

SOBRE ACTIVIDAD FINANCIERA ILÍCITA (*off shore* mediante) y CUESTIONES PERIFÉRICAS.

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Fidas, año 8, 2017 2, Buenos Aires agosto 2017, pág. 105

La Dirección de esta Revista me ha solicitado un comentario en torno al fallo que *in extenso* transcribe más arriba –pág. 73 de la misma Revista-. El fallo es trascendente por su propia argumentación y las connotaciones que del mismo se podrán desarrollar con efecto expansivo para la actividad ilícita, particularmente la financiera.

I - LA CUESTIÓN RESUELTA.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, SALA E, en la causa 86657 / 2002 Incidente N° 54 - BANCO GENERAL DE NEGOCIOS S.A. s/QUIEBRA s/INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO POR BEADE DE BARGALLO CIRIO, MARIA MATILDE, en relación a la sentencia del Juzg. 1 Sec. 2 del 2 de abril de 2013, dictó esta sentencia en Buenos Aires, el 2 de junio de 2017, expresando: “Y VISTOS: 1. Los recursos: Santiago Bargalló Beade (en su condición de heredero de su madre y en representación del resto de los sucesores hereditarios de esta última), la sindicatura, Credit Suisse First Boston y J.P Morgan Chase Bank National Association apelaron la resolución de fs. 489/513 en la que el juez de grado hizo lugar a la pretensión revisora incoada en los presentes y declaró admisible la acreencia insinuada en autos, distribuyendo las costas entre las partes en las proporciones establecidas en ese mismo pronunciamiento. La accionante se agravó exclusivamente por el modo en que fueron impuestas las costas (v. en ese sentido el memorial de fs. 538/546 cuyo traslado mereció las respuestas de fs. 613/618, 20/627 y 650/658). En cambio, la sindicatura y los accionistas de la fallida Credit Suisse First Boston y J.P Morgan Chase Bank National Association cuestionaron la decisión en cuanto al fondo de la cuestión; esto es en punto a que se haya considerado procedente la pretensión revisora y que, a consecuencia de ello, se haya declarado verificado el crédito reclamado.”

Seguimos copiando, ante depósitos de los incidentistas en la “Compañía General de Negocios SAIFE (en adelante CGNuy) y en la sociedad inscripta en las Islas Vírgenes Británicas denominada Compañía General de Negocios SA (en adelante CGNbr); responsabilizando al Banco General de Negocios S.A (en adelante BGN) por el incumplimiento contractual incurrido por estas últimas (CGNuy y CGNbr)”.

II - SOBRE EL FALLO.

Es un importante fallo en torno a la admisibilidad de un crédito proveniente de un depósito dinerario en una entidad *off shore*, en la quiebra de un banco argentino vinculado, donde se lo reconoció por la responsabilidad de esta última, ante la resistencia del Síndico de la quiebra y de dos entidades financieras accionistas del banco quebrado, apuntando en medulosos considerandos unánimes: “Actuación de las sociedades *off shore* y la conformación de un grupo societario: Como es sabido, se ha denunciado en autos como presupuesto y debido sustento de la admisión de la pretensión verificadora en el pasivo de la fallida, la pertenencia de esta última a un grupo económico al que habrían pertenecido las sociedades “*off shore*” a

través de las cuales fueron canalizados los fondos cuya devolución se persigue. La comprobación de la existencia de un grupo económico entre sociedades no es tarea fácil para los terceros y mucho más cuando se trata de sociedades extranjeras de las denominadas *off shore*. Las sociedades *off shore* acarrean innumerables inconvenientes en materia de prueba.”

