

Remuneración del administrador de sociedad anónima en el Derecho argentino y su reflejo en el Derecho español

Por

José María Curá

Sumario: Introducción. Régimen legal societario de la República Argentina. El marco normativo. Presentación. Caracteres del órgano. Naturaleza de la relación. Funciones del director. El particular marco de actuación del administrador. La remuneración del director. Las modalidades de pago. Aplicación del artículo 261. Sobre la falta de pago. El director empleado. Sobre la remuneración de los directores en el Derecho español. Conclusiones.

Introducción

Las modernas relaciones de la economía traen consigo una visión diferente de las vinculaciones establecidas en el escenario de la empresa.

Ya no se trata solo de la determinación de una estructura orgánica societaria, desde la perspectiva de la ley societaria, aplicada a la calificación del sujeto que reúne los aportes de dos o más personas conforme uno de los tipos previstos en la ley, para la producción de bienes y servicios, y así alcanzar la calidad de sociedad mercantil revestida de la condición de sujeto de Derecho. Concepto que atiende a la noción de acto de comercio del modo dispuesto por el art. 8 del Código de Comercio.

Dos nociones vienen a impulsar una transformación de aquel Derecho de las corporaciones en favor de un Derecho de la Empresa y los agrupamientos empresarios. Este es el nuevo punto de partida en la producción de bienes y servicios que lleva hoy a reconocer la existencia de un conjunto de normas que permite calificarlas como Derecho de la Empresa, con rasgos calificadores propios. Ámbito donde la comercialidad del acto está dada por la calidad del nuevo sujeto empresario, esto es la sociedad mercantil. Así calificada en tanto adopte alguno de los tipos previstos en la ley.

Constituye la empresa nuevo centro de atención del moderno pensamiento científico-jurídico. Es en ella donde se concentra la observación del estudioso

del Derecho, el análisis y la formulación de tesis al respecto. De modo particular, en cuanto a estas notas alcanza, la actuación del administrador y su retribución.

A partir de allí torna relevante la relación a establecerse entre el sujeto organizador de la empresa, productor del bien o servicio y el sujeto sociedad. Economías de carácter masivo; utilización de fórmulas contractuales predeterminadas; empleo de medios electrónicos de comercialización; aplicación de medios de pago electrónicos; aplicación de nuevos formatos de organización del negocio como el uso de inmuebles bajo la denominación de tiempo compartido, cementerios privados, clubes de campo, etc., son factores que hacen de la relación administrador-sujeto titular de la explotación.

Se ubica el tratamiento particular de la persona administrador dentro del marco general del llamado Derecho de la Empresa, donde la tutela se basa en el acto de organización de ese centro productor de bienes y servicios, comprensivo de actos y hechos jurídicos, abarcativo de los sujetos contratantes y no contratantes. La normativa vigente traduce lo que cualquier normativa de nuestro tiempo comprende como relación orgánica, exigente de perfeccionar su funcionamiento ético. Así da lugar a la llamada responsabilidad social empresaria. Recibe de tal modo el sistema jurídico argentino, reflejo de corrientes en el Derecho Comparado, una clara concepción: la relación societaria está sometida a un concepto mucho más amplio. Sistema que ha de entenderse con atención a un mercado en el que la empresa es el eje del pensamiento científico, protagonista del colectivo económico, medio necesario en el proceso de circulación económica. Es de indiscutible verdad que en la medida en que una economía se afirma está presente, de modo relevante, la empresa, y en ella el administrador juega un papel fundamental.

Régimen legal societario de la República Argentina

La República Argentina ordena a las sociedades comerciales en un único cuerpo normativo, promulgado en el año 1972, según Ley Nacional 19.550, con su reforma según Ley 22.903 en el año 1983 (texto ordenado por Anexo Decreto 841/84 B.O. 30/03/1984, Adla, XLIV-B, 1319) (LSC), incorporada al Código de Comercio. Comprende la ley a todos los tipos societarios reconocidos, al tiempo que fija un límite al tachar como de nulidad absoluta toda contratación bajo tipo extraño a los establecidos (conf. art. 17, LSC). En cuerpo separado, el Código Civil (arts. 1648 a 1788 bis) trata sobre la existencia y funcionamiento de las sociedades civiles.

Dispone en su artículo 1° que *habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

Concepto de neto orden contractualista, determinante a su vez del principio organicista como ordenatorio del funcionamiento del ente. Es bajo ese marco donde se ubica la cuestión que aquí se trata.

El marco normativo

La cuestión que aquí ocupa, esto es el **conjunto de las sumas que por todo concepto, y como retribución por el desempeño del cargo, percibe cada uno de los directores en el tiempo abarcado por el ejercicio social**, encuentra en el Capítulo II de la Ley, dedicado a las sociedades en particular, Sección V de la Sociedad Anónima, apartado 6° De la Administración y Representación, artículos 255 a 279, particular tratamiento. Se ordena allí la composición del directorio, las condiciones de los directores, el funcionamiento, la remuneración, los modos de elección; las inhabilidades, la representación de la sociedad, la atribución de responsabilidad.

Presentación

La administración de la sociedad anónima, sujeto de derecho resultante de la voluntad negocial para realizar una actividad conjunta y organizada en forma autónoma, es cuestión que el ordenamiento argentino de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 regula en el marco del sistema orgánico que la caracteriza, entre los artículos 255 a 279. Enseñanzas como las de Zaldívar, miembro integrante de la Comisión Redactora de la Ley, destacan que la organización jurídica de la sociedad comercial constituye uno de sus elementos esenciales. Se configura así una estructura básica y un orden metódico de elementos afectados al logro del fin propuesto, al tiempo que dota a la persona jurídica sociedad de los mecanismos que hagan posible el funcionamiento de la misma¹.

La figura que aquí ocupa, sigue diciendo, constituye un claro ejemplo de una relación que se presenta en la actualidad como inmiscuida de ambigüedad, donde las necesidades impuestas por el tráfico negocial y la complejidad de la estructura del mercado, requieren que la figura del director sea asumida por un nuevo sujeto de preponderante rol en la vida societaria, esto es un *hombre de negocios* o *manager*, que se presenta como un técnico calificado y especializado, que nada tiene que ver con la propiedad del paquete accionario de la sociedad invitado a dirigir. De esta manera este tecnócrata desarrolla su actividad bajo su saber calificado, pero a la vez sectorizado en determinada área de la actividad societaria. No se deja de destacar aquí, como innegable realidad circunstancial, que hoy el administrador no es sino representante del poder de la mayoría, cuando no se trata de la misma persona.

¹ Ver Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael M.; Ragazzi, Guillermo E.; Rovira, Alfredo L. y San Millán, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Macchi, 1973, T. 1, p. 273 y ss.

Su labor se presenta a primera vista como autónoma e independiente, pero en rigor es un eslabón más de un complejo haz de relaciones vinculadas de manera sistémica, de donde surge que el análisis de su accionar adquiere relevancia en su conjunto y no individualmente. Se aleja así la tradicional práctica en la cual el directorio era integrado por los titulares del paquete accionario mayoritario, pues en la mayoría de los casos el puesto de director ha de ser asumido por persona que no reúne además la calidad de accionista.

Caracteres del órgano

Conduce la cuestión a considerar, en el orden de su análisis científico, la composición del órgano, duración y condiciones para ocupar el cargo; incompatibilidades e inhabilitaciones, sistemas de elección (ordinario; por voto acumulativo y por clase de acciones), modos de declaración escrita.

