

TÍTULO:	ILICITUD Y ACTIVIDAD SOCIETARIA: ¿UNA NORMATIVA INEFICIENTE?
AUTOR/ES:	Camerini, Marcelo A.; Richard, Efraín H.
PUBLICACIÓN:	Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)
TOMO/BOLETÍN:	XXXII
PÁGINA:	-
MES:	Septiembre
AÑO:	2020
OTROS DATOS:	-

MARCELO A. CAMERINI
EFRAÍN H. RICHARD

ILICITUD Y ACTIVIDAD SOCIETARIA: ¿UNA NORMATIVA INEFICIENTE?

Interrogante sobre si la legislación argentina es eficiente para sancionar actividades ilícitas o es necesario coartar la libertad en la generación de ciertos tipos societarios, a raíz de la sanción de la ley 27349, que contempla un estructura integral para fomentar el desarrollo de los emprendedores y que finalizó con la creación de un nuevo tipo de sociedades, las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), que por su estructura, funcionamiento y constitución resuelven la necesidad de protección jurídica del emprendedor.

Los tipos societarios no son en sí ilícitos ni antijurídicos. Sí lo puede ser su actividad -total o parcial-. Y ante ello nos preguntamos si la legislación argentina es eficiente para sancionar esa actividad o es necesario coartar la libertad en la generación de ciertos tipos societarios.

Nuestro lema, con el que convocamos al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa en noviembre de 2022 en la Universidad Nacional de Córdoba, es de "Libertad bajo responsabilidad".

Y la cuestión aparece así motivadora de estas líneas, que nos unen nuevamente.⁽¹⁾

I - INTRODUCCIÓN

La sanción de la [ley 27349](#) ("la ley") constituyó un paso significativo en nuestra legislación al receptarse un conjunto de ideas e institutos jurídicos que tienen por finalidad apoyar la innovación, al emprendedor⁽²⁾ y al capital emprendedor.

El siglo XXI es el siglo de la tecnología, del cambio de paradigmas sobre cuestiones que el hombre viene utilizando desde hace cinco siglos y que empiezan a cambiar; basta como ejemplos la disminución del soporte papel y su reemplazo por el soporte digital, o el reemplazo en muchas actividades de la mano de obra humana por el robot, etc.

Esto claro está, trae aparejado dificultades, que son las relativas al cambio y la adecuación que debemos hacer los seres humanos para dejar las zonas de confort de lo conocido y comenzar a intentar abordar la utilización de instrumentos y sistemas absolutamente diferentes y desconocidos. Ante ello, la primera respuesta es la negación o la desacreditación de lo nuevo. La resistencia al cambio.

La ley está dividida en cinco grandes ejes temáticos, que son: a) apoyo al capital emprendedor; b) tratamiento impositivo; c) fondo fiduciario para el desarrollo del capital emprendedor ("FONCE"); d) sistemas de financiamiento colectivo (*crowdfunding*) y e) sociedades por acciones simplificadas ("SAS").⁽³⁾

Es decir, el legislador contempló en la ley una estructura integral para fomentar el desarrollo de los emprendedores. Esta integración sistémica finalizó con la creación de un nuevo tipo de sociedades (SAS) que, por su estructura, funcionamiento y constitución, resuelven la necesidad de protección jurídica del emprendedor.

La ley puso a la vanguardia a nuestro país en la materia, en momentos donde es necesario mejorar los niveles de desempleo, introducir a los jóvenes al sistema laboral, mejorar la calidad del empleo y sus bajos ingresos: todas estas cuestiones que están afectando a la sociedad argentina encuentran en el emprendedurismo la herramienta que permite ensamblar los aspectos económicos, empresariales y personales que son de particular interés para el sujeto en concreto, teniendo como premisa que "el objeto final de toda acción económica y empresarial es el desarrollo integral de la persona".⁽⁴⁾

Sentando entonces que el inicio de una actividad, bajo un emprendimiento empresarial, es un factor de reconocimiento y posicionamiento social para la persona humana, pero sobreviene el trasfondo económico que tiene que ver en cómo dar apoyo al emprendedor, porque hasta alcanzar poder convertirse en un empresario el emprendedor al inicio solo tiene una idea, la cual cree que puede ser exitosa; desde ese momento, para poder lograr que esa idea se transforme en una empresa,

es necesario vertebrar un procedimiento con distintas herramientas jurídicas, procesales, financieras, tributarias y societarias que faciliten la tramitación para la creación, evolución y registro de la persona jurídica que resguarde ese incipiente negocio que comienza a desarrollar el emprendedor.⁽⁵⁾

II - LA IMPORTANCIA DE LA CULTURA EMPRENDEDORA Y LA EMPRESA

Debemos reconocer que hay poca atención en la relación que existe entre economía y derecho, y además en el caso debemos agregar al emprendedor en esta relación.

Qué queremos decir con esto: que debería ser una consigna social el fomento del emprendedor por el interés económico que tiene para un país, ya que se constituye en una palanca para la creación de micro, pequeñas y medianas empresas, siendo necesario que tanto el sector público como el sector privado apoyen para su viabilidad, productividad, competitividad y sustentabilidad a esta nueva empresa.

Nueva empresa que sin duda se basa en un plan de negocios, aunque sea rudimentario, incipiente, pequeño, pero que hace imaginable su viabilidad económica y social (v. gr. [art. 100, L. 19550](#) -LGS-).

El espíritu empresarial y la innovación son el combustible del crecimiento económico, del empleo y la prosperidad. Hay una tendencia que indica que los países con el mayor nivel de actividad empresarial presentan los mayores niveles de crecimiento en su producto nacional bruto y en su nivel de empleo.⁽⁶⁾ Al menos una tercera parte de las tasas de crecimiento económico pueden explicarse por las actividades desarrolladas por las nuevas empresas.⁽⁷⁾

Pero para ello debemos comenzar por reconocer que el concepto de empresa es capitalista por excelencia, de un capitalismo de inversión, empresarial. La visión del empresario se desarrolla justamente en un modelo económico de libertad de empresa y de disposición del Estado para que el privado pueda acumular capital libremente y sin injerencia que le limite su ingreso y crecimiento dentro del mercado.

En nuestro país, existe un sistema económico mixto, con preponderancia del sector privado frente al sector público en lo relativo a actividades empresariales, pero sin embargo hay una gravitación del Estado sobre el sector privado mediante una variedad amplia de reglamentaciones, impuestos, subvenciones, retenciones, etc.⁽⁸⁾, que desincentivan la creación de empresas.

Ello sumado a una cultura social, antiempresarial, fundada en un preconceito sobre la dudosa eficiencia y el alto costo de los bienes y servicios creados por las empresas privadas versus la relativa ineficiencia pero el bajo costo de los bienes o servicios creados por empresas del Estado. Siendo esta puja conceptual más que rivalidades ideológicas, palmaria demostración del paradigma estatista de la sociedad argentina⁽⁹⁾ y del desprecio por el riesgo y el capital privado.

III - LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS)

Sobre la base conceptual que hemos ido desarrollando en los puntos precedentes, debemos comenzar por preguntarnos: ¿qué motiva a los emprendedores para iniciar una "aventura" empresarial? La respuesta más recurrente tiene normalmente dos itinerarios. La detección de una oportunidad de mercado que es interesante de abordar o la necesidad de salir adelante y crear una empresa como alternativa al desempleo. Cualquiera de las dos vías tiene riesgo. Ya sabemos que el perfil emprendedor responde a alguien dispuesto a asumir riesgos.

Frente a esto, es necesario remover lo más posible los obstáculos de un emprendedor para que logre finalmente concretar la formación de una empresa.⁽¹⁰⁾

Entonces, lo primero que debe hacerse es permitirle acceder a una estructura societaria simple, moderna, desprovista de rigorismos formales vacíos de importancias, de bajo costo y de rápida inscripción. La respuesta la dio en forma acabada la ley a través de la SAS, estableciendo su constitución por medios digitales ([art. 35](#)), objeto social amplio y plural [[art. 36, inc. 4](#)], capital social mínimo -equivalente a dos veces el monto del salario mínimo vital y móvil- ([art. 40](#)), libre autonomía de la voluntad para establecer la estructura interna social y el contrato de sociedad ([art. 49](#)), arbitraje para la resolución de conflictos ([art. 57](#)), libros digitales ([art. 58](#)), etc. y además su inscripción ante el Registro respectivo hace que se le otorgue la CUIT y la apertura de una cuenta corriente bancaria ([art. 60](#)), estas dos últimas cosas realmente un avance de significación por las dificultades y trabas que existen cuando una sociedad recién constituida tiene que inscribirse en la AFIP y tramitar en un banco la apertura de una cuenta corriente.

Como vemos, por un lado, es necesario limitar la responsabilidad del emprendedor⁽¹¹⁾ a través de la constitución de una sociedad y, por el otro, es también requisito indispensable que la estructura societaria que contenga esta nueva empresa en nacimiento sea lo suficientemente flexible para adaptarse al formato de desolvimiento que requiere personas humanas, cuyo objetivo es crear una empresa, no depender de estructuras y procesos rígidos y costosos.⁽¹²⁾

Para atender a la actual realidad (postmodernidad), donde se requieren normas más flexibles y mayor libertad mediante herramientas jurídicas que permitan mayores facilidades para el desarrollo de pequeños y medianos emprendimientos, generalmente originados en iniciativas de familia, de modo que, por ejemplo, un conflicto personal o emotivo no se lleve a pique toda una estructura productiva, y es allí donde reside la inteligencia del legislador al crear la SAS como un tipo de sociedad comercial, con estructura propia y por fuera de la LGS y sus modificatorias. Algo que ya habían hecho otros países, con resultado muy halagüeño.

La SAS es un avance significativo en cuanto a la modernización de nuestro derecho societario, pues resulta de la búsqueda de un instrumento jurídico idóneo que permite el acceso a la limitación de la responsabilidad, que combina amplísimas posibilidades de estipulación contractual, pues su componente normativo imperativo es mínimo y lo que se regula es puramente supletorio de la voluntad de las partes. Esta normativa recoge la idea de la microempresa y las innovaciones más recientes e importantes del derecho societario contemporáneo, especialmente el desarrollado en los Estados Unidos de América⁽¹³⁾ y Francia⁽¹⁴⁾.

No tenemos duda de que la tendencia imperante es hacia la autorregulación en el derecho societario contemporáneo y se corresponde a una cadena de medidas tendientes a hacer efectivo el postulado de la autonomía de la voluntad, el cual se refleja en la posibilidad de una amplísima libertad contractual para la regulación de las relaciones de quien o quienes se aventuren a constituir una sociedad comercial para desarrollar un negocio, claro está con la consecuente responsabilidad por los actos que se realicen con el vehículo social. Lo que está perfectamente acentuado en la concepción del [artículo 150^{\(15\)}](#) del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo.).

Frente a críticas sobre este nuevo tipo de sociedad, es importante que nos preguntemos sobre la conceptualización de la sociedad en el siglo XXI, y si ella no merece un nuevo enfoque, y para ello es necesario reflexionar sobre las transformaciones del Derecho Societario y seguir insistiendo en la necesidad de unificar criterios. La tarea no es fácil, de lo que sí estamos seguros es que oponerse a la tecnología y a la libertad contractual en un mundo globalizado es como oponerse a la ley de la gravedad.

IV - ¿PUEDEN LAS SOCIEDADES SER VEHÍCULO DE ILICITUD?

Una primera pregunta que resulta del todo relevante para comprender el sistema de responsabilidad civil es aquella que refiere a la acepción de lo ilícito o antijurídico. Si bien el análisis que debe efectuarse respecto de esta institución es sobre el fondo, creemos de igual forma que algunas ideas sobre el concepto de lo ilícito pueden revelar algunos cuestionamientos sobre su origen y evolución.

Tradicionalmente existen dos grandes posturas que hacen referencia a la antijuridicidad. La primera de ellas es la que refiere a un concepto objetivo, que implica que la conducta sea contraria al orden jurídico establecido⁽¹⁶⁾. La antijuridicidad es una especie de conducta transgresora de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone a los individuos.

En consecuencia, la antijuridicidad mirada desde una concepción objetiva es la conducta que de alguna manera contradice lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, y, al mismo tiempo, no entra en el juicio específico de reproche del agente considerando si ha obrado con culpa o dolo, sino que solo existe una valoración formal de la conducta del mismo.⁽¹⁷⁾

Sin embargo, fue la doctrina penal la que se encargó de establecer una diferenciación entre el elemento antijuridicidad respecto de los demás requisitos del delito (en este caso del delito penal).

Entonces, podemos sintetizar que toda antijuridicidad comprende dos aspectos: a) una infracción de la voluntad general objetivada en el Derecho; b) la imputabilidad.

