

**USO Y ABUSO DEL ARTÍCULO 261 DE LA LEY
DE SOCIEDADES COMERCIALES.
PROPUESTA PARA LA DELIMITACIÓN DE
CIERTOS CONCEPTOS ABIERTOS
DE LA NORMA**

RICARDO MARIANO LUCARELLI MOFFO

SÍNTESIS:

El artículo 261 de la Ley 19.550 plantea algunas lagunas que originan una aplicación de la norma, por parte de los Tribunales, en ocasiones contradictorias, en torno al alcance de la limitación del 25% por todo concepto en las remuneraciones a los Directores y del Consejo de Vigilancia, en su caso, de Sociedades Anónimas por sus funciones técnico-administrativas de carácter permanente; y principalmente respecto de los supuestos en donde es procedente la excepción a ese límite, prevista en el 4º párrafo del mismo artículo.

También es una cuestión a dilucidar la posibilidad de que el director pueda entablar una relación de dependencia con la sociedad, y frente a ello la sujeción de su salario a limitación del art. 261 LSC.

I.- INTRODUCCIÓN

En el art. 1° de la Ley de Sociedades Comerciales, 19.550 (LSC), se establece el principio de que los socios de la sociedad, participan de los beneficios y soportan las pérdidas, que en uno y otro caso la actividad del ente arrojen. Esto es una manifestación del llamado riesgo empresario, considerando que en toda sociedad subyace la idea de empresa.

En el ámbito de las Sociedades Anónimas, el accionista corre así el riesgo que la sociedad no haya obtenido utilidades durante un ejercicio económico determinado y así, no poder acceder a los dividendos derivados de su participación. Este resultado negativo en las ganancias de la sociedad puede tener diversos factores que lo determinaron; en lo que hace al tipo de las Sociedades Anónimas, el directorio es el órgano que ejerce la administración de ella y quien tiene en sus manos la gestión de los negocios societarios. Con ello, la inexistencia de ganancias en una S.A. tiene una vinculación mediata con el rumbo y manejo de aquellos negocios por parte de los integrantes del directorio.

La Ley ha pretendido subordinar a la suerte de este resultado la extensión de las remuneraciones destinadas a los directores. Es decir, si los accionistas no tienen posibilidad alguna de obtener su participación en las ganancias, en razón de la inexistencia de éstas, entonces ese riesgo empresario, aunque de distinta naturaleza pero de una manera análoga, también es compartido por los directores de la sociedad, relacionando así el quantum de las remuneraciones al éxito en la conducción de la empresa¹. Esto significa que sin ganancias en el ejercicio, no hay honorarios para los directores; aún cuando la Asamblea hubiera determinado una remuneración fija, de todas formas opera la limitación.² Este criterio, entre otros, fue el establecido en los autos "Riviere de Pietranera, Lidia c/ Riviere e Hijos S.A." (CNCom., Sala B, julio 7-1995)³ a través del voto de la Dra. Díaz de Cordero.

¹ NISSEN, Ricardo Augusto, *Un fallo ejemplar en materia de remuneración de directores de sociedades anónimas*, en LA LEY 1997-A, 134.

² OTAEGUI, Julio, *Algunas cuestiones sobre la retribución de los directores*, en E.D., 181-122.

³ Publicado en LA LEY 1997-A, 135.

II.- EL RÉGIMEN LEGAL

El art. 261 LSC, establece el régimen legal en materia de remuneraciones de los miembros del Directorio y del Consejo de Vigilancia, en su caso, de Sociedades Anónimas. Si bien la norma prevé dos mecanismos respecto de los honorarios directoriales, es decir, librada a la autonomía estatutaria o en su defecto a la delegación a la Asamblea o Consejo de Vigilancia de la decisión de fijar dichas remuneraciones, opera en ambos supuestos el límite cuantitativo establecido en su párrafo 2°. Establece el referido párrafo que las remuneraciones *en todo concepto*, por las funciones técnico-administrativas de carácter permanente, no podrán exceder del 25% de las ganancias del ejercicio anterior. Acompaña a esta limitación, el párrafo 3°, en el cual se establece que el monto máximo del 25% de las ganancias se reducirá al 5% para los supuestos en que no se distribuyan dividendos entre los accionistas, pudiéndose incrementar proporcionalmente a la efectiva distribución de ganancias.

Con esto último, entendemos que el espíritu de la ley pretende evitar los abusos en donde los accionistas mayoritarios que acceden a los cargos de administración de la sociedad obtienen recursos económicos a través sus honorarios directoriales, y deciden en su calidad de accionistas no distribuir dividendos, dejando desamparados y abstractos los derechos de los socios minoritarios, quienes por su escasa participación no pueden pretender acceder a los puestos de directores.

Así, con relación a las ganancias sobre las cuales se determina el límite del 25%, algunos sostienen que se debe fijar sobre las ganancias netas y líquidas, es decir, deducidos las tributaciones, amortizaciones, reservas y distribuciones. Otros consideran que dicho porcentaje debe ser computado sobre el beneficio total y no el distribuible⁴.