Es propio de la función directorial su pertenencia a un órgano preexistente, determinado en su constitución y funcionamiento por la ley y el estatuto (art. 260, LSC). Instituto del que se ha dicho haber padecido el flagelo del anacronismo, y que a pesar de su regulación específica, exhibe una naturaleza de no fácil encuadramiento, ya que han mutado las causas que motivaron y fundaron al legislador societario su regulación, lo que requiere la reformulación de su noción, asumiendo el compromiso de intentar distinguir lo clásico de lo obsoleto y de lo vigente².

Son sus integrantes reelegibles, al tiempo que su designación es revocable exclusivamente por la asamblea (art. 256, LSC), debiendo la mayoría absoluta de sus integrantes tener domicilio real en la República.

Se trata de una función de carácter personal e indelegable (art. 266, LSC), actos sobre lo que más abajo se dirá cuáles la ley autoriza, de manera expresa, delegar en el seno del órgano como a terceros.

La disociación entre la calidad de accionista y la de administrador permite destacar, con notas propias, una respuesta a una moderna concepción de la administración societaria, de carácter eminentemente técnico-profesional. Eliminado por la ley 19.550 el requisito de accionista para ser director, habida cuenta que la capacidad técnica no depende de la titularidad del capital, se impuso en nuestro medio la experiencia nacional y extranjera, obviada hasta el año 1972 con el préstamo de acciones para fingir la titularidad exigida por la ley³.

² 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*.

³ Ver Exposición de motivos, Cap. II, Sec. V, Párr. IX, Punto 5.

Naturaleza de la relación

La búsqueda de una respuesta al interrogante acerca de la naturaleza de la relación establecida entre los directores y la sociedad anónima, encontraron un punto de partida en la teoría del mandato, que reflejó el Código de Comercio hasta la promulgación en el año 1972 del actual texto de la Ley de Sociedades Comerciales, culminando en la llamada teoría del órgano.

Son en este orden las principales líneas de pensamiento: teoría del mandato, teoría de la representación, teoría del contrato de trabajo y teoría del órgano. Se ha dicho también de la teoría del mandato necesario, teoría del trust o fideicomiso y teoría del servicio casi-público bajo relación fiduciaria⁴.

Por la teoría del mandato se considera que los administradores actúan como mandatarios de los socios o de la sociedad. Supuesto pasible de críticas frente a la inexistencia de un contrato como tal.

La teoría de la representación sucede a las críticas que cayeron sobre la teoría del mandato, donde el administrador es el representante necesario del ente social. Al igual que la teoría del mandato, no resuelve el tema del sujeto instituyente de la representación.

Sobre el posible vínculo laboral, es doctrina de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social⁵, que -salvo casos expresamente demostrados- los directores de las sociedades anónimas no se encuentran en relación de dependencia con la misma y, por tanto, no están sujetos al régimen previsional para la actividad dependiente⁶.

Por otra parte, recuerda el Tribunal, la Ley 24.241 prevé la situación expresamente y considera que un director, por el solo hecho de serlo, debe tributar como trabajador autónomo. Si también realiza actividad en relación de dependencia, puede optar mediante notificación fehaciente respecto de la sociedad, porque se le practiquen aportes y contribuciones de ley como dependiente, con obligación para ambas partes (trabajador y empleador) lo que permitiría, a contrario, también mediante notificación fehaciente, desafiliarse, es decir, a

⁴ Ver Martorell, Ernesto E., *Los directores de sociedades anónimas, Derechos. Obligaciones. Responsabilidades*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 74 y ss.

⁵ CFSeg.Soc., Sala II, dada en 30/12/1997, en autos Macua, Alberto Jesús. En: Rep. de Alberto Jesús Macua S.A. c. Dirección General Impositiva, publicado en *La Ley Online*, sentado por la misma Sala con anterioridad.

⁶ Ver Sala II, entre otros, "Akzo Coating S.A. s/Impugnación de Deuda", Sentencia 70.455 del 29/11/96, "Promotora Agropecuaria S.A. c. DGI, s/Impugnación de Acta", Sentencia 70.335 del 16/10/96, "Tres Lomas SACI y F. c. DGI s/Impugnación", Sentencia 70.392 del 8/11/96, etc.

solicitar que no se le efectúen aportes y contribuciones (ver Ley 24.241, arts. 2º, inc. b y 3º, inc. a)⁷.

Sobre los directores suplentes, a propósito de la materia en examen, hubo de señalar que no tienen las mismas obligaciones y responsabilidad de los titulares. Solo la expectativa de ser llamados a cubrir la vacancia en caso de ausencia de su titular no integra el órgano directivo pues el desempeño de la titularidad es excluyente.

Desde el punto de vista previsional, a tenor de lo dispuesto por la Ley 24.241 el director suplente no estará obligado al pago de los aportes previsionales en los términos del art. 2º inc. b, ap. 1, será obligatorio cuando efectivamente esté en el cargo de director. Criterio coherente con la figura que se trata, llamado a ocupar la función de director frente al impedimento o vacancia del titular, momento a partir del cual efectivamente asume las obligaciones propias del cargo.

Se interroga el Tribunal en el caso qué sucede si realiza diversas actividades por las que percibe honorarios. La solución no parece difícil, si esas actividades las efectuó, en razón de asumir su condición de titular, lo que -para la mayoría doctrinaria y jurisprudencial- no se produce automáticamente sino que es el propio directorio el que deberá admitir, expresa o tácitamente la incorporación del suplente en el seno del órgano de administrador, aspecto, sin embargo, que ha merecido también posiciones opuestas, admitiendo una tácita asunción del cargo.

Puesto el Tribunal a dilucidar el desempeño de actividades gravadas por el órgano de fiscalización y recaudación previsional, en el ejercicio del cargo como titular, cabe examinar si se debe dar por hecho que las mismas se realizaron en relación de dependencia. Para ello, toca acudir a las pautas generales que permiten desentrañar si se está o no en presencia tal vinculación: subordinación, ajenedad de riesgo, existencia de sanciones, etc., elementos todos ellos que coadyuven junto con la presunción del art. 23 de la L.C.T. a la búsqueda de la verdad en la relación que se quiere desentrañar por la condición de director, incluso suplente. Frente a la inexistencia de tales presupuestos toca inclinarse por la tesis negativa. Empero, aun así en cuanto a una relación de trabajo, el solo hecho de percibir un honorario, obliga como autónomo al sistema previsional, lo que debe ser verificado oportunamente por el organismo.

Es indudable que la mayor o menor duración de un trabajo (y del precio con que se lo retribuya) no modifica la esencia del mismo; sin embargo, a las pautas que sirven para su configuración, no resulta ajeno determinar la

⁷ En este sentido, Perciavalle, Marcelo L., *Directores y socios. Aspectos remunerativos y previsionales*, Buenos Aires, Errepar, p. 13 y ss.

continuidad de los servicios, de modo que los mismos no se agoten con la realización de un opus.

Funciones del director

Son funciones del director las enmarcadas por el objeto social (art. 11-3 LSC''), expresado de modo preciso y determinado en el estatuto, dado por el instrumento constitutivo o reforma ulterior. A la par, los artículos 58 y 59 ordenan su actuación al amparo de un preciso estándar de conducta: el de la debida diligencia y lealtad tal como un buen hombre de negocios, impedido de llevar a cabo actos que resulten ser notoriamente extraños al objeto social.

Pueden clasificarse las funciones de administración como de dirección, control y ejecutivas. Son las primeras, las de dirección y las de control, propias del sujeto elegido por la asamblea para su desempeño, sobre las que recae la calidad de indelegabilidad que la ley impone. Respecto de las ejecutivas, la ley contempla la posibilidad de constitución de un comité ejecutivo o la designación de gerente general.

