

La retribución de directores societarios en el proceso concursal

Carlos A. Molina Sandoval^{149*}

Ponencia

La retribución de los directores societarios suele ser una fuente de conflictos societarios. En este tema se suele medir la tensión entre la retribución del directorio (muchas veces el mismo accionista mayoritario o designado por el accionista mayoritario) y la relación del dividendo concursal. A mayor distribución de dividendos, mayor es el derecho del director a cobrar sus honorarios (salvo el tema de las funciones técnico-administrativas que prevé el art. 261, LGS). Si a la complejidad intrínseca del tema se le agrega la situación concursal de la sociedad la dificultad es mayor. La ponencia analiza los distintos escenarios de la retribución del directorio en función de su derecho, la obligación de verificación de su crédito y las diferencias según sea un proceso de concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial o quiebra.

I. Los honorarios de directores en procesos concursales

En materia concursal, los honorarios y retiros a cuenta de futuras retribuciones podrían tener un tratamiento diferente. Lo primero a diferenciar radica en la situación de de concurso preventivo y quiebra de la sociedad. Incluso de acuerdo preventivo extrajudicial (art. 69, LCQ).

¹⁴⁹ * Abogado (U. Nac. Córdoba). Master en Derecho Empresario (U. Empresarial Siglo 21, Cba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U. Nac. Cba.). Director de la Sala de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba. Prof. de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. Nac. Cba. y de Derecho Societario y Seguros de la Universidad Católica de Córdoba. E-mail: camolinasandoval@yahoo.com.ar

2012 XIII CONGRESO ARGENTINO Y IX IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

La fecha de presentación en concurso preventivo (o de declaración en quiebra) es muy importante ya que marca, en cierto sentido, la línea divisoria entre un crédito concursal y un crédito post-concursal.

II. Tratamiento en concurso preventivo

En concurso preventivo, debe recordarse que el tratamiento de los acreedores concursales (o de “causa o título anterior a la presentación”, dice el art. 56, 1º párr., LCQ) debe ser igualitario y que son ineficaces los “actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación” (art. 16, 1º párr., LCQ).

III. Verificación de créditos

El director, cuyos honorarios se hayan declarado por la asamblea antes de la presentación en concurso preventivo, no podrá cobrarlos si no se somete al procedimiento de verificación de créditos (arts. 32 y ss., LCQ) y quedara incluido en alguna de las categorías oportunamente homologadas (arts. 42 y 59, LCQ).

La verificación del crédito se producirá acompañando la asamblea de accionistas en la que se declare la retribución a favor de cada director o, en caso que se fije en forma genérica para todo el directorio, en forma proporcional al número de directores. Además, podrá acompañarse la constancia contable de la cual surge su contabilización como deuda de la sociedad.

Si no existiere declaración por la asamblea de accionista, el director deberá solicitar la verificación acompañando las constancias de que se procuró la convocatoria para tratamiento del tema y no logró que la asamblea se expida al respecto. En este caso, y teniendo en cuenta que el directorio tiene igualmente derecho a la retribución aunque la asamblea no determine su cuantificación, el juez del concurso deberá fijar el monto que corresponda de acuerdo a las características, particularidades y demás circunstancias societarias concretas.

IV. Ausencia de privilegio

Salvo que el director estuviera en relación de dependencia, dicho crédito es quirografario y carece de todo privilegio concursal.

Si el director, a su vez, es empleado, tiene privilegio especial por las remuneraciones debidas por seis meses y los rubros provenientes por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo

sobre mercaderías, materias primas y maquinarias (art. 241, inc. 2, LCQ) por la extensión del art. 242, inc. 2, LCQ y –además– privilegio general en los términos del art. 246, inc. 1, LCQ, sobre todo el patrimonio concursal.

V. Momento en que se desarrolló la actividad societaria

Se genera alguna duda en el supuesto en que la actividad directorial se desarrolló en forma previa a la presentación en concurso preventivo, pero los honorarios se fijaron con posterioridad a dicha presentación.

Si bien es un supuesto de no muy corriente aplicación en el concurso preventivo, ya que la propia ley exige acompañar los últimos tres estados contables (art. 11, inc. 4, LCQ), los que seguramente –al aprobarse– debieron fijar la retribución de los directores que, en esencia, es un gasto de administración.

El principio rector en este interrogante tiene en cuenta la oportunidad en que se realizaron las tareas retribuidas. Si la tarea del directorio se desarrolló en forma previa a la presentación en concurso preventivo, es un crédito concursal quirografario (como cualquier otro crédito) que tiene el director contra la sociedad concursada, con un condicionante no menor: se trata de un acreedor excluido a los fines del cómputo de la votación (art. 45, LCQ).

