

La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC

Fernando Pérez Hualde

Sumario

1) El art. 161 ccc, en tanto norma imperativa, es de aplicación directa no solo a las personas jurídicas en general, sino también a las sociedades en particular.

2) Su aplicación se presentará mayormente en supuestos de administración plural en que no se logren las mayorías de ley o estatutarias requeridas.

3) Los administradores no solo están habilitados, sino incluso obligados, a realizar los actos de conservación, sin necesidad de un mandato legal.

4) Cuando la norma se refiere a la convocatoria a asamblea, debe entenderse que lo es a todo órgano de gobierno, incluso aquellos que no tomaren sus decisiones en asamblea.

5) La convocatoria a asamblea por los integrantes minoritarios o sin quórum del órgano de administración, constituye una excepción a los supuestos de convocatoria previstos en el art. 236 LGS.

6) La asamblea debe cumplir los restantes requisitos que La Ley (y en su caso, el Estatuto) exigen para la toma de una decisión asamblearia válida.

7) Será poco probable que la asamblea otorgue facultades extraordinarias a la minoría de los administradores, cuando las decisiones han sido tomadas por una mayoría asamblearia.

8) La habilitación a la asamblea para remover al administrador, realizada por el art 161 ccc, es innecesaria respecto de las sociedades anónimas, atento al tenor del art. 256 LGS.

9) Lamentamos que la norma en análisis no abarque también al órgano de gobierno.

10) La solución que traía el art. 164 del Proyecto del '98 en los casos de obstrucción en el órgano de gobierno (disolución del ente), es una alternativa

extrema ante la cual existen otras alternativas tales como la interposición de una acción de responsabilidad contra el obstructor, o una acción que declare válido y existente el acuerdo asambleario en que el mismo, en una postura contraria al interés social, obstruyó la toma de decisiones.

El Código Civil y Comercial de la Nación (ccc) ha incorporado lo que bien puede llamarse una Teoría General de las Personas Jurídicas Privadas (arts. 141 al 167 ccc), que contiene normas que, según fuere el orden de prelación establecido en su art. 150, pueden ser de aplicación, incluso directa, a las sociedades reguladas en la hoy Ley General de Sociedades (LGS).

Entre dichas normas, se encuentra el art. 161 ccc, donde bajo el título de *Obstáculos que impiden adoptar decisiones*, establece que “*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 coadministradores, 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 (10) 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.*”

Creemos estar frente a una norma cuya claridad no es su mayor virtud, que registra su antecedente inmediato en el texto superador del art. 164 del Proyecto de reforma del año '98. No obstante ello y con el fin de tratar de encontrar su aplicación y utilidad para la praxis jurídica, analizaremos en el presente pautas que puedan servir para su interpretación.

1) **Ámbito de aplicación**

Comenzamos por destacar que la norma, en tanto imperativa, es de aplicación directa no solo a las personas jurídicas en general, sino también a las sociedades en particular (reguladas estas últimas por La Ley General de Sociedades N° 19.500), conforme aplicación del art. 150, pto. a, del Código Civil y Comercial de la Nación (ccc). Ello es así por cuanto La Ley especial aludida, en este caso, no trae previsión expresa imperativa al respecto.

De este modo afirmamos que no es necesario para su aplicación que exista previsión estatutaria expresa, conforme lo habilita el art. 86 de la Resolución General N° 7/15 de la IGJ de la Nación. Lo dicho no implica que por medio de su regulación estatutaria no pueda mejorarse (y mucho), las soluciones que el instituto pretende dar. Es más, las soluciones en cuestión podrían ofrecerse

no solo para el órgano de administración (tal como lo prevé la Resolución General de la IGJ antes citada), sino también para el órgano de Gobierno.

2) Supuestos de administración plural

Creemos que el instituto será de aplicación para los supuestos de administración plural. En el caso de ser esta singular y no contarse con la actuación del administrador en cuestión, se deben aplicar los principios de vacancia establecidos para cada supuesto.

Asimismo la forma en que se podrá manifestar el bloqueo dependerá de la organización de dicha administración plural. Distintos serán los supuestos según se trate de un órgano que adopte sus decisiones de forma colegiada, conjunta o incluso indistinta.

