

La impugnabilidad de los anticipos de honorarios

Gonzalo Luis Anaya

Sumario

El anticipo o adelanto de honorarios constituye una práctica usual cuya licitud se encuentra reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. No obstante ello, dicha práctica debe ser ejercida de manera razonable y teniendo en especial consideración la situación económico financiera de la sociedad. La decisión de autorizar anticipo de honorarios es impugnabile y debería ser cautelarmente suspendida cuando la sociedad no se encuentra en condiciones económicas de efectuar adelantos y/o cuando resulta previsible que los mismos resultarán al cierre del ejercicio en violación del límite dispuesto por el art. 261.

I. Introducción

En nuestro medio, donde proliferan las sociedades denominadas como cerradas o de familia, la remuneración del directorio constituye una de las principales fuentes de conflicto en las sociedades anónimas cuando las decisiones ya no se adoptan de manera unánime y el directorio no se encuentra integrado por todos los accionistas¹²⁴.

Desatado el conflicto, los accionistas minoritarios que no integran el directorio suelen impugnar la remuneración de los directores cuando ésta excede los límites del art. 261 en el entendimiento de que no es otra cosa que el pago de dividendos encubiertos de los que ellos han sido excluidos. Ello,

¹²⁴ Si bien este es el supuesto más usual, la remuneración del directorio también constituye fuente de conflicto cuando todos los accionistas integran el directorio pero el monto autorizado varía respecto de cada director, cuando no hay consenso respecto de los mismos por la delicada situación financiera de la sociedad, etc.

a pesar de que probablemente se trataba hasta ese entonces de una práctica usual de la sociedad consentida incluso por ellos mismos¹²⁵.

Ahora bien, el accionista minoritario disconforme con la remuneración del directorio por considerarla excesiva e ilícita, se suele hallar frente a la dificultad de que, de impugnarla, tiene que esperar numerosos años para obtener sentencia firme y que, en el ínterin, generalmente, nada puede hacer.

Ello por cuanto, la justicia no suele hacer lugar a la suspensión cautelar de la decisión cuando los honorarios fueron abonados a lo largo del ejercicio por la prestación de tareas técnico administrativas o en virtud de la relación de dependencia o bien, de no ser tal el escenario, suele supeditar la entrada en vigencia de la medida a que la propia sociedad demandada manifieste que los mismos aún no han sido abonados en el plazo transcurrido desde la asamblea hasta la notificación de la resolución cautelar¹²⁶.

Las dificultades expuestas precedentemente son harto conocidas por quienes se dedican a esta apasionante rama del derecho. Sin embargo, hay un escenario tan frecuente como complejo en lo que respecta a la remuneración del directorio que, a mi humilde criterio, ha sido poco desarrollado por la doctrina y escasamente resuelto por la jurisprudencia: la razonabilidad que deben revestir de los anticipos o adelantos de honorarios.

II. Los anticipos o adelantos de honorarios

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en cuanto a que el anticipo o adelanto de honorarios constituye una práctica usual en las sociedades anónimas. Esta práctica parecería responder a una cuestión por demás entendible: como es la asamblea anual la que determina los honorarios del directorio, de no autorizarse anticipos, los directores trabajarían todo el año sin recibir contraprestación alguna.

¹²⁵ Con acertado criterio la jurisprudencia ha establecido que el hecho de que en períodos anteriores se haya autorizado el pago de honorarios en violación de La Ley no resulta condicionante para que cualquiera de los accionistas pueda luego comenzar a exigir el cumplimiento de la normativa (CNCom, Sala E, 10/02/14, "Chmielweski, Beatriz Jaquelina y otros c/ Sacheco S.A. s/ medida precautoria").

¹²⁶ En el primer caso, donde los honorarios ya fueron percibidos, luce más razonable el rechazo de suspensión cautelar con base en que la decisión ya se encontraría ejecutada. Sin embargo, el segundo escenario resulta extremo y poco coherente en tanto deja la entrada en vigencia de la cautelar en manos de los artífices y beneficiarios de la ilícita remuneración (incluso, muy probablemente co-demandados a los efectos de que luego la sentencia les resulte oponible).

Conforme ha señalado la Dra. Tevez en su voto en disidencia en “*De All, Jorge Emilio c/ Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/ Ordinario s/ Incidente art. 250*” el pasado 24 de septiembre de 2015, parece poco probable que un ente “*pueda ser conducido sin la expectativa de la obtención de una retribución no sólo adecuada sin también oportuna*”.

Además, no se advierte mayor impedimento para adoptar esta conveniente práctica en tanto, tal como establece la jurisprudencia que se ha expedido respecto de la licitud de los anticipos de honorarios, “*no cabe interpretar que el pretendido impedimento se encuentra, implícitamente, contenido en el art. 261, pues cuándo el legislador ha querido establecer una prohibición -por caso la de distribuir dividendos anticipados- lo ha dicho en forma expresa (art. 224, segundo párrafo, de La Ley 19.550)*”¹²⁷.

