

## COMISION II

Dr. Gotardo C. Pedemonte

### LA ASAMBLEA Y LOS HONORARIOS DEL CONSEJO DE VIGILANCIA

#### I. EL CASO

I.1. En la presente coyuntura resulta de notoria actualidad el art. 261 de la ley 19550, sobre "remuneración" ó "retribuciones" del Directorio y del Consejo de Vigilancia (C.V. en adelante), u "honorarios" (como dice la Nota Ministerial al P.E. relativa a la ley 20468), de los integrantes de esos mismo cuerpos.

Interesa tratar uno de los varios temas que suscita ese texto (1). Se refiere a los honorarios (para seguir la expresión reproducida) de los integrantes del C.V., en caso de ejercicio con ganancias reducidas ó inexistentes, y a las facultades de la Asamblea para exceder los topes resultantes del art. 261.

#### II. LOS HONORARIOS DEL C.V.

II.1. Normas aplicables. La L.S. trata de los honorarios del C. V. en dos normas, arts. 261 y 280.

Si la única normativa fuese el art. 261, podríase aducir que la posibilidad de exceder los topes, sólo se da en el caso de directores. Porque sólo a los directores se refiere el último párrafo del artículo (2). No alude a los consejeros de vigilancia. Lo cual tiene su explicación, si se atiende al origen de la norma, que parte de antiguas disposiciones de la exComisión de Valores del Banco Central y el ex-Instituto Mixto de Inversiones Mobiliarias (3); ó sea, cuando no existía el C.V. en nuestras normas societarias, C.V. que es incorporado por la Comisión redactora de la posterior ley 19550, recién "en el proyecto elevado en noviembre de 1971, reviendo su anterior postura de diciembre de 1968" (4).

Pero también el Art. 280 integra la normativa de la retribución de los Consejeros. Remite en efecto al art. 261, lo cual parecería que nada agrega a lo recién dicho. Otra es empero la conclusión si se tiene presente que además de la remisión, establece que "Cuando en estas disposiciones se hace referencia a director ó directorio se entenderá consejero ó consejo de vigilancia".

II.2. Un principio base. Como fruto de éste último criterio y de la remisión aludida, se está disponiendo que en caso de ejercicio con ganancias reducidas ó inexistentes, puedan excederse los topes, también para los consejeros.

### III. CONDICIONES PARA PODER EXCEDER LOS TOPES RESULTANTES DEL ART. 261

III.1 Caso de los directores. La doctrina (5) y la jurisprudencia (6) han dado su interpretación al último párrafo del Art. 261, estableciendo las condiciones para la excedencia.

Como muestra recuérdese este enunciado de los Dres. Zaldivar, Manóvil, Ragazzi y Rovira: "... se requiere que confluyan cinco condiciones:

- a) que realmente las ganancias sean, en valores absolutos, muy reducidas ó inexistentes;
- b) que realmente uno ó más directores hayan realizado tareas en ejercicio de comisiones especiales ó en cumplimiento de funciones técnico-administrativas;
- c) que el asunto figure como un punto especial e independiente del orden del día;
- d) que sea aprobado por la asamblea expresamente, por resolución bien fundada;
- e) que la remuneración en exceso del porcentaje esté destinada exclusivamente a los directores que se hallen en la situación" (6).

III.2. Caso de los consejeros. En qué medida esas condiciones operan para los integrantes del C.V.?

El interrogante -por lo menos en el esquema de trabajo que se desea seguir- puede plantearse respecto de la segunda condición, a la que iría conexas la condición quinta: efectivo ejercicio de comisiones especiales ó de funciones técnico-administrativas.

La conclusión que se intenta sostener, es que la condición enunciada no rige respecto del consejero. Básicamente, porque el consejero no puede ni debe ejercer comisiones especiales ó funciones técnico administrativas, en la misma sociedad, y simultáneamente consus funciones de integrante del C.V.

Esto requiere algún desarrollo; y para ello, tratar de la naturaleza de esas funciones; del alcance de las expresiones "comisiones especiales y funciones técnico administrativas"; y por último, de establecer si existe ó no compatibilidad.

