

ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDADES Y ANTIJURIDICIDAD

Efraín Hugo Richard

Generada la ley sobre responsabilidad penal 24.701 de sociedades y en carpeta la ley de extinción de dominio, estaremos sentados muchos años antes de su eventual aplicación, por la irretroactividad de la ley penal, la conexidad de esa responsabilidad penal con condenas a funcionarios públicos y la laxitud del sistema procesal.

Esa laxitud impone referirse al art. 19 de la Ley General de Sociedades argentina –L.G.S.– vigente sin cambio en este aspecto desde al año 1972 que dispone la actuación de oficio ante la advertencia de actividad ilícita en el país de una sociedad, aquí constituida o en el extranjero.

Sin ingresar en si una persona jurídica puede delinquir, de lo que no tenemos dudas es que puede utilizarse por personas humanas para realizar o encubrir ilicitudes –lo advertimos en numerosos casos–, pero existen normas disuasorias-sancionatorias más eficientes que parecen ser ignoradas por leyes recientemente dictadas sobre “responsabilidad penal de las personas jurídicas” o proyectos estancados de “extinción de dominio”.

Si se concreta la reforma a dicho art. 19 L.G.S. se generarán los mismos efectos que criticamos de la ley 24.701.

Como aparece planteado en la ley 24.701 y en el Anteproyecto, los ilícitos corresponderían a temas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales, imputables por jurisdicción penal, pero los “delitos” podrían descubrirse en un conflicto societario o en un concurso o en una quiebra... ¿A qué maraña formal de competencias judiciales nos someteremos? El tema central debe ser la eficiencia para sancionar a los que violen ciertas normas, con un garantismo o derecho de defensa adecuado, pero no el hipergarantismo que se generaría por la imprecisión o el cuestionamiento de jurisdicción, o en el análisis de la planificación empresarial del programa de prevención (complain) por un juez penal ¹.

¹ Ntro. “Proyectos de responsabilidad penal de sociedades y de extinción de dominio: ¿y el art. 19 de la ley de sociedades vigente desde 1972?”, en Revista de Derecho Comercial



I. El sistema sancionatorio societario a la actividad ilícita

Centremos nuestra atención en el art. 19 L.G.S., vigente desde el año 1972. La norma determina “*Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el art. 18 –acoto: el saldo del patrimonio para fomento de educación y responsabilidad solidaria por pasivo social y daños causados-. Los socios que acrediten buena fe quedarán excluidos...*” de esas sanciones. Ante “actividades” ilícitas, entre las que se encuentran las referidas en la ley de responsabilidad penal, el juez penal de oficio, pero también otros jueces, podrían disponer la liquidación y la extinción de dominio en favor del Estado, tema de un proyecto de ley aún no tratado. Y ello podría ser dispuesto actualmente en el caso de sociedades. Se aplicó la norma en la causa “Ballester Rolando Alberto y otros c/ Viparita S.A. s/ sumario”, en la cual la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado N° 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. N° 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la entonces ley de sociedades por actividad ilícita². Ese fallo sobre actividad financiera ilícita y las circunstancias tienen varias connotaciones que califican lo que venimos expresando en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales:

a. Determinar que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa.

b. Respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, distingue entre acto y actividad; que no necesita ser genética, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla.

c. La ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS ¿El *indirect doing business* cumplido por la actividad financiera en el año 2001, y que se sigue desarrollando, tipifica la actividad

y de las Obligaciones N° 285, julio-agosto 2017, p. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina), Buenos Aires, Ed. La Ley.

² Ntro. “Sociedades constituídas en el extranjero (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)”, en libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos” director Daniel R. Vitolo, Ad-Hoc, Bs. Aires 2006, p. 101.

ilícita? Es una clara actividad off shore practicada por o a favor de sociedades constituidas en el extranjero.

La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática, con el alcance que veremos hacia el final. La actividad ilícita es sancionada ³, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada ⁴. En muchos casos, como en el caso Romeo ⁵, el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución Bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho.

El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcta. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la 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 ⁶.

O sea que el socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad, debiendo cargar con la prueba de exoneración por esa causal.