La combinación de las circunstancias destacadas precedentemente ha dado lugar al desarrollo de esta práctica y ello ha derivado en que la doctrina y la jurisprudencia se expidan respecto de la naturaleza provisoria del anticipo y, asimismo, refieran a la circunstancia que se configura cuando el adelanto resulta mayor que la regulación de honorarios definitiva fijada por la asamblea anual, una vez aprobado el balance.

Así ha establecido la jurisprudencia que “*el honorario anticipado no es definitivo, pues la remuneración definitiva será determinada usualmente por la asamblea; de tal modo, si el monto definitivo fuere menor que el adelantado, quien recibió el anticipo quedará constituido en deudor de la sociedad... en esa hipótesis, quien recibió el anticipo deberá restituir el monto en más cobrado por sobre el determinado*” (CNCom, Sala A, 12/11/01, “*Banco Extrader S.A. c/ Sosa, Carlos María s/ Ordinario*”).

En igual sentido se ha orientado la doctrina al señalar que “*los directores sí pueden, en cambio, recibir adelantos a cuenta de honorarios por el ejercicio de la función o funciones que desempeñan, pero, en tal caso, será siempre atribución de la asamblea ordinaria fijar definitivamente aquellos, y si resultan inferiores al monto anticipado, se constituyen en deudores de la sociedad por el excedente, que deberán restituir*”¹²⁸.

Debo destacar especialmente que el carácter provisorio de los anticipos resulta inevitable “*hasta tanto se conozca el resultado del ejercicio en curso, y pueda compararse aquella remuneración con este resultado y, así, valorarse la legitimidad de la remuneración con arreglo a las pautas de la LS 261; otro criterio supondría desvincular la remuneración del resultado de la ex-*

¹²⁷ CNCom, Sala E, 02/09/98, “*Ramos, Mabel c/ Editorial Atlántida*”, La Ley 2000-B, 850

¹²⁸ VERÓN, Víctor, *Sociedades Comerciales*, Astrea 1987, t. IV, p. 154.

plotación de la empresa” (CNCom, Sala D, 20/11/00, “*Dristel SA c/ Nougues Hnos S.A. y otros s/ Sumario*”. En igual sentido: CNCom, Sala B, 21/08/2009, “*Nahuelsat SA en liquidación c/ Torres SaueI Alfredo s/ Ordinario s/ incidente de apelación*”.

III. La impugnabilidad de los anticipos de honorarios

Si bien resulta indiscutible que los anticipos o adelantos de honorarios son provisorios hasta tanto sean confirmados por la asamblea anual que apruebe el balance que permitirá determinar si los mismos se ajustan o no a las exigencias del art. 261, lo cierto es que dicha premisa ha sido erróneamente aplicada por la justicia al resolver medidas cautelares tendientes a obtener la suspensión cautelar de la decisión asamblearia que autorizó el anticipo o adelanto de honorarios.

La escasísima jurisprudencia existente en la materia ha rechazado ese tipo de medidas en el entendimiento de que, como aún no existe balance, no se puede determinar la ilicitud de los anticipos¹²⁹. Incluso, ha dispuesto con un criterio sumamente simplista que, eventualmente, de finalmente resultar los anticipos en violación del art. 261 LGS, los directores se constituirán en deudores de la sociedad¹³⁰.

Pues bien, el hecho de que sólo una vez que se aprobó el balance que determinó las ganancias del ejercicio se puede tener certeza de que los anticipos o adelantos de honorarios cobrados resultaron en violación del límite del art. 261 LGS, no resulte *per se* suficiente para rechazar una medida cautelar tendiente a obtener la suspensión cautelar de la decisión asamblearia que los autorizó.

Contrariamente a lo sostenido por el Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 10 de la Capital Federal, lejos de “*aparecer cuanto menos discutible para fundar el pedido cautelar, el considerar como parámetro del supuesto exceso de las sumas fijadas como adelantos de honorarios, el balance aprobado respecto de un período anterior*”, el mismo constituye la herramienta por excelencia para analizar la razonabilidad y licitud de la decisión social que los autorizó¹³¹.

¹²⁹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10, 15/10/14, “*De All, Jorge Emilio y otros c/ Sanatorio Otamendí y Miroli S.A. s/ Medida Precautoria*”.

¹³⁰ CNCom, Sala E, 02/09/98, “*Ramos, Mabel c/ Editorial Atlántida*”, La Ley 2000-B, 850.

¹³¹ Criterio que parecería haber sido adoptado por el confuso pero finalmente acertado fallo dictado por la Sala B el 24 de septiembre de 2015 en los autos en “*De All,*

En efecto, de coincidir con Otaegui en cuanto que, en realidad, “*los retiros a cuenta de honorarios no son adelantos de honorarios sino mutuos a imputar a honorarios*”¹³², es decir, un préstamo, nada luce más razonable que analizar si la sociedad está realmente en condiciones económicas de efectuar dicho préstamo gratuito en favor de sus directores apartándose del criterio general establecido en la LGS.

Así, el último balance de la sociedad, o aún mejor, los últimos dos, tres, cuarto o los que resulten suficientes para obtener un acabado panorama de la situación y evolución de la sociedad constituyen la herramienta por excelencia para determinar la licitud de la decisión que los autorizó a la luz del interés de la sociedad de acuerdo a su situación económica. Panorama económico financiero que pueda ser aún mejor conocido de considerarse el contenido de la memoria en tanto, no sólo constituye “*una información completa y cabal del estado de situación patrimonial y de los resultados obtenidos durante el período en examen*”¹³³ sino que, incluso, de acuerdo con su inc. 5° debe expresamente informar sobre “*estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones*”.

De esta manera, si se advierte una contracción de la actividad de la sociedad en los últimos ejercicios y/o los anticipos de honorarios de algunos o de todos los directores de por sí representan un porcentaje relevante de las ganancias que arrojó el último balance de la sociedad y/o si, además, es una práctica usual de la sociedad destinar un porcentaje relevante de las ganancias a reservas facultativas (lo que disminuirá el tope del 25%) y/o si a todo ello se suma que varios o ninguno de los directores presta tareas técnico administrativas que permitan luego autorizar exceder el tope fijado por La Ley; parece lo más razonable hacer lugar a la petición cautelar y suspender la decisión que autorizó el anticipo o adelanto de honorarios¹³⁴.

Jorge Emilio c/ Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/ Ordinario s/ Incidente art. 250” mediante el cual se revocó el mencionado fallo de primera instancia.

132 OTAEGUI, Julio C., "Algunas cuestiones sobre la retribución de los directores" ED, 181-122

133 LOSICER, Jorge A., "La memoria de ejercicio: un elemento sustancial de los estados contables", ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario")

134 De la lectura fallo del Juzgado N° 10 de Primera Instancia citado se desprende la configuración de varios de los referidos parámetros que tornan incomprensible el criterio adoptado. En efecto, los adelantos de honorarios representarían el 40% de las ganancias del ejercicio, la sociedad habría destinado durante todos sus últimos ejercicios la totalidad de sus ganancias a la constitución de reservas y ninguno de los directores prestaría tareas técnico administrativas.

Son numerosas las variables que pueden y deben considerarse y analizarse para determinar la razonabilidad y licitud de la decisión a la luz de la situación económico financiera de la sociedad y, consecuentemente, del interés social e, incluso, en salvaguardia de los derechos de los accionistas minoritarios que no integran el directorio y que, consecuentemente, no tienen acceso a este beneficio¹³⁵.

IV. Conclusión

El criterio propiciado en la presente ponencia no sólo procura tutelar el interés social en tanto el anticipo de honorarios se debe autorizar sólo si la sociedad está en condiciones económicas de apartarse del principio general y abonar a los directores sus honorarios por adelantado, sino que también tiene por objeto poner fin una abusiva y por demás dañosa mecánica.

En efecto, la cuestión no se reduce sólo a los inconvenientes pagos por adelantado que realiza la sociedad cuando no se encuentra en condiciones de hacerlo sino que, en realidad, es mucho más compleja. Ello por cuanto, esos anticipos resultaran en exceso del art. 261 recién al año siguiente con el balance del ejercicio cerrado y, una vez impugnados por alguno de los minoritarios, recién serán devueltos a la sociedad al mediar sentencia firme en 5 o 6 años aproximadamente. Ello, a la vez que esta mecánica probablemente se reitera año tras año.

En conclusión, considerar la situación económica financiera de la sociedad para determinar si se ajusta al interés social la decisión de efectuar pagos anticipados en concepto de honorarios no sólo resulta relevante para evitar que la sociedad incurra en préstamos gratuitos que no se encuentra en condiciones de otorgar y/o que luego resulten en violación del límite dispuesto en el art. 261, sino también para poner freno a una mecánica que se suele repetir a lo largo de todos los ejercicios y que, a la larga, deriva en un daño material enorme a la sociedad.

¹³⁵ Cabe agregar que, desatado el conflicto, muchas veces, la remuneración en exceso de los accionistas mayoritarios que integran el directorio suele estar acompañada de una política de ahogamiento financiero a los minoritarios mediante la arbitraria constitución de reservas a fin de no distribuir dividendos (en tanto los mayoritarios obtienen dinero y beneficios de la sociedad por otros medios tales como la remuneración como directores, su sueldo como empleados en relación de dependencia luego de autocontratarse, la utilización de auto de la compañía, notebook, celular, etc.)