Resulta del art. 270 que el directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar funciones ejecutivas de la administración. Designación que los coloca frente a la sociedad, en materia de responsabilidad, en igualdad de forma y extensión, no excluyente de la responsabilidad propia de los directores. El llamado director de asiento conserva sus indelegables funciones de dirección y control de la administración en un directorio que bien puede delegar funciones de ejecución en alguno de sus integrantes o en un tercero.

Del art. 269 surge la posibilidad de organizar un comité ejecutivo, integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios, siendo también no modificadorio de las obligaciones y responsabilidades de los directores.

El particular marco de actuación del administrador

Es conforme a las disposiciones contenidas en la ley comercial, tanto los administradores como los representantes del ente societario deben obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. El incumplimiento los hace responsables ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por mal desempeño de su cargo, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (arts. 59 y 274, LSC).

Sirva el singular⁸ tratado por el tribunal laboral para reseñar algunos aspectos de un sistema de responsabilidad propio. Tal la incorrecta registración en los libros y el pago de haberes *en negro*, exhibió la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado a los dependientes, práctica prohibida por el art. 140 LCT y 10 de la Ley 24.013. Conducta constituyente de un típico fraude laboral y previsional, cuyo fin último es la evasión al sistema de la seguridad social. Conducta del administrador que perjudica al trabajador, privado de todos los beneficios sociales; al sector pasivo, víctima de la evasión y a la comunidad comercial en cuanto al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley.

La conducta en examen enfrenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Carballo, Atilano c. Kanmar S.A. (en liquidación) y otros”⁹ y “Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otro”¹⁰.

Tales pronunciamientos del Superior no contienen referencia alguna al art. 274 LSC citado anteriormente. Además, se dice en el primer voto del Fallo, estar referidos a aspectos fácticos propios de esas causas (en el caso “Carballo” no se habrían acreditado los actos fraudulentos de la sociedad, mientras que en “Palomeque” se juzgó que las irregularidades detectadas resultaban insuficientes para la aplicación del art. 54, LSC). No constituyen, como es obvio, criterio interpretativo acerca del precepto en cuestión, que pudiera ser considerado como vinculante para los Tribunales inferiores. Con relación a esto último cabe recordar que tratándose de norma de derecho común, tanto la Constitución Nacional (arts. 75, inc. 12, 116 y 117) como la ley (art. 15, Ley 48) impiden el acceso del Alto Tribunal, cuando se trate de interpretación o aplicación de ese tipo de disposiciones.

⁸ Autos: Aguirre, David V. c. Rendi S.A. y otro; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X; sentencia de 19/04/2004; *La Ley* 2004-D, 116; IMP2004-A, 1092; DJ 20042. Con nota de Hugo Alberto Anchaval, DJ 20042-, 651.

⁹ “Carballo, Atilano c. Kanmar S.A. -en liquidación- y otros”, 2002/10/31, DT, 2003-A, 222; DT, 2003-A, 672; DT, 2003-A, 221 y 2003-A, 671. La extensión al director de una sociedad anónima de la condena dictada contra la empresa por obligaciones laborales, subvirtiendo las reglas sobre la carga probatoria aplicables en la materia, vulnera las garantías constitucionales relativas al derecho de propiedad y de defensa en juicio.

¹⁰ “Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otro”, 2003/04/03, *La Ley*, 2003/10/28, 3; RU, 2003-3, 42; DJ, 2003-2, 231; DJ, 2003-3, 662; DT, 2003-B, 1004 e IMP, 2003-13, 103. No corresponde la extensión de la condena a los directores y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registro de una parte del salario convenido y pagado a un trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales.

Ni esas decisiones ni el contenido de los dictámenes del Procurador Fiscal (a los cuales se remite el Superior Tribunal) ni, mucho menos, el plexo normativo integrado por la Constitución Nacional y la Ley 48 autorizan a sostener que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció una pauta interpretativa inflexible en torno de los arts. 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades, que su aplicación deba llevarse a cabo de manera restrictiva o que solamente puedan actuarse cuando concurren determinados presupuestos fácticos.

No encuentra el preopinante mejor modo de demostrar la pertinencia de responsabilizar solidariamente a las personas físicas demandadas que reiterar los conceptos vertidos por el juez Simón al votar, entre otros, en el precedente "Rumi Arabeheky, María Estela c. Serra Lima, María Marta otros s/despido", Expte. 20.391/00 del registro de la misma sala, apoyado en la opinión de Ricardo Gulminelli¹¹.

Se señaló en esa oportunidad que, en principio, cabe distinguir el régimen de responsabilidad de los administradores societarios (arts. 59, 157, 274 y conchs. de la LS) del de los socios (art. 54, en especial el apartado tercero), como así también identificar la relación que debe existir entre la antijuridicidad por mal uso de la personalidad jurídica y el daño por ser la consecuencia dañosa la que fija los límites de la responsabilidad.

Agrega el autor citado que, si se utiliza una sociedad comercial que limita la responsabilidad de sus socios para evadir cargas sociales es posible extender la misma a los que han obrado beneficiándose con la operatoria ilegal. Ello puede hacerse mediante la aplicación del art. 14 de la LCT que puede utilizarse en forma complementaria con el art. 54 párr. 3°, LS, que también aprehende -entre otras- la noción de fraude. En tal supuesto operará la inoponibilidad de la personalidad jurídica, lo cual no implica que la misma se anule.

Por consiguiente, en opinión del Tribunal, no cabe interpretar el art. 54 como lo hiciera la Corte en autos "Palomeque", esto es en el sentido que puede aplicarse solo cuando la sociedad sea ficticia o fraudulenta, constituida en abuso de derecho y con el propósito de violar la ley -lo cual supone intencionalidad en el momento de la constitución- y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecte el orden público laboral o evada normas regales. Ello por cuanto se deja de lado la "actuación" del ente a que alude la norma mencionada sin distinguir que una cosa es la nulidad por objeto ilícito en que es adecuado hablar de desestimación "propriadamente dicha" o "absoluta" y otra la inoponibilidad o ineficacia de la sociedad frente a un acto o actos determinados a lo que denomina "desestimación limitada o parcial".

¹¹ Ricardo Gulminelli, Un retroceso en materia de responsabilidad de los administradores societarios, *La Ley*, 2003-F, 731.

Con relación a la responsabilidad de los directores y sobre el precedente “Palomeque” se dijo ser doctrina y jurisprudencia absolutamente pacífica que la responsabilidad de los directores societarios es rigurosa ya que deben actuar con base en la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, lo que en definitiva, importa la aplicación de pautas circunstanciales previstas en los arts. 412 y 902, C.C.

De allí, sostiene el Tribunal laboral, sea por la vía del art. 59, LSC o por la de la normativa común, se concluiría en el deber de actuar como un buen gerente o como un buen hombre de negocios.

Fija la ley societaria (art. 59) pautas de conducta a las que deben ajustar su conducta administradores y representantes, reflejo de principios generales del derecho (arts. 1.198 y 1.724 y conc., C.C.) que imponen no solo actuar de buena fe sino ejercer los negocios sociales con el mismo cuidado y la misma diligencia que en los propios. Los actos realizados en el seno del órgano son tenidos como realizados por la persona jurídica sin perjuicio de la responsabilidad personal que atendiendo a su actuación individual pueda acarrearle¹².

Finalmente sostiene, propiciando la condena, quien cumplió el rol de socio y administrador, puede ser responsabilizado por esta última calidad sin tener que recurrir al recurso técnico de la inoponibilidad de la persona jurídica que los alcanza en su calidad de socios (art. 54, LS). Ello es así por cuanto con dicho sustento normativo se persigue igual propósito que el logrado por aplicación de las normas que consagran la responsabilidad de los codemandados en tanto directores del ente¹³.