Es un problema doctrinario determinar cuándo 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).

³ Ntro. “La conservación de la empresa” al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

⁴ Ntro. “Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario”, pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos N° 7 noviembre diciembre 2000, Buenos Aires febrero de 2001.

⁵ Revista de las Sociedades y Concursos, Ad Hoc, N° 7 nov.-diciembre 2000, p. 23 con nuestra nota.

⁶ Ntros. “Banca de hecho. Actividad ilícita”, Revista de las Sociedades y Concursos, Buenos Aires, 2000; “Nulidad absoluta de sociedades”, RDPC, 1997-274; “Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)”, el Dial. Express, lunes, 16 de marzo de 2009 - Año XI - N° 2739, www.eldial.com. Sociedades constituidas en el extranjero (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?) en libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos” director Daniel R. Vitolo, Ad-Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial, pero cuya vinculación llevaría a eternizar el proceso.

Fargosi⁷ señaló: "... el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el perseguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 C.C., sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C. Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos". Enfatizó: "Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos. Señaló este autor que "actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común" y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla...". De este modo⁸ cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista sí, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto⁹.

La antijuridicidad, que es presupuesto de la sanción prevista por el art. 19 L.G.S., debe ser referida respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado. En el ámbito civil¹⁰, y como siempre se ha señalado, cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa

⁷ FARGOSI, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario", Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* p. 49 y ss., particularmente p. 59 en adelante.

⁸ FARGOSI ob. cit. p. 66.

⁹ OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365; ESCUTI, Ignacio *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n.53.

¹⁰ Sigue FARGOSI ob. cit. p. 67.

(en el caso no ya el objeto formalmente lícito sino la licitud de las actividades), se impone una sanción, que nada obsta a que sea de naturaleza represiva. ...lo que se trata de impedir es que las sociedades mercantiles sean utilizadas en detrimento del orden jurídico, aprehendido en su completividad...”.

Betti ¹¹ remarca esa concepción de la ilicitud. 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 ¹² distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. Y en tal categoría encuadramos a las sociedades constituidas en el extranjero que no cumplen con la obligación de inscribirse, o a las que actuando en el país violan el sistema normativo argentino simulando haber realizado las operaciones en el exterior. 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 ¹³, como se señala. A modo reiterativo de nuestra posición ¹⁴, traemos a Horacio Roitman

¹¹ BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p. 93.

¹² *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...; el autor del acto ilegal no va contra el derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...”. 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.

¹³ ZUNINO, Jorge *Disolución y liquidación de sociedades* t. II p. 208 y ss., Buenos Aires, Astrea. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo “Acerca del Banquero de Hecho” *Doctrina Societaria y concursal*, t. III p. 15 y ss. Carlos R. Freschi *La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales* en RDCO año 1978 página 1531, en particular p. 1542. VERON, Alberto Víctor *Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Bs. Aires 1987, tomo I p. 128 y ss. VITOLO, Daniel R. *La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios* Errepar diciembre 2002 p. 854 tomo XIV.

¹⁴ Originariamente Ntro. “Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita” en *Anomalías Societarias*, Ed. Advocatus, Córdoba 1992, p. 163 y ss.

y coautores ¹⁵: “La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento¹⁶. Se ha definido ¹⁷ “actividad” como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. La actividad ilícita a la que se refiere el artículo que comentamos, es la realización frecuente ¹⁸ (sin que sea necesaria la habitualidad.), de actos ilícitos dolosos por los socios en calidad de tales, los administradores, y quienes actúen en la gestión como si lo fueran ¹⁹. ...Dado el tenor amplio de su redacción, resulta indiferente a los fines del artículo el hecho de que la actividad ilícita haya sido planeada originariamente o la ilicitud sea sobreviniente ²⁰...Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito, pero podría llegar a serlo atento su magnitud o significado jurídico ²¹. A decir de Richard, un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita ²²: v.gr. la actividad de intermediación

¹⁵ *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. La Ley 2ª. ed. Buenos Aires, tomo I.

