

**LA SUSPENSIÓN PROVISORIA DE
LA DECISIÓN ASAMBLEARIA POR
VIOLACION AL RÉGIMEN ESTABLECIDO
POR EL ARTICULO 261 DE LA LEY
DE SOCIEDADES**

ALEJANDRA BOUZIGUES
EUGENIA CYNGISER
RICARDO LUIS TEDESCO
TOMÁS ARECHA

RESUMEN

La mera violación al régimen establecido por el artículo 261 de la Ley 19.550 constituye en sí mismo motivo grave, encontrándose, cumplido el recaudo establecido por el artículo 252 de la ley citada para decretar la suspensión provisoria de una decisión asamblearia, pues dicha violación afecta no sólo los intereses sociales sino también el derecho al dividendo que la ley de sociedades expresamente otorga a todo accionista con carácter inderogable e inalienable.

I. PONENCIA

La aprobación asamblearia de las remuneraciones de los Directores en exceso al artículo 261 de la Ley 19.550, sin la debida acreditación del desempeño de tareas técnicas administrativas, configura por sí solo el recaudo de “motivo grave” que la Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 252 establece como necesario para suspender provisoriamente la ejecución de una decisión asamblearia.

II. LA NORMA APLICABLE

El último párrafo del artículo 261 de la ley 19.550 habilita a exceder el límite impuesto por dicha norma en su párrafo anterior, esto es, que la asamblea de accionistas resuelva abonar en concepto de remuneraciones de los directores más del 25% de las utilidades que arroja el ejercicio en cuestión.

Pues bien, esta excepción, la cual consideramos que corresponde ser aplicada con carácter restrictivo, exige que los administradores realicen determinadas funciones técnico administrativas que deben ser detalladas a los accionistas en el seno de la asamblea a los fines de que se resuelva la aplicación de la misma. En ese sentido ha resuelto la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal¹ que *“El pago de las remuneraciones a los directores de la sociedad anónima en exceso a los porcentuales previstos en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, por el desempeño de funciones técnico administrativas, exige que en el acta de las deliberaciones y votaciones de la asamblea conste una referencia detallada de dichas funciones, o cuando menos, una explicación que pueda ser verificada mediante su consignación en concreto...”*

Por su parte, el artículo 252 de la Ley 19.550 prevé, como medida cautelar, la suspensión provisoria de la ejecución de decisiones asamblearias siempre y cuando se cumplan determinados recaudos, estos son: 1) que sea pedido por la parte impugnante; 2) que exista

¹ CNCom, Sala E, 11/10/96, en autos “Gristein, Saul c/ Biotenk S.A.”, LL 11/8/97, fallo 95.756.

motivo grave; 3) que no cause perjuicio a terceros, y 4) que se otorgue garantía suficiente.

En consecuencia, ante la existencia de una decisión asamblearia que resolviera abonar honorarios en exceso a lo dispuesto por el artículo 261 de la Ley de Sociedades comerciales y sin siquiera acreditar el desempeño efectivo de funciones técnico administrativas por los Directores, nos preguntamos si ello constituye motivación grave que afecta los intereses sociales y los derechos de los socios, para que proceda la medida cautelar señalada.

III. UN PRECEDENTE INNOVADOR

Sobre esta cuestión, recientemente se ha dictado un fallo sumamente innovador, el cual consideramos interesante comentar en esta ponencia pues parecería vislumbrarse un cambio jurisprudencial en materia de suspensión provisoria de ejecuciones asamblearias.

Nos referimos a los autos caratulados “*RAJU MOTI ADVANI C/ GLOBAL VENDING SA S/ MEDIDA PRECAUTORIA*” en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal, Número 23 Secretaría Número 45, donde el accionista Rajú Moti Advani promovió acción de impugnación de las decisiones asamblearias adoptadas en la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de la sociedad Global Vending S.A. celebrada el día 22 de diciembre del 2003 en virtud de considerar que las mismas adolecían de vicios entre los cuales destacamos la aprobación de los honorarios del Directorio en exceso al régimen prescripto por el artículo 261 de la Ley de Sociedades, aún arrojando pérdidas el ejercicio y sin probar que dichos Directores hubieran desempeñado funciones técnico administrativas. Asimismo, solicitó como medida cautelar la suspensión provisoria de dichas decisiones, medida que fuera resuelta favorablemente.