Por cierto la cuestión no es pacífica. Así, en contrario, el voto de la juez María L. Rodríguez en el caso Mafud¹⁴, acogido por el Acuerdo. Recuerda haber sostenido invariablemente como integrante también de la Sala II que “la responsabilidad personal del socio no puede estar comprometida, ya que uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades es, precisamente, que poseen una voluntad propia, distinta de las de los socios que la integran, voluntad que se expresa por medio de personas físicas que obran por y para la sociedad y cuyos actos, en principio, le son imputables a esta.

¹² Ver arts. 274 LS, CNCom., Sala A, 22-10-99 “in re” “Gatti Ernesto c. Bulad Alfredo s/sum.”. Citado en el voto de la doctora Piaggi “in re”, “Alarcón Miguel c. Distribuido Juárez S.R.L. y otros”, CNCom., Sala B, 17-06-2003, *La Ley*, 2003-E, 309.

¹³ V. arts. 59 y 274, Ley 19.550, “in re”, “Cancela Echearay Guillermo c. Compartime S.A.”, Sala A, CNCom. del 7-11-2002, RCyS, 2003-592.

¹⁴ Mafud, Laura A. c. Expósito, David F.; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V de fecha 29/12/2003, publicado *La Ley On line*.

Además, existe una separación entre los patrimonios de la sociedad respecto del de sus integrantes, constituyente de principio que ha de mantenerse y respetarse, en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el art. 2° Ley 19.550¹⁵. En tal sentido, el ordenamiento legal impone, para considerar responsables en forma personal a los socios de una persona de existencia ideal, que éstos la hayan utilizado en forma abusiva (conf. art. 14, LCT), situación que consiste en la reducción de la persona colectiva en una mera figura estructural como instrumento para lograr objetivos puramente individuales, muy distintos de los que son propios de la realidad social que justificara aquella personalidad, siendo la figura solo utilizada para conveniencias individuales¹⁶.

En tal contexto, más allá de la falta de registración, el carácter de presidente de la sociedad por sí solo no desplaza el régimen de responsabilidad societario, porque la persona de los socios o directores de la sociedad comercial empleadora no se confunde en lo que concierne a imputación jurídica con la persona de existencia ideal codemandada, sino en el caso que se invocare y acreditare eficazmente que ha mediado una utilización fraudulenta de la personalidad societaria o que se ha desviado su objeto con el propósito de encubrir un mero instrumento para violar la ley, el orden público, o la buena fe.

La remuneración del director

Recibe la ley societaria, a partir del Anteproyecto Malagarriga y Aztiria de 1958, reiteratorio del sistema del Código de Comercio, de donde los administradores eran remunerados si el estatuto no disponía lo contrario, mientras que frente a la falta de previsión la cuestión quedaba sujeta a decisión asamblearia.

He allí, en el ordenamiento vigente, art. 261, LSC, previsión no alcanzada por los principios del llamado orden público societario toda vez que el interés jurídicamente tutelado es el particular del administrador, configurando materia disponible por el interesado, susceptible de constituir objeto de negociación. En tal orden se pronunció el tribunal mercantil¹⁷.

Principio general del art. 261: el estatuto puede establecer la remuneración del directorio, fijándola, en su defecto, la asamblea o, en su caso, el consejo de

¹⁵ Ver conf. Sala II, *in re*: "Díaz, Diego A. c. Chazarían, Manuel y O. s/ despido", Sentencia 88.024 del 5/6/2000.

¹⁶ Ver conf. Sala II, *in re*: "Wild Jorge c. Plamet SRL y otro s/ despido", Sentencia 83.778 del 26/6/98.

¹⁷ CNCom., Sala A, 14/06/07; DSC oct 2007, 1053.

vigilancia. La actuación del director no se presume gratuita, de donde resulta el derecho a la retribución por el desempeño de la función como director. Es un derecho, ha dicho el tribunal mercantil, del que se halla investido el director desde que inicia su función hasta el cese en el desempeño del cargo¹⁸. De ello se sigue que si el estatuto delega en la asamblea, como órgano de gobierno, la fijación de la retribución, se desplaza el supuesto de gratuidad¹⁹. En tal orden, la eventual renuncia por el director a la retribución en ejercicio anterior no hace de la gratuidad una regla, por lo que cada ejercicio requiere de expreso pronunciamiento al respecto. Consecuentemente el derecho a la remuneración por la tarea, propia de la función orgánica, no puede ser materia de cuestionamiento.

En punto a su registro contable el art. 64, LSC dispone que el estado de resultados o cuenta de ganancias y pérdidas del ejercicio deberá exponer: 1) Retribuciones de administradores, directores y síndicos; 2) Otros honorarios y retribuciones por servicios; 3) Sueldos y jornales y las contribuciones sociales respectivas; ... II. El estado de resultados deberá complementarse con el estado de evolución del patrimonio neto. En el se incluirán las causas de los cambios producidos durante el ejercicio en cada uno de los rubros integrantes del patrimonio neto. De allí, la remuneración del director guarda inmediata relación con el ejercicio que se trate tal como el tribunal mercantil así lo resolviera²⁰. En tal orden, la retribución directorial constituye un gasto del ejercicio., para lo que no incide la modalidad de pago.

Las modalidades de pago

Impone la ley societaria un sistema de cálculo de la remuneración con base en la existencia de dividendos y su distribución.

Sobre el modo de pago en principio cabe el pago en dinero, mas nada excluye otros modos de retribución en especie, como la entrega de acciones emitidas por la sociedad a esos efectos. A la par surge el interrogante acerca de la naturaleza de la retribución en orden a su imputación a utilidades o gastos del ejercicio. En rigor se comparte la opinión dominante en cuanto la remuneración constituye un costo o gasto para la sociedad. Ciertamente es que su determinación se halla sujeta a la existencia de ganancias, mas los límites impuestos por la ley al respecto pueden ser superados, supuesto que desplaza la hipótesis de tratarse un compartir utilidades con los accionistas.

¹⁸ Almirón, Juan J. c. Luncheon Tickets S.A.; CNCom., Sala B, *La Ley*, 1990-B, 2394.

¹⁹ En este sentido, ver los fallos Lalanne, Jorge c. Caja Prendaria S.A.; CNCom. Sala D, 9/8/73; Rivero Haedo, Rodolfo c. Miller Service S.A.; CNCom., *La Ley*, T. 154, p. 632.

²⁰ Cit. nota 5.

En este orden aparece el caso de los retiros a cuenta, como práctica o modo de remuneración de los administradores, en claro apartamiento de las formas imputadas por la ley societaria. Hasta tanto opere su aprobación por la asamblea tales retiros se registran como crédito a favor de la sociedad contra quienes efectuaron tales retiros.

Párrafo aparte merece el tratamiento de los planes de participación del personal, las opciones de acciones o *stock options*. A partir de un mecanismo ideado para incentivar la participación del personal en la vida de la empresa, aparece este modo de retribución a los directores. No se deja de atender a lo dispuesto por la ley 23.576 de Obligaciones Negociables que habilita esta modalidad solo para personal en relación de dependencia. En el ordenamiento societario se observan dos normas que concurren a complementar la cuestión. Tales los artículos 229 sobre bonos de participación y 230 sobre bonos de participación para el personal.

Sigue a ello, por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, la fijación de un monto máximo de las retribuciones, las que por todo concepto, incluidos sueldos y otras remuneraciones, no pueden exceder del 25% de las ganancias. Sobre tal límite se dijo en el caso Liberman, que no es violatorio de la Constitución Nacional, al establecer topes, siendo que la misma disposición legal establece el mecanismo idóneo para superar los límites establecidos²¹.

