

REMUNERACIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA S. A., INCONVENIENCIAS DEL LÍMITE LEGAL ESTABLECIDO

WALTER RUBÉN JESÚS TON

REMUNERACIÓN DEL DIRECTOR DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Propugnamos que debe ser reformado el art. 261 de la ley de sociedades 19.550, en cuanto prohíbe al director de una sociedad anónima percibir más del 25% de las ganancias como retribuciones por todo concepto. Pero como contrapartida, se debe permitir rápido remedio al accionista en caso de haber abuso en la fijación de la remuneración.- Este remedio podría ser entre otras posibilidades, que ante la objeción de un accionista a los honorarios fijados, suspender su pago o exigir alguna cautela hasta que se resuelva si corresponde o no.

La ley de sociedades vigente permite que el director no sea accionista, siendo ésta la moderna tendencia en materia empresarial, buscar al especialista en gerenciamiento, por tanto si no es accionista, es un técnico o un empleado que no debe tener que depender de las ganancias de la sociedad, ni de su distribución a los accionistas.

La complejidad de los negocios actuales, muchas veces no se ven reflejados sólo en un cuadro de ganancias y pérdidas, sin ver cual

es el cuadro patrimonial, o cual es la inversión de futuro de la sociedad.

Si bien aceptamos y no discutimos que la limitación del art. 261 L.S. ha sido establecida para evitar que las mayorías impongan remuneraciones arbitrarias, eligiéndose ellos mismos en el Directorio en perjuicio del accionista minoritario, consideramos que esta loable protección debe lograrse de otra manera, permitiendo al accionista minoritario impugnar los honorarios fijados en exceso, pero no prohibiéndolo como hace la ley.-

DIVERSIDAD DE SOCIEDADES ANÓNIMAS CON UN ÚNICO TRATAMIENTO LEGISLATIVO

Tenemos un ordenamiento legislativo en materia de sociedades anónimas, en el que se confunden dos tipos de sociedades muy distintas.

Nada tiene que ver la sociedad de familia, en la que ningún extraño interviene y que es cerrada totalmente, a través de restricciones en la transmisión de acciones, conducida por sus mismos accionistas con la sociedad anónima, en la que se han aunado capitales, indudablemente con afán de lucro, para lograr alguna actividad, que no es posible sin la reunión de los esfuerzos y un buen gerenciamiento técnico.

SOCIEDADES DE CAPITAL O POR ACCIONES

Se diferencian de las sociedades personales puesto que en ellas lo importante, más que la persona es la inversión.

Pero a su vez también hay una gran diferencia entre las que son cerradas y las que operan en el Mercado de Capitales.

En las últimas es mucho más sencilla la solución, puesto que tienen mayor transparencia, por las exigencias de la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES y del mismo mercado y con la posibilidad de salir fácilmente de su titularidad accionaria.

En las primeras, en cambio, es donde encontramos con mayor claridad el problema, es muy difícil, vender el paquete accionario, si no tiene posibilidad de control, por tanto, se está, atado fuertemente a las decisiones que el controlante tome, con la única muy pequeña de-

fensa del derecho de receso, incorporado a nuestra ley en los arts. 245, 78, 79 y 85.

SOCIEDADES CERRADAS O DE FAMILIA

Son sociedades que se inician con la actividad personal de un empresario, que va creciendo en sus negocios y a su vez en el número de los integrantes de su familia. En muchas oportunidades creadas sólo para limitar su responsabilidad a los bienes afectados al negocio y dejar a salvo sus bienes personales, o para ordenar su esquema sucesorio, o por una cuestión de imagen, o por cualquier otra circunstancia, se le recomienda la constitución de una **SOCIEDAD ANÓNIMA**. Tradicionalmente fueron conducidas por sus dueños, pero en el devenir del tiempo ocurre que desaparece el patriarca, fundador al que todos los integrantes respetaban. Que la complejidad de los negocios hace que haya que recurrir a especialistas en distintas áreas de la administración, especialistas que muchas veces no son sus dueños. Y además de esto ocurre, que con los avatares de la vida, se van agrupando las mayorías. Todas estas circunstancias pueden llevar a que los controlantes, designen sus administradores y las remuneraciones de los mismos, en perjuicio del minoritario, pero insistimos en que no hay que legislar para un caso particular, sino para que se pueda hacer una norma general que sirva a todos.-

NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN DE DIRECTOR

Para nosotros se trata de una locación de servicios, que si bien no es un contrato laboral, exige una remuneración por la prestación de esos servicios.-

Consideramos que es el órgano ejecutor, que si bien actúa en forma libre en cuanto a sus decisiones, ello no implica que no deba rendir cuentas por su actuación o gestión en cada Asamblea Ordinaria, y que no se halle sometido disciplinariamente a ella que puede removerlo, incluso hasta sin causa.-

Para el maestro Otaegui¹ se trata de un contrato de locación de servicios, sin relación de dependencia o subordinación (lo que excluye

¹ HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, DEPALMA, Bs. As., 2ª Edición, 1998.

que sea contrato laboral).-

No obstante al margen de la discusión de si se trata o no de una relación laboral, no es discutible que hay una prestación de servicios y toda prestación de servicios debe ser remunerada. Si la misma no es eficaz, se puede sancionar al funcionario, pero no dejar de remunerarlo.-

EL DIRECTOR ES UN TÉCNICO

Nuestra ley de sociedades ha separado sabiamente el órgano de administración, de los dueños u órgano de gobierno, al permitir que el director pueda no ser accionista de la sociedad.-

En los modernos procesos económicos el director ha dejado de ser necesariamente el dueño de la sociedad para transformarse en un técnico que conoce el negocio del gerenciamiento empresarial.-

Si bien creemos que el accionista debe soportar los riesgos empresarios y por tanto participar en las ganancias y soportar las pérdidas bajo pena de que la ley de sociedades en su art. 13 lo considere una estipulación nula, no debe ser extensivo este principio a los Directores, puesto que ellos no se van a transformar nunca en dueños de las ganancias, que quedan de propiedad del ente societario y más grave es la situación si decide no distribuirse dividendos a los accionistas, ploteo que limitará la remuneración al 5 %.-

La situación es de mayor complejidad cuando se trata de directores que cumplen efectivamente tareas "full time" dentro de la empresa, bien sea de gerenciamiento o de administración o producción en estos casos hay antigua jurisprudencia² que ha dicho que "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 remuneraciones" citando esta jurisprudencia a Zaldivar, "Cuadernos de derecho societario vol. III, pág. 501, y sigue diciendo al hablar de este 25% "si era suficiente para obtener el concurso de personas aptas para desempeñar las tareas y funciones que cumplían los directores" y nos preguntamos si la sociedad no debiera igual contratar y pagarle a las personas que cumplan esas funciones sean directores o no.-

² LL, Jurisprudencia, T. 1982-A, pág. 457.

RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES

Tienen un grave régimen de responsabilidad, respondiendo ilimitadamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión (arts. 59 y 274 LS.).

Pero tienen los accionistas un arma mucho más eficaz para evitar tener un director que cobre elevados salarios, la posibilidad de la remoción sin causa.-

LA REMUNERACIÓN POR FUNCIONES TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS COMO PERMANENTES

¿Con que realidad nos encontramos en la vida societaria? Nos encontramos con que la manera que tienen los directores de remunerar sus funciones, es a través de la corruptela de decidir en todas las asambleas en forma permanente que sus directores desempeñan funciones técnicas para cobrar sus honorarios y debemos tener en cuenta que esta posibilidad que da el art. 261 se llega a transformar en permanente y no temporaria como quiso la ley.

El Dr. ALBERTI en un viejo fallo de Cámara³ dijo claramente "...O bien, debemos suponer que ese salario es insignificante, y que en verdad no retribuye lo dado por esas personas a la sociedad, en forma de servicios útiles para la empresa, pero en tal caso la solución no reside en infringir la regla general del art. 261 recurriendo a su excepción, sino simplemente en pagar a esas personas el sueldo que en el medio y el tiempo se pague por sus servicios". "...Si los defendidos son buenos gerentes de la sociedad, pues debieron percibir buen sueldo como tales".-

No debemos confundir el Director que sólo se limita a concurrir a las reuniones, con él que tiene otras responsabilidades

LO REDUCIDO DE LAS GANANCIAS Y LA EXPRESIÓN EN TODO CONCEPTO

Es muy interesante, tener en cuenta el fallo de cámara citado anteriormente, en el que el Dr. ALBERTI, profundo conocedor e in-

³ LL, Jurisprudencia, T. 1981-C, pág. 315.

terpretador del lenguaje, se detiene a analizar el párrafo, encerrado entre comas, en el art. 261 LS. "frente a lo reducido de las ganancias" y propone leer el texto, con y sin ése párrafo y observar que en nada cambia el sentido de la ley. Se pregunta cuándo es reducida la ganancia y concluye que caemos en una solución de perogrullo "La ganancia es reducida cuando no basta para la contratación de los directores (directores de la seriedad y eficiencia deseables) con la inversión de sólo su 25%".-

La expresión por todo concepto, es el principal problema del límite de la remuneración, porque si esta limitación fuere sólo para la tarea específica de ser director, no acarrearía mayores inconvenientes, pero al abarcar y englobar la totalidad de la remuneración, nos encontramos con que si se tiene la calidad de personal jerárquico, al nombrarlo director se le reducirían sus ingresos, y no podría cobrar los mismos si presta servicios de otra índole, médico, contador, abogado, etc.

