

## ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDADES

*Efraín Hugo Richard*

Debe decidirse sobre la conveniencia de la regulación sistemática de ilícitos societarios.

Un sistema podría ser la reforma al Código Penal, otro el de un capítulo específico dentro de una ley de compañías, distinguiéndose entre los ilícitos penales -que como alternativa podrían incorporarse al C.Penal o a esta ley-, contravencionales y societarios.

Dentro de estos últimos, debe enfatizarse la poca utilización de las normas vigentes, cuya falta de aplicación hace poco probable la actuación judicial o administrativa de nuevas normas, incluso penales.

Por eso queremos enfatizar en torno a los ilícitos societarios, ejecutados normalmente por el grupo de control, contra los socios (p.ej. endeudamiento de la sociedad en beneficio de ese grupo), o contra terceros (p.ej. subcapitalización<sup>(1)</sup>).

Entre las normas vigentes deben recordarse las previsiones de los arts. 18, 19, 20, 54, 184, 264, 271, 272, 273 LS entre otros muchos, debiendo replantearse las soluciones del art. 17 LS.

Específicamente en relación a la norma del art. 19 LS, afirmamos que son ilícitos ciertos actos que en si mismos son lícitos, cuando su repetición implica cumplir una actividad que el sistema normativa sujeta a autorización previa.

### I - LA CUESTION

Si partimos de la aseveración que la ley de sociedades en sus arts. 18, 19 y 20 regula actos prohibidos e ilícitos, y actividades ilícitas, no diferenciando entre actividad ilícita y actividad prohibida, ambas dos están comprendidas en el terreno de lo ilícito aplicándoles el art. 19 LS, no advirtiéndose lagunas jurídicas en Ley

1) cfme. Giuseppe B. Portale "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata" en Rivista delle società anno 36a. gennaio-febbraio 1191 fasc. 1o. p. 3 y ss.. Francisco Vincent Chuliá "Introducción al Derecho Mercantil" 4a. Ed. Barcelona 1991. Nos referimos a la infracapitalización material.

de Sociedades. Debemos subrayar la conexión con el resto del sistema jurídico, al que indudablemente vincula el art. 20 LS, pues la ilicitud de esas actividades u objeto derivan de otras normas legales, las cuales determinan la actividad como ilícita, pero quedando involucradas por el art. 19 LS.

El acto en si mismo puede ser lícito, pero nunca la actividad que requería ser autorizada expresa y previamente. El sistema jurídico ha previsto que ciertas empresas deban obtener su autorización previa para desempeñarse como tales <sup>(2)</sup>, además de organizarse jurídicamente a través de un tipo social determinado. Esas actividades bajo fiscalización especial, cumplidas sin previa autorización, son siempre ilícitas.

La ley de Sociedades Comerciales acentúa con rigor el "principio de la tipicidad". No otorga posibilidad de ejercitar la competencia dispositiva para generar relaciones asociativas -personificantes- fuera del numeros clausus de los tipos societarios, disponiendo la nulidad por atipicidad (doc. del art. 17 LS). En las sociedades con actividad prohibida, la competencia dispositiva se encuentra reducida aún más en su numeros clausus, en cuanto a elección del tipo - sólo Sociedad Anónima y cooperativa-, y previo a la efectivización de esa relación societaria, siempre se necesita tener una *empresa* que de sustento al contrato como elemento -organización jurídica-, que marca hoy una diferencia con los contrato con estructura de cambio, pues éstos no necesitan tener una empresa (organización) como base indispensable.

La autorización previa como empresa financiera y su organización conforme esa tipología societaria esta dada en estos casos en protección de terceros consumidores o usuarios del Servicio, dando seguridad jurídica a los negocios, y exigiendo una organización jurídica acorde con el elemento empresa -como unidad económica- <sup>(3)</sup>.