Resulta así que por remuneración ha de entenderse el **conjunto de las sumas que por todo concepto, y como retribución por el desempeño del cargo, percibe cada uno de los directores en el tiempo abarcado por el ejercicio social**. Su cómputo se realiza sobre las ganancias obtenidas conforme a la cuenta de resultados de la documentación del ejercicio, debidamente aprobada por los accionistas reunidos en asamblea ordinaria (art. 234, 1º). Es irrelevante la circunstancia de pago o no de los dividendos, pues la ley considera la distribución y no la efectiva percepción por los accionistas.

El monto máximo se limita al 5%, cuando no se distribuyen dividendos. Incrementándose proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias.

El cuarto párrafo del art. 261 es dedicado al supuesto de **ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas de carácter no permanente**, frente a lo reducido o inexistencia de ganancias,

²¹ Ver Liberman, J.C. Guardería Neptuno S.A.; CNCom., Sala A, 27/80, Rep., *La Ley*, XLII J-Z 2438; ED 95-224.

supuesto en el cual cabe exceder los límites prefijados. Ello debe ser motivo de expresa aceptación por la asamblea, incluido como uno de los puntos del orden del día. En síntesis, y siguiendo las enseñanzas de Zaldívar, para que sea de aplicación el art. 261. son necesarios los siguientes requisitos: 1) ganancias inexistentes o muy reducidas; 2) desempeño de comisiones especiales o funciones técnico administrativas; tema incluido como punto especial en el orden del día; 3) aprobación por la asamblea; 4) que la remuneración en exceso se destine expresamente a los directores que se encuentren en el supuesto.²² Es claro que, a la luz de la doctrina y jurisprudencia del tribunal mercantil que el exceso del límite legal en que puede incurrir la asamblea al fijar las remuneraciones de los directores, debe estar justificado por tareas técnicas o administrativas que lo avalan, como indica la norma, ya que la limitación ha sido impuesta para evitar que la mayoría imponga remuneraciones arbitrarias en perjuicio de los accionistas minoritarios²³.

Sobre la proporcionalidad en la distribución entre los directores, si el estatuto no prevé forma diferenciada de retribución, ni la asamblea efectúa discriminación alguna, es reiterada jurisprudencia del tribunal la ausencia de reconocimiento de tal facultad al directorio. La falta de toda determinación estatutaria o asamblearia sobre honorarios, votados globalmente, hace que deban ser distribuidos en forma igualitaria²⁴.

En cuanto a las denominadas **comisiones especiales**, se resolvió por la Sala B del tribunal comercial nacional, que se trata del caso de determinadas operaciones sociales de trascendencia para la empresa, exigentes de expreso encargo a uno o más directores para que, actuando en comisión, realicen todos los trabajos inherentes a la función encomendada que es, naturalmente, *especial*, ya que no constituye el trabajo ordinario de administración de una sociedad. Sobre las **funciones técnico- administrativas**, también exceden las tareas propias de la dirección general de una sociedad anónima, resultando más propias del ámbito de gerenciamiento (la adquisición de insumos, las tareas relacionadas con las líneas de producción, el sector financiero, el administrativo, etc.)²⁵.

En este orden, y a modo de ejemplo, ha resuelto el tribunal comercial que la circunstancia de que un director de la sociedad se dedique *full time* a la empresa,

²² Ver Zaldívar E. y colaboradores, *Cuadernos de Derecho Societario*, T. IV 2ª parte, p. 501. CNCom., Sala A, 20/3/80, Preinl, B. c. Manufactura Argentina de Porcelana S.A.

²³ Ver Martini, Luis c. Estudio de Arquitectura Fernández Llanos S.A.; CNCom. Sala B, 3/04/84; *La Ley*, Edic. 26/7/84, p.6, fallo 83.100.

²⁴ Tacón, Jorge c. Gersaquim S.A.; CNCom., Sala D, 15/7/82, ED104-388.

²⁵ Riviere de Pietranera, Lidia c. Riviere e hijos S.A.; CNCom., Sala B, 7/7/95, DSE, T. VII, p.613

ejerza la dirección técnica de las obras, trate con los contratistas, supervise los materiales, verifique el fiel cumplimiento de los cálculos, firme los planos, y asuma toda la responsabilidad de todo lo que construye la sociedad que preside, hace sostener que cumple las funciones técnicas y administrativas especiales que autorizan a superar el mínimo legal previsto por el art. 261. Para cuestionar lo expuesto, dice el Fallo, el accionista disconforme con la remuneración aprobada, debe probar que el 25% de las ganancias, según balance, era suficiente para obtener el conjunto de personas aptas para desempeñar las tareas y comisiones que cumplían los directores²⁶.

De la inobservancia del sistema legal se sigue la nulidad de cualquier resolución social no planteada ante el órgano que, con competencia exclusiva, debe resolver sobre la cuestión.

Aplicación del artículo 261

Sobre el artículo 261 dice la norma que a los fines de su aplicación no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos resultante de deducir las retribuciones del directorio y del consejo de vigilancia.

Con mayor claridad y amplitud, la normativa de la Comisión Nacional de Valores sobre retribuciones al Directorio y Consejo de Vigilancia, dice en el art. 76 de sus Normas que ha de considerarse.

Utilidad computable: el resultado del ejercicio neto de impuestos, más o menos los ajustes de ejercicio anteriores y previa absorción de las pérdidas acumuladas. Calculada la reserva legal sobre la base de lo expuesto, se deducirá el subtotal obtenido, más el monto por retribución a los directores y miembros del consejo de vigilancia afectados al estado de resultados.

Sobre la reserva legal dice el art. 70 que ha de ser no menor al cinco por ciento de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio, hasta alcanzar el veinte por ciento del capital social. La disminución por cualquier razón de las reservas impone no distribuir ganancias hasta su reintegro. Otras reservas podrán constituirse siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración. En cuanto a las pérdidas de ejercicios anteriores, estas hacen que no puedan distribuirse ganancias hasta tanto no se cubran las pérdidas en ejercicios anteriores. El segundo párrafo del art. 71 dispone que cuando los administradores, directores o síndicos sean remunerados con un porcentaje de ganancias, la asamblea podrá disponer en cada caso el pago aun cuando no se cubran pérdidas anteriores.

²⁶ Martín, Luis c. Estudio de Arquitectura Fernández Llanos S.A.; CNCom., Sala A, abr 03, 1984; *La Ley*, 1984-C, 366.

Dividendo computable: es la distribución de utilidades del ejercicio a los tenedores de acciones, cualquiera sea la clase de estas.

Utilidad reducida: aquella que represente una rentabilidad sobre el patrimonio neto inferior a la norma en la actividad empresarial, considerando el rendimiento promedio de otras variables de inversión de capital existentes en el mercado.

Retribución adecuada: tiene en cuenta las responsabilidades de los directores, el tiempo dedicado a sus funciones, su competencia y reputación profesional y el valor de sus servicios en el mercado.

Sobre la falta de pago

Tocó al tribunal nacional mercantil, por su Sala D, en 28/08/2007, en los autos Rodríguez, Manuel P. c. Engraulis S.A., publicado en: *La Ley* 09/10/2007, 6 (*La Ley*, 2007-F, 6; IMP2007-21, 2034; DJ06/02/2008, 273), resolver en demanda interpuesta por director de una sociedad anónima tendiente al cobro de honorarios por su actuación en tal carácter con fundamento en el art. 261, LSC.

