

Sociedad Anonima Aumento De Honorarios De Los Directores Nulidad De Decision Asamblearia Medida Cautelar

JURISPRUDENCIA

Sociedad anónima. Aumento de honorarios de los directores. Nulidad

de decisión asamblearia. Medida cautelar Se mantiene la cautelar que ordenó la suspensión de la decisión asamblearia atacada de nulidad, pues la magnitud de los honorarios aprobados, comprensivo tanto de retribuciones fijas, gratificaciones, adelantos a cuenta de honorarios y la situación financiera por la que viene atravesando la sociedad hace algunos años configuran elementos verosímiles respecto a que la asamblea cuestionada habría excedido el límite del art. 261 de la LS.

Buenos Aires, 31 de mayo de 2016. Y VISTOS: 1. Plantean los accionados recurso de nulidad (art. 172 Cpr.) y en subsidio recurso de reposición (art. 198 Cpr), respecto de lo decidido por esta Sala el 24 de septiembre de 2015 (punto 1). Corrido el respectivo traslado es contestado por los actores a fs.921/26. 2.a En forma liminar y para un mejor entendimiento de la cuestión propuesta, se estima pertinente repasar lo sucedido en los presentes actuados. Surge del escrito inicial, que los actores demandan la nulidad de decisiones adoptadas en la Asamblea ordinaria llevada a cabo en segunda convocatoria el día 14 de agosto de 2014. En particular solicitan la nulidad de los puntos 2º; 4º; 5º; 6º y 7º del orden del día de la mentada asamblea. Tocante con ello, solicitaron la suspensión de la ejecución de lo acordado en los puntos 5º y 6º, referidos el primero a la aprobación de otorgar gratificaciones que no se condicen con la situación económica y financiera de la sociedad e incrementan aún más la remuneración del directorio; mientras que el restante obedecería a que se habría aprobado el retiro a cuenta de honorarios de elevadas sumas de dinero en sentido contrario a lo dispuesto por el art. 261 Ley de Sociedades. El tribunal de la anterior instancia hizo lugar a la suspensión de la decisión de otorgar gratificaciones especiales, condicionando sus efectos a que la decisión allí tomada no se encuentre ejecutada, y rechazó la suspensión de retiros a cuenta de honorarios. Finalmente fijó por la medida otorgada una caución de \$ (v. fs. 547/552). La decisión fue apelada por los actores y mereció decisión de ésta Sala el 24 de septiembre de 2015 conforme se desprende de los términos de fs.657/663, donde en el apartado 7 se dispuso: i) ...?disponer la suspensión de la decisión adoptada en el punto 6 Honorarios a cuenta- y ii) desestimar las suspensión cautelar innovativa respecto de las gratificaciones aprobadas en el punto 5) del orden del día de la asamblea celebrada el 4 de agosto de 2015; iii) desestimar el cuestionamiento del monto de la caución real a prestar? (sic). b. Notificada la medida, la decisión de ésta Sala resulta cuestionada por los demandados en los términos que se leen a fs. 904/914. De acuerdo a lo que surge del escrito en análisis, los reparos se centran en que la asamblea del 14 de agosto de 2014 no hizo más que continuar con el temperamento seguido en asambleas pasadas. En particular refirió que los mismos importes de honorarios - a valores constantes- no son diferentes a los aprobados en a lo largo de años y que los beneficiarios son los directores de los tres grupos de accionistas. Dijo que desde hace años cada Asamblea del Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. al tiempo de considerar los ejercicios sociales trató los honorarios del ejercicio concluido, y autorizó al directorio a retirar honorarios a cuenta por el ejercicio iniciado. Destacó en esa línea lo acontecido en distintas asambleas comenzando desde el año 1996, hasta la actualidad- incluso en forma posterior a la asamblea aquí cuestionada. De otro lado, señaló que los actores han cobrado honorarios a cuenta en otras oportunidades y que el supuesto interés contrario de la Dra. Cook representante de Miguens Perez Iturraspe Sociedad de Bolsa SA, Fiduciario del Fideicomiso de Administración de la familia Pavlovsky, ha perdido virtualidad por la convalidación del accionista que posee el 51% del capital social en la asamblea posterior llevada a cabo el 17/12/14. Volvió a referir que la decisión del Fideicomiso se fundó en prácticas de la sociedad y que el monto de los honorarios acordados guardan relación con los fijados previamente en el concurso de los actores. En cuanto la situación económica financiera del Sanatorio Otamendi, destacó que la misma no resulta diferente a la de años anteriores donde los actores adoptaron decisiones semejantes a la que ahora cuestionan. Adujo que los montos autorizados no parecen exorbitantes frente a la envergadura del Sanatorio y que el importe aprobado se corresponde con la suma que percibe una enfermera de la institución (v.fs.903) Agregó que las retribuciones fijadas desde hace años vienen siendo aprobadas como honorarios con el voto de los mismos actores. Por último, solicitó se fije contracautela para responder a los perjuicios que ocasionaría la suspensión fijada por la Sala, cuya decisión resulta de mayor envergadura económica que la dispuesta en primera instancia por la suspensión del punto 5 - gratificación-. Corrido el respectivo traslado fue contestado por los actores a fs.921/26 solicitando el rechazo. 3.a Sentado ello y en función de lo decidido por esta Sala a fs. 918/919, corresponde expedirse sobre el planteo de reposición introducido en forma subsidiaria. b. Y sin adelantar opinión acerca de lo que en definitiva corresponda sentenciar, ponderada la cuestión de que se trata desde la perspectiva del acotado marco cognoscitivo que proporciona el proceso cautelar, el planteo será desestimado. Es que sobre cualquier consideración y aún cuando pueda estimarse superada la cuestión -

