en la Ley del Impuesto al Valor Agregado a partir de la reforma introducida por la Ley 25.239.” Revista Electrónica de Derecho Societario n 31, Septiembre de 2007. (societario.com Ref. Nro. 9287.

¹⁰¹ Oklender, Juan y Policella, Gustavo “Los directores de la S.A. frente a los impuestos (2 parte), IMP2006-4, 601.

Ganancias- que recurren a la fórmula de aplicar el 25% de la ganancia para resolver, más o menos razonablemente, el alcance de una exención cuya redacción la torna prácticamente inaplicable y cuya reforma no ha servido para mejorarla.

Esta creación pretoriana entiendo que se basa en la realidad práctica imperante en la materia. Como lo he expresado, para exceder el límite previsto en la normativa societaria la asamblea alega la realización de funciones técnico administrativas por parte de los directores. De esta forma el honorario “propio” que resulta de la aprobación asamblearia como participación de las ganancias del ejercicio remunera las actividades propias del cargo y la prestación de las funciones técnicas, sin discriminar del monto aprobado cuál le corresponde a cada concepto. Si bien puede interpretarse que los honorarios que se fijen hasta el límite legal remuneran las funciones propias o inherentes del cargo, y que aquellos fijados en exceso remuneran las funciones técnico administrativas, si de la resolución asamblearia no se discriminan los conceptos, resulta arbitrario establecerlo de esa forma.

En este sentido se ha expresado recientemente el Tribunal Fiscal de la Nación¹⁰² al decidir que el sólo hecho de que exista una limitación para que el ente societario pueda deducir de su liquidación del impuesto a las ganancias hasta el 25% de los honorarios pagados a sus directores no constituye de ninguna manera una autorización para gravar el excedente con IVA, porque la prestación es única. Del mismo modo, suponer que ese 25% no estaría gravado por el IVA y el resto sí, es una solución de compromiso que no surge de ninguna norma vigente y que únicamente puede aplicarse cuando haya ganancias o, de no haberlas o ser mínimas,

¹⁰² TFN, Sala D, 23/11/2007 “Freire, Andrés, Bilinkis, Santiago”.

cuando las sumas abonadas a cada director no superan los \$12.500 por año. En esas condiciones, está claro que la separación entre prestaciones exentas y gravadas por el IVA carecen de legitimidad.

En sentido contrario, recientemente la Sala B del mismo Tribunal en los autos “Paolini”¹⁰³ resolvió que las funciones técnico administrativas, que pueden ser ejercidas tanto por un director de la sociedad como por personas distintas a él, no encuadran en la acepción “prestaciones inherentes al cargo de director” a los efectos de la exención al impuesto al valor agregado.

Cabe manifestar que la propia CSJN se ha expedido en relación a esta materia. Es así que en los autos “Corralón Lujan SACIFIA c/ Dirección General Impositiva”¹⁰⁴ dispuso que no que el artículo 261 de la Ley 19.550 no autorizaba a sostener que los montos percibidos por los directores de las sociedades anónimas excediendo el límite del 25% de las utilidades producidas en un período de terminado constituyeran prima facie una remuneración encubierta de tareas técnico administrativas que generen la obligación de cotizar a la caja de trabajadores dependientes.

Por su parte Roig entiende que ante la circunstancia de que ante la realización por parte del director de tareas técnico administrativas, que en definitiva impliquen la imputación de IVA sobre dichos honorarios, “sería preferible que por decisión de asamblea, se justifiquen los excesos al límite del artículo 261 por medio del desempeño de

¹⁰³ TFN, Sala B, 11/06/2008, “Paolini, Eugenio”.

¹⁰⁴ CSJN, 31/03/99, societario.com ref .nro. 3086.

comisiones especiales, o sea, de la realización de gestiones que le han sido encargadas, pero inherentes a su función.¹⁰⁵”

Disiento con esta última postura por cuanto, en su caso, la realización de comisiones especiales claramente resultan tareas que no son inherentes al cargo de director, por lo que en definitiva deberán ser gravadas con el impuesto al valor agregado.

En conclusión, entiendo que la Ley de Impuesto a las Ganancias y la Ley del Impuesto al Valor Agregado no incentivan el pago de honorarios al director bajo un sistema de participación en las ganancias de la sociedad; por el contrario, a través del sistema de deducciones se incita al pago de una remuneración como empleado de la sociedad, ya que será considerado como un gasto de conservación de la fuente de ganancias y disminuirá el monto a pagar del impuesto a las ganancias por parte de la sociedad, así como, se encontrará exento del pago del Impuesto al Valor Agregado.

¹⁰⁵ Roig, Jaime, “La remuneración al director de una sociedad anónima en la ley argentina” (SJA 08/09/2010).

VIII. CONCLUSIONES

El objetivo al inicio del trabajo fue echar luz sobre ciertos puntos. Ahora podemos asumir que:

1. Como ha sido analizado, la Ley de Sociedades establece un sistema remunerativo con una férrea posición en cuanto a la limitación a la que dichos honorarios se encuentran sujetos. La limitación establecida se encuentra relacionada a las utilidades que arroje la sociedad, así como, el destino que se le asigne a las mismas, siendo mayor el honorario en la medida que más dividendos se ordenen distribuir, estableciendo una relación directamente proporcional entre ambas variables. Esta postura cuenta con toda lógica desde que la norma intenta proteger el derecho al dividendo del accionistas.
2. Si bien en principio pareciera que el régimen legal establece la condición de que los directores deben ser remunerados bajo un sistema de participación en las ganancias, se ha acreditado que la propia Ley de Sociedades reconoce en los artículos 261 y 64 que la remuneración puede ser percibida previamente bajo diferentes conceptos que serán imputados como gastos con cargo al estado de resultados, lo que conlleva –en definitiva- a concluir que el principio general establecido es más bien un régimen de limitación a partir de una variable en las ganancias, que una participación en las mismas.
3. El régimen de excepción previsto en el artículo 261 de la Ley de Sociedades es fuente de diferentes interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales. Sin perjuicio de ello se ha analizado pormenorizadamente el requisito de “ganancias reducidas” y se desarrollaron las diferentes posturas relativas a que las teareas

técnico administrativas que refiere el cuarto párrafo del artículo 261 incluye a las permanentes.

4. A pesar de que los elementos esenciales del contrato de trabajo no resultan aplicables al vínculo del director, la Ley de Sociedades expresamente reconoce la posibilidad de que el director se encuentre relacionado con la sociedad bajo un régimen de dependencia laboral, receptando la posibilidad de que exista una duplicidad de relaciones – orgánicas y laborales-. Sin embargo, los salarios que perciba en dicho concepto, se encuentran también incluidos dentro del régimen de limitación que prevé el artículo 261 de la Ley de Sociedades.
5. Los directores no pueden fijarse sus propias remuneraciones. Al menos, cuando lo hicieren en exceso del límite legal previsto en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, deberían abstenerse de votar de acuerdo a lo establecido por el artículo 248 del mismo cuerpo legal.
6. Los anticipos de honorarios, práctica frecuentemente utilizada en el mercado, se encuentran expresamente reconocidos por el decreto reglamentario a la Ley de Impuesto a las Ganancias a pesar de la omisión de la Ley de Sociedades al respecto.
7. La propia Ley de Sociedades reconoce diferentes modos de remunerar al Directorio. En principio, bajo el régimen de participación en las ganancias establecido en el artículo 71, pero a su vez reconoce la remuneración devengada –ya sea en concepto de sueldos o como pago de prestaciones de servicios- bajo el régimen del artículo 64. Tal precepto también ha sido expresamente reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a pesar de las críticas que le hace al sistema.
8. El régimen previsional reconoce la posibilidad –al igual que la Ley de Sociedades- de que el director pueda estar registrado bajo una relación de dependencia con la sociedad, sin perjuicio de lo cual, establece claramente como principio, que el director es un trabajador autónomo del ente societario.

9. El pago de honorarios en exceso es desalentado por la Ley de Impuesto a las Ganancias, por cuanto de acuerdo a la interpretación administrativa y jurisprudencial, los honorarios pagados en exceso se encuentran gravados como ganancia de tercera categoría.
10. La Ley de Impuesto a las Ganancias establece –al igual que la Ley de Sociedades- un monto máximo de honorarios en el 25 por ciento de las ganancias que pueden ser deducidas por la sociedad. La diferencia entre uno y otro sistema radica en que en el régimen tributario no se toman en cuenta –a los fines del límite de deducciones- aquellas retribuciones percibidas por los directores en concepto de sueldos o por el desempeño de tareas técnico administrativas o comisiones especiales que hayan sido previamente devengadas; por el contrario, el límite legal del artículo 261 de la Ley de Sociedades incluye ambos conceptos.
11. La Ley de Impuesto a las Ganancias y la Ley del Impuesto al Valor Agregado no incentivan el pago de honorarios al director bajo un sistema de participación en las ganancias de la sociedad; por el contrario, a través del sistema de deducciones se incita al pago de una remuneración como empleado de la sociedad, ya que será considerado como un gasto de conservación de la fuente de ganancias y disminuirá el monto a pagar del impuesto a las ganancias, así como, se encontrará exento del pago del Impuesto al Valor Agregado.