La Sentenciante fundó la aludida conclusión en que del acta de asamblea acompañada no surge que se encontraba configurada la hipótesis prevista en el artículo 261 último párrafo, pues “*si bien la citada norma permite que el órgano de gobierno social determine la remuneración del directorio, contiene también una disposición que no*

aparece mencionada en la referida acta, refiriéndose a la necesidad de que dichas retribuciones no excedan el 25% de las utilidades... y que la absoluta omisión acerca de estos, es fundamento suficiente para adoptar la medida que se pide”.

Consideramos como doctrina destacable del fallo comentado que la mera violación al régimen establecido por el artículo 261 de la ley 19.550, habilita la suspensión provisoria de la ejecución de las decisiones así adoptadas.

IV. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Pues bien, mucho se ha dicho y escrito sobre la problemática de las remuneraciones de los Directores de las sociedades anónimas. En un fallo resonante y ejemplar, la Sala B de la Cámara Nacional de lo Comercial de la Capital Federal sostuvo que *“los honorarios no son la contrapartida de la función cumplida, sino el resultado de su gestión”*.²

En el comentario al fallo citado precedentemente el Dr. Ricardo Augusto Nissen sostuvo que: *“...Si el ejercicio de la sociedad arroja pérdidas o quebrantos, los directores nada cobran, por cuanto la ley estima que su gestión no ha sido exitosa, y en consecuencia si los accionistas en ese ejercicio no perciben un solo peso en concepto de dividendos, justo es también que los administradores nada cobren. Tales son los principio que gobiernan el régimen de remuneración de los directores, y tal fue la filosofía de los legisladores de la ley 19.550...”*.

En el mismo sentido, ha resuelto la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal, en los autos “Oswald Victoria Mañá c/Lalor S.A. y otros sobre sumario” de fecha 13 de Septiembre de 1997 que *“ Si el resultado del ejercicio arrojó pérdidas y no existe una prueba contundente respecto de la importancia o especialidad de las labores cumplidas por los directores, resulta forzoso concluir que no se reúnen los recaudos que la normativa societaria exige para*

² CNCom, Sala B, 7/7/95, en autos “Riviere de Petrianera, Lidia, c/ Riviere e Hijos SA”, LL, t. 1997-A, p. 134, con nota de Ricardo Augusto Nissen.

reconocer a los directores el derecho a la percepción de una retribución debiendo en consecuencia aquellos reintegrar a la sociedad el total de las remuneraciones percibidas por el mencionado ejercicio”.

Por su parte, en el caso de las remuneraciones en exceso al límite previsto por el artículo 261 de la ley 19.550, en el supuesto que los directores desempeñen comisiones especiales o funciones técnicas administrativas, el maestro Isaac Halperin sostiene que *“la ley remedia la insuficiencia eventual de la remuneración cuando el director desempeñe comisiones especiales o funciones técnicas administrativas, con la facultad dada a la asamblea- sólo para este caso- de exceder el límite si el punto se prevé expresamente en el orden del día (art. 246). Sólo para este caso, porque de lo contrario la mayoría podría dejar sin efecto todas las limitaciones del art. 261, lo que será contrario no sólo al lenguaje imperativo empleado por la ley, sino también a los fines perseguidos con sus disposiciones y, por ende, a la función de las normas allí previstas”*.³

No caben dudas, que la norma citada, como se ha sido dicho reiteradamente tiende a custodiar a los accionistas frente a los abusos de los directores (CNCom, Sala A, Octubre 5 de 1979, en autos “Sporetta Nazareno contra F. González e Hijos Comercial e Industrial SA), y sólo admite la superación del límite previsto por el artículo 261 de la ley 19550 cuando los directores beneficiarios de la excesiva remuneración desempeñan funciones técnico administrativas de carácter no permanente, como lo ha resuelto la jurisprudencia de nuestros Tribunales Mercantiles (CNCom, Sala B, Julio 7 de 1995, en autos “Riviere de Pietranera Lidia contra Riviere e Hijos SA”; ídem, Sala E, Septiembre 2 de 1998, en autos “Ramos Mabel contra Editorial Atlántida SA sobre medidas preliminares”).