Por ello, creemos que será de aplicación no solo en los casos de existencia de minorías en el órgano de administración, sino también en los casos de empate o, incluso, de falta de mayoría suficiente. Así por ejemplo, en este último caso, concretaría la obstrucción aquél director de tres que no asiste a otorgar quórum, cuando los Estatutos requieren un quórum equivalente a los tres miembros. De modo que la obstrucción puede producirse aún por un administrador en minoría.

3) Actos de conservación

La norma habilita a los administradores que sufren la obstrucción a realizar actos de conservación.

La verdad que creemos que más allá de la organización que pudiere tener la persona jurídica en cuestión, sus administradores no solo están habilitados, sino incluso obligados a realizar los actos de tal naturaleza, sin necesidad de un mandato legal.

Es de buen administrador (u hombre de negocios) ejecutar los actos de tal naturaleza, que en muchos casos no permiten realizar consulta con sus pares. Debemos tener presente que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación, como La Ley General de Sociedades los responsabiliza de manera expresa, por los daños y perjuicios que resultaren de la omisión en su actuación (art. 160 CCC y art. 59 in fine, LGS).

Por ello, la norma en cuestión, hasta aquí, no tiene mayor relevancia.

4) Convocatoria a asamblea

Impone la norma, a aquel administrador que hubiere ejecutado dichos actos conservatorios, la necesidad de ponerlos en conocimiento de la asamblea “*que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución*”.

No obstante ser muy clara la norma en cuanto a la aplicación del supuesto respecto de la “asamblea”, creemos que nada impide que el instituto sea de aplicación a sociedades en las que el órgano de gobierno no se manifieste necesariamente en asamblea (ej. SRL).

En cuanto a la Asamblea en particular, sabemos de la estrictez que tiene La Ley General de Sociedades a la hora de establecer los supuestos de su convocatoria (arts. 236 y 237 LGS), y en particular que es el órgano de administración (Directorio) quien tiene la facultad suficiente para poder convocarla, no pudiendo hacerlo los directores de manera autónoma. Ello daría por tierra con la posibilidad de una convocatoria en legal forma por parte de un órgano que, ni siquiera, tiene las mayorías suficientes para decidir adoptar los actos conservatorios.

Lamentablemente el texto de la norma no ha seguido el de su antecedente del Proyecto del año 1998. En el mismo, el art. 164 expresamente establecía que “*Los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea ordinaria, que se convoque al efecto, **por quien los haya realizado**, dentro de los diez (10) días de comenzados los trabajos.*” (el destacado es nuestro).

No obstante la falta de claridad del texto del art. 161 ccc en análisis, que el antecedente inmediato permite admitir que la intención del legislador ha sido la de habilitar a ese (o esos) administradores que ejecutaron los actos conservatorios, para convocar a la asamblea en cuestión, aún en el supuesto de no tratarse de una decisión *orgánica* de parte de quien convoca, pues claro está que si no han podido resolver favorablemente en el directorio la ejecución de actos conservatorios, difícilmente puedan convocar válidamente una asamblea³⁸⁷.

De este modo, nos encontraríamos con una excepción a la regla de las convocatorias a asambleas de los arts. 236 y 237 LGS (verdadero aporte innovador de la norma en cuestión).

El interrogante que surge es si, no obstante este *defecto formal* en la convocatoria, deben cumplirse los restantes requisitos que La Ley (y en su caso, el Estatuto) exigen para la toma de una decisión asamblearia válida. Nos re-

³⁸⁷ Podría tratarse no obstante de la convocatoria a reunión de socios en una SRL en la que su Contrato Social permitiera a un solo miembro de la Gerencia convocar a asamblea, lo que sería a todas luces admisible, no existiendo defecto alguno en la convocatoria al órgano de gobierno.

ferimos a la publicación de edictos y sus plazos, notificación de asistencia, quórum, mayorías, etc..

Nos inclinamos por la respuesta afirmativa en tanto la norma nada dice al respecto. Asimismo, la urgencia en la ejecución de los actos, no existiría en esta instancia, debiendo en consecuencia cumplirse con todos los requisitos que el método colegial impone. De este modo, los diez días que el art. 161 ccc estipula, deben ser computados para el llamado o convocatoria a asamblea y no necesariamente para la realización de la misma.