En este sentido, constituye una fuente de interpretación adecuada, a nuestro criterio, lo establecido por el Capítulo III de las Normas de la Comisión Nacional de Valores del 2001,⁵ en el cual en su artículo 2°, y a los efectos de la aplicación del art. 261 LSC, establece los conceptos de utilidad computable, dividendo computable, utilidad reducida y retribución adecuada.

El principio general establecido en el párrafo 2°, encuentra su

⁴ PERCIAVALLE, Marcelo L., *Directores y socios: aspectos remuneratorios y previsionales*, Errepar, Buenos Aires, 1996, página 30.

⁵ Texto conforme a la Resolución General CNV N° 368/2001 del 17/05/2001.

excepción en el mismo artículo, en su párrafo 4°. Este plantea la posibilidad de que las remuneraciones afectadas puedan exceder el porcentaje establecido como principio general, cumpliéndose ciertos requisitos formales y sustanciales. Como requisitos formales, la ley requiere que ese exceso en la limitación sea expresamente tratado por la Asamblea y que el mismo sea uno de los puntos del Orden del Día, además de que debe constar en el Acta (conforme “Grinstein, Saúl c/ Biotenk” - CNCom., Sala E, octubre 11-1996).⁶ Como requisitos sustanciales, son necesarias ganancias reducidas o inexistentes, y la ejecución por parte de uno o más directores de comisiones especiales o funciones técnico-administrativas. La Ley remedia la insuficiencia eventual de la remuneración cuando el director desempeñe comisiones especiales o funciones técnico-administrativas, con la facultad dada a la asamblea —sólo para este caso— a exceder del límite si el punto se prevé expresamente en el orden del día.⁷

Es importante que aclararemos el concepto de ganancias reducidas. Estas abarcan, a nuestro criterio y siguiendo los lineamientos de las Normas CNV 2001, aquella que represente una rentabilidad sobre el patrimonio neto inferior a la normal en la actividad empresarial, considerando el rendimiento promedio de otras variables de inversión de capital existentes en el mercado. La jurisprudencia ha entendido, por su parte que importan aquellos supuestos en donde la inversión de sólo su 25% no bastaría para la contratación de comisiones especiales o tareas técnico-administrativas por parte de los directores; criterio establecido en autos: “Saunier, R.C. La Casa de las Juntas S.A.C.I.” (CNCom., Sala D diciembre 21-1984).⁸

Es el 4° párrafo del art. 261 el que plantea interpretaciones diversas, principalmente por el alcance que debe tener la excepción al límite establecido en el párrafo 2°.

La expresión “funciones técnico-administrativas”, se encuentra inserta tanto en el principio como en la excepción. Claro que en ésta última sin el aditamento “de carácter permanentes”. A través de una interpretación armónica de la norma, podemos deducir fácilmente que la extensión de dicha expresión en el párrafo que permite el exceso al límite hace referencia, por exclusión, a las funciones técnico-administrativas que uno o más directores hubiesen efectuado con ca-

⁶ Publicado en E.D. 174-133

⁷ HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1964, página 412.

⁸ Publicado en LA LEY 1985-C, 90.

rácter *no permanente*. Esta es la tendencia de nuestra jurisprudencia en los fallos más recientes referidos al tema, tales como en los autos: “Olivero de Reina, Lidia E. c/ Olivero S.A. y otros s/ sumerio” (CNCom., Sala D, agosto 12-1994)⁹, “Ramos, Mabel c/ Editorial Atlántida s/ medida preliminares” (CNCom., Sala E, septiembre 2-1998)¹⁰ y “Dristel S.A. c/ Nougues Hnos. S.A. y otros s/ sumario” (CNCom., Sala D, noviembre 20-2000)¹¹. Comparten este criterio, entre otros, Sassot Betes-Sassot¹², Gagliardo¹³ y Nissen¹⁴.

Esta postura, sin embargo, tiene su contraria en algunos fallos y en doctrina. Sostienen que la norma del 2º párrafo hace mención a la retribuciones que por todo concepto puedan percibir los directores, incluyendo las funciones técnico-administrativas explícitamente incluidas y otras más por la que sea remunerado el director, entre ellos a las transitorias.¹⁵ En la jurisprudencia, encontramos este criterio, en los autos: “Zubía, Emeterio c/ Forjagro S.A.” (CNCom., Sala B, octubre 12-1980)¹⁶; “Martín, Luis J. c/ Estudio de Arquitectura Fernández Llanos” (CNCom., Sala B, octubre 3-1984)¹⁷; y autorizada doctrina, tal como Farina¹⁸ o Richard, Escuti y Romero¹⁹, Menagazzo Cané²⁰ entre otros.

La falta de precisión de la expresión “no permanente” inserta en la excepción del art. 261 párrafo 4º LSC, ha permitido reiteradamente el abuso de esta puerta de escape al límite general. De esta manera hacen comprender en los supuestos de este párrafo a las funciones de gestión, funciones que en muchas ocasiones directores, por expresa delegación, efectúan en los términos del art. 270 LSC; pero que no

⁹ PERCIAVALLE, Marcelo L., Ob. Cit., página 105.

¹⁰ Publicado en E.D. 181-121.

¹¹ Publicado en REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO SOCIETARIO N° 5 – Mayo de 2001 – Sección jurisprudencia www.societario.com

¹² SASSOT BETTES, Miguel A.; SASOT, Miguel P., *Sociedades Anónimas – El órgano de administración*, Abaco, Buenos Aires, 1980, página 273.

¹³ GAGLIARDO, Mariano, *Asignación de funciones y retribución de los directores*, en E.D., 174-134.

¹⁴ NISSEN, Ricardo Augusto, Ob. Cit.

¹⁵ OTAEGUI, Julio, Ob. Cit.

¹⁶ Publicado en LA LEY 1982-A., 457

¹⁷ Publicado en E.D. 109-225

¹⁸ FARINA, Juan M., *Tratado de sociedades comerciales*, Parte Especial, Zeus, Rosario, 1979, página 379.

¹⁹ RICHARD, Efraín Hugo; ESCUTI, Ignacio (h); ROMERO, J. L., *Manual de derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1980, página 297.

²⁰ MENAGAZZO CANÉ, Miguel (h), *Retribución a los directores de sociedades anónimas*, en E.D. 62-653.

dejan de conservar el carácter de funciones permanentes y por lo tanto no subsumibles en el párrafo 4°.

Siguiendo este criterio podríamos diferenciar dos categorías de directores, aquellos que ejercen las funciones indelegables a su cargo directorial, y aquellos que además de éstas ejercen funciones de gerente, es decir, de gestión de la actividad empresarial.

Defensores de esta postura, alegan que las funciones de gestión que el director ejerce por delegación del Directorio y con fundamento en razones de especificidad y tecnicismo en el manejo de ciertas cuestiones empresarias, son ajenas a su cargo de director, y por lo tanto su remuneración no estaría sujeta a los límites establecidos por el art. 261 LSC. Se daría en este supuesto una dependencia del director con respecto a la sociedad, con lo cual su remuneración en lo que respecta a sus funciones extradirectorales estaría sujeto a las normas propias del derecho laboral. Queda así planteada otra puerta hacia la interpretación doctrinaria, fuera de los alcances normativos: el director de la sociedad, ¿puede tener relación de dependencia con ésta?

Creemos que esta postura no tiene sustento. Aquel que es director de la sociedad, y que a la vez ejerce funciones gerenciales, no está más que ejecutando funciones que son inherentes al Directorio pero que por expresa autorización del art. 270 LSC pueden ser delegadas a gerentes, directores o no. Si éstos revisten el carácter de director, entonces no podrían abstraerse del régimen legal del art. 261, porque tendrían a su cargo las funciones indelegables de dirección y control de la administración, como así también las delegables funciones de gestión y de ejecución de las decisiones administrativas (propias de los gerentes generales o especiales del art. 270). De esta manera parece prevalecer la calidad de director a la de gerente y por lo tanto sujeto a los límites del art. 261: 2° párrafo. En este sentido, en los autos "Dristel S.A. c/ Nougues Hnos. S.A. y otros s/ sumario", el Tribunal concluyó que ambas categorías quedaban comprendidas en el régimen legal de remuneración de directores, negando la posibilidad que los directores gerentes, dada sus funciones delegables, y que perfectamente podrían ser ejercidas por un dependiente de la sociedad en calidad de gerente, y por lo tanto con derecho a una remuneración no sujeta a los resultados del ejercicio económico, puedan exceder el límite previsto por el art. 261, alegando la ejecución de tareas extradi-

rectoriales.²¹

III.- CONCLUSIONES

En virtud de este panorama y de las evidentes lagunas, que deja abierto hacia la interpretación jurisprudencial contradictoria del artículo 261: 2° y 4° párrafo de la ley de sociedades comerciales, es que efectuamos, a los efectos de que las tendencias de los Tribunales se encamine en un sentido unificado, las siguientes propuestas referidas al tema en estudio:

- Sería conveniente que la excepción contenida en el 4° párrafo del art. 261 LSC, al referirse a las funciones técnico-administrativas, estuviera acompañada por el aditamento "*no permanente*", para despejar todo tipo de dudas en cuanto a la no inclusión en la excepción del supuesto que es regla general de la limitación.
- Sería necesario que la doctrina y jurisprudencia determinen de una manera unificada la naturaleza y alcance de la relación de dependencia que el director de la sociedad puede llegar a tener con ésta. No deberían considerarse como supuestos de vínculos de dependencia las funciones que efectúan los denominados directores gerentes, en ejercicio de gestiones empresariales delegadas en los términos del art. 270 LSC. En este sentido el alcance de la posible dependencia debería estar ligada a funciones que no tengan ningún punto de conexión con las funciones directoriales.
- En el supuesto de que sea procedente la aplicación del 4° párrafo del art. 261 LSC, además de los requisitos ya previstos por la norma, esto es, inclusión de la cuestión como un punto del Orden del Día y el tratamiento por la Asamblea, también importaría una buena práctica la inclusión en el Acta correspondiente de los motivos que determinan la retribución directorial en exceso del principio general del 2° párrafo.

²¹ Del voto del Dr. Cuartero.