INCONVENIENCIA DE LA FIJACIÓN CUANDO EL EJERCICIO SE HAYA CERRADO

Nuestra ley de sociedades sufre otro inconveniente al establecer éste límite máximo de las remuneraciones, y es que las mismas deban fijarse en forma anual y a ejercicio vencido, para saber cuales fueron las ganancias.-

Si superamos la traba del límite de las remuneraciones, ningún inconveniente habría en que se fijaran, al comenzar las funciones cual es la retribución del director y que se pueda utilizar en forma mensual.-

Pensemos que el director es un técnico full time que vive de su trabajo diario y exclusivo para la empresa. En este caso lo lógico y normal es que cobre en forma mensual su retribución.

LA ONEROSIDAD DE SUS FUNCIONES

El director ya hemos dicho puede a su vez, realizar funciones técnicas permanentes. Quien realiza una función permanente, al servicio de una empresa, debe ser necesariamente remunerado por ello, no sólo indica este acierto la legislación laboral, sino que el mismo código civil, al referirse a la locación de servicios, al definirla en el art.

1.623 dice: "...Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero..." Incluso el art. 1.627 de esta normativa preceptúa: "El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir..."

Que ocurriría si el Director es un contador, que atiende todo este sector en la empresa, o es un economista, o un especialista en marketing, o un buen hombre de negocios, que es un excelente administrador y gerenciador de la empresa.-

Sin embargo el cuestionado art. 261 de la L.S. dice "El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto...", lo que contradice la normativa general del derecho y el sentido común y lógico.-

Verón⁴ dice en su *Manual de Sociedades Comerciales* "...en nuestra opinión la ley de sociedades comerciales ha impuesto la no gratuidad del cargo de directores [...] Por tanto, el derecho de los directores a percibir una remuneración por su tarea (orgánica y/o ejecutiva), no puede ser negado ni cuestionado, y se trate de accionistas o no".-

PROTECCIÓN PARA EL ACCIONISTA

No debemos dejar de tratar éste conflictivo tema.-

Pero sí existe un riesgo que habita en nuestro medio.-

Las utilidades en muchos tipos de sociedades, sólo quedan en manos de los administradores.-

Claro ejemplo de ello es el fracaso de las cooperativas en nuestro país.-

Al decir de RICARDO NISSEN, en su comentario a un fallo⁵ "...evitando la existencia de accionistas pobres y administradores ricos, es digna de toda ponderación, pues permite evitar las tan frecuentes maniobras que se observan a diario, en donde los controlantes (accionistas mayoritarios y directores) retiran las ganancias obtenidas, en calidad de retribución, por sus funciones de administración, mientras que los accionistas minoritarios deben sacrificar sus dividendos,

⁴VERÓN, Alberto Víctor, *Manual de Sociedades Comerciales*, T. III, Errepar, Bs. As., 1998, pág. 1.591.

⁵ NISSEN, Ricardo Augusto, *Un fallo ejemplar en materia de remuneraciones de los directores de sociedades unánimas*, en LL, T. 1997-A, pág. 134.

por vía de constitución de infundadas reservas (o pase a cuenta nueva, o resultados no asignados) resueltas precisamente por el grupo controlante, que ya obtuvo el fruto de su inversión por otras vías”.-

No deja de ser cierto, lo que dice también NISSEN que en teoría los accionistas directores no pueden participar en la decisión de las remuneraciones en exceso, pero en la práctica recurren a la burda maniobra y práctica habitual de ceder transitoriamente las acciones a un tercero.-

CONCLUSIONES

Es muy difícil, lograr una solución adecuada y que satisfaga todos los intereses.-

Siempre decimos que en el derecho hay intereses antagónicos.-

La misión de los operadores del derecho es intentar que ellos se equilibren de la manera más justa posible.-

No queremos administradores ricos, con accionistas pobres, pero tampoco pretendemos que los administradores, no puedan dedicarse en forma adecuada a su tarea, con seriedad y eficiencia y muchas veces utilizando sus habilidades y estudios técnicos específicos para lograr un mejor resultado.-

Por eso la defensa del accionista minoritario, no director, tiene que ser de otro tipo, por ejemplo se nos ocurre entre las posibles, la siguiente, debiera la regla no limitar la remuneración, pero ante la objeción de un accionista a la misma suspender su pago o exigir alguna cautela hasta que se resuelva si corresponde o no.-

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

JUNYENT BAS Francisco, *Responsabilidad de los Administradores*, ADVOCATUS, Córdoba, 1996.

NISSEN, Ricardo Augusto, *Curso de Derecho Societario*, AD-HOC, Bs. As., 1° Edición, 1998.

PERCIAVALLE, Marcelo L., *Directores y Socios*, ERREPAR, Bs. As., 2° Edición, 1998.

VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, T. III, Editorial ASTREA, Bs. As., 1987.

VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Derecho de las Sociedades Comerciales*, ABELEDO-PERROT, Bs. As., 8° Edición, 1996.