

El Art. 161 del CCCN: Mucho ruido y pocas nueces

María Silvia Gómez Bausela

Sumario

La ponencia releva y critica el artículo 161 del CCCN. Con la norma en análisis se ha tomado nota de lo habitual que es la parálisis de la administración de una persona jurídica en el marco, por lo general, de un conflicto intra persona jurídica. Ha sido una buena intención plasmada en una pésima regulación.

Introducción

El CCCN: La teoría General de las Personas Jurídicas

El CCCN sancionado (1/ 10/ 2014), promulgado (7/10/2014) y publicado en el Boletín Oficial (8/10/2014) con una precisión en términos temporales digna de elogio y deseo sincero que tal precisión pueda ser exhibida en el futuro por tantas leyes que en todo tipo de materias la Argentina requiere para satisfacer necesidades concretas y mejorar la calidad de nuestro ordenamiento jurídico, introdujo- entre numerosas reformas – lo que se ha dado en llamar una “ Teoría General de las Personas Jurídicas”.

Me complace en lo general, la incorporación y aunamiento normativo en una misma “parte” del Código lo que facilita su estudio y su aplicación.

Contar con esta sistematización resulta ser ni más ni menos que la recepción de lo que la doctrina y la jurisprudencia vino declarando durante décadas.

Su lectura atenta nos muestra que en este particular punto (como en otros) se ha producido una comercialización del derecho privado argentino atento a la inclusión de numerosas instituciones propias del derecho societario, con artículos casi clonadas de la hoy denominada Ley General de Sociedades. Esto no es una cuestión menor toda vez, que la normativa regulada entre el

art. 141 y el 167 inclusive aplica a todas las personas jurídicas privadas de nuestro país.

Como dije más arriba, creo un acierto la regulación y sistematización de estas normas comunes a todas las personas jurídicas privadas. Varios son los artículos en los que podría detenerme y formular comentarios, algunos para apoyarlos fuertemente por su acierto y otros para criticarlos por su contenido e implicancias concretas.

Me voy a detener en el asombroso texto del art. 161 del CCCN.

La dinámica de funcionamiento de las Personas Jurídicas

El CCCN ha dedicado el párrafo 2 de la sección 3 del capítulo 1, Título II a la regulación del Funcionamiento de las persona jurídicas, siendo como ya dije parte de la Teoría General de las Personas Jurídicas.

Todas las personas jurídicas tienen una dinámica interna y externa de funcionamiento. El Código adhiere en general a la teoría del órgano al regular el funcionamiento de las personas jurídicas (Art. 158 primer párrafo) excepto en el caso del consorcio de propiedad horizontal en el cual y a su turno al regularlo dentro de los derechos reales puntualiza que la relación del administrador se rige por las reglas del mandato (art 2065)

Así las cosas, cabe mínimamente tener en cuenta que en cuanto a la “administración y representación”, la gestión requiere de un órgano que actúe permanentemente y de manera ininterrumpida y que lleve sobre sus hombros la complejidad de las acciones destinadas al funcionamiento de la misma, bajo el paraguas de los principios de celeridad y apariencia, necesarios para la seguridad.

Como es sabido, los conflictos que se producen en el seno de una persona jurídica, tienen origen en las mas diversas causas y vienen a romper con su armonía, lo cual trae aparejado situaciones en las que la oposición de intereses impide la toma de decisiones o la gestión de los actos necesarios para su vida interna.

En sintonía con lo que esboqué más arriba, los arts 159 y 160 reproducen principios consagrados en el art. 59 de la Ley General de Sociedades, eliminando del estandar o pauta mínima de responsabilidad la alusión al “buen hombre de negocios” pero incorporando el deber de lealtad y diligencia y sancionando la actuación del o los administradores que tengan un interés contrario con la persona jurídica que administran.

Por lo que se puede apreciar y de igual manera que lo hizo la Ley de Sociedades Comerciales desde siempre (hoy Ley General de Sociedades)

el CCCN impone a los administradores de las personas jurídicas el deber de obrar con buena fe, con la diligencia, prudencia y exacta custodia y cuidado que pondrían en sus propios asuntos o gestionando sus propios patrimonios.

Como dije me voy a centrar en el asombroso texto del art 161 del CCC. Veamos:

*Artículo 161- **Obstáculos que impiden tomar decisiones.** Si como consecuencia de la oposición u omisión sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores, si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma:*

a. El presidente, o alguno de los co-administradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;

b. Los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución;

c. La asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador.

Una primera aproximación lleva a pensar que por fin se atendió y se legisló respecto de lo que es moneda corriente en cualquier conflicto societario, más aún en cualquier conflicto intra persona jurídica. Pensemos en las asociaciones civiles, en las mutuales, en las cooperativas y por supuesto en las sociedades de la Ley General de Sociedades.

Esa primera sensación de satisfacción cede cuando se avanza en el análisis del artículo en cuestión.

Un esperanzador título: “Obstáculos que impiden tomar decisiones”. Un contenido absurdo y de cumplimiento imposible.

Mucho ruido: el título. Pocas nueces: el contenido del art. 161 CCCN.

