

La aprobación de la remuneración en exceso del art. 261 LGS puede considerarse un presupuesto de “interés contrario” del accionista que reviste a su vez, la calidad de director de la sociedad

*Tomás J. Arecha*¹³⁶

Ponencia

Corresponde al director socio abstenerse de votar el exceso en su remuneración –y por las denominadas tareas técnico/administrativas- en virtud de las disposiciones de artículo 248 de la LGS.

Desarrollo

Mucho se ha discutido sobre si la premisa que sostiene que nadie puede ser “juez y parte” al mismo tiempo, resulta aplicable a la aprobación de honorarios al director que reviste a su vez la calidad de accionista.

En este orden, el punto central de la controversia radica en dilucidar si, de conformidad con las normas vigentes, los directores que invisten al mismo tiempo la calidad de accionistas, pueden o no votar en el punto concerniente a la aprobación de sus remuneraciones.

Resulta importante poder dilucidar tal planteo para poder tomar posición respecto a situaciones de abuso que suelen configurarse en el ámbito de la aprobación de la retribución. Las mismas se configuran cuando el grupo de control designa por mayoría simple al directorio, eligiéndose a sí mismos o a personas de su entera confianza, y a quien –también por mayoría- le asignarán su remuneración. Coste describe esta situación como la “*patología*” del

136 tarecha@abfa.com.ar

instituto, mediante la cual por la asignación de honorarios al directorio, se asignan “dividendos maquillados” a los accionistas mayoritarios^{137/138}.

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 expresamente por el artículo 241¹³⁹ LGS y por lo tanto no alcanzado por la abstención prevista en dicha norma.

Sin embargo, el artículo 241 no es la única disposición de La Ley General de Sociedades en la cual el derecho al voto cede frente al interés social. Bajo el mismo fundamento el artículo 248 LGS obliga al accionista o su represen-

¹³⁷ COSTE, Diego, “La remuneración en exceso en armonía con el deber de diligencia y el derecho de información”, ob. cit., ED 221-750.

¹³⁸ Conforme lo explica VÁZQUEZ LEPINETTE (*La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, ob. cit., pág. 30), este fenómeno ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia española desde la sentencia STJ 1º de julio de 1963 (RJ 1963, 3509), caso Faro de Vigo. Menciona el autor un ejemplo reciente, el caso “ABC 91 SL”, sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Valencia nº 75/2005, de 13 de julio de 2005 (no publicada) mediante la cual ante una impugnación de un acuerdo social por el cual se acuerda incrementar el importe de la retribución del administrador único. El juez, entre otros aspectos, aprecia la existencia de un “claro propósito de percepción de los beneficios sociales por la vía de retribución. Piénsese en este sentido en el porcentaje que supone esta retribución sobre el monto de los ingresos brutos de la mercantil, a saber, cerca del 30%”, por lo que se anula el acuerdo por considerarlo lesivo para la sociedad.

¹³⁹ “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. Nº 2528.

tante a abstenerse de votar ante una operación determinada en la que tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad

Es indudable que la norma pretende proteger sustancialmente el interés de la sociedad y el de las minorías del capital, evitando que la posición del director sea aprovechada para dar lugar a un beneficio indebido¹⁴⁰.

Cabe aclarar preliminarmente que desde mi perspectiva la consecuencia de emitir un voto eficiente —aquél que resulta necesario para conformar la mayoría— en interés contrario al social, implica no solo la responsabilidad por el daño causado, sino también la nulidad de la decisión aprobada^{141 142}.

Ya en el marco de la cuestión planteada por esta ponencia, se ha expresado que el acto ejecutado en conflicto de interés podrá ser un acto ilícito si alguna norma positiva condena dicha conducta inmoral, por ello, 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 abtención¹⁴³.