5) Facultades de la Asamblea

Continúa el texto del art. 161 ccc sosteniendo que la asamblea así convocada podrá conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría. También podrá remover al administrador.

Tal como lo sostuvimos en el punto anterior, partimos del supuesto en que la asamblea a celebrarse toma sus decisiones conforme a derecho (con el solo *detalle* de la convocatoria). Lo que implica que las mismas serán adoptadas con quórum suficiente y por el voto de la mayoría.

Dentro de ese encuadre fáctico, será poco probable que la asamblea termine otorgando facultades extraordinarias a la minoría, cuando las decisiones han sido tomadas, justamente, por una mayoría asamblearia. Lo lógico será que se presente la situación aludida en la parte final de la norma, aprobándose en consecuencia la remoción de los administradores rebeldes.

Esta última habilitación para remover al administrador que realiza la norma en cuestión, es innecesaria respecto de las sociedades anónimas, atento al tenor del art. 256 LGS.

Será de utilidad su aplicación en las personas jurídicas en general, como así también respecto de otros tipos societarios en que estuviere limitada la revocabilidad de los administradores (ej. art. 129 LGS para las Sociedades Colectivas, o el art. 157 in fine, LGS, para las SRL).

6) Obstrucción en el órgano de gobierno

Si bien resulta claro que es el órgano de administración el que ejecuta las decisiones en una persona jurídica (en rigor lo hacen sus representantes, que pueden o no coincidir)³⁸⁸, lamentamos que la norma en análisis no abarque

³⁸⁸ En este sentido es interesante el texto del art. 158, primera parte, CCC, que expresamente distingue las funciones de administración y representación.

también al órgano de gobierno. Dificilmente no existan obstáculos en el órgano de administración, cuando estos se manifiestan en el órgano de gobierno.

Bajo el principio de norma análoga (art. 2 ccc), bien podría aplicarse el art. 161 ccc a los supuestos de obstrucción en el órgano de gobierno, pero el problema está en que sus soluciones no son viables, en tanto no existe otro órgano alternativo al que recurrir.

Es común encontrar en el órgano de gobierno la situación de obstrucción, en particular, cuando se trata de sociedades cuyo capital está dividido en partes iguales (ej. 50/50). Doctrina calificada ha dado especial tratamiento a la temática³⁸⁹.

Incluso el art. 164 del Proyecto del '98 hacía una alusión expresa a este supuesto en su parte final al sostener que *“Si en la asamblea no se puede tomar una decisión válida por las mismas razones que impiden hacerlo en el consejo, la persona jurídica queda incurso en causal de disolución.”*

De este modo vemos que no solo hace también visible el problema (y en consecuencia, su tratamiento) en el órgano de gobierno, sino que impone la falta de solución en el mismo como una causal de disolución.

Si bien se trata de una solución, creemos que esa obstrucción en el órgano de gobierno, de manera previa a determinar la disolución del ente, habilita otras medidas alternativas, de menor gravedad.

En primer lugar debemos tener presente que la oposición sistemática que impide la toma de decisiones, si la misma no es fundada, y aun siéndolo, resulta contraria al interés social, genera responsabilidad. Pudiendo en consecuencia interponerse la acción respectiva para reclamar el daño así ocasionado.

En su encuadre jurídico debemos tener presente el juego de los arts. 1710 ccc (deber de prevención del daño), en sus diferentes alternativas (a.- evitar causar un daño no justificado; b.- adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; c.- no agravar el daño, si ya se produjo), con el art. 778 ccc en tanto impone una obligación de no hacer, no entorpecer, que se presentará en aquellos supuestos en que, por ejemplo, concurriendo a prestar quórum en una asamblea, a la hora de votar, se abstiene de hacerlo, impidiendo de dicho modo lograr las mayorías en los términos del art. 243 y 244 LGS³⁹⁰.

³⁸⁹ Confr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Los conflictos en sociedades empataadas: problemas y soluciones*, en Cuestiones mercantiles en el código civil y comercial de la nación, Ed. Fidas, Bs.As., 2016, p. 611 y ss.

³⁹⁰ Huelga aclarar en este caso que nos enrolamos en la interpretación que del voto abstenido realizara el Dr. Cuartero en su recordado voto en “Castro c/Alto los Povorines”. CNCom, sala D.

Otra alternativa previa a la disolución del ente, puede estar dada mediante la interposición de una acción que tenga por fin anular el voto (o no voto, según el ejemplo antes dado) de quien obstruye la toma de decisiones.

El inconveniente aquí lo encontraremos en el propio texto de La Ley general de sociedades, en tanto en los diferentes supuestos que desarrolla en sus arts. 251 a 254 (Impugnación de decisiones asamblearias), siempre pone el foco en la impugnación de un acuerdo *aprobado*. Situación que en los supuestos de obstrucción, no se presentaría.

La solución puede venir por el lado de lo que alguna doctrina española denomina *acuerdos negativos*³⁹¹.

Estos son entendidos como una modalidad del acuerdo inexistente, con el aditivo de que no solo no ha sido aprobada la moción (ej. por causa de empate), sino que además, ello no ha ocurrido porque alguno o algunos de los votos emitidos lo han sido de manera ilegítima (ej. en situación de conflicto de interés).

Es que no en todo supuesto de empate debemos entender necesariamente que no se ha adoptado una decisión. Dependerá ello en gran medida de cómo hubiere sido planteado el punto del orden del día. Así podría convocarse como punto del orden del día la aprobación de distribución de dividendos, y el socio que ningún interés tiene en que ello ocurra, simplemente abstenerse de votar (con el 50% de los votos). En ese caso, está claro que no hubo acuerdo ni en un sentido, ni en otro (con lo cual y en palabras de La Ley, no habría qué impugnar). Pero ello no quiere decir que, en los hechos, no hubiere existido una decisión. En el ejemplo primó la decisión de *no distribuir*.

El tema está en que debería demostrarse el conflicto de interés que existe en el voto (o abstención, en su caso) de este socio, para lograr que mediante una acción que anule su posición en la asamblea, se resuelva la existencia de acuerdo. Se trataría ya de una acción constitutiva del acuerdo, no declarativa de la nulidad del mismo³⁹².

Incluso, bien podría fundarse la postura en una norma análoga como lo es el art. 248 LGS (Accionista que vota con interés contrario al social), considerando nosotros, en ese supuesto, que no solo corresponde la acción de

³⁹¹ Confr. MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando, *La impugnación de acuerdos negativos* (art. 204.1 LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 277 y ss.

³⁹² Si puede el Juez en nuestro ordenamiento suplir la falta de acuerdo de los socios en el caso en que una sociedad de la Sección IV se subsane, bien podría hacerlo en un acuerdo asambleario.

responsabilidad y la interposición de la acción de nulidad del acuerdo que hubiere sido aprobado con el voto favorable del socio en conflicto, sino que además, debe tenerse por adoptada válidamente la decisión contraria, en tanto y en cuanto dicha postura hubiere contado con los votos suficientes para así declararlo. Obviamente, y tal como lo manifestamos en el presente, deberá analizarse en cada caso, sobre todo, cómo ha sido redactado el punto del orden del día en cuestión.

La solución plantea el problema de determinar qué es el interés social, para saber y evaluar en su caso qué postura (de acción o abstención) ha sido contraria al mismo. Para saberlo deberá realizarse un análisis del parámetro de razonabilidad de la postura (del “no voto”). Así debemos tener presente no solo si la actuación de quien obstruye lo ha sido de buena fe (como deber genérico), sino también si con su postura se han frustrado las expectativas razonables que los socios tuvieron en mira al ingresar a la sociedad³⁹³. Este parámetro puede no solo frustrar el deseo genérico de todo socio de pretender dividendos, sino también analizar si no se ha provocado la frustración de otros objetivos tenidos en mira por los socios al constituirse la sociedad y que hubieren sido exteriorizados.

En definitiva, entender alineado al interés social a todo acto que resulte provechoso, beneficioso y conveniente para la sociedad en su conjunto³⁹⁴.

³⁹³ Conforme lo destaca la doctrina americana en palabras del recomendable libro de Diego COSTE y José David BOTTERI (h), *El derecho de separación del socio en el código civil y comercial*, Hammurabi, Bs.As., 2016,

³⁹⁴ VÍTOLO, Daniel R., *Manual de sociedades*, Bs. As., 2016, Ed. Estudio, p. 622.