

Honorarios de directores (ejecutivos). La no deducción en el impuesto a las ganancias: el caso *Deportes Peña*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Honorarios de directores (ejecutivos). La no deducción en el impuesto a las ganancias: el caso *Deportes Peña*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el CEDEF Law & Finance.

Abstract.

El caso Deportes Peña despierta interés intelectual y práctico por el tema abordado, ciertamente complejo y mañoso: los honorarios de directores.

El problema parte de la propia ley societaria y el misterioso y complejo artículo 261 que todo lo empaña. Sistema de remuneración diseñado para empresas de inmenso porte patrimonial y absolutamente inservible para las empresas pymes familiares. Basta recorrer el texto de esta norma y comprender la lógica de su redacción para advertir que estamos parados ante un monstruo de varias cabezas, quizás la más importante, la de subordinar el pago de honorarios de los directores ejecutivos a la existencia de ganancias (del ejercicio) y a la política de dividendos.

Quienes imaginaron este dispositivo creyeron ver en él una herramienta eficaz en la protección de los derechos económicos de las minorías. Más de 30 años de vigencia de la ley prueban lo contrario.

El caso Deportes Peña despierta interés puesto que trata un aspecto no menos controvertido del sistema de remuneración de directores que es su costado impositivo. Tanto la ley del impuesto a las ganancias como la ley de sociedades están alineadas intentando ambas armonizar este costado complejo y oscuro del sistema perverso creado por nuestro legislador: *sólo son deducibles como gasto operativo del sujeto responsable el honorario pagado dentro del límite legal.*

Todos sabemos que el honorario pagado en exceso de esos límites legales no es un gasto deducible y por lo tanto es tratado como renta de la 3ra categoría: *ganancia de capital o dividendo.*

Nuestro sistema legal dispone expresamente que los directores tienen derecho a cobrar honorarios por su función dentro un límite: un piso del 5% y hasta un techo del 25% de las ganancias (del ejercicio) dependiendo de la política de dividendos. Nuestro sistema dispone un válvula de escape mediante la cual si dicho porcentaje no alcanza a cubrir el honorario pactado la asamblea puede perforar el límite mediante voto expreso e informado.

Esta fórmula contiene en sí misma una profunda perversidad: empresas con ganancias abultadas no perforan el límite mientras que empresa pymes familiares necesitan perforarlo. En este contexto observamos que para las grandes empresas el honorario del director ejecutivo es deducible al 100% mientras que en la pequeña empresa familiar ésta sólo puede tomar como gasto deducible el honorario pagado dentro del límite. Ni hablar del supuesto de *inexistencia de ganancias* o quebrantos contables. Aquí el problema es mucho más grave: no es posible la deducción.

El caso Deportes Peña despierta interés intelectual y práctico porque revela la incoherencia del sistema. Nos encontramos ante un mismo gasto operativo (el honorario del director) que es deducible (o no) dependiendo del resultado del ejercicio, y sin considerar que el honorario del director (ejecutivo) esto es aquel que cumple tareas técnico administrativas de carácter permanente es un gasto operativo insoslayable para el correcto funcionamiento de la hacienda empresaria (arts. 80 y 87.1 LIG).

El caso Deporte Peña es una acción de repetición intentada contra el Fisco Nacional. La sociedad buscó repetir del Fisco lo pagado en concepto de ganancias en exceso al no haber deducido los honorarios pagados como gasto operativo. Esto es como gasto destinado a *obtener y mantener ganancias gravadas*.

Se trata de directores ejecutivo de una empresa (pyme) familiar quienes desempeñaban funciones con horario asignado y siendo el honorarios la única fuente de ingresos para ellos. Entre la sociedad y estos funcionarios existía una relación de dependencia de hecho. Eran directores en relación de dependencia pero sin que dichos honorarios calificaran como “sueldo”.