A propósito de los registros contables invocados en el caso, tiene el juez Heredia, preopinante, por sabido que la eficacia probatoria de los libros de comercio está condicionada, en principio, a que los respectivos asientos cuenten con el complemento de la documentación mencionada por el art. 43 *in fine* del Código de Comercio, pues cuando no se hallan respaldados por ella pierden valor como medio de prueba, ya que la ley mercantil requiere que sean elaborados sobre la base de esa verificable documentación (la misma Sala, 20/02/92, "Cacex Cía. de Comercio Exterior S.A. s/quiebra s/incidente de revisión promovido por Banco de Crédito Rural Argentina S.A."). Un entendimiento contrario llevaría a la admisión de la "autocreación" de documentos favorables a su autor, lo que no resulta razonable (conf. esta Sala D, 18/06/87, "Dariszewski Hnos. S.A. c. Fleitas, Fernando"). La rigidez de tal criterio puede ser flexibilizada cuando lo que resulta de los libros de comercio de una sociedad se pretende hacer valer contra un administrador de la misma como en el caso.

Así, por ejemplo, recuerda haberse admitido que los libros de comercio de una sociedad valgan como prueba contra un administrador suyo cuando este último ha llevado la contabilidad²⁷. Y con un entendimiento afín pero distinto, también se ha resuelto que procede hacer lugar al reclamo de una sociedad tendiente a que uno de sus directores reintegre el dinero retirado en concepto

²⁷ Ver conf. Anaya, Jaime. y Podetti, Humberto, *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, T. II, 131, Buenos Aires, 1965, p. 119, *in fine* y fallo allí citado.

de adelanto de honorarios, aun cuando la prueba pericial se haya realizado sobre los libros de la accionante, y sus asientos no se encuentren respaldados por la pertinente documentación, si el asiento contable individual en el que se registró dicha acreencia -con imputación específica al accionado- pertenece a un balance societario cerrado, cuya elaboración, control y posterior sometimiento a la asamblea estuvo a cargo del director perseguido en su reconocida calidad de presidente del directorio²⁸.

En el caso, el juez Heredia, como primer voto que finalmente contará con la adhesión de los restantes vocales, adopta un criterio excepcional como el precedentemente indicado, bien que limitado a determinados períodos, manteniendo el criterio general en lo referente a remuneraciones posteriores.

Para explicarlo recuerda que la elaboración, exposición y presentación de los estados contables -que han de reflejar, entre otros conceptos, la retribución de los directores: art. 64, l, b, 1, de la Ley 19.550- corresponde al órgano de administración, el cual conforme con lo dispuesto por el art. 234 de la Ley 19.550, somete dichos estados contables a la consideración de la asamblea ordinaria de accionistas para que ella, en su caso, los apruebe (conf. Nissen, R., *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, T. 3, p. 329, Buenos Aires, 1994). En este punto, debe dejarse en claro que si bien el directorio puede delegar la confección de los estados contables en profesionales expertos en la materia, dicha facultad no lo releva de la obligación de revisarlos, verificando con toda la documentación contable y social los datos en ellos incluidos²⁹. De acuerdo con lo precedentemente expuesto, tiene cabida la doctrina de los propios actos, toda vez que no es dudoso que a los efectos de proyectar los estados contables -o, en su caso, revisarlos y presentarlos- o dejar a salvo la opinión discrepante en cuanto a la aprobación de los estados contables, para lo que debe tener a su disposición toda la información necesaria para cumplir diligentemente con sus funciones (arg. art. 59, LSC). Así las cosas, no cabe alegar pendencia del crédito por remuneraciones bajo el argumento de que los libros de la sociedad no cuentan con respaldo documental atinente a los pagos pertinentes.

Se dirige el voto a recordar que el pago es uno de los modos de extinción de las obligaciones (art. 724 del Código Civil), y la prueba de su efectivización corresponde a quien lo invoca para lo cual es admisible la utilización de cualquier medio probatorio que lleve a la convicción del juzgador de que realmente se canceló la obligación³⁰. Asimismo, la ausencia de un recibo que acredite

²⁸ Ver conf. CNCom. Sala C, 23/3/01, "Rossi Moscatelli y Compañía S.A. c. Luciano Modolo s/ordinario".

²⁹ Conf. Verón, A. V., *Tratado de los conflictos societarios, Segunda Parte*, Buenos Aires, 2007, p. 19.

³⁰ Conf. CNCom., Sala A, 20/05/87, "Llauró Hnos. Propiedades S.A. c. Vanhoni de Laciari, Teresa s/sumario".

el pago constituye un obstáculo esencial para quien pretende demostrar su existencia, ya que la comprobación del pago que no conste en recibos debe examinarse con un criterio más riguroso y restrictivo, pues quien pudo recabar recibo y no lo hizo, lo menos que se le puede exigir es que justifique la razón de su conducta negligente, y acredite fehacientemente por otros medios de comprobación la verdad del pago que alegue³¹.

En punto a la acreditación del pago refiere al alcance de los estados contables, aprobatorios de ejercicios cerrados, continentes de datos que no pueden ser ignorados por la obligada. En tal sentido, de haber evidenciado tales estados contables la cancelación de las remuneraciones de que se trata, pudo la demandada fácilmente haber acreditado lo propio. Al no haberlo hecho así, debe dicha parte cargar con las consecuencias de su propia incuria, máxime ponderando la circunstancia de que esos estados contables, en particular el balance, hacen a la vez de rendición de cuentas de la gestión del directorio, la que por lógica implicancia comprende el manejo de fondos. Como lo ha destacado la jurisprudencia, el balance suple la rendición de cuentas general que incumbe a todo administrador³².

El prolongado silencio o inactividad del director para reclamar su remuneración no puede interpretarse como una renuncia a ella (art. 874 del Código Civil), sobre todo considerando que el cargo de director es oneroso, salvo previsión estatutaria en contrario o renuncia expresa³³. No prejuzga contra el reclamo anterior promoción de demanda en sede laboral, por 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, la función de empleado o dependiente se contrapone a la de director de sociedad anónima, ya que los directores constituyen órgano de la sociedad e integran su personalidad y, entonces, mal podrían ser subordinados a ella (conf. Verón, A., ob. cit., T. II, pp. 454/458, n° 6 y 7, y sus citas de jurisprudencia y doctrina), lo cierto es que ese dato jurídico no aporta argumento alguno para controvertir eficazmente la procedencia de la demanda.

El director empleado

Se ha resuelto que corresponde distinguir a los directores que obran dentro del órgano de la sociedad, y pueden ser remunerados conforme al artículo

³¹ CNCom., Sala C, 22/11/95, "Matos, Carlos c. Alejandro F. González s/ordinario"; en igual sentido, CNCom., Sala E, 8/03/90, "Rodríguez Neto, Rafael c. Sánchez, Norberto s/cobro de pesos".

³² Conf. CNCom., Sala A, 8/10/97, "Eledar S.A. c. Serer, Jorge s/sumario"; íd. Sala E, 12/12/2000, "Rolón, Teresita Amelia c. Bartra, Guillermo Tomás s/sumario".

³³ Conf. Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. IV, p. 402.

261, de aquellos que actúan como integrantes de los órganos de la empresa y que pueden por éllo ser retribuidos o remunerados³⁴. En igual sentido, tiene expresado Gagliardo que la posición jurídica del director es incompatible con el concepto de subordinación jurídica propio del derecho del trabajo³⁵.

Tal distinción enfrenta la prevalencia de la preceptiva mercantil sostenida en el célebre caso *Carriere de Saunier*, donde se resolviera que, si el empleado es también director, la retribución laboral queda condicionada por la norma societaria rectora de la función orgánica que el mismo aceptó en la sociedad, debiendo ponderar las limitaciones previstas por el art. 261, a fin de ajustar sus remuneraciones a esta norma, la que resulta de aplicación específica e insustituible de ser desvirtuada en su eficacia por un régimen laboral aplicable a la relación de empleo del director, aunque obviamente siempre queda a salvo la retribución en exceso en virtud del último párrafo del art. 261³⁶.