Puede ocurrir que la presentación concursal se realizó a mitad del año calendario y el cierre del balance de ejercicio ocurre a finales del año calendario (v.gr., 31 de diciembre). En este caso, es claro que la mitad (o parte) de la actividad del directorio es imputable en forma anterior al concurso preventivo (y por ello, un crédito concursal) y la otra parte (la que se devenga desde la presentación en concurso hasta el cierre de ejercicio) es post-concursal.

En este caso, el director sólo podría recibir el importe proporcional correspondiente a su honorario que se devengue con posterioridad a la presentación concursal. Si el directorio recibiera algún pago imputable a actividad anterior al concurso preventivo, dicho pago sería ineficaz en los términos del art. 17, 1º párr., LCQ. Esta ineficacia, naturalmente, podría ser declarada de oficio por el juez concursal.

La forma de cómputo deberá realizarse en función de las actividades desplegadas y, como regla, será en función del tiempo de duración de la función en ejercicio, salvo que pueda acreditarse una mayor actividad, responsabilidad y carga horaria generada con posterioridad a la presentación concursal.

Por la suma devengada con posterioridad a la presentación en concurso preventivo, el director tendrá un crédito post-concursal que es ejecutable como cualquier otro crédito. Por ello, el director podrá reclamarlo judicial-

mente ante la competencia que corresponda procurando el embargo o medidas cautelares que correspondan.

VI. Honorarios a cuenta

Si se tratare de honorarios a cuenta de futura remuneración, el enfoque puede variar pues –en este caso– supone que la sociedad ha adelantado fondos al director y ello podría afectar la igualdad de los acreedores.

Si el director (cuya sociedad se presentó en concurso a mitad del ejercicio) recibió con fecha, también previa a la presentación en concurso preventivo, sumas de dinero en concepto de retiros a cuenta, podría pensarse que la sociedad pagó una suma de dinero en forma adelantada, pues aún no había ocurrido el cierre de ejercicio y con ello la oportunidad para la efectiva determinación de los honorarios. Igualmente, podría argumentarse que no se recibió dinero en forma adelantada sino que debido la falta de prohibición expresa (y la unánime admisión por parte de la doctrina) dichos honorarios se pagaron en función del devengamiento de la actividad directorial. Ello más aún si el estatuto o la propia asamblea así lo autorizaron y teniendo en cuenta que la presentación en concurso preventivo para un sector de la doctrina produce el decaimiento de los plazos (art. 753, Cód. Civ.). Este razonamiento hace, cuanto menos, de dudosa procedencia la eventual imputación de afectación de la igualdad de los acreedores.

Sin dudas que claramente distinto sería el supuesto en el que el retiro se produjo con posterioridad a la presentación en concurso preventivo (pero imputable al ejercicio en trámite del año de presentación del concurso preventivo), ya que en este caso –y sin ninguna duda– se estaría pagando un crédito de origen anterior al concurso preventivo, afectando la igualdad de los acreedores concursales.

La situación tampoco varía si la asamblea finalmente fijó los honorarios, ya que la sociedad sólo podría pagar la porción de honorarios que se impute al período posterior a la presentación en concurso preventivo (debiendo los honorarios imputables al período anterior a ello, ser verificados como cualquier otro acreedor quirografario).

VII. Acuerdo preventivo extrajudicial

El razonamiento mencionado sería muy similar en caso de acuerdo preventivo extrajudicial.

VIII. Proceso falencial

En caso de quiebra, la situación varía por el desapoderamiento de la sociedad. La sociedad queda desapoderada y no puede pagar honorarios a sus directores ni distribuir utilidades.

Ahora bien, la cuestión varía en el caso de que el director haya efectuado retiros a cuenta de futuros honorarios y la quiebra se declare sin que la asamblea haya fijado dichos honorarios. ¿Puede entenderse que dichos honorarios son un “pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse el día de la quiebra o con posterioridad” (art. 118, inc. 2, LCQ)?

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente su ineficacia¹⁵⁰.

En este punto pueden darse dos situaciones¹⁵¹:

(i) que el retiro a cuenta y la asamblea que estableció sus honorarios hayan sido efectuados “antes” de la declaración de quiebra: si no hubo ganancias, los directores no tenían derecho a remuneración y en consecuencia tales anticipos son ineficaces (art. 118, inc. 1, LCQ); si hubo ganancias, sólo será ineficaz lo que haya sido retirado “en exceso” de lo que se haya fijado como retribución. Si los anticipos fueran inferiores a la suma que se les estipulara, los directores serán acreedores de la sociedad debiendo insinuarse en el pasivo concursal.

(ii) que el retiro a cuenta se haya efectuado antes de la declaración de quiebra de la sociedad y “no haya habido asamblea que estimara los honorarios”: el anticipo es ineficaz, encuadrándose en el art. 118, inc. 2, LCQ. El derecho a la retribución por parte de los directores se devenga con la aceptación del cargo y el ejercicio de la función; sin embargo, ello no permite asimilar los llamados pagos anticipados con un auténtico pago (puesto que lo “adelantado” no se considera remuneración hasta que una asamblea fije esa retribución y la asigne al directorio). El ejercicio de la función directorial sólo le conferirá al director derecho a la remuneración si existen ganancias (y por ello, el derecho a la remuneración –en principio– está condicionado a una gestión eficaz).

¹⁵⁰ CNCom., Sala D, 12/11/01, “Banco Extrader SA c. Sosa, Carlos M.”, JA, 2002-III, p. 821; CNCom., Sala D, 26.10.98, “Stel Tec SA, s/quiebra”, ED, 181, p. 400.

¹⁵¹ BOUZIGUES, Alejandra y CYNGISER, Eugenia, “¿El retiro a cuenta de honorarios de los directores de una sociedad anónima es un acto susceptible de ser declarado ineficaz conforme el art. 118 de la Ley de Concursos y Quiebras?”, en: *V Congreso Argentino de Derecho Concursal – III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Ad-Hoc, Bs. As., 2003, t. II, p. 113; DRACICH LOZA, Oscar, “Responsabilidades específicas. Acciones de responsabilidad. Remuneración”, en: *El órgano de administración societaria* (Cornet, R., dir.), Mediterránea, Cba., 2005, p. 471.

Cuando el anticipo es efectuado directamente por los directores sin contar con la autorización previa del estatuto o asamblea, queda comprometida la responsabilidad pues que éstos carecen de competencia para ello.

IX. Perspectivas jurisprudenciales

La jurisprudencia ha señalado que procedía hacer lugar a la declaración de ineficacia de pleno derecho en los términos del art. 118, LCQ, respecto de lo decidido por la asamblea de accionistas de la sociedad declarada en quiebra, celebrada en el período de sospecha “recalificando en los estados contables” cierto rubro inicialmente registrado en el activo de la sociedad como “retiro directores” para conceptualizarlo como “retribución de directores” con evidente perjuicio a la masa, pues ello implica disposición de un importante activo de la sociedad, sin contraprestación alguna, dado que no se ha demostrado la realización de tarea alguna de los directores a favor de la entidad que deba ser retribuida¹⁵².

También se ha sostenido que ausente el acto asambleario que hubiere otorgado validez al retiro anticipado de honorarios por los directores, deviene inevitable la conclusión de que esos actos enmarcan en el supuesto previsto por el art. 118, LCQ, sin que tal manera de concluir pueda ser juzgada de formalista o ritualista, sino de la simple utilización de normas de la LSC, pues aunque pudiera admitirse que las tareas de gestión y dirección hayan existido y por lo tanto que existía una deuda genuina de la sociedad hacia los directores generada por tal presentación, no puede eludirse de todos modos la conclusión de que se trató de pagos anticipados a raíz de lo dispuesto por los arts. 234 y 261, LSC¹⁵³.

También en otro precedente se ha señalado que la obligación que tiene el director de la fallida de restituir los fondos retirados de la caja social “a cuenta” de honorarios durante el período de sospecha y sin que por decisión asamblearia se le hubiese asignado retribución alguna, halla fundamento en el art. 88, inc. 3, LCQ, y no en el art. 118, inc. 2, LCQ, ya que tal dación no constituyó un pago referido a una deuda social pues esta última no tenía débito alguno con su director. La consecuencia de la declaración de inoponibilidad es que el tercero deberá restituir a la quiebra lo percibido con la extensión derivada de su buena o mal fe e insinuarse en el pasivo en consecuencia insoluto¹⁵⁴.

¹⁵² CNCom., Sala E, 16/8/01, “M.C. Informática SA, s/quiebra, s/declaración de ineficacia”.

¹⁵³ CNCom., Sala A, 27/12/00, “Cambria SA, s/quiebra, s/incidente de ineficacia”.

¹⁵⁴ CNCom., Sala D, 26/10/98, “Stel Tec SA, s/quiebra”.