Recordemos que para nuestra ley societaria el *sueldo* del director en relación de dependencia está incorporado al límite legal del artículo 261 LSC. Siendo esto así el precedente Deportes Peña adquiere relevancia para los operadores del mercado puesto que sus criterios alcanzan incluso a los directores empleados: *sueldo no deducible*.

El caso encierra un aspecto interesante cuál es el debate ente directores (ejecutivos) y directores (de asiento). En la interpretación de la AFIP la norma (vrg., art. 80 LIG) no hace distinción.

Esperamos sea de interés.

I. El caso Deportes Peña (CNCAF, sala II. 21 de febrero 2008)

A. Reclamo de Deportes Peña: Recurso de apelación contra la denegatoria tácita de la repetición de las sumas de \$ 11.000 y 44.599,21, correspondientes a pagos sin causa efectuados en el IG: 1993, 1994 y 1995.

- Deportes Peña es una SA “cerradas” o “de familia” integrada por la madre y los dos hijos, de la cual la primera es la vicepresidente del directorio y su hijo el presidente.
- Se presenta la figura del accionista empresario cuya característica radica en que además de su función como director, éste realiza tareas específicas y permanentes necesarias para el normal desarrollo de la actividad.
- Tanto el Sr. Marcelo Scolnik como su madre (presidente y vicepresidente) desarrollan un horario de 9 a 20 hs. en la empresa.
- Para retribuir tales tareas, la asamblea aprobó *las remuneraciones* que se abonaron en los años 1993, 1994 y 1995, que éstas *se trataron como contraprestaciones necesarias para el normal desenvolvimiento de la actividad social y se dedujeron como gasto necesario*, en los términos del art. 80 de la LIG.
- Indica la procedencia de la deducción por tratarse de honorarios por funciones técnicas administrativas.
- Partiendo de la LSC y de la LIG las retribuciones que perciben los directores se diferencian en: a) *retribución de la función de director o miembro del consejo de vigilancia* (que está reglada por el art. 87 (j) de la LIG, que dispone que las sumas a deducir por tal concepto no podrán exceder el 25% de las utilidades contables del ejercicio o hasta que resulte de computar \$ 12.500 por cada uno de los directores; b) *retribución por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente*, que no tienen limitación alguna para su deducción; salvo la regla general del art. 80 de la LIG, c) *otras retribuciones de carácter no permanente*.

- Los honorarios pagados retribuyeron tareas técnico administrativas y *que fueron gastos necesarios destinados a obtener y mantener ganancias gravadas*, por lo que debe reconocerse la procedencia de su deducción en los términos del art. 80 de la LIG.

B. TFN: No hizo lugar a lo solicitado.

Los honorarios a deducir no tienen vinculación alguna con el tipo y calidad de las tareas desempeñadas por los directores, prevista por la legislación comercial. Rige por lo tanto los límites del art. 87 (j) LIG.

II. El criterio de la sala.

1. El meollo: Establecer si las retribuciones por las tareas caracterizadas como técnico administrativas y conceptualizadas dentro de la LIG como gastos necesarios para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas, íntegramente deducibles en los términos del artículo 80, o por el contrario, si a tales retribuciones les era aplicable el límite del artículo 87 (j) LIG.

2. El artículo 87 (j) LIG y los honorarios: La norma no efectúa distingos entre el tipo de remuneración que perciben los directores, sino que se limita a señalar que la deducción permitida por tal concepto no puede superar el límite que establece. No cabe interpretar que el límite de la deducción no rige para las retribuciones por el desempeño de las funciones técnico administrativas. Los honorarios a deducir no guardan vinculación alguna con el tipo y calidad de tareas efectivamente desempeñadas.

III. Nuestro comentario.

A. El honorario de director (ejecutivo) siempre es gasto.

El sistema de retribución de los directores de sociedades establecido en el artículo 261 LSC es decididamente “confuso”, “patético” y “desastroso”. Lo llamativo de todo esto es que además es una especie única en el mundo. No hay sobre la faz de la tierra nada similar a nuestro artículo 261 LSC. Aún las civilizaciones más primarias aceptan que quienes gestionan merecen ser justamente compensados por su gestión y que dicha compensación es un gasto necesario para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas. Gracias a la gestión eficiente de los administradores los propietarios del negocio obtienen la renta del capital invertido, los empleados su jornal y el fisco los ingresos por las utilidades devengadas y gravadas. Todos ganan por la gestión eficiente de estos funcionarios societarios.

El artículo 64 de la LSC no nos deja mentir. Este dispositivo califica al honorario del director como un gasto operativo dentro del cuadro de resultados.

Sin embargo el artículo 261 de la LSC impuso un sistema complejo y confuso que incluso llegó a contaminar el régimen legal tributario generando contradicciones carentes de una explicación lógica. Mientras el artículo 80 de la LIG dispone que son deducibles de ganancias todos los gastos destinados a obtener, mantener y conservar la fuente, el artículo 87 (j) del mismo cuerpo legal dispone que son deducible como gasto los siguientes montos: (i) \$12.000 anuales por director o (ii) hasta el 25% de las ganancia contable según los límites del artículo 261 LSC, el que fuere mayor. La norma específica (art. 87.1.) debería imponerse sobre la norma general (art. 80). ¿Es esto así?

B. El honorario de director como renta de la 3ra y 4ta categoría.

Carece de todo sentido lógico pero nuestro sistema legal admite que el director perciba por su función y de una misma fuente dos rentas diferentes: las sumas percibidas dentro del límite legal serán consideradas renta de la 4ta categoría mientras que las sumas que perciba en exceso del límite serán imputadas como dividendo. Este doble tratamiento implica para la sociedad que dicho

monto global pagado en concepto de honorarios sólo podrá ser deducible hasta el tope legal puesto que el exceso será considerado como gasto no deducible. Lo increíble de este sistema es que termina beneficiando al director puesto que cuanto menor sea la renta de la 4ta categoría mejor para sus intereses personales ya que percibirá el resto de su retribución libre de impuestos, por ser considerado dicho exceso una ganancia de capital: *dividendo*¹.

C. El director ejecutivo que cumple funciones técnico administrativas permanentes.

Deportes Peña argumentó que correspondía proceder a la deducción íntegra de los honorarios pagados a los directores por prestar tareas administrativas de carácter permanente cumpliendo un horario de trabajo. Argumentó Deportes Peña que las tareas desempeñadas por estos funcionarios era esencial para la generación de renta gravada y que los honorarios era un gasto necesario para generar, mantener y conservar la fuente (art. 80 LIG).

Haciendo un uso racional de este dispositivo Deporte Peña entendió que el 100% de los honorarios pagados a los directores ejecutivos debían deducirse como gasto operativo.

Entendió Deportes Peña que los límites del artículo 87 (j) LIG corresponden a honorarios de directores no ejecutivos o sea aquellos directores llamados *de asiento*. Aquellos que sólo participan de las reuniones trimestrales.

El Tribunal entendió que semejante distinción no debe hacerse pues la ley no lo hace. El artículo 87.1 LIG no distingue entre directores delegados y directores de asiento. Todos están sometidos a los límites de esta norma, esto quiere decir a los límites del artículo 261 LSC.

Es cierto que el artículo 261 LSC no hace distinción entre honorarios de directores de asiento y directores ejecutivos. Ambos están sometidos a los límites legales. Ambos están sometidos al riesgo de empresa, esto es a la subordinación de su honorario a la existencia de ganancias y a la política de dividendos. Recordemos que los directores pueden cobrar entre un piso del 5% a un techo del 25% de la ganancia computable dependiendo de la menor o mayor distribución de dividendos.

Más allá de las críticas severas que pueda recibir este perverso sistema la verdad es que es fórmula legal imperante y a ella debemos someternos, salvo pacto en contrario en los estatutos societarios².

D. El director empleado en relación de dependencia. El sueldo como gasto completamente deducible (art. 87.a LIG).

Lo más absurdo del caso Deporte Peña es que el sistema legal admite la deducción del honorario del director ejecutivo cuando éste funciona como empleado en relación de dependencia, esto es cuando el director percibe un sueldo.

Lo llamativo e interesante de esta cuestión es que el propio artículo 261 LSC incluye al sueldo dentro del límite legal, esto quiere decir que incluso el sueldo como empleado en relación de dependencia está sometido a los límites del 5% al 25% de la ganancia computable.

Lo absurdo de esto es que en el caso Deportes Peña los directores ejecutivos estaban sometidos a una relación de dependencia de hecho. Estaban sujetos a una subordinación económica, técnica y jerárquica de hecho. Sin embargo el Tribunal optó por no verlo.

¹ Lo insólito es que a los directores ejecutivos podría aplicarse incluso el régimen de impuesto de igualación como si estuviéramos pagando renta del capital o un dividendo proveniente de participaciones accionarias.

² El lector interesado que desee conocer nuestra postura sobre el sistema del artículo 261 puede consultar los Working Papers publicados en www.cedeflaw.org

Llama la atención pero es práctica vernácula que el sueldo del director ejecutivo en relación de dependencia es un gasto deducible al 100%. Para ello se aplica el criterio del artículo 80 de la LIG y 87 (a) de la LIG: “*los gastos y demás erogaciones inherentes al giro del negocio*”.

Claramente el sueldo del personal en relación de dependencia es un gasto operativo inherente al giro del negocio. El problema surge cuando dicho sueldo tiene por destinatario al director. Está claro que no estamos parados ante cualquier trabajador sino frente al principal trabajador de la empresa: *personal integrante del órgano de gestión y administración*.

Podríamos incluso debatir seriamente si es jurídicamente viable que el miembro del máximo órgano de administración y responsable de la gestión social pueda estar sometido a una relación de dependencia con la persona jurídica que aquel gestiona y administra y por la cual es el máximo responsable legal. ¿Existe dependencia económica, jurídica y técnica?

Más allá de estas dudas la verdad es que el sistema legal no sólo reconoce esta figura sino que además lo promueve y alimenta.

El artículo 261 LSC lo reconoce expresamente al habilitar el pago de un sueldo a favor del director. Sin embargo ese sueldo no está inmune del límite legal. Esto lo reconoce la jurisprudencia mercantil en pleno. Siendo esto así entendemos que el sueldo del director en relación de dependencia está fuera del inciso (a) del artículo 87 de la LIG y claramente incluido en el inciso (j) del mismo dispositivo legal.

Todos sabemos que el sueldo del director-empleado es un gasto deducible al 100% en razón del inciso (a) del artículo 87. Esta es la práctica vernácula y viene siendo aceptado sin cuestionamiento por la autoridad de aplicación. El sueldo del director en relación de dependencia es renta de la 4ta categoría y por lo tanto deducible al 100% como *gasto inherente al giro del negocio*.

E. El caso Deportes Peña y el artículo 87 (a) LIG.

Explicó la sociedad que los directores eran ejecutivos que desempeñaban sus funciones técnico administrativas de carácter permanente cumpliendo un horario. La sociedad se esmeró por demostrar que dichos funcionarios trabajaban a tiempo completo y que sus ingresos dependían de esta relación jurídica.

Deportes Peña intentó evadir el límite del artículo 261 LSC y del 87 (j) de la LIG con el argumento de que dicho límite no se aplica a los directores ejecutivos en relación de dependencia (informal). El Tribunal fue rotundo: *lo negó*.

La pregunta que uno debe formularse es la siguiente: ¿se aplica el artículo 87 (a) al sueldo del director en relación de dependencia?

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen