

La imperatividad del artículo 99 LGS

En memoria del Maestro Profesor Doctor Efraín Hugo Richard

Virna Bergoglio, Gabriela Fernanda Boquin ¹

Palabras claves: *Norma imperativa - Orden Público – Infrapatrimonialización - Artículo 99 LGS.*

Sumario: El art. 99 LGS es una norma imperativa y, como tal, no es disponible por los particulares. Tiene carácter de orden público, especie de norma imperativa, en casos de infrapatrimonialización societaria, por implicar un supuesto de disolución en el que se encuentran involucrados derechos de terceros y el interés general de la sociedad.

1. Introducción:

El Maestro Profesor Hugo Richard nos regaló poco tiempo antes de su partida su último artículo de doctrina “Principio de legalidad y fuentes del derecho en las relaciones de organización personificada. El contraderecho en los concursos de sociedades” que resume su prolífico trabajo de los últimos años² enfocado en la temática de esta ponencia.

Recordamos que el artículo 99 LGS establece que los administradores, con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y los conducentes para iniciar la liquidación. Deberán responder por las obligaciones que surjan de una actividad exorbitante a la expuesta en forma solidaria. Es decir, se les impone una responsabilidad ex lege.

Así la norma les impone un deber de conducta con severas consecuencias ante su incumplimiento. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de los socios.

En esta oportunidad nos enfocaremos en la causal de infrapatrimonialización por sus particularidades ya que ante ella los administradores y los socios - conociendo la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin- deben adoptar las medidas para prevenir y no agravar la situación patrimonial, recomponer el patrimonio o disponer el oportuno remedio concursal y/o lo conducente para la liquidación de la sociedad.

Todo ello en cumplimiento de las normas imperativas aplicables (art.1, 13 inc. 1, 99 y 100 LGS, y 167 CCCN).

2. Carácter de la disposición societaria

Para el Dr. Richard no había dudas de la imperatividad de las normas societarias en caso de infrapatrimonialización³ y de los efectos que producen. Y si bien pareciera una discusión casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público esa calificación tiene consecuencias prácticas a los fines hermenéuticos.

Otaegui ha expresado que hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés

² Richard Efraín Hugo, EL DERECHO, 4/6/25, Año LXIV ED 311 ISSN 1666'8987

³ Richard Efraín Hugo Revista DECONOMI AÑO II – NÚMERO 2 “*El concurso de sociedades*” pág. 1/43; Boquin Gabriela F. Richard Efraín Hugo “Apostillas sobre la preconcursalidad societaria y la responsabilidad de socios y administradores “LL 2/11/2023, 1.

público”⁴, frente a lo cual el distinguido jurista opina que la naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fundante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sea los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercera generación o sea los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser. [...] No hay aquí mención alguna a un orden público societario, aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19). [...] Es por esto por lo que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros. [...] Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario.

El Dr. Richard ha señalado en relación con las normas imperativas del derecho societario que las mismas “tienden a evitar la insolvencia de la sociedad y, por consiguiente, evitar daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones”. Asimismo, que “las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas” y que “ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general”⁵.

Por otra parte, se ha afirmado que “todas las normas jurídicas de orden público son imperativas y las normas imperativas son todas de orden público”⁶.

Entendemos, por ende, que en los supuestos de infrapatrimonialización la norma prevista en el art. 99 LGS resulta imperativa de orden público societario.

3. Aplicación del art. 99 LGS en caso de infrapatrimonialización

El art. 1º LGS caracteriza una relación societaria, fijando que las pérdidas las asumen los socios, y esa relación no podría modificarse (la absolute priority rule del derecho de la insolvencia anglosajón, que se corresponde a no alterar el orden de privilegios). Ese apartamiento constituye fraude a la ley⁷.

Entre las causales de disolución el art. 94 inc. 5 refiere a la de pérdida del capital social. Hoy casi nadie ya discute que este inciso debe referirse a la situación de infrapatrimonialización pues la noción de capital social ha mutado producto de las evoluciones legislativas del derecho comparado y consecuencia de la gran inflación que se vio sometida la República Argentina en los últimos 50 años

Las causales de disolución, particularmente las de los apartados 4 y 5 del art. 94 LGS, constituyen supuestos de crisis instalada. Graves, que superan una mera cesación de pagos. Resguardan derechos de terceros y de allí la responsabilidad de administradores y socios que genere daños por acción u omisión, protegiendo la función de garantía del

⁴ Otaegui, Julio César. *Estudios de Derecho Empresario*. Citado por Efraín, Hugo Richard y Veiga, Juan Carlos. “La ley de sociedades comerciales, el orden y el interés públicos”. También citado en “El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas)”.