Ante un conflicto de intereses de la misma persona que es a la vez empleado de la sociedad y director, prevalece, en opinión del Tribunal en el decisorio precedentemente citado, 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 fuere, 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, le ha interesado asumir. Si como empleado podría gozar de mejor retribución, debería entonces abandonar el cargo de director o no haberlo asumido.

En sostén del pensamiento señalado, a favor de la consolidación de la figura del director, se destaca el precedente Ferrante del tribunal laboral nacional. Se sostuvo allí que solo podría admitirse la tutela del art. 27 de la Ley de contrato de Trabajo del presidente de una sociedad anónima, si este demostrase que su prestación excede las naturales y necesarias para cumplir con su gestión. El hecho de que el presidente de la sociedad deba subordinar su gestión a lo que

³⁴ CNTrab. IV^o; 31/08/81; *La Ley, Suplemento Mensual*, dic. 1981, 132; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII (CNTrab) (SalaVII) CNTrab., Sala VII, 2008/09/05, Bouillin, Jorge Luis c. Olivares de Cuyo S.A. y otros; donde el Tribunal hace mérito de la teoría del contrato de trabajo, calificando a la relación jurídica del administrador con el ente como emergente de un contrato de trabajo. Los administradores son dependientes de la sociedad, gozando de los beneficios acordados por las normas laborales a los trabajadores. El talón de Aquiles de esta teoría no fue otro que la subordinación y dependencia que debe haber en las relaciones laborales, característica que generalmente no se presenta en el ejercicio de las funciones de un administrador. Justamente son los administradores los que encarnan a ese principal que rige las relaciones laborales de la sociedad.

³⁵ Gagliardo, Mariano; Pautas para la remuneración del directorio, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, T. 1988-C p.68.

³⁶ *Carriere de Saunier*, María T. y ots. La Casa de las Juntas S.A.; CNCom., Sala E, 31/05/84, La Ley, 1985-B, 565.

resuelvan los titulares mayoritarios del capital accionario, no implica que caigan bajo la tutela del artículo 27 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que ello no les quita su carácter de órgano empresario y que su actuación goce de la suficiente independencia como para obligar a la persona jurídica con sus actos³⁷.

Sobre la remuneración de los directores en el Derecho español

El sistema español ordena la cuestión a partir del art. 130, LSA, cual singular y claro mandato a cuyo tenor *la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos*. A partir de la clara preceptiva, no existe duda que la retribución de los consejeros, de existir, tiene que constar necesariamente en los estatutos de la sociedad. Anacronismo, según opinión recogida por Sanchez Calero Guilarte, en la medida que inicialmente admite que el cargo de administrador puede ser gratuito, lo que es difícil, por no decir imposible, de cohonestar con la retribución que reclama la función de consejero en una sociedad bursátil, tanto como forma proporcional de compensar la dedicación al cargo como la responsabilidad que esa posición acarrea³⁸.

A propósito se han señalado dos consecuencias: i) en ausencia de atribución expresa de remuneración de los consejeros por el ejercicio de su cargo en los estatutos de la sociedad, el cargo se considerará gratuito; ii) la validez de cualquier retribución concedida a los administradores, por razón de su cargo, dependerá necesariamente del sistema previsto estatutariamente, aun frente a cualquier evidencia de la voluntad de la sociedad o sus socios favorable a la percepción de la remuneración, en tanto esta no se haya plasmado en la correspondiente disposición estatutaria. En consecuencia es impugnabile cualquier acuerdo de la Junta General o decisión del órgano de administración relativa a una remuneración al administrador cuando tal posibilidad no venga permitida expresamente y con carácter general en los estatutos sociales³⁹.

Impuesta la norma, ha dado lugar, se ha dicho, a interpretaciones jurisprudenciales vacilantes en relación con el alcance que debe darse al mandato normativo de cobertura estatutaria de cualquier forma de retribución de los administradores. He allí el problema principal: la retribución de los consejeros

³⁷ Ferrante, Alfredo F. c. Financiera de Bienes Raíces y Mobiliarios S.A.; CNTrab., Sala VI, oct. 31, 1984; DT 2984-A, 66.

³⁸ Ver Tuscuets Tras de Bes, F., La remuneración de los administradores de las sociedades de capital, Madrid, 1998, p. 117 y ss.; citado en *La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)*, Juan Sánchez-Calero Guilarte, *Revista Derecho de Sociedades*, 28 (2007), Facultad de Derecho Universidad Complutense, ISSN 1134-7686, pág. 26.

³⁹ Ver Sentencias TS de fecha 3 de julio de 1963, 27 de marzo de 1984, 30 de septiembre de 1982, entre otras, citado por Belda, Rocio y Espinosa de los Monteros, Salvador, *Retribución de los Consejeros, en la Sociedad Cotizada*, Colección Garrigues, Madrid, Marcial Pons, 2006.

ejecutivos, con relación a su determinación. Hasta ahora, no duda la doctrina en así afirmarlo, las normas societarias han tolerado una solución opaca, denunciada hace diez años por el Informe Olivencia. Mediante la presentación de una información agregada se abonaba la creencia de una alta retribución “de los consejos”, cuando en realidad son unos pocos consejeros los que se benefician de grandes y variadas prestaciones. Los cambios que se van a producir de manera inmediata apuntan en la dirección correcta. La intervención normativa no pasa tanto por determinar cómo y cuánto deben cobrar los administradores, sino por imponer un sistema de información adecuada. La Recomendación europea de 2004 y el reciente Código Unificado determinan cómo debe llegar a los accionistas esa información y que puedan votar en Junta sobre ella. El trabajo termina con una referencia particular a una de las retribuciones más polémicas: las indemnizaciones para cambios de control y, en especial, ante la formulación de una OPA sobre la sociedad. En este punto, la transparencia informativa impulsada por las disposiciones venideras aparece como una solución acertada. Es previsible que la información previa y completa sobre las soluciones retributivas descarte futuros conflictos y litigios de los vividos en estos últimos años precisamente a raíz de pagos por ese motivo. El debate se producirá en el propio ámbito societario, en el que resultará posible corregir y orientar prácticas retributivas que no merezcan el respaldo de los accionistas⁴⁰.

El artículo 130 aborda la cuestión con carácter general, tanto por apuntar a todo tipo de sociedades anónimas, como por la vaguedad de su postulado fundamental, que en su primer párrafo establece que la retribución deberá ser fijada en los estatutos.

Informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, conocido como Código Olivencia, dado el 26 de febrero de 1998

En su Capítulo VII habla de la retribución del consejero, indicando las directrices en la cuestión. Son: la conveniencia de que el consejo constituya una comisión de retribuciones con estas competencias: a. proponer al consejo de administración el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros; b. revisar periódicamente los programas de retribución; c. velar por la transparencia de las retribuciones.

En cuanto al importe de la retribución establece que la moderación será la regla en las decisiones sobre esta materia y que con cierta cautela la compañía

⁴⁰ Sánchez-Calero Guilarte, Juan, La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución), *Revista Derecho de Sociedades*, 28 (2007), ISSN 1134-7686, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Departamento de Derecho Mercantil.

se orientará por las exigencias del mercado, la responsabilidad y el grado de compromiso que entrañe el papel de cada consejero. También recomienda la revisión periódica de las políticas retributivas a fin de asegurar la adecuación de su importe y estructura a las responsabilidades, riesgos y tareas de los consejeros.