¹⁶ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo, SAN MILLAN, Carlos, “*Cuadernos de derecho societario*”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t. 1, p. 259.

¹⁷ ASCARELLI, Tullio, “*Iniciación al estudio del derecho mercantil*”, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 139.

¹⁸ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo, SAN MILLAN, Carlos, “*Cuadernos...*”, op. cit. p. 259.

¹⁹ HALPERIN, Isaac, “*El régimen de nulidad de las sociedades*”, RDCO, 1970, Año 3, p. 560.

²⁰ HALPERIN, Isaac, “*Curso de derecho comercial*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 197, p. 343. En sentido contrario: CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuris.com: Tratándose de una sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, no puede disponerse la nulidad como en el caso del objeto ilícito, porque el vicio no es contemporáneo a la constitución, sino que resulta del funcionamiento del ente; no se trata de un vicio del contrato, sino de una desviación del objeto social.

²¹ HALPERIN, Isaac, “*El régimen...*”, op. cit., p. 560.

²² Resol. IGJ 201, 01/03/2006, en el expte Máximo Battisti y otros - Gindi Corporation N.V. s/ denuncia, RSyC, N° 37, Nov/Dic 2005, p. 322 en igual sentido Resol. IGJ 226, 8/3/2006, en el expte. Viviana Mercedes Lizabe y otros c/ Ticafin SA y otras s/ denuncia, RSyC, N° 37, Nov/Dic 2005, p. 323. La reiterada utilización en el tráfico local de una entidad ficticia cuya constitución fue nula de nulidad absoluta y/o que operó con fines extrasocietarios o en violación de la legislación local que como sujeto de derecho debía aplicársele en plenitud, no se conforma a la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del Cód. Civil y que constituye la razón de ser del art. 19 de la ley 19.550 y ello con prescindencia de la licitud genérica o en abstracto y formalmente que pudieran aparentar tener actos de dicha sociedad en el ejercicio de derechos, ya que la actividad ilícita a que se refiere el citado art. 19 está constituida por múltiples actos que pueden ser lícitos pero que,

financiera no autorizada²³. Agrega Fargosi, que la actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados...se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad²⁴. al tratarse de un caso de desviación del objeto social²⁵, no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación²⁶....A decir de Ri-

concatenados en virtud de la intencionalidad que los origina, entramados unos con otros, conforman una realidad diferenciada que denota ilicitud.

- ²³ Ntro. “*Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*”, El Dial. Express, lunes, 16 de marzo de 2009, Año XI, N° 2739, www.eldial.com. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuris.com: La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de la autoridad de aplicación, en tanto prohibida por la ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS.
- ²⁴ FARGOSI, Horacio, “*Nota sobre Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica*”, LL, 1988-E, p. 66.
- ²⁵ COLOMBRES, Gervasio, “*Curso de derecho societario*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 167; FARGOSI, Horacio, “*Sociedad...*”. Juzgado 6° en lo Comercial de la Capital, Firme, 20/07/1978. - Nieto Rivera, Eduardo c/ Termofer SCA, Manual de Jurisprudencia LL, Ley de Sociedades Comerciales, 1984, p. 47: Cuando el art. 19 LS sanciona con la disolución a aquellas sociedades que teniendo un objeto lícito ejerzan actividad ilícita, además de proceder en consecuencia con los principios que informan la normativa del art. 953 del CC, está sancionando un proceder no computable como actividad societaria a tenor de lo dispuesto por su objeto lícito, pues esa serie de actos no estarían contribuyendo al fin propuesto por los socios al crear el ente.
- ²⁶ HALPERIN, Isaac, “*El régimen...*”, cit., p. 560. Richard, Efraín, 21/05/2010, “*La sociedad civil y el objeto comercial*”, www.micrjurs.com: el supuesto penal del art. 19 LSC, sobre actividad ilícita que autoriza declarar de oficio la disolución y la responsabilidad de socios y administradores. En contra: NISSEN, Ricardo A., “*Ley de sociedades comerciales 19.550 y modificatorias, Comentada, anotada y concordada*”, 3° ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 358. Resol. IGJ 51, 09/01/2006, en el expte. Biasider SA s/ denuncia, RSYC, N° 37, Nov./Dic. 2005, p. 335. Si tanto la sociedad local participada, como las sociedades del exterior han compartido conductas que han importado una desnaturalización funcional que ha tenido la virtualidad del completo desbaratamiento del régimen de publicidad comercial querido por el art. 123 de la ley 19.550, ello importa una actuación que, por su coherencia en la constante inobservancia de ese régimen de orden público, cabe sean asimiladas a una actividad ilícita en los alcances del art. 19 de la ley 19.550, tanto más por haberse tratado de la permanente infracción de un régimen de orden público, lo que autoriza la disolución y liquidación de las entidades, de oficio o a instancia de parte. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuris.com: A la sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, cabe aplicar como sanción el efecto disolutivo y liquidatorio; debiendo descartarse que se trate de un supuesto de nulidad. Juzg. N° 2 de Concursos y Sociedades, Córdoba, 26/05/1986 cit.:

chard, los efectos respecto de ellos pueden ser identificados con las previsiones del art. 54, tercer párrafo, L.G.S.²⁷. Es decir que la responsabilidad dispuesta en el artículo en comentario corresponderá a los socios, a los administradores y a quienes actúen como tales en la gestión social²⁸ en la medida en que no acrediten su buena fe. Respecto a las sociedades extranjeras cabe agregar que constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del art. 19 L.G.S., no sólo por el negocio ilícito en sí mismo sino también por la actuación irregular de la sociedad extranjera violando las disposiciones del art. 124 L.G.S.²⁹.

Si como indica el mensaje de elevación del proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, el objetivo perseguido es la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de ciertos delitos mediante la implementación de programas de integridad y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia de aplicación de la ley penal, nada mejor que recomendar la adecuada funcionalidad societaria y las conductas, bajo el principio de autonomía de la voluntad sin dañar, y en tal caso la asunción de responsabilidad, sea por acción u omisión dentro de lo que se señala como “defecto de organización”, busquemos la solución, por lo menos para las sociedades en la ley específica, conforme a la prelación de normas que impone el art. 150 C.C. y C., y éstas serían entre otras las imperativas del referido art. 19 L.G.S.³⁰.

Un tema interesante son los alcances de las sanciones contenidas en el art. 19 L.G.S.: liquidación con destino del remanente al Estado y responsabilidad solidaria de administradores y socios que no acrediten buena fe. Si hay remanente de liquidación no podrá, en principio, pensarse en responsabilidad de administradores y socios por deudas o daño. Y si se ejercita la responsabilidad será, también en principio por cuanto no hay remanente en la liquidación, sino pasivo insatis-

La fuerza coactiva de la sanción prevista por el art. 19 de la ley 19.550, radica en la misma disolución, que implica la desaparición de la sociedad y la consecuente privación, a todos los socios, del medio jurídico instrumentalmente apto para desarrollar su actividad económica, lo cual lleva después a un régimen específico de liquidación que se aplicará a todos los socios que no logren acreditar su buena fe.

²⁷ Ntro. “*Actividad...*”, op. cit.

²⁸ GRISPO, Jorge D., “*Tratado...*”, op. cit., p. 240: el legislador, con buen criterio ha incluido en esta regla a quienes actúen como administradores sociales, sin que, en lo formal lo sean”.

²⁹ Ntro. “*Actividad...*”, op. cit.

³⁰ Ntro. “La responsabilidad mancomunada en la ley general de sociedades”, en *Institutos del Derecho Comercial a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ediciones D&D, Buenos Aires septiembre de 2016, páginas 69 a 94.

fecho. Ello no empece a que el patrimonio de la sociedad con actividad ilícita se integre con acciones de responsabilidad por daños ejercida por el liquidador contra administradores y socios.

Centremos nuestra atención en la oficiosidad. El art. 19 L.G.S. no descarta el pedido de parte³¹.