⁵ Richard, Efraín Hugo, “Normas imperativas del derecho societario para prevenir daños”, VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México, 2012

⁶ Esparza, Gustavo; Figuerola, Melchor; Montenegro, Gustavo, “El orden público en el derecho privado”, Astrea, 2021, pág.162

⁷ Richard, Efraín Hugo, “Principio de legalidad y fuentes del derecho en las relaciones de organización personificadas. El contraderecho en los concursos de las sociedades, disertación en Encuentros de Academias Nacionales de Derecho, Córdoba, octubre 2024, Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404

patrimonio. La pérdida del capital social puede generar una zona gris, pero la constatación de un patrimonio negativo marca una línea roja: la infrapatrimonialización.⁸

Ante esta causal de disolución, resulta operativa la manda a los administradores prevista en el art. 99 LGS.

Las causales de disolución –arts. 94.4 y 5– no imponen plazos, dan soluciones en forma de opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS y congruente con la libertad de acción, establecen la responsabilidad del art. 99 LGS que hemos referido. Pero si la crisis es más grave, infrapatrimonialización, el camino para resolverlo, concurso mediante o no, es marcado imperativamente por esas opciones del art. 96 LGS, bajo el riesgo de que asuman responsabilidad solidaria administradores y socios, no por la responsabilidad del tipo, sino de aquellos socios que consintieron la situación⁹.

Decía el Maestro Richard que el capital social, requisito de todo contrato social, tienen entre sus funciones la de garantía. Esta función de garantía es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas¹⁰. Luego, conforme exponemos, debe entenderse como sinónimo del más moderno concepto de patrimonio que tiene real función de garantía.

Lo expuesto por cuanto la infrapatrimonialización societaria acarrea graves consecuencias como la externalización o desplazamiento del riesgo empresario sobre los acreedores, fundamentalmente los pequeños acreedores debido a los altos costos de información e inspección en que deben incurrir para prevenir aquellos riesgos¹¹. También se ha sostenido que puede constituir un medio de hacerla actuar como recurso para violar la buena fe negocial, así como para frustrar derechos de terceros¹².

Obviamente que la responsabilidad surgirá cuando exista un daño a los acreedores y permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos¹³.

Para evitar que la sociedad actúe infrapatrimonializada, los administradores deben controlar que el patrimonio de la sociedad posea valores de significatividad con el volumen del giro del negocio y en su caso requerir de los socios o accionistas que suministren aportes adicionales para recomponer el equilibrio faltante o decidir su concurso, quiebra o liquidación societaria. Es decir, deben resolver la situación aumentando, recomponiendo el patrimonio o tomando decisiones legales reparativas como el concurso temprano y oportuno o la respectiva liquidación,

Es por ello por lo que si la sociedad actúa infrapatrimonializada y los administradores y/o controlantes no recurrieron a los remedios que les proporciona el ordenamiento para superar esa situación, los primeros deberán hacerse cargo de las obligaciones contraídas desde la violación del mandato y los socios que pudieron y debieron resolver sobre la situación deberán responder por los daños causados a los terceros.

Esto por cuanto, conforme dispone el art. 12 CCCN *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

4. Carácter imperativo y de orden público

⁸ Richard, Hugo Efraín, ob. cit. “Principio de legalidad...”

⁹ Richard, Hugo Efraín, ob. cit. “Principio de legalidad...”

¹⁰ Richard, Hugo Efraín, ob. cit. “Normas imperativas...”

¹¹ Conf. Paz Ares, Cándido, “Sobre infracapitalización de sociedades”, año 1983, p. 1597.

¹² Conf. Manóvil, Rafael M, ob cit., p. 1087.

¹³ Conf. Richard, Efraín Hugo en “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, cap. XII, ap. III y IV, pág. 484/88

Se han sostenido que todo lo referido a las causales de disolución y específicamente a las normas relativas a la liquidación son normas imperativas de orden público irrenunciables, inderogables e indisponibles¹⁴. Además, que las normas que tutelan a terceros y defienden la viabilidad de la actividad empresarial son imperativas¹⁵.

Conforme a lo referido entendemos que la norma prevista en el art. 99 LGS resulta imperativa y de orden público. Ello a pesar de que destacada doctrina ha considerado que “no hay un orden público societario”¹⁶, no puede negarse la imperatividad de la norma y su exclusión de la disponibilidad de las partes.

En este sentido se ha afirmado que “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). - Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes”¹⁷.

Sin embargo, disentimos con el citado autor en cuanto considera que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Entendemos, por el contrario, que la norma del art. 99 LGS resulta imperativa y de orden público irrenunciable e inderogable e indisponible por las partes en el caso de que la causal de disolución consista en una situación de infrapatrimonialización.

El único margen a la autonomía de la voluntad expresamente delimitado por el legislador se circunscribe a la posibilidad de remover la causal recomponiendo el patrimonio. En este sentido el art. 100 LGS dispone expresamente que “las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”.

El límite a la autonomía de la voluntad resulta legal e impuesto en virtud de los intereses involucrados.

La violación de la ley entendida como norma imperativa tutelante del orden público afecta el interés general¹⁸.

5. Interés involucrado.

La norma del art. 99 LGS, aplicable en el supuesto de infrapatrimonialización, resguarda no solo el interés de los integrantes de la sociedad sino también y especialmente el de terceros y del mercado.

El interés excede el meramente particular de los socios y aún al de los terceros contratantes. Por ello la imposición legal no puede ser dejada de lado por un mero acuerdo de estos.

Se encuentra involucrado la protección del mercado, en este sentido puede traslucirse el concepto descriptivo de prácticas ilícitas a los fines de defender la adecuada competencia del art. 1 de la ley 27.442 que establece que están prohibidos los actos o conductas de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto falsear o distorsionar la competencia.

¹⁴ Olivera García, Ricardo. *Estudios de derecho societario*. 2005. Rubinzal Culzoni editores. Santa Fe, p. 92 y ss.

¹⁵ Richard Efraín Hugo, Ob citada, “Principios de legalidad...”

¹⁶ Otaegui, Julio César, “La Ley de sociedades comerciales, el orden y el interés públicos”, *Estudios de Derecho Empresario*, ISSN 2346-9404

¹⁷ Van Thienen, Pablo Augusto (director y colaboradores) “Orden público societario... ¿estás ahí? En *Lax & Finance, WorkingPaper n°* 20, 2008.

¹⁸ Cfr. Junyent Bas, Francisco, “Abuso de control societario. Acciones sociales y concursales de responsabilidad y extensión de quiebra”, LL -2005 -D, 1442

En su último párrafo, considera expresamente que queda comprendida la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas. Y como ha

dicho la Corte: “lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de forma sustancial no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito lo informal en formal y siempre el acto conservará el vicio original”¹⁹.

La ley prevé expresamente como debe procederse en caso de detectarse una causal de disolución como la prevista en el art. 94 inc. 5 LGS, equiparable como ya dijéramos a la situación de infrapatrimonialización.

Los administradores y socios deben adoptar las alternativas previstas imperativamente por la ley, no pudiendo disponer lo contrario.

En este punto la regulación societaria y la concursal convergen en busca de un reencauzamiento de las crisis patrimoniales.

“La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hace necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”²⁰

6. Conclusión:

En definitiva, la norma del art. 99 LGS resulta imperativa y de orden público y no puede ser dejada sin efecto ni eludida en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Ello en tanto, se encuentra involucrado el interés general de la sociedad.

Siguiendo el pensamiento del maestro Hugo Efraín Richard todo aquello ordenado legalmente en referencia a causales de disolución y la liquidación, es indisponible por los particulares

La ausencia de un patrimonio suficiente y la actuación a posteriori de su deficiencia como si la irregularidad no existiese, implica imperatividad de lo ordenado con una profunda ligazón al art. 1º LGS que tipifica la relación y dispone en forma

¹⁹ CSJN, “Provincia de Chubut”. Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 07/12/2001. Partes: Provincia de Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863.

²⁰ Olivera Amato, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35 citado por Richard, Efraín Hugo en ob. Cit.

inderogable que las pérdidas serán soportadas por los socios, salvando la autonomía de la voluntad de remover causales reintegrando el patrimonio según en el caso²¹.

²¹ Richard, Hugo Efraín, ob. cit “Principios....”