En ese snetido, la jurisprudencia¹⁴⁴ ha sostenido que la aprobación de los propios honorarios por aquellos accionistas que revisten el carácter de director de la sociedad no impondría en principio un interés contrario sancionable por la nomra del art. 248 LGS. Sin embargo, entiendo que dicha interpretación no puede sostenerse cuando los honorarios resultan aprobados bajo el régimen de excepción del art. 261 LGS.

Existen dos posiciones doctrinarias relativas a los presupuestos de aplicación del art. 248 LGS. Por un lado, se ha expresado que el fundamento de la configuración del interés contrario previsto en el art. 248 LGS se contituye ante la mera existencia de un “peligro”¹⁴⁵. Por el otro, se ha sostenido que el

¹⁴⁰ CNCom, Sala B, 15/05/1987, “Milrud Mario I c/ The American Rubber SRL s/ sumario”, societario.com, Ref. N° 7203.

¹⁴¹ OTAEGUI, Julio C., “Invalidéz de actos societarios”, p. 412, Abaco. Bs. As., 1978

¹⁴² Si bien en el caso “De Carabassa, Isidoro c/ Canale SA” se adhirió al voto del Dr. Williams, base de 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 solo la acción de daños y perjuicios contra el socio que hubiese violado la prohibición, dicho precedente perdió vigencia cuando en el caso “Milrud” la misma sala cambió de criterio y aceptó la procedencia de la acción de nulidad.

¹⁴³ VAN THIENEN, Pablo A, DI CHIAZZA, Ivan; “Impugnación de balance por interés contrario “reflejo” en la relaciones de grupo: Un caso que alarma”, LL 22/6/10.

¹⁴⁴ “Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex s/sumario”, CNCom, Sala C, 12/03/93, LL 1993-C, 295.

¹⁴⁵ BAKMAS, Iván; “Artículo 248 de La Ley de sociedades. Nulidad de voto por conflicto

daño resulta un presupuesto de procedencia de la norma del art. 248. Es así que esta segunda postura sostiene que el interés contrario se configura necesariamente ante la existencia de daño, requiriendo que el perjuicio sufrido por una de las partes sea proporcional y este directamente relacionado con la ventaja obtenida por la otra¹⁴⁶.

Sin ser objeto de la presente ponencia tomar posición sobre dicho dife-
riendo, entiendo que independientemente de la necesidad de configuración de
interés contrario como “peligro” o como “daño”, cuando la remuneración del
Directorio, se pretenda aprobar *en exceso* del límite del art. 261, nos encon-
tramos ante un supuesto de interés contrario que impone al accionista-director
la obligación de abstenerse de votar.

Si partimos del presupuesto de configuración del interés contrario como
“peligro”, entiendo que 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, conformada por la intención de utilizar un sistema de excepción que
determinará un honorario en exceso del permitido legalmente, con la conse-
cuente disminución del patrimonio social –en forma directa- y la afectación
al derecho al dividendo. Máxime frente al supuesto en el que el accionista de
control intente fijar su propia remuneración como director bajo tales paráme-
tros en los que se requiere que la ganancia sea inexistente o reducida.

Por su parte, partiendo desde la otra posición, arribo a la misma conclu-
sión: 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 patri-
monio que ello implica (ante la inexistencia o insuficiencia de las ganancias)
o por la afectación de los derechos patrimoniales de los accionistas.

A tales conclusiones arribo por cuanto entiendo que cuando la retribución
del administrador se aprueba en exceso de los límites legales previstos en el
art. 261 LGS nos encontramos ante determinados presupuestos que alterarían
su naturaleza, tornándose la misma de esencia contractual.

de interés. 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.

¹⁴⁶ VAN THIENEN, Pablo A, DI CHIAZZA, Ivan; “Impugnación de balance por interés contra-
rio “reflejo” en la relaciones de grupo: Un caso que alarma”. LL 22/06/10.

En efecto, esta tesis ha sido avalada por la jurisprudencia fiscal. En este sentido se ha resuelto que cuando la remuneración es aprobada en exceso a los límites del art. 261 LGS, dicha retribución en exceso se encuentra gravada por el Impuesto al Valor Agregado (IVA), gravámen impositivo que no resulta aplicable cuando la remuneración es aprobada dentro de los límites legales o hasta el tope remunerativo previsto por la norma^{147 148}.

Tal solución se basa en que conforme lo establece La Ley fiscal, para que proceda la exención de aplicación del IVA, resulta requisito que las prestaciones remuneradas resulten “inherentes” al cargo de administrador¹⁴⁹. En los supuestos bajo análisis se ha entendido que la totalidad de los honorarios 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.

Siguiendo esta línea argumentativa, si la remuneración por la prestación de funciones técnico administrativas no constituyen una prestación inherente o propia del cargo del director, entiendo que se requeriría para su aprobación recurrir a la vía del art. 271 LGS. Sin embargo, como el sistema regulatorio argentino de la retribución es esencialmente ex post, en el sentido que la retribución será aprobada una vez cumplida la gestión, no aparecería pertinente

¹⁴⁷ En los casos “Trod” y “Garat” la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió que no 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 tesis 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. 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 “Giscafre”, también en relación a un director de la misma sociedad.

¹⁴⁸ 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 gravados.

¹⁴⁹ 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*”.

la exigencia de un proceso previo de vinculación contractual entre el administrador y la sociedad. Sin embargo debería, por aplicación analógica, recurrirse al sistema de aprobación asamblearia previsto en la norma del art. 271 LGS.

Es así que la concepción moderna del contrato se hace extensiva a toda clase de relaciones jurídicas, por lo que el concepto de contrato desde la óptica del art. 271 LGS corresponde extenderlo a todo acto o hecho del que surjan obligaciones o beneficios, alcanzando este concepto a todo género de actos, incluyendo para el supuesto la prestación de las funciones técnico administrativas o comisiones especiales que lleve adelante el director.

Esta especial contratación debe ser puesta a consideración de la asamblea en los términos del art. 271 LGS, máxime teniendo en consideración que uno de los fines de la norma es que no debe quedar oculto el acto, ni crear un beneficio injustificado al director contratante en perjuicio de la sociedad, por lo que debe buscarse un procedimiento que permita dicho conocimiento sin privar al director y a la sociedad del derecho a vincularse, además, contractualmente¹⁵⁰.

Es lógico temer que en estos casos de contratación del director con el ente, el administrador atienda sus propios intereses antes que los de la sociedad, pudiendo llegar inclusive a abusar de su posición para obtener ventajas personales a costa del interés social. Por lo que teniendo en consideración que en virtud de la norma del art. 248 LGS¹⁵¹, el accionista debe votar siempre en pos del interés social, y solamente en pos del interés personal cuando concuerde o no sea opuesto al social. Es así, que este conflicto de intereses –previsto en el art. 248- se dará en los casos cuando el director contratado para funciones no inherentes a su cargo –técnico/administrativas-, sea también accionista, situación en la que evidentemente no podrá votar su propia remuneración.

En conclusión, entiendo que en los supuestos descriptos, se configuraría un interés contrario que importaría la obligación de abstención de voto –art. 248 LGS- por cuanto la remuneración *en exceso* importa una modificación de la naturaleza de la misma que por su carácter contractual, requiere la aprobación de la asamblea en los términos del art. 271 LGS.

A su vez, entiendo que dicha conclusión resulta el remedio más adecuado para evitar aquellas situaciones patológicas mediante las cuales se busca a través de una política de restricción de dividendos una asfixia financiera del socio minoritario que tiene como contrapeso la fijación de honorarios al directorio que entrañan los denominados “dividendos maquillados”.

¹⁵⁰ SASOT BETES, Sociedad Anónima. El órgano de administración, p. 320.

¹⁵¹ RAMÍREZ, Alejandro H., “Contratación del director con la sociedad que administra”, Revista Argentina de Derecho Empresario N° 13, 1/12/2013.