Sentado lo anterior, ha llegado el momento en que nos preguntemos si se puede legislar y también posteriormente reglamentar sobre un determinado tipo de sociedad, fundando el análisis respecto de los actos antijurídicos o ilícitos instrumentados con ese tipo de sociedad. ¿Son las estructuras sociedad-empresas las que viabilizan las conductas delictuales o son las personas humanas quienes utilizan esas estructuras para delinquir o contrariar el sistema jurídico? ¿Paga el justo por el pecador?

V - ANTIJURIDICIDAD SOCIETARIA E IMPUTABILIDAD DE RESPONSABILIDAD⁽¹⁸⁾

Una actividad ilícita puede ser realizada por una sociedad de cualquier tipo social, incluso de las referidas en la Sección 4 de la LGS. Ninguna sociedad va a adoptar como objeto una actividad ilícita, aunque lo prevé el [artículo 18](#) de la LGS. Solo podría ocurrir que una actividad lícita fuera considerada legislativamente como ilícita en el futuro (fabricación de armas). En efecto, advertida la actividad ilícita, la misma debería ser declarada de oficio, generando la liquidación de la sociedad con responsabilidad solidaria de administradores y socios, con limitados efectos respecto de los socios que acrediten buena fe, pues la antijuridicidad o ilicitud no les sería imputable a los mismos.

La LGS, en su última versión aprobada por la [ley 26994](#), mantiene una sanción para las sociedades de objeto lícito con actividad ilícita.

El [artículo 19 de la LGS](#) expresamente dispone: "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 artículo 18...". El [artículo 18 de la LGS](#) señala respecto a los administradores y socios: "...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 por los perjuicios causados".

A su vez, el mismo artículo 19 de la LGS permite una desimputación de responsabilidad basada en la imputabilidad, exonerando de responsabilidad a "los socios que acrediten buena fe, que quedarán exceptuados" de la responsabilidad -si el patrimonio social fuere insuficiente- o de la pérdida de la cuota de liquidación si hubiere remanente. Lo que resulta de la combinación de las previsiones de los artículos 18 y 19 de la LGS antes citados.

Se trata de una sanción que impone la liquidación de la sociedad que realizara objetivamente la actividad ilícita -catalogada así por la legislación civil, administrativa, impositiva o penal-, la responsabilidad ante la existencia de un patrimonio insuficiente y, en caso de existir superávit patrimonial, "el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva". O sea, un incentivo para que el sistema federal vigile la legalidad de las sociedades en su jurisdicción. Sin duda una herramienta desperdiciada por los jueces penales o concursales en cuyos tribunales se ha constatado la actividad ilícita de una sociedad. Y sobran ejemplos.

VI - VINCULACIÓN CON LA EFICIENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Acabamos de ingresar en un tema sensible, el artículo 19 de la LGS disponible en nuestro país desde el año 1972 en que inició su vigencia la ley de sociedades comerciales 19550 (LSC), que presenta escasísima aplicación, pese a los inúmeros

casos en que pudo haber sido aplicado, y de la invocación de actividad ilícita con la que se suele legislar.

En efecto, ello motivó el dictado de la [ley 27401](#)⁽¹⁹⁾, mereciendo la opinión de penalistas y privatistas⁽²⁰⁾, advirtiendo el maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción. Se apunta "[d]e un tiempo a esta parte ... vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de claras malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños"⁽²¹⁾.

Es que la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares; en ocasiones, del titular de esas potestades (funcionario público), pero muchas veces también de terceros (que no ocupan un rol funcional en la administración) relacionados con contrataciones estatales, prestatarias de servicios tercerizados, que pueden provocar estas malas prácticas⁽²²⁾. Una estrategia consiste en establecer sistemas de doble imputación en donde se prevean formas de responsabilidad penal individual y paralelamente la imputación penal de la persona jurídica con conductas desviadas, y así previene la referida ley 27401 (ley de responsabilidad penal empresarial), de cuya eficacia hemos dudado.

En ese sentido, rescatamos los dichos de Cesano⁽²³⁾: "...la casación nacional, en el mismo precedente 'Peugeot Citroën Argentina SA', a través de los votos de los jueces Riggi y Tragant, sostuvo que el argumento que dice que responsabilizar penalmente al ente ideal afecta el principio de personalidad por cuanto la sanción alcanza a socios inocentes 'no tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que sí tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta de los individuos ... que la componen'". La misma línea argumental fue sostenida por dicha Sala en "Inversora Kilmy SA s/recurso de casación"⁽²⁴⁾, y está atendida por el artículo 19 de la LGS.