Lo novedoso es la oficiosidad, que también se autoriza al determinarse la existencia de nulidades absolutas. Claro que en el caso implica la decisión de liquidación de la sociedad, como una forma de extinción de su vida jurídica, con dos efectos centrales como hemos visto: si no puede satisfacerse el pasivo la responsabilidad de todos los socios que no acrediten buena fe, y si hay exceso patrimonial el mismo no se distribuye entre los socios sino que pasa al acervo estatal.

¿Por qué las largas –interminables– actividades procesales para llegar a finales frustrantes, cuando la herramienta está a disposición? La brinda el art. 19 L.G.S.

Procesalmente podría sostenerse, en el caso de disponerse de oficio la liquidación, que se ha afectado el derecho de defensa. Es la clásica defensa procesal. No creemos admisible esa defensa formal. No hay duda que si alguna autoridad judicial actúa de oficio es porque en el expediente respectivo o en otra actuación fehaciente se ha acreditado la ilicitud. En tal caso el recurso de reposición o el de apelación, según el proceso, servirá para ejercer la defensa a la representación orgánica de la sociedad, basada en la inexactitud de los hechos y de la configuración de la actividad ilícita imputada a la sociedad.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad, sus administradores y representantes, de marginar el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en “requerimientos del mercado”.

Lo importante es la potestad al órgano jurisdiccional, la manda legal del art. 19 L.G.S. para aplicar de oficio las sanciones, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada.

³¹ Ntro. “Aspectos procesales en sociedades y concursos: oficiosidad”, en *Aspectos Procesales en las Sociedades y los Concursos*, libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Legis, Buenos Aires 5/5/2014, dirección de Martín Arecha.

II. El Anteproyecto

Se intenta ahora, en un ordenado Anteproyecto, modificar la previsión del art. 19 L.G.S., incluyendo al art. 18. Se expresa en la Nota de Elevación del 5 de junio de 2019 “16. Lo antedicho se vincula con las disposiciones sobre objeto y actividad ilícitos, que generan nulidades absolutas, pero tampoco tienen efecto retroactivo porque, en rigor jurídico, funcionan como causales de disolución y liquidación. A su respecto, la gravedad de la sanción que establece la ley (el producto de la liquidación pasa al Estado para la educación común), que no tiene fuentes conocidas en el derecho comparado, obligan a precisar razonablemente las condiciones de su aplicación. Por una parte, no es admisible equiparar “ilicitud” con simple “antijuridicidad” y, por ello, se aclara que la ilicitud debe ser de carácter penal. En segundo término, se define la actividad del Art. 19 sobre la base de criterios de continuidad, sistematicidad y principalidad para diferenciarla nítidamente de actos ilícitos aislados, incluso cuando sean reiterados.

Y conforme se norma: “**Art. 18.- Objeto ilícito.** Las sociedades que tengan objeto ilícito son de nulidad absoluta. A los efectos de este artículo y del siguiente, se considera ilícito el objeto de una sociedad cuando prevé actividades sancionadas por las normas penales. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. *Liquidación.* Declarada la nulidad, se procederá a la liquidación por quien designe el Juez. Para satisfacer los derechos de los terceros de buena fe, el liquidador podrá demandar a terceros por lo que adeuden a la sociedad. Realizado el activo y cancelado el pasivo social, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. *Responsabilidad de los administradores y socios.* Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados”. “**Art. 19.- Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita.** Si la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. A los efectos de este artículo se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo anterior.”

Para disponer las sanciones se requiere para calificar como ilícita la actividad “la realización continuada, sistemática y principal de negocios” y además que esas actividades sean “sancionadas por las normas penales”. Una norma que se volverá inaplicable. La actividad delictual deberá haber sido sancionada, la

condena deberá estar firme, y deberá corresponder a la actividad principal de la sociedad, determinarse en el proceso civil posterior que ha sido continuada y sistemática. Un imposible dentro de nuestro sistema judicial hipergarantista. Quizá borrarla sea mejor.

Por supuesto los numerosos casos que hoy podrían quedar enmarcados en el actual art. 19 L.G.S., pasarán por el tiempo de su ejecución y por la falta de tipificación, quedarán liberados del riesgo asumido por las indubitables actividades ilícitas de su funcionalidad.