en versión de la accionada- concerniente a que sólo concurrió la voluntad de un accionista minoritario habida cuenta el temperamento asumido por el representante de Medicina Natural SA en la Asamblea posterior llevada a cabo el 17 de diciembre de 2014 , al tratar el Orden del Día en su punto 7° (v. fs. 814) ; el recurrente no se hace cargo de uno de los elementos centrales que sustentó el decisorio de esta Sala el 24/9/2015. Esto es, la existencia de elementos que hacen presuponer verosímil la versión de los actores, en el sentido que la asamblea habría excedido el porcentual previsto por el art. 261 LS. Destácase en tal dirección, lo señalado por esta Sala tocante a las remuneraciones y gratificaciones acordadas a la Fundación Pavlosky al señalar que: "Siendo así aparece prudente la suspensión de lo resuelto en el punto 5 del Orden del Día, pues a la luz de la información que aparece reflejada del debate llevado a cabo en la Asamblea como consecuencia de los Estados Contables presentados, podría configurarse un exceso del porcentual previsto por la LS:261 teniendo en cuenta las remuneraciones autorizadas, además de las gratificaciones acordadas en beneficio de la Fundación Pavlosky"(sic). Pues bien, es que no puede soslayarse que la temática vinculada con los honorarios del Directorio y del Consejo de Vigilancia se rige, entre otros, por el art. 261 de la ley 19550, norma que establece un límite máximo para todas las remuneraciones y la aprobación de la asamblea en exceso del parámetro ut supra mencionado debiera estar fundado atendiendo a las funciones y tareas específicas del director. Y si bien la norma en cuestión en el 4to. párrafo, autoriza a exceder el tope legal de los honorarios percibidos por el directorio, admitiendo la remuneración en exceso cuando: el ejercicio arroje ganancias inexistentes o muy reducidas, los directores se desempeñen en comisiones especiales o funciones técnico-administrativas, el tema figure en el orden del día y que sea aprobado por la asamblea, lo cierto es que del acta de la asamblea cuestionada no se expresa motivo alguno para sustentar las remuneraciones aprobadas. Por su parte en lo que interesa destacar, la actora tachó de nula la decisión del 14 de agosto de 2014 que aprobó honorarios del directorio y síndicos por el ejercicio cerrado el 30/6/2013 en la suma de \$... por exceder el límite legal; (punto 4°); b) más gratificaciones por entender que no se condicen con la situación económica financiera de la sociedad e incrementan aún más la remuneración de los directores (punto 5°). y c) retiro a cuenta de honorarios (punto. 6°), por: \$... con carácter mensual a favor de Pablo Hernán Miguens; \$... con el mismo carácter a favor de los directores Mónica Balestrini de Aufiero, Guadalupe de All y Javier Petrantonio. (v. fs.811/812). Surge prístino entonces, que la decisión de autorizar el anticipo de honorarios, no puede desentenderse de la naturaleza intrínseca de la problemática suscitada y el contexto en el cual se ha generado: Esto es aprobación "en principio" de remuneraciones en exceso del límite legal previsto por el art. 261 LS. Y en el marco apuntado y sin perjuicio de lo que eventualmente se decida al tiempo de sentenciar, juzga esta Sala que la magnitud de los honorarios aprobados, comprensivo tanto de retribuciones fijas, gratificaciones, adelantos a cuenta de honorarios y la situación financiera por la que viene atravesando la sociedad hace algunos años, y falta de distribución de dividendos, ciertamente configuran elementos verosímiles respecto de las afirmaciones formuladas por los accionantes en el sentido que la asamblea cuestionada habría excedido el límite del art. 261 LS. Súmase a lo expuesto, que la remuneración de los directores, salvo en el caso que la misma sea fija por haberlo así establecido en el estatuto, o por configurarse el supuesto de la L.S. 218 su labor debe ser remunerada "a porcentaje de las ganancias líquidas obtenidas", por el ente al cual pertenecen con el alea que ello conlleva. En otras palabras: la forma habitual de la remuneración de los directores es la participación en las utilidades, y si ellas no existen, los directores no tienen derecho a reclamar retribución alguna, pues para ellos sus honorarios no son la contrapartida de la función cumplida, sino el resultado de dicha gestión (Cfr. Nissen, R.A, "Ley de Sociedades Comerciales...", pág. 641, Bs.As., 1983; En igual sentido se pronuncian Sasso Betes Sasot, "Sociedades Anónimas- el órgano de administración", pag. 262, Ap.C. Abaco Pcia de Buenos Aires, 1980). De allí que se haya entendido cumplido el *fumus bonis iuris* con la sola percepción del derecho que se invoca. Ello resulta de toda lógica: una exigencia mayor implicaría pretender del accionante la demostración - anticipada- según la secuencia procesal y, por lo tanto, irrazonable- de la existencia incontestable de su derecho, lo cual desvirtuaría el instituto en cuestión, cuya razón de ser consiste justamente en precaver el derecho que aún dudoso es incierto. Desde esa perspectiva y no advirtiéndose incorporados nuevos elementos que hagan apartarse de la decisión de este Tribunal obrante a fs.657/66, carga que por cierto era de su incumbencia (arg. 377 Cpr.) la suspensión debe mantenerse. El ensayo argumental formulado respecto que los retiros a cuenta se habrían llevado de la misma forma a cabo en ejercicios anteriores - situación reflejada incluso por la Dra. Cook en el acta de la audiencia (v fs 812), nada agrega a la cuestión. Es que de seguir el temperamento del recurrente, se derivaría la posibilidad de que la mayoría podría dejar sin efecto todas las limitaciones del art. 261 LS, lo que sería contrario no sólo al lenguaje imperativo empleado por la ley, sino también a los fines por esta perseguidos (conf.CNCom, Sala A "Muticanal SA c/ Supercanal Holding SA s/ ordinario" del 10/12/2009 y juris.cit.) La remuneración de los directores posee íntima vinculación con el de los riesgos empresarios, la defensa del interés social y el principio de participación en las ganancias, y atención de las pérdidas que afecta a los socios (LS 1), la cual no puede ser soslayada, en función de lo dispuesto por el LS: 13). Y este principio que impregna fuertemente el derecho societario, resulta aplicable también a quienes las dirigen, aseveración que justificó por el objeto primordial de casi toda sociedad comercial- fin de lucro- y por ser una solución concordante con la finalidad