El diseño del sistema de imputación penal de las personas colectivas de esa ley parece priorizar un modelo de responsabilidad por defecto de organización, ello podría generar bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica, ya que una empresa podría contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal.⁽²⁵⁾

La posible limitada sanción que prevé para la sociedad con actividad ilícita debe estar precedida por una condena a un funcionario público y al defecto de organización de la sociedad. Dudamos de que llegue a aplicarse y, en caso positivo, será después de muchos años de litigios.

Es un texto legal inmaduro y una manifestación más de un Derecho Penal puramente simbólico.

VII - LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LGS Y SU RELACIÓN CON ESTA PROBLEMÁTICA

Pero volvamos a nuestra LGS con drásticas soluciones de liquidación de la sociedad, responsabilidad de administradores e incluso de socios que no acreditaran buena fe y -en caso de sobrantes- la extinción de dominio en favor del Estado.

Ya hemos referido los efectos. La norma enfrenta una actividad contraria al sistema jurídico, al orden público. Similar a las previsiones y efectos de la nulidad absoluta del [artículo 397](#)⁽²⁶⁾ del CCyCo.- y acordes con la existencia de personalidad, o sea, de relaciones de organización personificadas, aparece la previsión de actividad ilícita.

Acercamos alguna doctrina tradicional. Al respecto Horacio Fargosi⁽²⁷⁾, uno de los firmantes del proyecto de la LSC, 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 artículo 1655 del Código Civil -CC-, sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los artículos 944, 953 y concordantes del CC. Esa es la razón de ser del artículo 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos". Agregando: "Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos". Para luego afirmar: "...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 modo⁽²⁸⁾, 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 el 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 conjunto⁽²⁹⁾. La sucesión de actos orientados entre sí en finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Por su parte, Betti⁽³⁰⁾ 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⁽³¹⁾ distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho.

La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento⁽³²⁾. Se ha definido⁽³³⁾ "actividad" como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. 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⁽³⁴⁾. Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito, pero podría llegar a serlo atento a su magnitud⁽³⁵⁾ o significado jurídico.⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾

Hemos sostenido que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración como actividad ilícita: v. gr. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁽³⁸⁾. La actividad no requiere estar dirigida a un sujeto o sujetos determinados y esto marca una diferencia significativa con el acto jurídico, que naturalmente supone un destinatario, lo que

hace necesario el establecimiento de pautas especiales de interpretación, ya que se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad⁽³⁹⁾. Por ello, al tratarse de un caso de desviación del objeto social⁽⁴⁰⁾, no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación⁽⁴¹⁾. Respecto a las sociedades extranjeras, cabe agregar que, constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del [artículo 19 de la LGS](#) no solo por el negocio ilícito en sí mismo, sino también por la actuación irregular de esa sociedad violando el [artículo 124 de la LGS](#).⁽⁴²⁾

Es importante señalar que es posible que la actividad empresarial lícita pueda conservarse, liquidando en block -incluso con cargo a mantener los puestos de trabajo- la organización de bienes y servicios, obviamente eliminada la actividad ilícita.

Caso paradigmático es la causa "Ballester, Rolando Alberto y otros c/Viparita SA s/sumario", en la cual la Cámara Nacional en lo Comercial, sentencia del 23/6/2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3/4/2001) del Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 11 a cargo del Dr. M. Bargallo, sec. Nº 21), en la cual se dispuso aplicar las previsiones del artículo 19 de la entonces LSC por actividad ilícita⁽⁴³⁾. Ese fallo tiene connotaciones en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales, como ser: 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; c) 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; d) la ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el artículo 19 de la LS; e) que no se trata de actividad prohibida, regulada por el artículo 20 de la LS y f) la antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática.⁽⁴⁴⁾

El artículo 19 de la LGS es técnica y doctrinariamente correcto. La remisión al artículo 18 de la LGS 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 total, nos permitimos identificar el efecto sobre los socios que acrediten buena fe⁽⁴⁵⁾, y no estar alcanzados por la previsión integratoria del [artículo 167](#)⁽⁴⁶⁾ -in fine- del CCyCo.

En una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema legal argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, antimonopolio o anti-trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registrales de publicidad. Las que den prebendas a funcionarios públicos para obtener beneficios o dejar fuera del mercado a competidoras. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

Importante es la manda legal del [artículo 19 de la LGS](#) para aplicarse de oficio por el juez de cualquier competencia donde se acrediten actividades ilícitas, se trata de no cerrar los ojos.