En el caso un depositante en cuentas en el exterior en sociedades *off shore* que operaban en el propio local y con el personal de la fallida, intentaba verificar un crédito, con la oposición de la sindicatura y de dos grandes bancos extranjeros socios de la fallida, haciendo referencia a la norma del art. 19 LGS y al fallo en el caso VIPARITA, continuando el fallo: “Las entidades financieras extranjeras que pretenden ejercer intermediación financiera u operación de cambios deben abrir sucursales en la República Argentina, las que deben radicar efectiva y permanentemente capitales en el país; de la imperatividad de este recaudo resulta que la actuación financiera sin la autorización pertinente debe ser calificada como actividad ilícita al tenor del art. 19 de la ley 19.550 (Richard, Efraín; “Actividad ilícita y sociedad extranjera no inscripta”, Revista de las Sociedades y Concursos”, del 31.08.05, cita: IJ-XXVI-575). Ha de recordarse que ésta ha sido el encuadre legal empleado por la Sala C de esta Cámara en un conocido precedente al confirmar la sentencia de primera instancia (v. “Ballester Rolando Alberto y otro c/ Viparita S.A s/ sumario”, del 23.06.04). Como se dijo, las vinculaciones atribuidas no provienen de participaciones accionarias directas sino de otros instrumentos como lo es el hecho de tener como directores o accionistas a los mismos sujetos. Es decir que, aun cuando no sea posible atribuir la existencia de una vinculación societaria ni contractual entre BGN y aquellas sociedades extranjeras – aunque sí existe esa conexión entre algunas de ellas-, sí es factible detectar la presencia de un nexo que involucra una relación de control “de facto””.

La Cámara, integrada por los juristas ÁNGEL O. SALA, ALFREDO KÖLLIKER FRERS, MATILDE E. BALLERINI, pese a considerar incluído el caso en las previsiones del art. 19 LGS aparentemente no aplicó dicha norma ni condenó consecuentemente por responsabilidad solidaria a los socios. La sociedad fallida (local) era sólo parte de un grupo económico de hecho con las *off shore*, y se limitó a verificar el crédito por responsabilidad, pero el art. 19 LGS se invocó pero no se desarrollaron sus consecuencias de aplicarse integralmente.

Por el los socios y administradores debieron ser declarados solidariamente responsables pero ignoramos si fueron demandados en el principal y la razón por la que dos bancos socios se legitimaron pasivamente en este incidente. La Cámara, al determinar minuciosamente la responsabilidad de la fallida, por vínculo extracontractual –que distinguió por la fecha de los hechos- hizo una compensación de culpas: cconsideraó el dolo de la fallida y las *off shore* por operar ilícitamente en el país, teniendo en cuenta la culpa del depositante que intento evadir impuestos y por eso depositó en una banca *off shore*, pero al existir derecho de consumo de por medio, considero que el dolo licuaba la culpa. Ahora bien, como sanción no le dio privilegio propio del depositante sino solo le verifico el crédito como quirografario por indemnización, como consecuencia lógica de admitirlo por la responsabilidad de la fallida..

Estas son nuestras prietas consideraciones de un fallo prolijamente fundado.

III – ABUSOS DE LA FUNCIONALIDAD SOCIETARIA Y CONCURSOS.

Ante ello viene a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers¹ en otra causa -uno de los votantes en el caso en análisis-, sobre el intento de apartamiento de los verdaderos acreedores: “la realidad cotidiana

¹ En la Resolución del 22 de abril de 2008 en la causa “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, en La Ley del 15.08.2008 pág. 8 con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez.

de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”.

Como compartimos este diagnóstico, tan brutal², es que dirigimos nuestros razonamientos en los 20 últimos años a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades – LGS-³.

IV - LAS DUDAS SOBRE LA SITUACION FÁCTICA.

El impecable fallo nos deja algunas dudas sobre la situación fáctica en el juicio principal:

a. Parecería que no se habría aplicado la sanción prevista en el art. 19 de la ley de sociedades vigente desde el año 1972, pese a la caracterización como ilícita de la actividad de la fallida.

b. Correlativamente no se advierte, de no haberse declarado la responsabilidad solidaria de los socios de la fallida a través de esa norma –no nos imaginamos que se haya intentando una extensión de quiebra-, la motivación de oposición de dos socios de la misma, importantes bancos extranjeros, engarzada con la del Síndico.

c. Si, ante la prueba cuidadosamente relatada, no se infiere que el dinero depositado, claramente recibido en Buenos Aires, se haya trasladado efectivamente a

² En el mismo sentido de la inmoralidad de los negocios puede leerse *Harvard Business School and the propagation of immoral profit strategies*, artículo de Duff Madonal del 6 de abril de 2017 en Neusweek.com donde se señala “By propagating ideologically inspire amorality theories, business schools have actively freed their students from any sense of moral responsibility”. (<http://a.msn.com/r/2/BBztobi?a=1&m=EN-us>)

³ Ntos. “REFORMA CONCURSAL: ¿DE IDEAS O DE NORMAS?” Comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El derecho concursal del Siglo XXI”, Barranquilla, COLOMBIA, 12 al 14 de octubre de 2005, “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007, y *Pespectiva del Derecho de Insolvencia* edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba 2010, y los ensayos que pueden verse en www.acaderc.org.ar.

las sociedades *off shore* que firmaron los certificados, quedando a disposición de los directivos y socios del Banco receptor, conforme surge de la prueba irrefutable sobre la que descansa el fallo (“Aclaraciones en materia probatoria”), que se preocupa en remarcarlo. Debió ser materia de la investigación del Síndico que se resistió a la admisibilidad.

Ello motivará algunos recuerdos y comentarios periféricos que en forma alguna tienden a empañar la solidez del fallo y sus consideraciones conformados en lógica formal y elementos probatorios irrefutables.

V - ALGÚN ASPECTO SOBRE EL QUE HABÍAMOS INCURSIONADO.

La situación de la Compañía General de Negocios S.A. *off shore*, había motivado nuestros comentarios. En realidad eran dos compañías de igual nombre constituídas en países diferentes. El fallo hace referencia a ellas al fundar la responsabilidad del Banco General de Negocios S.A.: “Compañía General de Negocios SAIFE (en adelante CGNuy) y en la sociedad inscripta en las Islas Vírgenes Británicas denominada Compañía General de Negocios SA (en adelante CGNbr); responsabilizando al Banco General de Negocios S.A (en adelante BGN)”. Esa responsabilidad se funda en el fallo en jugosos considerandos sobre “8.3.1 La antijuridicidad, 8.3.2 El daño, 8.3.3 Relación de causalidad e 8.3.4 Imputabilidad o factor de atribución legal de la responsabilidad.

Efectivamente, al caso del Banco General de Negocios y en especial a la Compañía General de Negocios, nos habíamos referido en “CONCURSOS DE SOCIEDADES: ‘ACUERDOS’ Y CORTE SUPREMA”⁴. Allí reiteramos que “La sociedad, como persona jurídica privada, es un instrumento jurídico maravilloso para la organización de esfuerzos: técnicos, laborales y de capitales, generando riqueza y puestos de trabajo en la mayoría de los supuestos. Como instrumento técnico de organización brindado por el legislador para su libre uso, no puede convertirse en un medio para generar daño.

En este aspecto apuntamos a su crisis, en cuanto la incapacidad patrimonial puede generar daños a los terceros que se vinculen contractualmente o no con ese patrimonio independiente. Esa insuficiencia patrimonial suele desembocar en un procedimiento concursal voluntario, o sea generado por la propia sociedad a través de sus órganos de administración y gobierno: Acuerdo Preventivo Extrajudicial o Concurso Preventivo⁵, requiriendo de los acreedores, en propuestas que se les formalizan, importantes quitas, períodos de gracia y espera en escalonadísimos pagos. Esto ha motivado nuestra reacción, sosteniendo el abuso de esos procedimientos, cuando no fraude a la ley. No somos pioneros en ello. Lo marcó la doctrina española. Remarcan esa posición el Camarista rosarino Dr. Edgar Baracat⁶ y el Dr. Marcelo Barreiro⁷, y nos han acompañado Juan Carlos Veiga⁸, y el Abogado y Contador Prof.

⁴ Publicado en *RECURSOS EXTRAORDINARIOS – DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, AAVV Directora Angelina Ferreyra de de la Rúa, Coordinadora Mariana A. Liksenberg, Edición Advocatus, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, diciembre 2016, pág. 461.

⁵ O quiebra pedida por tercero y convertida en procedimiento preventivo.

⁶ BARACAT, Edgard “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?.-”, comunicación a Congreso Nacional de Derecho Procesal, donde apunta “Desde otra dimensión (“no concursal”) se plantea por Efraín Hugo Richard la de desjudicializar la insolvencia de los entes societarios.- Señala que los problemas concursales – o de crisis de empresa – no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación a los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria”.

⁷ Vicepresidente del IIDC, en el ensayo presentado en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal de Cartagena 2014, organizado por el IIDC.

⁸ Miembro también de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR

Jorge Fernando Fushimi⁹. Las normas del Código Civil y Comercial –CCC- y LGS parecerían acentuar esta posición.

Luego y vinculado a respuestas de nuestra Corte y a ese caso remarcábamos: “Sobre el uso abusivo de la técnica organizativa, hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso *“Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.”*¹⁰, disponiendo la apertura de la quiebra en el país de sociedad *off shore* constituida en el extranjero, ante la ilegalidad de la operatoria. La Corte reconoció esa operatoria en el pedido de quiebra en el país de la Compañía General de Negocios, domiciliada en Uruguay y ante un documento aparentemente pagadero en ese país. La petición había sido rechazada en primera y segunda instancia, pero la Corte ordenó receptar la petición al haberse acreditado que tal Compañía extranjera operaba casi con exclusividad en el local de la Ciudad de Buenos Aires del Banco General de Negocios, sistema bien conocido en otras bocas de inversión de otras compañías¹¹. En el auto de procesamiento de Carlos Rhom la Jueza a cargo de la Instrucción sostuvo que *“...no puede sino considerarse que la operación paralela trasciende los límites del país y que la misma pudo llevarse a cabo mediante una participación activa de los funcionarios y de los directivos del Banco General de Negocios SA y de su estructura, puede concluirse que la misma pone en duda la credibilidad del sistema financiero argentino, de la honestidad de sus banqueros y de la política del “buen administrador” que debe primar en esta actividad fundamental para el desarrollo de un país”*.

Después de varios años del *default* del Banco, el cliente obtuvo un reconocimiento judicial de su derecho, que posiblemente será difícil materializar económicamente, salvo que se asuma la aplicación del art. 19 LGS, como lo expresábamos en ese comentario. Entendemos que el fallo de la Cámara se enrola en lo que ha señalado el Presidente de la Corte, el Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti¹² sobre la conveniencia de “tomar decisiones adecuadas y actuar sobre el encauzamiento de la litigiosidad; la orientación del sistema hacia los resultados, es decir, decidir los conflictos, lo que requiere fortalecer las decisiones antes que las tramitaciones y las dilaciones”. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

La cuestión vincula interdisciplinariamente estudios de Derecho Bancario, Tributario, Internacional Privado y Societario, entre otros, valorizando al derecho como sistema de convivencia, no de conveniencia¹³, como impone ahora en forma indubitada el art. 2 CCC.

VI - COMENTARIOS PERIFÉRICOS.

SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

⁹ FUSHIMI, Jorge Fernando (Miembro del Instituto de la Empresa de esa Academia) – RICHARD, Efraín Hugo “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)” t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*.

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo *ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*, publicado en *el Dial Express del lunes 16 de marzo de 2009*.

¹¹Nto. “ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (“*indirect doing business*”) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)” en *Revista el Dial.Express del lunes 16 de marzo de 2009*, y también en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, 2009, y en www.acaderc.org.ar

¹² En “Los desafíos de la Justicia” en *La Voz del Interior* 13 de diciembre de 2009 pág. 10 A.

¹³ Quien quiera conocer más sobre estos aspectos, la declaración del G 20, el referido fallo, el *indirect doing business* y la actividad ilícita puede ver nuestros ensayos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

Pero esas dudas, la persistencia en la actividad financiera ilícita en nuestro país y el encuadre que hace el fallo, nos motiva a divagar sobre cuestiones periféricas de esa y otras actividades ilícitas.

Es que, como lo hemos sostenido reiteradamente, el art. 19 LGS, comporta una sanción que cubre con creces el propósito de los proyectos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de extinción de dominio, por lo menos en torno a sociedades.

No cuestionamos esos proyectos, pero sí el olvido de esta norma y su eventual integración al sistema punitivo. La misma permite superar el tema de la “irretroactividad” de los proyectos, pues rige desde el año 1972.

Las referencias del caso contienen la calificación de ilicitud. Y tal calificación permite tipificar la sanción por “actividad ilícita” contenida en la legislación societaria de nuestro país desde el año 1972, que autoriza ante tal constatación la actuación oficiosa de cualquier juez para disponer la liquidación de la sociedad, con responsabilidad solidaria de socios y administradores con el alcance previsto en el art. 19 LGS¹⁴, que dispone que el remanente de la liquidación pase al dominio del Estado, salvo respecto de la cuota de los socios que acrediten buena fe.

Nuestra posición intenta –dentro del sistema legal vigente y más precisamente desde la normativa societaria- dar un principio de solución para que las personas perjudicadas puedan lograr una satisfacción más o menos inmediata a sus reclamos¹⁵, conforme las previsiones de dicha norma.

Ante estos supuestos –pero también en análisis de la responsabilidad falencial y societaria- cabe apuntar que correspondería por los antecedentes del caso la aplicación del art. 19 LGS atento la actividad ilícita acreditada en los autos. Hemos teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado¹⁶. Es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse, en su reiteración, como actividad ilícita: la actividad de intermediación financiera no autorizada¹⁷. Esto lo recuerda el fallo en análisis. Por otra parte la recepción de un depósito de dinero, o el otorgamiento de préstamos no puede tipificarse como actividad ilícita en sí misma, pero si concatenando esas actividades determinar una situación de intermediación ilícita por su falta de publicidad y autorización. Esa interpretación se advierte, entre otras consideraciones del fallo, en el apartado 9. “La actuación de la inversionista”-

La LGS formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera¹⁸.

¹⁴ Art. 19 LGS: “Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el art. 18. Los socios que acrediten su buena fe quedaran excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo anterior”. Dicho artículo anterior, el 18 LGS dispone: “Objeto ilícito. Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. 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 de la sociedad, 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. 3”Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. 4”Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados”.

¹⁵Trabajos vinculados y otros pueden verse en www.acaderc.org.ar de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias. Sociales de Córdoba.

¹⁶ Nto. “Sociedad en insolvencia y actividad ilícita” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Bs. Aires 2004, tomo XV pág. 313.

¹⁷ Nto. “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 2001.

¹⁸ Tales como la francesa, alemana e italiana. En el Derecho Italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 LS a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone “Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas”. La ley uruguaya n° 16060 de “Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios”

Esa declaración sobre la actividad ilícita tendrá en todos los casos un efecto contaminante de responsabilidad. Efectivamente, si se da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino corresponderá aplicar a éste –al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 LGS a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación.

La justicia se sacó la venda de los ojos, pero no para mirar al justiciable, sino para mirar la prueba y la realidad de los negocios como requería Joaquín Garriguez. Lo importante es la manda legal del art. 19 LGS para aplicarse de oficio, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada, pero dentro de la teoría general de la responsabilidad civil con base subjetiva, previsiones por actividad ilícita deberá ser expansiva a otras modalidades en que las sociedades causan daño a sabiendas.

Sostuvimos –y sostenemos- que es de público y notorio –ilustrada incluso por los medios gráficos y visuales- la actividad *off shore* de sociedades constituidas en el extranjero que operan en nuestro país, amparadas por “cuevas” gestionadas por sociedades que –incluso- se transfieren a buen precio por la magnitud de sus operaciones. Entendíamos -y entendemos con muchos autores, y ahora el fallo en comentario- que el régimen de actuación de sociedades constituidas en el extranjero constituye un sistema de orden público interno, particularmente en cuanto a la publicidad de los actos en beneficio de terceros y del comercio. Su evidente apartamiento, cuando es indubitable, no puede traer otra sanción que la referida en el art. 19 LGS, coincidiendo así en el tema de responsabilidad de socios y administradores frente a terceros, y sanciones mayores por esa violación, salvaguardando a los socios que puedan demostrar su buena fe.

El sistema jurídico determina las normas de convivencia. Una norma que no tenga sanción por su incumplimiento no tiene sentido. Así lo venimos sosteniendo al referirnos a la “Economía del Derecho”¹⁹.

Un supuesto lo es una aseguradora extranjera, que sin cumplir las normas argentinas, venda seguros o capitalizaciones en nuestro país, incluso usando del sistema electrónico, en lo que llamamos *indirect doing business* –lo mismo una representación bancaria o un banco que localmente abriera cuentas en el país y manejara los fondos desde aquí, aspecto que es de público y notorio)²⁰. No hay duda que la misma contraria solapadamente el sistema argentino para evitar controles y/o gastos²¹.

del año 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, “Régimen de nulidades” para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nta. Ley de sociedades, y dentro de la sección XIII “De la disolución” el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. RICHARD, Efraín Hugo *Actividad ilícita de sociedades* I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992 tomo II p. 575.

¹⁹ Nto. *Realidad, Economía y Derecho* en libro colectivo “POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHO – Equilibrios y Desequilibrios”, 2ª reimpression, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2005, y en versión completa en la página electrónica de esa Academia www.acader.unc.edu.ar, Primera parte, apartado IV pág. 95.

²⁰ En “Responsabilidad de los bancos frente al cliente”, libro colectivo bajo la dirección de María E. Kabas de Martorell, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe febrero de 2006, *Responsabilidad de bancos y matrices extranjeras: sobre sucursales y pesificación de depósitos*, pág. 57 a 144.

²¹ Lo sostuvimos, por ejemplo al comentar el libro SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO CON SEDE O PRINCIPAL OBJETO EN LA REPÚBLICA (Editorial El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires febrero 2005, 124 páginas, ante la invitación del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina para presentar este libro en la sesión pública del día 11 de agosto de 2005, en Buenos Aires) de Daniel Roque VITOLLO en el último párrafo de la recensión: “Un último comentario sobre la bibliografía, muy amplia pero al mismo tiempo imposible de abordar hoy todo lo escrito, quizá por ello considerando el art. 124 una norma de policía de Derecho Internacional Privado, la actividad de una sociedad constituida en el extranjero que soslaye la publicidad del art. 124, particularmente por realizar su actividad total o la mayor parte de ella en el país, implicaría una actividad contraria a la legislación del país, en contra de normas imperativas y de orden público, y por tanto una actividad ilícita. Así lo venimos sosteniendo en nuestros últimos artículos sobre el tema, incluso en una reciente publicación dirigida por el distinguido jurista cuyo último libro comentamos, editada aquella con posterioridad a éste. La sanción de irregularidad es una sanción teórica de difícil aplicación frente a una sociedad que explote una empresa

Se ha marcado por la comunidad internacional los riesgos de la actuación *off shore* de sociedades por la falta de regulaciones y supervisión de personas jurídicas e instituciones financieras, impidiendo conocer quiénes son los administradores y beneficiarios últimos, inidentificación de los clientes de entidades financieras, excesiva protección del secreto financiero e ineficiencia de los sistemas de comunicación de operaciones a las autoridades de control²².

Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado²³.

Fargosi²⁴, uno de los firmantes del proyecto de la ley 19.550, señaló al respecto: "... 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"

Centrando la discusión, Fargosi enfatiza: "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 modo²⁵ 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 conjunto²⁶. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y concordantes CC). 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.

Betti²⁷ 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.

exitosa, pues quién se animaría a liquidarla salvo en el supuesto del art. 19 LS, que de ninguna forma descarta la enajenación de la empresa en marcha".

²² VITOLO, Daniel Roque *Sociedades constituidas en el extranjero con sede o principal objeto de la República*, *El Derecho*, Colección Académica, Buenos Aires 2005, pág. 41.

²³ Cfme. nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

²⁴ FARGOSI, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario", Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

²⁵ FARGOSI ob. cit. p. 66.

²⁶ cfme. OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365; ESCUTI, Ignacio *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n.53.

²⁷ BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.

Coherente con ello, en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Vigarita S.A. s/ sumario" 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 ley de sociedades por actividad ilícita.

Ese fallo sobre actividad financiera ilícita y las circunstancias tienen varias connotaciones que califican una actividad de ilícita:

a. La determinación de 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, determina las diferencias entre acto y actividad; que esta 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. Que no se trata de actividad prohibida, regulada por el art. 20 LS.

La cuestión tiene dos facetas: la actuación territorial de sociedades no inscriptas a través de sistemas electrónicos y la actividad financiera ilícita. A nuestro entender cada una de ellas, independientemente, autoriza la calificación de actividad ilícita y las sanciones consiguientes.

Este es un tema central que debe dilucidar la doctrina para no volver letra muerta la ley y con una posición ambigua autorizar la cada vez más inescrupuloso uso de las sociedades, o del uso de la electrónica para simular que un acto ha sido hecho en el exterior.

La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad es automática.

Quienes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero podrían accionar en base a alguno o algunos de los siguientes supuestos de responsabilidad:

a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 in fine de LGS, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva²⁸;

b. la responsabilidad por la existencia del llamado "grupo de jactancia", suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria²⁹, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local,

c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes³⁰, y

²⁸ Recientemente puede verse FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en *Doctrina Societaria* de Errepar setiembre 2001 p. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso "Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23771", fallado por la CFederal de San Martín Sala I 26.4.1994, sosteniendo que la SAFI uruguayaya "no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz. a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b. "la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio...c. los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...". Las sanciones ante la actividad ilícita aparece como una forma de desestimación de la personalidad.

²⁹ Cfme. OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en *Doctrina Societaria y Concursal* de Errepar n° 173, Abril 2002 p. 31.

³⁰ Cfme. nto. *Relaciones de organización.cit.* pág. 279 y ss.

d. por aplicación de la teoría general de responsabilidad de las personas jurídicas definida por el fallo en comentario, bajo irrefutables criterios de lógica formal en análisis de la situación fáctica desplegada por el grupo de sociedades.

VII – ESTRATEGIA JURÍDICA.

En el caso se pone de relieve la astucia legal y la estrategia jurídica, sin expresarlo directamente,: “El sistema legal es una de las condiciones que una empresa en una cualquier plaza utilizará para incrementar su productividad. Tal como señaló Porter ‘las empresas no pueden operar bajo excesiva burocracia regulatoria, que requieren interminables diálogos con el gobierno, ni tampoco pueden operar bajo un sistema judicial que no pueda resolver las disputas de manera rápida y justa’ (1996^a, 210-211) (...) El enfoque sistémico al derecho y al management explicita el impacto del derecho en las fuerzas del mercado, los recursos de una empresa, y las fuerzas del mercado, los recursos de una empresa, y las actividades que comprenden su cadena de valor. (...) Algunas leyes regulan y constriñen, pero otras permiten y proveen herramientas que los administradores de empresas legalmente astutos pueden usar para administrar una empresa de manera más efectiva. (...) el derecho afecta al ambiente competitivo, a los recursos de la empresa, y a las actividades en su cadena de valor (...) la astucia legal puede ser una capacidad dinámica que ofrezca una ventaja competitiva”.³¹

Equívocamente puede verse como una decisión de esa astucia legal usar el incumplimiento de normas o el concurso para trasladar los daños de la crisis patrimonial de una sociedad, a cargo de sus socios a los acreedores.

Remarcado el sentido ético se expresa “(...) la vida se desarrolla, de manera consciente o inconsciente, como una gran estrategia (...) una construcción valiosa de la noción de *estrategia jurídica* puede referir a la *ordenación de los medios* para lograr el *objetivo* general de Derecho perseguido. Remitiéndonos dentro de la especificidad de la táctica a la *táctica jurídica* construimos esta noción abarcando los *medios específicos* para el cumplimiento de la estrategia.(...) Según la propuesta de construcción que sostenemos, el mundo jurídico resulta *integrado* en la *tridimensionalidad* del mundo político. El mundo político consta de actos de coexistencia (*dimensión sociológica*) captados por normas (*dimensión normológica*) y valoración por el complejo de los valores de convivencia (*dimensión axiológica*). En una perspectiva más dinámica, se trata de la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia captados por normas y valorados por el complejo de valores de convivencia.”³²

Se explica así que el sistema jurídico es unitario e impone su análisis integral, particularmente ante las nuevas disposiciones del CCC en el art. 2° del Título Preliminar, que refiere a la unidad del sistema jurídico, integrándolo no sólo con normas sino con valores.³³

“El optar por la naturaleza prudencial del razonamiento jurídico interpretativo, nos pone a cubierto de cierto relativismo en que incurren aquellos que contemporáneamente recurren exclusivamente a la retórica (...) lo retórico implica la necesidad de mostrar la razonabilidad y justicia de la determinación jurídica contenida en la conclusión del silogismo prudencial(...)”.³⁴

³¹ BAGLEY, Constance E. “¿Qué tiene que ver el Derecho? Un enfoque sistémico del Management”, traducción autorizada de Sebastián Heredia Querro del artículo de la Profesora de la Escuela de Negocios de Harvard del 10 de abril de 2006.

³² CIURO CALADANI, Miguel Ángel “La recuperación de la aptitud estratégica, una necesidad de la juridicidad actual”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario Edición Especial 55° Aniversario de la Creación de la Escuela de Derecho*, n° 21 . tomo I, Rosario, República Argentina 2014, pág. 97 y ss..

³³ Nto. “Sobre el título Preliminar del Proyecto de Código Civil” en EL DERECHO 252-diario del 5 de abril de 2013.

³⁴ VIGO, Rodolfo L. (h.) “La interpretación de la ley como saber prudencial retórico”, en EL DERECHO, tomo 112, diario del 19 de abril de 1985.

Ciertas prácticas normativas que aparecen como normales o el uso de la legislación concursal se despliega con retórica y justificativos económicos, pero sin análisis del sistema jurídico integral, incluso con prácticas *contra legem*.³⁵ “¿Está herido el derecho? No como norma, pero si como precepto rector de la conducta de una comunidad.”³⁶

Se impone un riguroso control normativo para acotar esa aparente legalidad. No podemos convertirnos en un país al margen de la ley como sostiene Nino, aunque quizá lo seamos. Los auxiliares del derecho no podemos transformar supuestas estrategias legales para violar normas impositivas para el equilibrio social o para generar daños impunemente amparados por estructuras societarias sofisticadas.

VII - CONCLUYENDO

No veremos, sin duda, la conclusión de este juicio, ni de las actuaciones judiciales que investigan hoy sofisticados casos de corrupción a través de sociedades que han impulsado proyectos de responsabilidad “penal” de personas jurídicas y de extinción de dominio.

Nos despediremos preocupados por la limitadísima aplicación de la sanción prevista por el art. 19 LGS, y recordando en torno a la “prescriptibilidad” las consideraciones de un fallo de nuestro mayor Tribunal, sin ser optimistas de como terminó el caso pues luego de alejados del control de la Corte puede haber ocurrido cualquier cosa. Ese fallo recayó en “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”³⁷, donde se apuntó que “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre 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”. La aplicación del fallo de la Corte con su criterio axiológico valorativo podía –y puede- variar integralmente el futuro económico de nuestro país, pero dudamos lo que pueda haber ocurrido en la continuidad o ejecutividad de ese mismo juicio, y menos esperanza tenemos de la expansión de ese ejemplificador pronunciamiento.

Fallos como el que comentamos nos esperan en el rol del derecho en el restablecimiento del contrato social. Quizá hará falta menos trámites para alcanzar el equilibrio, y que las garantías procesales no sean usadas por los auxiliares de la justicia para entorpecerla.

Seamos optimistas...

³⁵ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, La Ley tomo 2013-B-diario del 4 de marzo de 2013.

³⁶ Nto. “La economía del Derecho” en La Ley Actualidad del 18 de abril de 1989, Comunicación presentada a la 7ª. Reunion Conjunta de Academias de Derecho (Córdoba, 10/12 de noviembre de 1988) sobre “Economía y Derecho”.

³⁷Publicado en: LA LEY2002-E, 863.