La Comisión considera este tema de gran importancia con lo que ha prestado especial reflexión al tema de la transparencia en la retribución de los consejeros. Así recomienda que paulatinamente se vayan superando los límites legales de la inclusión global en la memoria anual (art. 116 I LSA) del importe de sueldos, dietas y remuneraciones de los miembros del órgano de administración. A favor de la transparencia se propone individualizar cada uno de estos conceptos separando los que corresponden a los miembros del consejo por su condición de tales de las remuneraciones a cargo de la sociedad por otras relaciones jurídicas (servicios profesionales, cargos de dirección o ejecutivos).

Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas

En su Apartado IV, que trata de los órganos de gobierno, al punto 6 refiere la remuneración del Consejo y la alta dirección. En general, profundiza los conceptos del Código Olivencia, sobre todo en puntos básicos como lograr un adecuado nivel de transparencia en las remuneraciones del Consejo. Como recomendación principal estima aceptable que las remuneraciones consistentes en la entrega de acciones, opciones sobre acciones o referenciadas al valor de la acción, deberían limitarse a los consejeros ejecutivos o internos.

Código Unificado de Buen Gobierno de 19 de mayo de 2006

Sus recomendaciones profundizan la idea de transparencia de los dos informes anteriores y conforme lo establecen sus principios básicos las recomendaciones para las sociedades cotizadas serán fieles al principio conocido internacionalmente como *cumplir o explicar* (principio legislativo consagrado en el art. 116 de la Ley de Mercado de Valores).

En el capítulo de las Retribuciones, la Recomendación 35 aconseja que el consejo de administración apruebe la política de retribuciones que se expida como mínimo sobre las siguientes cuestiones: a) importe de los componentes fijos con desglose las dietas de asistencia por participación en el consejo y una estimación de la retribución fija anual a la que den origen; b) en cuanto a los conceptos retributivos de carácter variable: clases de consejeros a los que se aplique; criterio de valoración de resultados; parámetros de cualquier sistema de primas anuales u otros beneficios no satisfechos en efectivo; estimación del importe absoluto de las retribuciones variables; principales características de

los sistemas de previsión; condiciones que deban respetar los contratos de alta dirección.

En materia de retribuciones el Código parte del principio fundamental de autonomía privada poniendo el énfasis, una vez más, en el régimen de transparencia. La Recomendación nro. 37 resulta interesante en tanto puede entenderse como principio rector. Establece que la remuneración de los consejeros sea la necesaria para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que el cargo exija, pero no tan elevada como para comprometer su independencia. Por fin, la Recomendación 41 profundiza la importancia de la memoria anual y su información detallada.

Conclusiones

He así el sistema impuesto por el Derecho argentino a los administradores en punto al reconocimiento del cumplimiento de sus funciones, ordenado a partir del resultado del ejercicio y sujeto a la decisión del órgano de gobierno al momento de la consideración y aprobación de los estados contables, en tanto el estatuto de la sociedad no contenga disposición alguna sobre el pago de honorarios a los directores.

Derecho a percibir remuneración que, teniéndose presente que la intención de renunciar no se presume (art. 874, del Cód. Civil), tiene perfecta aplicación, como principio, en el supuesto de la remuneración de los directores de una sociedad anónima, toda vez que la intención es la de efectuar una liberalidad en favor de este. No otra cosa implica la renuncia, lo que no se compadece con los principios del Derecho Mercantil, a diferencia del Derecho Civil, en el cual debe partirse de la base de que lo presumido es la onerosidad, y donde la gratuidad excluye la comercialidad.

Derecho que, frente al silencio del estatuto, se entiende que los directores participan por partes iguales, mientras que -por el contrario- sí lo determina el estatuto, pues entonces la asamblea, como órgano de gobierno, ha de ajustarse a ello. Silencio aquel que, si no es subsanado por la asamblea, habilita al director perjudicado a recurrir a la vía judicial, toda vez que no presumiéndose la gratuidad la determinación no puede dejarse al exclusivo arbitrio de los obligados (cfr. art. 542, Cód. Civil).

Se impone un sistema con claras limitaciones, por vía del cálculo de honorarios sobre las utilidades, dirigido a impedir una merma en las ganancias, vallado que, en algunos casos, puede ser superado mediante la decisión de la asamblea. Tales limitaciones tienen correlativa expresión en la legislación extranjera, reflejada aquí también en las normas de la Comisión Nacional de Valores, Banco Central de la República Argentina y recientes Anteproyectos de reforma, en protección del interés particular de los accionistas.

Se tiene así a la vista un sistema que balancea la función del director y su correspondiente derecho a la retribución, con la posibilidad de percepción de dividendos por parte de los accionistas.

La norma no es de orden público, pues, aun estableciendo normas precisas dirigidas a la protección y resguardo de los accionistas, no se afecta con su violación aquel orden, o las buenas costumbres. Se ha dicho del orden público tener su origen en principios fundamentales de la organización social, donde, si el régimen general de las sociedades y algunos de sus institutos no son modificables con base en razones de orden público, las normas que lo conforman pueden ser imperativas, prohibitivas o permisivas. El art. 261, objeto de estas notas, es una norma dispositiva, pero no imperativa o taxativa. Estas últimas, entendidas como aquellas que imperan independientemente de la voluntad de las partes, no siendo lícito derogarlas. Las normas jurídicas dispositivas valen en tanto no existe una voluntad diversa de las partes.

Norma que fija límites, a lo que -a los fines de su superación- la doctrina reconoce cinco requisitos; ganancias inexistentes o muy reducidas; desempeño por el director de funciones técnico administrativas o integración de comisiones especiales; figuración del tema como punto específico del orden del día; que se ha aprobado por la asamblea de accionistas; que las remuneraciones en exceso se destinen expresamente a los directores comprendidos en el supuesto. De ello se sigue, a la luz de la doctrina y jurisprudencia del tribunal mercantil, que el exceso del límite legal en que pueda incurrir la asamblea al fijar las remuneraciones de los directores, debe estar justificado por tareas técnicas o administrativas que lo avalen, como indica al precepto legal (art. 261), ya que esa limitación tiende a evitar que la mayoría imponga remuneraciones arbitrarias en perjuicio de los accionistas.

Del texto del citado art. 261 no cabe prestar especial atención a la frase *frente a lo reducido de las ganancias*, ya que dichas palabras serían incidentales, como lo revela su colocación gramatical, encerrado entre comas; su sentido, pues no contiene una perspectiva dogmática, sino la descripción del supuesto de hecho en el cual resultaría aplicable la norma misma. Lo reducido de las ganancias no es presupuesto *iuris* del caso de excepción previsto por la ley, constituido como alusión al estado de cosas en que devendría de interés hacer jugar la excepción. La norma dice 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). Lo que se debe probar en el caso es que el 25% de las ganancias no alcanza para conseguir en la plaza los servicios de persona seria y eficiente. Tal porcentaje, máximo, incluye los sueldos y demás remuneraciones especiales acordados a los directores en razón del ejercicio por parte de esto por comisiones o funciones técnico administrativas, mas no significa que

su reducción sea obligatoria si dichas remuneraciones superan el porcentaje sobre las utilidades. Ello es demostrativo del correlativo desempeño de tareas amparadas y protegidas por el derecho laboral, que, como es bien sabido, prohíbe la reducción de las remuneraciones.

A propósito, se ha dicho que la norma no contiene violación alguna de las garantías y derechos constitucionales, porque la regla general es una regla de orden y de límites para el ejercicio del derecho de trabajar y de obtener una remuneración por la tarea que desempeña el director, máxime cuando se ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional.

La resolución asamblearia frente a la inexistencia de normas estatutarias respecto de la distribución de las sumas destinadas a la retribución de los directores, la resolución se tiene como global a estos efectos, debiéndose repartir por parte iguales, salvo que existan diversas tareas realizadas que justifiquen remuneraciones diferentes.