A poco de comenzar el análisis detenido del texto surgen las primeras dudas y enseguida la imposibilidad despejarlas. Para comenzar la norma exige que la oposición u omisión sean “sistemáticas”. El vocablo sistemático le imprime a la norma escaso futuro, confinando su perímetro de aplicación a situaciones en las que la oposición u omisión sean **sistemáticas**. ¿A que se quiso referir el legislador con la expresión sistemáticas? La Real Academia Española define el término de la siguiente forma: “Que sigue o se ajusta a sistema”. y a Sistema: “Conjunto estructurado de unidades relacionadas entre sí que se definen por oposición”...

¿Solo tal extremo se debe dar para que la norma sea aplicable? Hubiese sido pertinente establecer oposición u omisión a secas para circunscribir a las diferentes situaciones de manera amplia.

Otro interrogante es : ¿ se debe acreditar que la oposición u la omisión han sido o son sistemáticas? Siempre? En todos los casos? Cómo lo acredito? Una sola omisión u oposición que apareje la imposibilidad de toma de decisiones no es suficiente?

En la hipótesis, de haber podido acreditar la existencia de la oposición u omisión sistemática, cuadra entonces evaluar cuáles son los efectos. Efectos éstos que el legislador regulan en tres incisos en el mismo artículo 161.

En cuanto al primero de los incisos del artículo analizado, va de suyo, que el administrador(dice Presidente) o algún coadministrar , DEBEN y no “pueden” ejecutar actos conservatorios, de lo contrario incurrirían en responsabilidad por no cumplir con la carga *in vigilando* que la ley impone. Debe realizar los actos conservatorios en el marco de las responsabilidades que ha asumido al aceptar el cargo.

A mayor abundamiento, la norma en cuestión , trata de dar respuesta a supuestos de gravedad institucional en el cual el órgano administrador padece de inoperatividad por la imposibilidad del administrador de desempeñarse en sus funciones, ahora bien, si está previsto un co-administrador que actúe conjuntamente o a falta del administrador, éste deberá hacerse cargo per se y como mandato legal funcional, ejecutando toda las acciones tendientes a reanudar el normal funcionamiento del ente

No era necesario, pues, que el inc a del art 161 autorice a realizar lo que es obligación realizar, esto es: actos conservatorios, con el fin de preservar la integridad patrimonial de la persona jurídica.

Nueva pausa merece el relevamiento el inciso “b”, que establece que los actos conservatorios ejecutados deberán ser puestos en conocimiento de la asamblea dentro de los diez días de comenzada su ejecución. La sola lectura del inciso revela su inconsistencia. Veamos: el inciso a) “autoriza “ a realizar actos conservatorios para o cual no se necesitaba autorización legal expresa. A esto se debe agregar que no debe perderse de vista el tema que dio origen al artículo sub análisis: Obstáculos que impiden tomar decisiones.

Con este marco fáctico, va de suyo que no va a ser sencillo convocar a asamblea alguna. Muchos menos dentro de los diez días de haber comenzado la ejecución de aquellos actos conservatorios a lo que debe agregarse un inconveniente mayor como lo es el procedimiento no solo de convocatoria sino de publicidad de dicha convocatoria. Edictos, notificaciones por circulares, etc ,es decir utilizando los mecanismos de convocatoria y publicidad estable-

cido por la ley y por el estatuto de cada persona jurídica en particular. Este inciso b es materialmente imposible de concretar,

En tanto el inciso “c” el Legislador obstinado en regular perogrullos, establece que la asamblea “puede” remover al administrador, “puede” conferir facultades extraordinarias al presidente o la minoría. Entiendo que respecto a las facultades extraordinarias hubiese sido atinado exigir que las mismas se debieran otorgar con un plazo determinado de duración, limitándose en el tiempo su actuación.

En este particular inciso tampoco queda claro cómo se determinará por ejemplo cual es el criterio de selección de minorías para ha hipótesis de haber más de una minoría. La misma redacción del inciso c) puede en sí mismo generar nuevos conflictos.

Pero, como se dijo al analizar el inciso b), es casi un supuesto de laboratorio llegar a aplicar el inciso c) ya que la asamblea no podrá ser convocada en el plazo estipulado en dicho inciso.

No mucho más para agregar en este estudio respecto a este singular artículo 161 del CCCN. Solo buenas intenciones

Colofón

A pesar de los meritorios esfuerzos por establecer una solución, la norma exhibe imposibilidad de ejecución y por tanto es carente de utilidad práctica. Hubiese sido pertinente una solución a mitad de trayecto, entre la prevención del conflicto y la solución más draconiana, la judicial (que se regulara con menos circunloquios y de manera más general), que haga a la norma viable para solucionar situaciones y contingencias que son moneda corriente en los conflictos intra persona jurídica.

Es por eso que como lo dije el título de esta ponencia. Mucho ruido y pocas nueces.

De todas formas, destaco que el problema se hizo visible más allá de la impertinencia del texto.

Parafraseando a José Saramago en “Ensayo sobre la lucidez”: “la experiencia nos ha enseñado que hasta las más perfectas y acabadas ideas, pueden fracasar llegada la hora de su ejecución”.