III. 2. 1. Las funciones del C.V. Zaldivar y colaboradores sostienen que "es el órgano que tiene por misión permanente fiscalizar los aspectos formales de la administración social y controlar su gestión, con cargo de informar periódicamente a los accionistas al respecto; además, estatutariamente pueden atribuírsele facultades de coadministración" (7). También Otaegui se ocupa de las "atribuciones de coadministración ...ceñidas a los negocios extraordinarios", si el estatuto lo prevee (8).

Mascheroni comenta que la labor de fiscalización del C.V. "excede los límites de un mero control de legalidad ... llegando a un verdadero control de oportunidad ó de eficacia operativa", que puede llegar, con base en el estatuto, a "una función participe en la administración de la sociedad" (9).

Farina alude al control de gestión (10), lo mismo que Baudizzone y Winizky (11).

Halperin ha expresado que el C.V. "tiene por función el control de mérito de la gestión del directorio (art. 281 inc. a), mientras que la sindicatura tiene sólo -en principio- el control de la legitimidad de ésa gestión" (12).

Fargosi afirma que el C.V. "tiene un control de mérito y no sólo de legalidad ó de regularidad, como le corresponde a la sindicatura, y tiene una serie de poderes que, sin alcanzar el aspecto representativo que compete exclusivamente al directorio, le permite inmiscuirse en la administración social" (13). También se refieren al control de mérito y al de legalidad, Richard, Escuti (h) y Romero (14) y Lisdero (15).

En suma: se advierten coincidencias en la doctrina, en cuanto a la función fiscalizadora del C.V., con el control de mérito y el de gestión; e inclusive, en cuanto a la atribución facultativa prevista en el Art. 281, inc c), si el estatuto la otorga, y que varios de los autores reseñados denominan de co-administración.

Emperp predomina en este órgano el carácter de fiscalizador. (16)

### III. 2.2. Alcance de las expresiones "comisiones especiales" y "funciones técnico-administrativas".

No encuentro que los autores se detengan en este análisis. Parece partirse de que se trata de conceptos de uso corriente y de comprensión no discutida, y en casi total medida es así, sobre todo en el caso de "funciones técnico-administrativas".

Inclusive la Resolución General N° 50 de la C.N.V., que incluye tres definiciones ó conceptos, no alude a éstos que nos ocupan (art.1). Tampoco tratan sobre el particular las Instrucciones para la aplicación del art. 261 L.S., emanadas de la Sub-Inspección General Contable de la entonces Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación.

Hemos encontrado si la reflexión de Raimondi de que "no existe mínimo de tiempo ni de importancia (ni podría haberlo) para tales comisiones ó funciones" (17). Y la de Zammenfeld, que alude al carácter "permanente ó no", del "ejercicio de funciones técnico-administrativas ó comisiones especiales" con la interesante nota de que tras la ley 20468, es posible que todos los directores ejerzan tales comisiones ó funciones, lo que no posibilitaba el texto anterior del art. 261 (18)

Podríase entonces -en lo que hace a "comisiones", retener el concepto evidentemente amplio de los diccionarios: "encargue que una persona da a otra para que haga alguna cosa".

### III. 2.3. Compatibilidad ó no, entre las funciones de consejero, y el ejercicio de comisiones especiales ó funciones técnico-administrativa.

A) Incompatibilidades expresas: El art. 286 de la L.S. sobre inhabilidades e incompatibilidades de los síndicos -aplicable a los consejeros por vía del art. 280- dispone que no pueden ser síndicos: "Inc. 2. los gerentes y empleados -de la misma sociedad".

No está pues permitido al síndico, ni tampoco al consejero, el simultá

neo desempeño en la misma sociedad, de una gerencia ó de un empleo, sin olvidar aquello de que el gerente es el más alto de los empleados.

La naturaleza de estas notas no consiente detenerse en la expresión "empleado", del art. 286 L.S.; que hoy requeriría tener presente los criterios de la ley de contrato de trabajo, con sus distingos entre contrato de trabajo y relación de trabajo (art. 21); sin dejar a su vez de tratar de establecer si el legislador societario ha atendido ó no, y cómo en su caso, a la existencia de relación de dependencia.

De todos modos -y en el criterio ya anticipado (III.2)- la cuestión no tiene proyección práctica. Porque se propugna la incompatibilidad de la función de consejero, con todo otro cometido simultáneo en la misma sociedad, permanente o no, y exista o no la relación de empleo a que alude el art. 286, u otra. Cabe sí agregar, pero sólo dejando anotado el asunto, para una eventual reforma de la L.S.: darle una mayor precisión al Inc. 2 del art. 286; como ya ha sido propiciado por Highton, con citas de Bomchil y de Malagarriga y Aztiria, tomadas de Odrizola (19).

B) Incompatibilidades implícitas. Estas incompatibilidades son admitidas por nuestro ordenamiento, conforme se ha sostenido y probado.

La actividad vedada a la persona, en el ámbito del derecho privado, explica Suárez Anzorena, "resulta no sólo de la norma prohibitiva sino que también puede ser inferida de la interpretación del ordenamiento. Obien provenir de la aplicación que respecto de supuestos específicos se haga de los conceptos de orden público, moral y buenas costumbres..." (20)

Desarrollando Suárez Anzorena el fundamento legal de las incompatibilidades del síndico, en el régimen del Código de Comercio- y tras señalar el "indispensable, permanente y continuado contralor de legitimidad de la actividad societaria en general y de la directorial en particular", se pregunta "qué duda cabe que la independencia entre fiscalizados y fiscalizador es, como en toda otra función de contralor, presupuesto elemental y necesario para el ejercicio de la misma" (21)

No cabe tampoco duda-después de la reseña que se ha intentado más arriba sobre la función del C.V.- que las precedentes reflexiones sobre el síndico, y las que pueden además leerse in extenso en el meduloso estudio de Suárez Anzorena, son plenamente aplicables a los integrantes del C.V., por lo menos en lo substancial.

III.2.4. Conclusión. El consejero no puede ejrcer en la misma sociedad y simultáneamente, ningún otro cometido, porque ello afectaría el principio de independencia de su actuación.

Acaso alguien observase que podría no suscitarse incompatibilidad, si la comisión especial o la función técnico administrativa, fuesen ejercidas en modo tal que no implicasen la relación de empleo que fulmina el art. 286 L.S. (por vía de la remisión del art. 280); y siempre que, además, no resultase afectada la independencia del consejero. Creo que en esto último es donde la observación pierde toda fuerza. Porque la afectación a la independencia, potencialmente se dá con cualquier cometido que se encomiende al consejero, distinto del asignado por la asamblea; aunque más no fuese que por la decisiva y objetiva

circunstancia de que quien en último término estaría disponiendo o consintiendo directa o indirectamente ese otro cometido, es el mismo directorio al que el con-  
sejero debe fiscalizar. Si en los hechos se diese el caso de un cometido simultá-  
neo al propio de consejero, que se entendiese no afectante de su independencia,  
pienso que más vale el sacrificio en ese caso o casos particulares, en aras del  
bienestar general, que indudablemente está en que la función no sólo sea inmacula-  
damente independiente, sino que además lo parezca. Otro criterio implicaría dejar  
abierta una brecha fatal para la independencia del Consejero.

En consecuencia -y según paso a complementar- no puede operar para los  
consejeros, la segunda de las condiciones requeridas para exceder los topes, (se-  
ñaladas en III.1).

#### IV. INTERPRETACION DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 261

I.V.1. Necesidad de una interpretación armónica. Ante la incompatibilidad sosteni-  
da entre la función de consejero y el simultáneo ejercicio de funciones técnico-  
administrativas o de comisiones especiales en la misma sociedad: Cómo coordinar  
el principio sentado más arriba -pueden excederse los topes en el caso de conseje-  
ro (II.2) - con la condición de "ejercicio de comisiones especiales o funciones  
técnico-administrativas", que no pueden ser ejercidas por los tales consejeros?.

III.4. Interpretación que se sostiene. Se impone una interpretación armónica, que  
deje a salvo el principio sentado, y de modo tal que la posibilidad de excedencia  
de los topes, también para retribuir a los consejeros, no resulte retaceada y me-  
nos aún, negada.

Ello así por cuanto:

1. Debe desecharse que la ley 19550, que entre sus conocidas calidades  
tiene la de haber sido muy cuidadosa de la técnica legislativa, suprime a través  
de la condición comentada, y respecto de los consejeros, la posibilidad de exce-  
der los topes, que sin embargo ha dispuesto también en relación a los mismos.

2. El modo de remisión que sigue al art. 280 respecto del art. 261 -por  
director se entenderá consejero-, impone aplicar a los consejeros, sólo aquello -  
que resulte propio de la naturaleza de sus funciones. Y como no se compadece con  
estas, como quedó dicho, el ejercicio de comisiones especiales o de funciones téc-  
nico-administrativas en la misma sociedad, debe concluirse que ese recaudo no pue-  
de regir para los consejeros. Otra interpretación comportaría requerir respecto  
de los consejeros, para posibilitar la excedencia de los topes, algo que no po-  
drían cumplir, por incompatibilidad; o si no, deja negada una posibilidad que ha  
abierto la misma ley.

3. La interpretación que se propugna señalaría por otra parte la coheren-  
cia de la L.S., si se compara tal interpretación, con lo dispuesto sobre retribu-  
ción de la sindicatura. Tanto ésta como el C.V. son órganos de fiscalización in-  
terna, por lo que no sería equitativo que la ley regulase la retribución de ambos  
órganos en forma tan dispar. Bien es cierto que la interpretación que se sustenta,  
sujeta de todos modos la retribución del C.V. a criterio distinto al que rige pa-  
ra la sindicatura (art. 292, L.S.). Pero se dejaría confirmada la posibilidad res-  
pecto de los consejeros, de excederse los topes, en ejercicios sin ganancias o  
con ganancias reducidas, que es el principio que se debe mantener.

V. CONCLUSIONES

1. Debe estimarse no operante respecto de los miembros del Consejo de Vigilancia, la condición de "ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas", incluida en el último párrafo del Art. 261 de la L.S. Observadas las demás condiciones de éste, la Asamblea podrá aprobar la excedencia de los topes de dicho artículo.

2. En una futura reforma de la L.S. se sugiere:

- A) Excluir del art. 261 el tema honorarios del Consejo de Vigilancia, con base en que las funciones de ese cuerpo son prioritariamente de fiscalización interna;
- B) Establecer, además, para los consejeros, en materia de honorarios, i gual norma que la hoy vigente para los síndicos, art. 292 de la L.S.

NOTAS

(1) " Todavía es imprecisa la fórmula legal que autoriza superar el límite del art. 261, cuando "el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas así lo impongan" (Ana María M. de Aguinis "Reflexiones sobre la retribución que corresponde a cada director", Rev. Derecho Comercial y de las obligaciones, 1981, pág. 492). Atender, además, a casos como éstos: A) Interpretación de la expresión "frente a lo reducido o inexistencia de ganancias", voto del Dr. Edgardo M. Alberti, en "Vaccari de Gilbert c/ Gilbert S.A. y otros", La Ley, 1981, C, 315/319, y Resolución General C.N.V. N°50, art. 1. B) Interpretación de la expresión "proporcionalmente", según la Resolución 50, C.N.V., y estudio de Rafael E. Lobos, "Limitación de la remuneración al directorio en función de la distribución de dividendos", Derecho Empresario, T.V., p. 395. C) Intervención de oficio de la autoridad de contralor en relación al Art. 261: criterio del Dr. Raúl Etcheverry, en caso "Sporetti, Nazareno c/F. Gónzales e Hijos S.A., s/ impugnación de decisión asambliaria", C.N. Com. 5.10.79, en Derecho Empresario T VII, p. 375; y criterios seguidos por la C.N.V. reproducidos en "Transparencia" N° 3, pág. 100/101. Etc.

(2) Ultimo párrafo del art. 281 L.S.: "Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas por parte de uno o más directores frente a lo reducido o inexistencia de ganancias imponga la necesidad de exeder los límites prefijados, sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto de berá incluirse el asunto como uno de los puntos del Orden del Día".

(3) CASTRO, Arturo, "Régimen legal de remuneraciones al Directorio", N° 15, de la Revista de la Comisión Nacional de Valores, pág. 57. MENEGAZZO CANE, Miguel, "Retribución a los Directores de Sociedades Anónimas", El Derecho, Tomo 62, pág. 655.

- (4) FARGOSI, Horacio P. Consideraciones sobre el directorio en la ley de sociedades comerciales, La Ley, Tomo 148, pág. 912. Cabría tener presente el antecedente que comportó el art. 2, inciso 22 de la ley 11388, sobre cooperativas.
- (5) ARECHA, Martín y GARCIA, CUERVA, Héctor, Sociedades Comerciales, Buenos Aires 1973, pág. 234. CARDENAS, Emilio J., las retribuciones de los directores de las Sociedades Anónimas, Derecho Empresario, T. IV, pág. 4. FARINA, Juan M., Tratado de Sociedades Comerciales, Rosario, Parte especial, II. B, 1979, pág. 379/380. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1974, pág. 412. MASCHERONI, Fernando, Manual de Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1973, pág. 198. MENEGAZZO CANE, Miguel, oc. cit., pág. 668. SASOT BETES, Miguel y SASOT, Miguel, Sociedades Anónimas. Las asambleas Bs. As. 1978. pág. 425. ZAMMENFELD, Víctor, Remuneración de los administradores de las sociedades por acciones, La Información. T. XXX, pág. 1534.
- (6) C.N. Comercial de La Capital, Sala A, 20/2/1980, "PREINL BOGUSLAV E. c/Manufactura Argentina de Porcelana, S.A. y otros", El Derecho, T. 87, p. 510 Sala A, -- 12/12/81, "Zubía c/Ferjagra, S.A.", El Derecho, T. 97, pág. 221. Sala B, 31/3/82, "Dykowski José c/Schulman Hnos., S.A.", El Derecho, N° 5543, 13/8/82.
- (7) ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, R.M. RAGAZZI G., y ROVIRA? A.L. Cuadernos de Derecho Societario, Buenos Aires, 1976, T. II. 2a. Parte, pág. 605 y 611.
- (8) OTAEGUI, Julio C., Administración Societaria, Buenos Aires, 1979, pág. 304/5.
- (9) MASCHERONI, Fernando, loc. cit., pág. 253
- (10) FARINA Juan M., loc. cit., pág. 449.
- (11) BAUDIZZONE, Luis M. y Winikzky, I., El Consejo de Vigilancia, en R.D.C. y O, Bs. As. 1975, pág. 448.
- (12) HALPERIN, Isaac, loc. cit., pág. 546
- (13) FARGOSI, Horacio P., Consideraciones ..., La Ley, T. 148, pág. 912.
- (14) RICHARD, Efrain, Escuti, I., y ROMERO, J.F. Manual de Derecho Societario, Bs. As., 1980, pág. 305.
- (15) LISDERO, Alfredo, El consejo de vigilancia en las sociedades anónimas, Información Empresaria, Dic. 1973, pág. 4 y 5.
- (16) ZALDIVAR, Loc. cit., pág. 611, expresa que la "obligación básica" del C.V. es fiscalizar la gestión de Directorio. MASCHERONI, loc. cit., pág 246. FERRO, Héctor R., Consejo de Vigilancia y Sindicatura, Fiscalización de mérito y/o legalidad. El Derecho, Tomo 94, pág. 634.
- (17) RAIMONDI, Representación y administración de sociedades, Rev. Administración de Empresas, Agosto 1972, pág. 445.
- (18) ZAMMENFELD, Víctor, loc. cit., pág. 1534.
- (19) HIGHTON, Federico, Insuficiente regulación de las incompatibilidades del Sín

dico, La Ley, 5/5/81.

(20) SUAREZ ANZORENA, Carlos Las incompatibilidades del Síndico y la función sindical, R.D.C.y O., 1968, pág. 457/8.

(21) SUAREZ ANZORENA, loc. cit., pág. 475.

==