El artículo 20 que trata el *objeto prohibido* en razón del tipo, protege una situación estática, no dinámica, porque inmediatamente que una "empresa no autorizada" comienza a actuar viola la normativa de fondo -que es de orden público

2) En el mismo sentido que lo hace el art. 2084 C.C.L.

3) En el caso de Banca de Hecho, tenemos que considerar al Orden Público Económico que se encuentra afectado, en el caso de no contar con la existencia de una empresa financiera autorizada, debiendo actuar dentro de las dos tipologías posibles, para no violar normas de la Ley de Entidades Financieras que son de orden público económico, y para no eludir el control estatal. No sólo se contraría al orden público de dirección: esto es, en cuanto a política económica se refiere. También se afectaría lo político y social. No son convenientes para la economía nacional que se desarrollen y expandan estas actividades sin control por parte del Estado. La actividad prestada es un servicio público o de interés público. La actividad aludida también viola el orden público de protección: este tiende a proteger a la comunidad, a los ahorristas, que confiaron en las operatorias realizadas, actuando de buena fe. Es por todo ello que se debe proteger a los débiles o pequeños -generándose así la protección del consumidor.

económico con la argumentación apuntada más arriba-. Su actividad se convierte en ilícita, quedando atrapada por la norma del art. 19 LS; no siendo posible que se califique dentro del art. 20 como de actividad prohibida, porque en el derecho argentino este tipo de actividad será siempre ilícita.

Las conclusiones expresadas anteriormente nos llevan a considerar que cuando se realice actividad no autorizada:

- a) no ajustándose a las tipologías societarias necesarias,
  - b) violando las normas de orden público económico en torno a la autorización,
  - c) no contando con una empresa idónea como elemento necesario,
  - d) impidiendo por su propia marginación el control por parte del Estado,
- diremos que sólo se realizaría un negocio ilegal?

En cuanto a interpretación se refiere, la analogía que intenta alguna doctrina y jurisprudencia de englobar la *actividad prohibida* en el supuesto del art. 20 LS que se refiere al "objeto (lícito) pero prohibido en razón del tipo", implica una extensión disvaliosa por ser la norma del art. 20 LS referida a un supuesto específico; pues se intenta hacer decir a la norma lo que la misma no dice, y por no tener en cuenta disposiciones del sistema general que imponen la calificación de *ilícita* de tal actividad cuando no medie expresa autorización de la autoridad de aplicación (actividad lícita si se dan los supuestos del sistema legal general, realizada clandestinamente, o sea sin autorización) <sup>(4)</sup>.

La reciente ley uruguaya recoge esta posición, identificando la actividad ilícita o prohibida, en cuanto mencionadas en el contrato, recogidas ambas como objeto de la sociedad, derivadas de disposiciones generales o en virtud del tipo social elegido, sancionando a la sociedad con la nulidad <sup>(5)</sup>. A su vez identifica la actividad ilícita con la prohibida, o por la comisión de actos ilícitos, como causales

4) Concordamos en general con el meduloso análisis de Jorge O. Zunino "En torno a las denominadas sociedades de objeto lícito y actividad prohibida y su recepción en un fallo" en LL 28 de junio de 1990, y en su libro "Sociedades Comerciales: Disolución y Liquidación" t. II p. 206 y ss., ya referidas en anteriores notas. cfme. Carlos R. Freschi "La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales" en RDCO año 1978 p. 1542. Planteamos con anterioridad esta cuestión en Conferencias en Córdoba, Río Cuarto y Buenos Aires, como así también en la VIII Reunión Conjunta de Academias "Realidad y Derecho", realizada en el año 1989, con publicación de nuestra relatoría en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, correspondientes a dicha reunión. Una más amplia fundamentación y bibliografía puede verse en el trabajo que publicamos en el libro Anomalias Societarias, Ed. Advocatus, Córdoba 1992 disponible a la fecha del Congreso.

5) Ley Uruguaya n° 19060 del año 1990 sobre "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios". Art.23 "(Objeto ilícito. Objeto prohibido). Serán nulas las sociedades cuyo contrato prevea la realización de una actividad ilícita o prohibida, sea con carácter general o en razón de su tipo".

de disolución de la sociedad <sup>(6)</sup>. Resulta una adecuada sistematización de la problemática, aunque no se advierten las sanciones previstas en la ley argentina, por lo que no comportarían normas pluscuamperfectas

Toda interpretación debe contemplar la integridad del sistema normativo y advertir la inserción de la conducta en análisis en la realidad, y sin ingenuidad llegar hasta el fondo de la cuestión, catalogando la actividad como ilícita, para que actúen la totalidad de las sanciones del sistema jurídico argentino <sup>(7)</sup>.

## II - APRECIACIONES COMPLEMENTARIAS

El centro de la cuestión es la sociedad que realiza una actividad que no puede desarrollarse de no mediar una autorización expresa <sup>(8)</sup>.

¿Esta actividad no autorizada es una actividad ilícita o una actividad prohibida, particularmente dentro del alcance de lo dispuesto por los arts. 19 ó 20 LS? Dar respuesta a esta pregunta es uno de los nudos temáticos de esta comunicación.

### 1. Catalogación jurídica de ilegalidades

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera.

En cambio es mucho más factible que una sociedad con objeto lícito realice o desarrolle actividad ilícita. En este supuesto los socios que acrediten buena fe, no responden solidariamente ni pierden el derecho sobre su cuota en la liquidación, aplicándose por remisión del art. 19 las disposiciones referidas en el art. 18 LS. La solución es similar a la de los arts. 1659, 1660 y 1661 C.C.. Sería aplicable también la pérdida de la cuota de liquidación por imperio del art. 1777 C.C. que impone las normas de las sociedades comerciales.

No obstante que la solución del art. 19 LS aparece similar a la del art. 18 LS, cabe apuntar que la misma no implica en sí misma la nulidad del contrato, como bien refiere Zunino <sup>(9)</sup>. Es un caso específico de aplicación de las previsiones del

6) Ley citada en nota anterior, art. 159 inc. 10.

7) Nos referimos a los fallos, considerados en párrafos precedentes que se limitan a no permitir la apertura del concurso preventivo, pero omiten considerar la aplicación de la norma del art. 19 LS, disposición que prevé su aplicación de oficio.

8) Apuntamos concretamente a actividades de radiodifusión, seguros, ahorro y préstamo, bancos, etc.etc., o sea a la radio pirata, a la aseguradora clandestina, a la compañía de ahorro y préstamo marginal, a la mesa de dinero o "interempresaria", denominación de las financieras no autorizadas, de un Banco de hecho u operaciones clandestinas de Banco autorizado.

9) Jorge O. Zunino "Disolución y liquidación" t. 2 p. 208 y ss., donde indica las diversas posiciones sobre el punto.

art. 54 párrafo 3º de la ley de sociedades, donde por razones funcionales se afecta parcialmente los efectos del tipo y se genera una causal de disolución autónoma, como prevé la reciente ley uruguaya.

Otro supuesto que considera la ley es la sociedad cuyo contrato refiera un objeto social lícito, pero que no le sea autorizado al tipo de sociedad.

La doctrina de los autores y judicial ha entrevisto una cuarta categoría. Así como existe objeto ilícito y objeto prohibido, dicen, debe distinguirse entre actividad ilícita y actividad prohibida. Se trataría, según esa posición, de objeto lícito con actividad prohibida por el tipo. Los que la propician sostienen la aplicación por analogía del art. 20 LS.

## 2.Efectos sancionatorios disímiles o diferentes grados de punibilidad

Las tres situaciones contempladas por la ley y la eventual cuarta, comportan ciertos efectos similares y otros disímiles.

Entre los primeros:

a. la calificación de *nulas de nulidad absoluta* que, a nuestro criterio tienen efecto *ex tunc* no sobre la persona jurídica sociedad, sino sobre el tipo elegido, o sea sobre la tipología de segundo grado.

b. consecuente con ello, la nulidad actúa como causal de disolución y liquidación.

c. todos los efectos de las sociedades de hecho, al devenir esta sociedad-persona, por nulidad del tipo, en sociedad de hecho (en paralelo de la sociedad creada de hecho que genera similares efectos). La nulidad absoluta de una sociedad típica, genera *ex tunc* los efectos de la nulidad sobre la relación contractual por la que se adoptó el tipo societario, más no sobre la existencia misma de la sociedad-persona que subsiste pues no puede desaparecer sin ser previamente disuelta.

Entre los segundos:

a. En la sociedad de actividad ilícita, los socios que acrediten buena fe no tienen responsabilidad solidaria, como los de objeto ilícito, actividad ilícita y la supuesta actividad prohibida. En el supuesto de objeto prohibido en razón del tipo no podrían excusar su responsabilidad los socios de buena fe que no hubieran tenido conocimiento.

b. Los socios que acrediten buena fe en la sociedad de actividad ilícita, y todos los socios en la sociedad de objeto prohibido y también los con supuesta actividad prohibida no perderían la cuota de liquidación, como en la sociedad de objeto ilícito o los socios de mala fe en la actividad ilícita.

c. El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción, por no ser viciado originariamente el negocio jurídico

sociedad. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Pero su remisión al art. 18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que - al referirse a la actividad-afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS <sup>(10)</sup>, como hemos señalado precedentemente <sup>(11)</sup>.

### 3. Actividad ilícita

Es un problema doctrinario determinar cuando se genera la actividad ilícita.

La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos). Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia <sup>(12)</sup>. Esa habitualidad determina que ese criterio funcional se encuentra directamente vinculado al reconocimiento de la *empresa* como categoría jurídica.

Para el análisis de ese disenso entre los que sostienen que la actividad financiera clandestina es una actividad prohibida frente a los que la titulan como actividad ilícita, es necesario bucear en el alcance del art. 20 LS que regula las sociedades con objeto prohibido por el tipo, importando un análisis complejo.

### 4. La organización empresarial obligatoria

La Ley de sociedades -indirecta pero concretamente- incide a través de esa norma en las leyes de organización de la actividad del seguro o de la financiera. Imbrica la organización empresarial sustancial o económica, en la Empresa necesaria en ciertas relaciones jurídicas como la bancaria o asegurativa, sin perjuicio que esa organización empresarial tenga determinada organización jurídica societaria que asegure la estabilidad de la organización sustancial o empresarial. Usamos la expresión *organización jurídica o societaria* como sinónimo de *sociedad* y la

10) Sobre el punto puede consultarse nuestros trabajos indicados en el Libro Anomalfas Societarias.

11) O sea que el socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad financiera clandestina como prohibida, y el socio que lo arrastró estaría en su misma situación y no perdería derechos a la cuota de liquidación.

12) Zunino ob. cit. t. II p. 208 y ss.. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" Doctrina Societaria y concursal, t. III p. 15 y ss..

expresión *organización sustancial o empresaria* en un sentido económico, con la idea de empresa, como acto de organización material y humana, para la consecuencia de un fin.

Isaac Halperin <sup>(13)</sup> reseña la evolución de la noción de la organización de la empresa, al punto de transformarse en protagonista del derecho comercial actual y esa noción de empresa ha influido en el derecho contemporáneo del seguro... aunque la contratación con una empresa no es un rasgo específico del contrato de seguro, se da asimismo en el transporte mercantil, en los contratos bancarios, de capitalización y ahorro, de fondos de inversión, etc....

## 5. Organización empresaria y societaria

Analizar la cuestión exige tener en cuenta el doble recaudo que importa el sistema jurídico para la aplicación de sus normas y eventualmente del art. 20 L.S.:

a. la existencia de un Empresario autorizado oficialmente, o sea de un requisito sustancial, de una organización apta para cumplir el servicio concedido o contratos previstos.

b. la adopción de la organización jurídica como sociedad requerida por la norma de autorización.

## 6. Análisis de la invalidez desde el punto de vista del acto o negocio individual

La ley 20091, que regula los aseguradores, como hemos señalado genera una sanción en el art. 61, que se refiere concretamente al acto. La norma regula la "Celebración de contratos al margen de esta ley" y se refiere a los que actúen en ese campo "sin hallarse autorizados para actuar como aseguradores". En un primer párrafo impone una multa, y en el segundo ya en ocasión de celebración de un contrato -no de la mera publicidad- señala que "éstos serán nulos, y la multa se elevará al doble, "sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran respecto de la otra parte en razón de la nulidad". Tiene así una sanción explícita y única dentro del sistema nacional. Sigue así la doctrina comentada precedentemente.

Pero la ley de entidades financieras, como otras actividades bajo control público, no trae similares soluciones. Por ello debe afrontarse la cuestión desde los principios generales del derecho que regulan el acto jurídico.

No cabe el análisis de los actos como violatorios de la organización como

13) Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones año 5 p.1 "Efectos de la noción de empresa de seguros sobre el contrato".

empresa, pues esa ilicitud no se verifica en un acto contemplado individualmente. El examen de un acto jurídico aislado no permite la visualización de la empresa en su integridad.

En relación a un acto en particular, cumplido por un banco de hecho, se podría pensar en aplicar el art. 953 C.C. Pero no es el objeto del acto en sí mismo lo cuestionable, sino la actividad desplegada por uno de los sujetos de la relación jurídica, lo que torna inaplicable esta norma. Estamos frente a la previsión del art. 1066 "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto", disponiendo a continuación el art. 1067 que "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

## 7. Negocio ilícito

Alfredo Orgaz al conceptuar el acto ilícito expresa "*el acto ilícito es todo acto contrario al derecho objetivo, considerado éste en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho sino al conjunto de la legislación*" (14). Esto es aplicable también a la actividad ilícita.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto (15). Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y concordantes C.C.). La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen. Por tal no sería de aplicación la norma del art. 18 C. Civil.

Es que la ilicitud de la actividad no deviene de la estructura interna de la relación jurídica, sino de un elemento externo a la capacidad jurídica de uno de los centros de interés intervinientes: su falta de autorización para realizar determinados negocios. En ese sentido Orgaz (16) enseñaba que "*dentro del amplio campo de*

14) "El daño resarcible" Ed. Marcos Lerner, 1988, pag. 9. Del mismo autor y en el mismo sentido "La ilicitud" p. 19. Lerner, 1973.- En este libro, en nota 2 a pag. 18, refiere la existencia de "autores han pretendido establecer una tercera categoría, la del acto ilegal.

15) cfme. Otaegui Invalidez de los actos societarios p.365; Escuti Sociedad e invalidez: algunos aspectos VI n.53.

16) En "Hechos y actos o negocios Jurídicos", Bs.As. 1963 p.62. En el mismo sentido, el mismo autor en "Los límites de la autonomía de la voluntad" en LL 64-222.



los actos o negocios ineficaces (nulos o anulables) es posible diferenciar dos situaciones generales: unas veces el acto o negocio está permitido o autorizado por la ley, y la nulidad proviene solamente de circunstancias externas y accidentales; p.ej....la omisión de formas requeridas. En estas hipótesis, sería impropio hablar de actos o negocios ilícitos o prohibidos, pues la nulidad se relaciona únicamente con la formación concreta de ellos, y no con su contenido". Conforman esas transcripciones el criterio que venimos exponiendo que no es el acto en sí mismo el prohibido, sino que es la actividad de uno de los sujetos la prohibida o ilícita.

Messineo explicita que negocio ilegal es el llevado a cabo por el sujeto con desprecio de una norma imperativa (y, de ordinario, prohibitiva) "...pero es necesario advertir que el ser contrario a un imperativo no importa automáticamente ilicitud del negocio: debe tratarse de prohibición provista de la sanción civil de nulidad, o sea procedente de norma (coactiva) prohibitiva o más que perfecta (que irroga penalidad y nulidad), o perfecta (que irroga nulidad)...". Dentro de estas las imperfectas que al no contener sanción mantienen el negocio inatacable, o las minus quam perfecta, que manteniendo al negocio inatacable, imponen una penalidad al transgresor. Sobre estas consideraciones pueden agregarse las apreciaciones de Orgaz. Este autor <sup>(17)</sup> distingue en la amplia gama de actos o negocios ineficaces (nulos o anulables) aquellos en que si bien el acto esta autorizado, la nulidad proviene solamente de circunstancias externas o accidentales, en los que no puede hablarse actos ilícitos o prohibidos, pues esta calificación se relaciona únicamente con el contenido de los actos y no con su formación externa.

Betti, a su vez <sup>(18)</sup> sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli <sup>(19)</sup> distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. Se distingue la ilicitud de actuar sin autorización (negocio ilícito),

17) En "Hechos y actos o negocios Jurídicos" pág. 62 y citada en nota anterior.

18) Betti Teoría General del Negocio Jurídico, p.93.

19) Petrocelli "L'antigiuridicità" parte 1 p.7 entendiendo que "un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que es antijurídico....". Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad. Hemos citado en forma contraria a este autor a Orgaz.

marginando el control, de la prohibición de actuar (negocio prohibido) por una figura organizativa no autorizada por la ley.

La ilegalidad de la actuación del intermediador financiero sería independiente de la legalidad o ilegalidad individual de sus actos. El acto en sí mismo sería ajeno a los efectos de esa ilegalidad *funcional*. Auletta hacía una distinción entre *acto* y *actividad*, haciendo oponible una normativa distinta de la actividad, respecto de aquella otra de los actos <sup>(20)</sup>.

Sobre este mismo aspecto, la Cám.Nac.Comercial Sala E. <sup>(21)</sup> sostuvo que si se instrumentó una operatoria mercantil de naturaleza financiera al margen del régimen superintendencial bancario, configurando una banca de hecho, que comporta un acto ilícito, ello no deja de configurar actividad mercantil. La interpretación jurisprudencial sobre la calificación de ilícitas de las actividades de intermediación financiera realizada por sujetos no autorizados ha sido masiva.

## 8. Persona jurídica intermediaria, la invalidez de la actividad

Cuando el ejercicio de la actividad sin autorización la realiza una persona jurídica, la situación esta regulada por las mismas leyes especiales -de bancos, seguros, radiodifusión- que referimos para las personas físicas, y además es alcanzada por las normas de la Ley de sociedades y cooperativas.

Ingresemos ahora en los efectos respecto a los sujetos transgresores, en búsqueda de una norma pluscuamperfecta.

La ley de entidades financieras 21526, como se anticipa, no trae una norma semejante a la del sistema del seguro, pese a que el daño social puede ser mucho mayor.

Frente a una persona física o jurídica como sujeto de la actividad ilícita, en ambos supuestos será aplicable la normativa de la ley de entidades financieras, pero sólo en el segundo supuesto será aplicable la normativa societaria.

La ley de entidades financieras incorpora previsiones, pero si no hay intermediación financiera comprobada será difícil aplicar esas sanciones, particularmente por la *ingenuidad* del ente de aplicación, a la que suma la exigencia del sumario, pese a que esta únicamente vinculado a la promoción de acciones penales <sup>(22)</sup>.

20) Nicolás Salanitro: "Le banche e i contratti bancari" en el Trattato di diritto civile italiano bajo la dirección de F.Vassali (vol.8 tomo 3), en el párrafo 111 sobre "incidencia de disposiciones publicísticas sobre la disciplina de la actividad de la empresa", sostiene que las sanciones deben derivar de la legislación bancaria (cfr. Mario Alberto Bonfanti RDCO año 18 p.370).

21) En el concurso de Lajst, Julio V.-quiebra s. inc. de impugnación de crédito por López Yañez, Juan, C.N. Com. Sala E. 22 de agosto de 1986 en LL 1986-E-67.

22) En julio de 1988 un grupo de diputados se dirigió al Presidente de la H.Cámara de

Fargosi <sup>(23)</sup> sostiene en esa obra que la nulidad absoluta del art. 18 L.S. de las sociedades de objeto ilícito, se refiere a la "*ilicitud del objeto social estáticamente considerado*", en cambio el art. 19 se refiere a la actividad ilícita que impone analizar no el objeto declarado en el estatuto sino la real actividad de la entidad. Ese autor acentúa en sus razonamientos la diferencia existente entre objeto ilícito y el prohibido. En el primer caso el derecho atribuye a ese objeto, y a las actividades o actos en él contenidos, trascendencia negativa, o, dicho en otros términos, le imputa ilicitud. En cambio, en el caso del prohibido, si bien la materia del objeto merece recepción positiva, debe satisfacer determinados requisitos, cargas y condiciones para merecer la tutela de la ley. Y si esos requisitos (v.gr. la utilización de ciertos tipos sociales) no son satisfechos, el derecho priva al sujeto de su tutela, considerando nula la sociedad por él creada para la consecución de esos fines prohibidos.

Este no es el criterio de Orgaz <sup>(24)</sup>, que seguimos, pues partiendo de considerar acto ilícito a aquel que contraría una prohibición legal (acto contrario a derecho) sin ninguna otra consideración (art. 1066) niega la diferenciación señalada entre actos ilícitos e ilegales. Ese autor también distingue entre ilicitud y punibilidad, destacando que la ilicitud no depende de la punibilidad que el sistema imponga al acto, incluso de su falta de punibilidad: la pena o la obligación de resarcir el daño no son elementos de la ilicitud o antijuridicidad, sino eventuales consecuencias del acto ilícito.

Hasta aquí aceptamos lo expresado por Fargosi, pero ese distinguido jurista se plantea un supuesto interesantísimo a los fines de esta comunicación. El caso de sociedades con objeto lícito que desarrollen actividades prohibidas en razón del tipo adoptado. En ese sentido Zaldívar sostiene que si esa actividad le está vedado por ley su realización implicaría una violación de las normas vigentes, por lo que se configuraría un caso típico de ilicitud <sup>(25)</sup>. Y aquí Fargosi sostiene que "*La realización de actos, negocios o actividades esencialmente lícitas (v.gr. bancos y seguros) jamás puede elevarse a categoría de ilícitos, debido a las características personales del sujeto a quien se imputa tal conducta*".

Diputados de la Nación reproduciendo el Proyecto de Ley del Dr. Ricardo Levene nieto, presentado por el Dr. Tomás W. González Cabañas T.P. n. 38 del 27 de junio de 1984, Exp. 806-D-84 de Represión de actividades financieras y bancarias ilícitas. A su vez los Diputados Pugliese y Baglini presentaron un proyecto de Régimen penal para las acciones u omisiones ejecutadas en la actividad financiera n. 2446.- Una interpretación semejante a la indicada en el referido proyecto, que defendimos en ponencia al IV Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, que se corresponde en general con las normas de nuestro sistema jurídico actual, terminaría en horas el sistema financiero paralelo.

23) Alejandro Fargosi Sociedades de objeto prohibido y actividad prohibida en RDCO año 12 p.9 y ss..

24) La ilicitud p.18 nota 2, p. 25, etc..

25) Cuadernos citado p.260.

No coincidimos con las expresiones de Fargosi, por su mismo razonamiento. El mismo sostiene que *"quien lo tiene prohibido no ya siquiera por razones de fondo, sino tan sólo por cuestiones de forma"*. Y estamos de acuerdo con él. Si se tratara de una sociedad autorizada por el BCRA, bajo su control, pero que por un equívoco o por ser posterior la ley de entidades financieras, se hubiera organizado como SRL, cabría la prohibición por el esquema societario. Pero ya hemos visto que son dos los elementos de la prohibición, uno formal de la organización societaria, y otro sustancial de la autorización. La propuesta de Fargosi es sólo válida, si se la acepta, para el primer supuesto, pero no para el segundo. Si se concluyera con Fargosi se llegaría a aceptar que la actividad financiera de una sociedad anónima no autorizada no quedaría cubierta, al escapar del art. 20 LS <sup>(26)</sup>.

Por otra parte debe distinguirse entre acto lícito y actividad ilícita, como lo hemos hecho precedentemente, y como lo ha hecho la jurisprudencia en los casos de concursos de *bancos de hecho*.

Se infringe no la ley de sociedades, sino al sistema financiero. No se trata de una sociedad que, con un tipo no autorizado por la ley de entidades financieras - SRL p.ej.- intenta acceder a la actividad financiera, caso del art. 20, sino una sociedad de cualquier tipo que intenta realizar actividad financiera no autorizada. Ello no configura un acto ilícito -no se involucran los terceros- sino actividad ilícita. No es el acto en sí mismo, al decir de Orgaz <sup>(27)</sup>, en que unas veces esta permitido por la ley, y la nulidad proviene solamente de circunstancias externas, p.ej. la omisión de las formas requeridas. En el caso no es el acto, sino la actividad la descalificada.

Debe recordarse, como corroborante, la jurisprudencia de la cual resulta que quién realiza actividad de intermediación financiera no autorizada está realizando actividades ilícitas. Así lo consideró la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, con fecha 20 de abril de 1988 en autos "Grosso, Juan Carlos y Regalini, Jorge Ismael Soc.de Hecho- Concurso civil" <sup>(28)</sup> donde la primera instancia sostuvo que no corresponde pedir al juez una solución preventiva para mantener una actividad ilegal. La Cámara sostuvo que los presentantes no solicitaron ni por ende obtuvieron la autorización que requiere la ley de entidades financieras para el desarrollo de la actividad elegida, por lo que ahora no pueden pretender el amparo de la ley para continuar con la actividad que venían

26) cfme.LA ECONOMIA DEL DERECHO, LA REALIDAD Y LA EMPRESA BANCARIA. En publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II obras, No. 22 p.205 y ss..

27) Hechos y actos o negocios jurídicos Bs.As. 1963 p.62.

28) RDCO Año 21 1987 p.625.

desarrollando al margen de ella ...al efectuar la presentación, se sabe a ciencia cierta que se esta pidiendo al juez una solución preventiva para mantener una actividad ilegal...”.

Es innecesario ingresar en el análisis si esa actuación ilícita es dolosa o culposa, baste decir que es ilícita o contraria al sistema civil, conforme autoriza el art. 1066 C.C. (cfme.art.1072 C.C.) y por tanto desvalorizada el total de la actividad del intermediario persona jurídica, cuya disolución debe disponerse aún de oficio, practicando la liquidación, con responsabilidad solidaria de todos sus socios y partícipes, con pérdida incluso de las utilidades, salvo acreditación de buena fe.

Esa actividad ilícita, conformada por el sujeto que conoce estar realizando un ilícito civil, es tal en cuanto basta que sea reprobado por el ordenamiento jurídico, en el caso por la ley de entidades financieras, aunque no este prohibido en forma expresa. Esa actividad de intermediación financiera no autorizada es opuesta a la generada e impuesta por el sistema normativo. Representa la omisión del propio deber impuesto por el derecho argentino que impone dos recaudos previos para realizar actividad de intermediación financiera: a) uno formal que es organizarse de determinada forma jurídica, y b) otro sustancial que es obtener la autorización previa, cumpliendo con todos los recaudos de solvencia e idoneidad.

Córdoba, mayo de 1992.