Pero, lamentablemente poco o nada se ha dicho en torno a que la violación al régimen establecido por el artículo 261 de la Ley 19.550 habilita el decreto de la medida cautelar dispuesta por el artículo 252 del mencionado cuerpo normativo.

³ Halperin, Isaac y otro “Sociedades Anónimas”, Segunda Edición, Editorial Depalma.

V. OPINION DE LOS AUTORES

El régimen establecido por el artículo 261 de la Ley 19.550 intenta proteger el derecho al dividendo de los accionistas, siendo ello incuestionable pues no debemos olvidar que el fin de la constitución de toda sociedad es obtener utilidades.

Si una decisión asamblearia viola dicho régimen no corresponde esperar al dictado de la sentencia definitiva que declare nula a la misma, por las siguientes razones, todas ellas consideradas **“motivación grave suficiente”** para el dictado de la medida cautelar prevista en el artículo 252 de la Ley 19.550:

- 1) Existió una violación a la ley (artículo 261 de la ley 19.550) y ello implica en sí daño real y concreto.
- 2) Dicha violación por sí afecta los intereses sociales y el derecho al dividendo de los accionistas.
- 3) Dicha decisión es ejecutoria desde el mismo momento en que se ha decidido la retribución, es decir, los Directores se encuentran en condiciones de retirar los fondos en concepto de honorarios desde el mismo día en que son aprobados.
- 4) La futura sentencia favorable podría tornarse ilusoria.
- 5) No causa perjuicios a terceros.
- 6) En cierta manera favorece las inversiones, pues el respeto a la ley trae aparejada seguridad jurídica.

Como ya comentamos, existen lamentablemente muy pocos precedentes- por lo menos en el fuero de la Capital Federal- que resuelvan esta cuestión en el marco de un proceso cautelar. No puede perderse de vista la importancia de la cuestión planteada, pues considerar insusceptibles de suspensión las decisiones adoptadas en violación al artículo 261 de la Ley 19.550 sólo puede traer aparejada la falta jurisdiccional de protección a los derechos inderogables de los accionistas.

Por ello entendemos que la resolución comentada resulta ser un importante avance de la justicia en favor de los intereses de la sociedad y de los accionistas, los cuales podrían verse frustrados si se espera el dictado de la sentencia definitiva, asegurando -de esa manera- el futuro cumplimiento de una eventual sentencia favorable.

En concordancia a esta postura, resulta oportuno destacar lo resuelto en un reciente fallo dictado por la Sala B, de la Cámara Comercial de la Capital Federal con fecha 16 de diciembre del 2003, en los autos “Thorp, Mario y otros c/ Edificadora MB S.A. s/ medida precautoria” en el cual se sostuvo *“que el irregular desarrollo de los actos previos a su celebración (Asamblea) constituye en sí misma motivación grave que afecta directamente los intereses de la sociedad, con lo que el recaudo establecido por el artículo 252 de la ley 19.550 se encuentra cumplido.”*

De lo expuesto, concluimos que la suspensión provisoria, en los términos del artículo 252 de la ley de sociedades, de una decisión asamblearia adoptada en violación al régimen estipulado por el artículo 261 del mencionado cuerpo legal, es viable y hasta podemos decir que es una conclusión necesaria pues la mera violación a la ley constituye en sí el recaudo de “motivo grave” exigido por la ley. El fallo reseñado, resulta ser un precedente innovador en la materia, por cuanto si bien la jurisprudencia de los tribunales comerciales de la Capital Federal es conteste en cuanto a la declaración de nulidad de las decisiones así adoptadas al dictar sentencia definitiva, no ocurre lo mismo, en forma frecuente, en el ámbito de una medida cautelar.