de la ley en cuanto tiende a proteger el interés social (cfr. CNCom Sala B ?Banco Extrader SA s/ quiebra c/ Sosa Santiago s/ ordinario? del 04/3/2002; en similar sentido Sala D en autos ?Dristel S.A c/ Nougues Hnos S.A y otros ?del 20/11/2000, Ed. 197-37; Sala E ?Gristein, Saul c/ Biotenk SA s/ sumario? del 11/10/1996, Ed.17-9-1997, p.1, entre otros), la revocatoria no puede prosperar.

En fin, bajo tal amparo interpretativo y en el contexto fáctico señalado, y considerando que deben conjugarse la retribución de los directores, con la protección de los accionistas, la defensa del interés social y la actuación de la asamblea dentro del marco autorizado legalmente (art. 261 LS), no resulta procedente viabilizar el recurso de nulidad y revocatoria interpuesto. 4. Por último, teniendo en cuenta las particularidades de la cuestión, la índole de la medida dispuesta y lo perjuicios que podría ocasionar no se verifican motivos para apartarse de la cautela dispuesta en su oportunidad. Es que para así decidir, no puede perderse de vista que la suspensión de la ejecución de la resolución de la asamblea prevista en el art. 252 de la ley de sociedades comerciales, es una vía para la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, por lo cual la contracautela a causa de la debida garantía a la sociedad no puede ser tan gravosa que, de hecho impida la suspensión máxime cuando concurren motivos graves que justifican la medida. 5. Corolario de lo expuesto, se resuelve: Desestimar el recurso de nulidad y revocatoria y mantener lo decidido por esta Sala a fs. 657/663, en lo que fue materia de agravio. Con costas (art. 68 y 69 CPr.). La doctora Alejandra N. Tevez no interviene en la presente decisión por encontrarse compensado la feria judicial en la que estuvo en funciones (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Notifíquese al domicilio electrónico, o en su caso, en los términos del art. 133 C.P.C.C. (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1° y n° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaria de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. CSJN n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15).

RAFAEL F. BARREIRO JUAN MANUEL OJEA QUINTANA MARÍA EUGENIA SOTO PROSECRETARIA DE CÁMARA Correlaciones: Perciavalle, Marcelo L.: La remuneración de los directores en torno del artículo 261 de la Ley de Sociedades comerciales - CJ - T. VII - marzo/1996. Original: <http://eolgestion.errepar.com/sitios/Contenidos/Originales/Originales%20Erreius/Jurisprudencia/TC/Relevamiento/2016/10.%20Octubre/05/LISANDRO/DE%20ALL%2005-10-16.doc> (Tomar de EOL) 010347E