A su vez, el derecho de defensa está asegurado con la recurribilidad de la resolución que dispusiera la aplicación del artículo 19 de la LGS.

VIII - ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Este comentario se hace para que funcionarios del Gobierno Nacional tomen conciencia de las herramientas con que cuentan en nuestra legislación para enfrentar maniobras de magnitud en numerosas sociedades comerciales, accionando por la nulidad absoluta de las maniobras realizadas por sus administradores y accionistas, que generarán acciones de reintegro y responsabilidad en beneficio de esas sociedades y del erario público, y de la conveniencia del análisis en forma integridad del sistema jurídico como manda el [artículo 2](#)⁽⁴⁷⁾ del CCyCo.

La complejidad de las prácticas ilícitas y su conexidad entre personas jurídicas, sus representantes orgánicos, socios de control, socios de buena fe y terceros, aconsejan un prolijo examen de las normas dictadas y en análisis sobre las que hemos formalizado las presentes reflexiones.

La libertad organizativa debe ser privilegiada para propender el desarrollo de actividades productivas en nuestro país, de nuevas inversiones, que generen puestos de trabajo y recursos impositivos para atender las legítimas obligaciones del Estado.

A su vez, las ilicitudes deben ser sancionadas rápidamente, desalentando la actividad contraria a derecho. Quizá este sea el punto que debería concentrar el interés de los tres poderes constitucionales: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Una lucha efectiva contra esta forma de criminalidad no requiere la previsión de un sistema de imputación corporativa. Por el contrario, la utilización de ciertas disposiciones del Derecho Comercial vigente, junto al perfeccionamiento de algunas figuras delictivas, puede constituir un medio eficiente para enfrentar estas formas delictivas.

En el orden de las figuras delictivas, de *lege ferenda*, la inclusión de la figura del soborno entre privados que prevé el anteproyecto de reforma al Código Penal constituye un innegable avance al cubrir una laguna de impunidad.

Merece destacarse la norma sancionatoria contenida en la LGS, por cuanto permite ser declarada de oficio, asegura el derecho de defensa por su cuestionamiento apelativo, no requiere que la ilicitud sea penal, consagra la responsabilidad solidaria de administradores y socios -subsumiendo largos juicios en tal sentido-, autoriza a que los socios de buena fe puedan ser excluidos de las sanciones, no afecta a terceros y, de haber remanente en la liquidación de la sociedad, se produce una suerte de "extinción de dominio". A su vez, la liquidación de la sociedad con actividad ilícita no impide la transferencia de las actividades lícitas viables que desarrollase. Muchas causas que se han desarrollado o desarrollan en nuestro país -o en el mundo- encontrarían un buen marco basado en la justicia, equidad y buena fe, en la aplicación de la referida norma.

Nos debemos imperiosamente asegurar de que el sistema judicial pueda actuar eficiente y oficiosamente para restablecer el sistema jurídico y reparar los daños resarcibles ante actividades ilícitas.

En definitiva, solo nos guía una absoluta vocación por la plena vigencia de un orden jurídico integral en nuestro país, donde toda actuación de sociedades se encuentre compelida a dar estricto cumplimiento a la normativa vigente o, en caso contrario, sufrir las consecuencias que correspondan, todo ello de cara a una mayor seguridad jurídica integral. Objetivo que no se satisface castigando o persiguiendo tipos societarios (per se), sino la actividad ilegal que pueda desarrollar cualquier tipo de sociedad.

Notas:

- (1) Antes, sobre este tema, lo hicimos en Camerini y Richard: "El caso 'Curatola' y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita" - RDCO - pág. 701 - T. B Doctrina - Año 42 - T. 2009 B - Ed. Abeledo Perrot - Bs. As. - 2009
- (2) El término "emprendimiento" para la Real Academia Española (RAE) supone "acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro"
- (3) Barreira Delfino, Eduardo y Camerini, Marcelo A.: "Financiación para emprendedores y sociedades por acciones simplificadas (SAS). Análisis integral del sistema. Ley 27349" - Ed. Ad-Hoc - 2018
- (4) García Echeverría, Santiago: "Paro juvenil: sociedad y economía claves para su respuesta" - Documentos de trabajo Nº 351 - Universidad de Alcalá - Instituto de Dirección y Organización de Empresas (IDOE) - Alcalá, España - Año 2013 - pág. 6
- (5) Ortiz García, Pilar y Millán Jiménez, Ana M.: "Emprendedores y empresas: la construcción social del emprendedor" - Lan harremanak: Revista de relaciones laborales - Nº 24 - 2011 - pág. 227
- (6) Varela, Rodrigo: "Innovación empresarial: arte y ciencia en la creación de empresas" - Prentice Hall - Bogotá - 2001 - pág. 35
- (7) Varela, Rodrigo: "Innovación empresarial: arte y ciencia en la creación de empresas" - Prentice Hall - Bogotá - 2001 - pág. 35
- (8) Stiglitz, Joseph: "La económica del sector público" - Ed. Antoni Bosch - Barcelona - pág. 12
- (9) Siempre nos preocupó el riesgo de responsabilidad de Directores y Síndicos de las sociedades con participación estatal mayoritaria sobre la cobertura del déficit operativo y la congruencia de la información que debe contener la memoria sobre la viabilidad del ejercicio inmediato
- (10) Narváez García, José I.; Narváez Bonnet, Jorge E. y Narváez Bonnet, Olga S.: "Derecho de la empresa" - 1ª ed. - Bogotá, DC - Ed. Legis - 2008 - págs. 83/100
- (11) En cuanto no genere daño a sabiendas
- (12) Velásquez Restrepo, Carlos A.: "Orden societario" - 2ª ed. - Medellín - Señal Editora - 2004 - págs. 381/9. Agregamos que es un incentivo a la inversión la baja de los costes de la mediación jurídica, o sea, de honorarios, trámites burocráticos, inmovilización de fondos, alargamientos de plazos para la iniciación de la actividad
- (13) Reyes Villamizar, Francisco: "Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada" - 3ª ed. - Bogotá, DC - Ed. Legis - 2006 - pág. 115
- (14) El nombre de la SAS varió pasando a denominarse *société por actions simplifiée*, variación denominativa debida en parte a la conveniencia de subrayar el *intuitu personae*, pero, sobre todo, al deseo de evitar que las directivas comunitarias en materia de sociedades contaminasen a la SAS. Ver Le Cannu, Paul (1994): *Un nouveau Lie de savoir faire contractuel; La société por actions simplifiée, defrenou* - Nº 35933 - pág. 1345
- (15) Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:
- por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;
 - por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
 - por las normas supletorias de leyes especiales o, en su defecto, por las de este Título.
- Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades
- (16) Alterini, Atilio: "El incumplimiento considerado en sí propio (enfoque objetivo del ilícito civil)" - Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales - Bs. As. - 1963 - págs. 30/1. "Ilícito puede serlo solo el acto voluntario, pero la ilicitud está usada allí en sentido subjetivo. Igualmente puede haber una ilicitud objetiva ... nos estamos refiriendo al elemento material de la ilicitud, a la transgresión normativa, al incumplimiento considerado en sí propio"
- (17) Alterini, Atilio: "El incumplimiento considerado en sí propio (enfoque objetivo del ilícito civil)" - Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales - Bs. As. - 1963 - págs. 30/1
- (18) En el referido ensayo Camerini y Richard: "El caso 'Curatola' y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita", citado hicimos un análisis más amplio de supuestos de ilicitud realizados a través de sociedades que sugerimos consultar
- (19) Ver Barreira Delfino, Eduardo y Camerini, Marcelo A.: "La abstrusa responsabilidad penal de las empresas" - Diario El Derecho - 16/2/2020
- (20) Cesano, José D.; Lascano, Carlos J. y Richard, Efraín H.: "Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada" - X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica - Madrid - España - 22, 23 y 24/11/2018, realizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en la Sección 1: "Estado de derecho: defensa frente al populismo y la corrupción" - www.acaderc.org.ar, página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
- (21) Conf. Queralt Jiménez, Joan J.: "La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales", en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores): "Política criminal y reforma penal" - coedición Edisofer - B de F - Madrid - Bs. As. - Montevideo - 2007 - pág. 401
- (22) Sobre estos aspectos, conf. Sáez Capel, José: "Corrupción en el sector privado", en David Baigún y Nicolás García Rivas: "Delincuencia económica y corrupción" - Ed. Ediar - Bs. As. - 2006 - págs. 73/4

- (23) Cesano, José D.: "Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica" - Ed. Ediar - Bs. As. - 2007 - pág. 132 y ss.
- (24) "Inversora Kilmy SA s/recurso de casación" - Casación Penal - Sala III - 4/12/2002
- (25) De Luca, Javier A.: "Problemas contemporáneos de la delincuencia económica" - Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal - "La reforma penal del nuevo milenio", en el encuentro organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba - Córdoba - 14 y 15/9/2017 - 3° Panel - Parte especial - Delitos Económicos, inédita
- (26) **Art. 397** - La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad
- (27) Fargosi, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario" - Ed. Ábaco - Bs. As. - 1978, el artículo "Sociedad y actividad ilícita" - pág. 49 y ss., particularmente pág. 59 en adelante
- (28) Fargosi, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario" - Ed. Ábaco - Bs. As. - 1978, el artículo "Sociedad y actividad ilícita" - pág. 66
- (29) Otaegui, Julio C.: "Invalidez de los actos societarios" - pág. 365; Escuti, Ignacio: "Sociedad e invalidez: algunos aspectos" - RDCO - VI - Nº 53
- (30) Betti, Emilio: "Teoría general del negocio jurídico" - pág. 93
- (31) L'antigiuridicità - parte 1 - pág. 7
- (32) Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael; Ragazzi, Guillermo; Rovira, Alfredo y San Millán, Carlos: "Cuadernos de derecho societario" - Ed. Macchi - Bs. As. - 1973 - T. 1 - pág. 259
- (33) Ascarelli, Tullio: "Iniciación al estudio del derecho mercantil" - Ed. Bosch - Barcelona - 1962 - pág. 139
- (34) Halperín, Isaac: "Curso de derecho comercial" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1997 - pág. 343
- (35) Ej.: una enorme operación de contrabando
- (36) Ej.: un monopolio prohibido
- (37) Halperín, Isaac: "El régimen de nulidad de las sociedades" - RDCO - 1970 - Año 3 - pág. 560
- (38) Richard, E. H.: "Actividad ilícita de sociedad extranjera (*indirectdoingbusiness*) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)" - El Dial Express - 16/3/2009 - Año XI - Nº 2739. "Ballester, Rolando Alberto y otros c/Viparita SA s/sumario" - CNCom. - 23/6/2004, www.microjuris.com: la actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de autoridad de aplicación, en tanto prohibida por ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS
- (39) Fargosi, Horacio: "Nota sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica" - LL - 1988-E - pág. 66
- (40) Colombres, Gervasio: "Curso de derecho societario" - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 1972 - pág. 167
- (41) Halperín, Isaac: "El régimen de nulidad de las sociedades" - RDCO - 1970 - Año 3 - pág. 560
- (42) Richard, E. H.: "Actividad ilícita de sociedad extranjera (*indirectdoingbusiness*) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)" - El Dial Express - 16/3/2009 - Año XI - Nº 2739
- (43) Richard, E. H.: "Sociedades constituidas en el extranjero (en torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)", en "La estructura societaria y sus conflictos" - Dir. Daniel R. Vítolo - Ed. Ad Hoc - Bs. As. - 2006 - pág. 101 y ss.
- (44) Richard, E. H.: "Actividad ilícita de sociedades" - Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Huerta Grande - octubre de 1992 - Actas - T. II - pág. 575; "Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: la empresa de seguros" en "Derecho y empresa" - Revista de la Universidad Austral - Facultad de Ciencias Empresariales - Año 1997 - números 7 y 8 - Rosario - marzo de 1998 - pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi, en libro colectivo de nuestra coordinación "Anomalías societarias" - Ed. Advocatus. "Actividades ilícitas. Banca de hecho" - Ed. Advocatus - julio de 1992; "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 - Nº 7 - noviembre-diciembre/2000 - Bs. As. - febrero/2001.
- (45) Richard, E. H.: "Banca de hecho. Actividad ilícita" - Revista de las Sociedades y Concursos - Bs. As. - 2000; "Nulidad absoluta de sociedades" - RDPC - 1997-274; "Actividad ilícita de sociedad extranjera (*indirectdoingbusiness*) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)" - El Dial Express - 16/3/2009 - Año XI - Nº 2739. "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" - Dir. Daniel R. Vítolo - Ed. Ad Hoc - Bs. As. - 2006 - pág. 101 y ss.
- (46) **Art. 167** - ... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto
- (47) **Art. 2** - La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento