

## **SOCIEDAD CON ACTIVIDAD ILICITA. ANOMALIAS SOCIETARIAS.**

Sumario: La sociedad de hecho existente entre actor y demandados al haberse celebrado con el propósito deliberado de transgredir el reglamento para la quiniela, se encuentra comprendida en el art. 18 de la ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760) y, por tanto 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. CNCom. ,SALA B , abril 22 - 981 --- Kravetz, Mauricio c. Blanco Barros, Antonio y otro) ED, 93-557 -JL, 981-18-527 Voces:QUINIELA ; SOCIEDAD DE HECHO ACCN:64088 Sección:SUM  
sactilic

### **SOCIEDAD CON ACTIVIDAD NO AUTORIZADA Y ACTIVIDAD ILICITA**

por Efraín Hugo Richard.

**Son ilícitos ciertos actos que en si mismos son lícitos, cuando su repetición implica cumplir una actividad que el sistema normativa sujeta a autorización previa.**

#### INDICE:

1. PRESENTACION DEL TEMA.- 2. CATALOGACIÓN JURIDICA DE ILEGALIDADES.- 3. EFECTOS SANCIONATORIOS DISÍMILES O DIFERENTES GRADOS DE PUNIBILIDAD.-
4. ACTIVIDAD ILICITA.- 5. COMPLEJIDAD DE LA CUESTIÓN.- 6. LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIA OBLIGATORIA.- 8. DISTINCION ENTRE ORGANIZACIÓN EMPRESARIA Y SOCIETARIA.- 9. CONCEPTO DE EMPRESA PARA LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA.- 10. ANÁLISIS DE LA INVALIDEZ DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ACTO O NEGOCIO INDIVIDUAL.- 11. NEGOCIO ILÍCITO.-12. PERSONA FÍSICA INTERMEDIARIA. ANÁLISIS DE INVALIDEZ DE LA ACTIVIDAD. LEY 21526.-
13. PERSONA JURÍDICA INTERMEDIARIA. ANÁLISIS DE LA INVALIDEZ DE LA ACTIVIDAD.- 14. EL NUEVO DERECHO COMERCIAL.- 15. REMISIÓN PARCIAL DEL ART. 20 AL ART.18 LS.- 16. EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD CON ACTIVIDAD NO AUTORIZADA (BANCA DE HECHO, ASEGURADORA NO

AUTORIZADA).-17. ACTIVIDAD CLANDESTINA DE SUJETO AUTORIZADO.- 18. LA VERIFICACIÓN POR PARTE DE ACREEDORES DE UNA BANCA DE HECHO. EL CASO LAJZT. LOS PLENARIOS TRANSLINIE Y DIFRY.- 19. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## 1. PRESENTACION DEL TEMA.

Nos hemos de referir en este trabajo, que resumimos oralmente en el curso de post grado en homenaje al Prof. Héctor Cámara, a la sociedad que realiza una actividad no autorizada, mejor dicho que realiza una actividad que no puede desarrollarse de no mediar una autorización expresa.

Pero esta sola expresión no sería suficiente para expresar el contenido de ese trabajo, por cuanto si una sociedad realizara una actividad no prevista en su contrato se generaría un problema de imputabilidad a la sociedad de los actos cumplidos por sus representantes. En algunos casos el acto en sí podría ser imputado, en otros quizá no. El problema de imputación de cada acto estaría vinculado a las relaciones con terceros.

No hay duda que el ejercicio habitual, en una serie de actos, de una actividad no prevista en el objeto social, o sea que lo exorbite, autorizaría a los socios a remover a los administradores y hacerlos responsables de los daños causados. Y esa responsabilidad sería al margen de la imputabilidad o no a la sociedad de los actos cumplidos. Así visto sería un problema de las relaciones internas de la sociedad.

Pero la actividad "no autorizada" a la que nos estamos refiriendo es, con más precisión, la cumplida por la sociedad, quizá con decisiones internas y sin problemas de imputación externa que perjudique a terceros, cumpliendo una actividad que corresponde a "empresas" que deben contar con expresa autorización para ello.

Apuntamos concretamente a actividades de radiodifusión, seguros, ahorro y préstamo, bancos, etc.etc., o sea a la radio pirata, a la aseguradora clandestina, a la compañía de ahorro y préstamo marginal, a la mesa de dinero o "interempresaria", denominación eufemística de las

financieras no autorizadas. La actividad financiera espúrea puede realizarse por un Banco de hecho o por la realización de operaciones clandestinas por Banco autorizado.

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

## 2. CATALOGACIÓN JURIDICA DE ILEGALIDADES.

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera (<sup>1</sup>).

El art. 18 L.S. norma en torno al objeto ilícito, o sea a la sociedad que ostenta en su contrato constitutivo un objeto como núcleo de las actividades a desarrollar. Se refiere concretamente al objeto social, art. 11 inc.3 LS, que no debe confundirse con el objeto del contrato (<sup>2</sup>). La indicación expresa de un objeto social contrario al orden público, moral o buenas costumbres, o prohibido por el sistema jurídico, genera una sanción expresa: la aparente nulidad absoluta de la sociedad, y aquel dispositivo legal implica una serie de consecuencias que sintetizamos:

a. la nulidad genera el efecto ex tunc, idéntico al sistema civil general -doctrina art. 1050 C.C., en relación al formal contrato constituído de la tipología societaria o sea que afecta al

---

<sup>1</sup>) 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 más reciente ley de sociedades llegada a nuestro poder, la ley uruguaya n° 16060 de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" 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.

<sup>2</sup>) Debe distinguirse entre objeto social, al que nos estamos refiriendo, del objeto del contrato de sociedad, como hace Rodolfo Fontanarrosa -Derecho Comercial Argentino. tomo II Doctrina General de los Contratos Comerciales, pág.40 y ss.-, pues por objeto del contrato ha de entenderse a las prestaciones y/o aportes a que se obligan los asociados, y el

objeto social consiste en el ámbito de actividades económicas prefijado en el contrato o acto constitutivo. El objeto social es una forma de darse la noción de empresa en la relación societaria, al decir de Colombes. El objeto social delimita la normativa legal -aspecto estático- dentro de la que debe desarrollar las actividades -aspecto dinámico- la organización societaria -administración y representación (doctrina art. 58 LS)- para que una relación jurídica sea imputable a la sociedad.

tipo societario y no a la existencia de la relación societaria, pues la sociedad subsiste como persona jurídica.

b. La personalidad jurídica subsiste, hasta la liquidación, por tanto la sociedad queda devenida de hecho, sin que los socios puedan alegar la existencia de la sociedad, ni aun para demandar a terceros o reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas.

c. Obviamente que el liquidador sí puede reclamar esa contribución, y los socios al final de la liquidación pueden reclamarse entre sí lo que deberían haber soportado por su responsabilidad solidaria (efectos de la solidaridad interna o pasiva).

d. Los socios pierden, conforme una norma pluscuamperfecta que genera una doble sanción: nulidad y una pena, la pérdida de todo derecho sobre el remante de liquidación o su cuota de liquidación. Esta sociedad nula, devenida de hecho, se diferencia de las otras de hecho -creadas o devenidas tales- en que no puede regularizarse, por haber perdido los socios el derecho a la cuota de liquidación.

e. El proceso de liquidación puede ser reclamada a pedido de parte o de oficio.

El supuesto es casi de biblioteca, pues no puede presumirse que a sabiendas los socios constituyan sociedad pactando en su instrumento formativo que ésta desarrolle un objeto ilícito, salvo que el mismo sea sobreviniente, en cuyo caso cabe la modificación del objeto social sin sanción. De todas formas tiene un sentido moralizador y actúa por presencia como disuasivo, a través de una norma pluscuamperfecta: nulidad y sanciones pecuniarias y de responsabilidad.

En cambio es mucho más factible que una sociedad con objeto lícito realice o desarrolle actividad ilícita. En este supuesto, que examinaremos más adelante, los socios que acrediten buena fe, no responden solidariamente ni pierden el derecho sobre su cuota en la liquidación, aplicándose por remisión del art. 19 las disposiciones referidas en el art. 18 comentado <sup>(3)</sup>. La solución es similar a la de los arts. 1659, 1660 y 1661 C.C., que refieren la nulidad, la inoponibilidad del

---

<sup>3)</sup> Dentro de este supuesto es posible que los socios de buena fe pudieran regularizar la sociedad, perdiendo los socios sancionados lo que les correspondiera por la resolución parcial, pues el resultado sería idéntico a que en la liquidación, los socios de buena fe afectaran la cuota de liquidación que les corresponde a constituir nueva sociedad. El resultado económico debe ser el mismo y aplicar un extremo formalismo que imponga necesariamente la liquidación por aplicar literalmente la ley y no por diferencias de criterio de valuación -por ejemplo-, sería auspiciar un abuso de derecho.

contrato, la responsabilidad solidaria, lo que importa una agravación de responsabilidad. Sería aplicable también la pérdida de la cuota de liquidación por imperio del art. 1777 C.C. que impone las normas de las sociedades comerciales <sup>(4)</sup>.

No obstante que la solución del art. 19 LS aparece similar a la del art. 18 LS, cabe apuntar que la misma no implica en si misma la nulidad del contrato, como bien refiere Zunino <sup>(5)</sup>. Es un caso específico de aplicación de las previsiones del art. 54 párrafo 3º de la ley de sociedades, donde por razones funcionales se afecta parcialmente los efectos del tipo y se genera una causal de disolución autónoma <sup>(6)</sup>, como expresamente prevé la reciente ley uruguaya.

Otro supuesto que considera la ley es la sociedad cuyo contrato refiera un objeto social lícito, pero que no le sea autorizado al tipo de sociedad. Es el caso de una sociedad colectiva que tenga objeto de intermediación financiera o de seguros. A ello se refiere el art. 20 LS. También se las considera nulas de nulidad absoluta, todos los socios serían responsables solidariamente pero no perderían el derecho a la cuota de liquidación por expresa remisión a la norma del 18 con la referida exclusión por el art. 20 LS.

La hipótesis del párrafo anterior es el caso de objeto prohibido por el tipo de la organización societaria, y no a objeto prohibido, que entendemos debe ser equiparado a objeto ilícito. Cuando hablamos de "objeto prohibido" no lo hacemos como "objeto prohibido para un tipo social" sino para cualquier tipo social, como puede ser el que una sociedad anónima "ejerciera la medicina", pues ese ejercicio es propio de personas físicas, al que podría auxiliar una organización jurídica societaria, pero no sustituir.

La doctrina de los autores y judicial ha entrevisto una cuarta categoría. Así como existe objeto ilícito y objeto prohibido, dicen, debe distinguirse entre actividad ilícita y actividad

---

<sup>4)</sup> También en este supuesto la sociedad civil regular, por efecto de la nulidad absoluta devendría en sociedad de hecho, más no desaparecería la relación societaria de base ni la personalidad jurídica alcanzada.

<sup>5)</sup> Jorge O. Zunino "Disolución y liquidación" t. 2 p. 208 y ss., donde indica las diversas posiciones sobre el punto.

<sup>6)</sup> Las causales de disolución no se agotan en la enumeración del art. 94 LS. El art. 19 implica una sanción similar a la prevista en el art. 54.3 LS de extensión de responsabilidad por violación de la relación funcional societaria. No se afecta la relación societaria de base, sino los efectos del tipo.

prohibida. Se trataría, según esa posición, de objeto lícito con actividad prohibida por el tipo. Los que la propician sostienen que es aplicable por analogía el art. 20 LS.. Amplían la aplicación del art. 20 LS., ampliación que formalizan a través de la analogía, lo que no resulta aconsejable en este supuesto, pues enfrenta a otra norma sancionatoria: la del art. 19 LS, afectando el orden público. La misma situación, referida a la actividad financiera clandestina, es catalogada por otra doctrina como objeto lícito que encubre actividad ilícita. Los arts. 1657 y 1658 C.C. impone al socio las consecuencias de los actos prohibidos, y no se pueden exigir cuentas entre ellos por lo que hubieren adquirido los socios por medios prohibidos, aún obrando a nombre de la sociedad (art. 1656 C.C.).

### 3 .EFECTOS SANCIONATORIOS DISÍMILES O DIFERENTES GRADOS DE PUNIBILIDAD.

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

Entre los primeros:

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

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

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

Entre los segundos:

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

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

c. El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción, por no ser viciado originariamente el negocio jurídico sociedad. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Pero su remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS (<sup>7</sup>), como hemos señalado precedentemente.

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

#### 4. ACTIVIDAD ILICITA.

---

<sup>7</sup>) Sobre el punto puede consultarse nuestros trabajos "Sociedad y contratos asociativos" Ed.Zavalía, Buenos Aires 1987. En "V Reunión conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales", Córdoba, octubre de 1986,sobre el tema "Persona y derecho" publicada en el tomo XXV de los Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, págs.81. Intervención en la VI Reunión Conjunta de Academias de Derecho, correspondiente al año 1987, que obra a p.510 del tomo XXVI de Anales de la Academia de Córdoba. "En torno a la personalidad jurídica de las sociedades", ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche abril 1989, y publicación similar en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 1989 Centenario, pág. 207 y ss..Ponencia a la 1a. Conferencia Internacional sobre la unificación, San Miguel de Tucumán 22 al 24 de octubre 1987 "Persona jurídica, sociedad y contratos asociativos en la Unificación del Derecho Privado". Ponencia "Personalidad y tipicidad" en Jornadas Nacionales sobre unificación de las obligaciones civiles y Comerciales, organizadas por el Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires 4-5 de Diciembre de 1986. Ponencia "Tipicidad societaria. Tipología societaria y responsabilidad" en III Congreso de Derecho Societario, Salta octubre de 1982. En prensa en Revista Jurídica del Banco Nación: Disertación sobre aspectos modernos del derecho societario, en reunión de Abogados del Banco de la Nación Argentina, Córdoba 1989. Libro "Derecho Civil y Comercial - Cuestiones actuales" en Homenaje a Antonio Buteler Cáceres "La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica en la ley de sociedades comerciales" p. 467 y ss.- Ed. Advocatus Córdoba 1990-, y especialmente "Nuevamente en torno a la inoponibilidad de la personalidad jurídica" en tomo IV de Doctrina Societaria y Concursal, ed. Errepar, Buenos Aires 1991.

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

La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos).

Particularmente en la banca de hecho, un acto aún de magnitud no implicaría una intermediación, sino eventualmente una mera mediación <sup>(8)</sup>, no existe la transformación en el manejo de recursos financieros que implica la actividad de intermediación financiera.

Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia <sup>(9)</sup>.

En orden a habitualidad para configurar una actividad financiera podríamos decir que ese criterio funcional se encuentra directamente vinculado al reconocimiento de la "empresa" como categoría jurídica <sup>(10)</sup>.

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

---

<sup>8)</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Federal Sala III en fallo del 7.10.82 en "Cía. Franco Suiza de Inversiones S.A." sentó que la habitualidad de las operaciones a que se refiere el art. 3 de la ley 18061 y art. 1 de la ley 21526 es definible al igual que la profesión habitual de los actos de comercio como su reiteración más o menos prolongada, extremo que debe considerarse configurado cuando las actividades se cumplieron durante casi ocho meses. Esa misma Cámara no discrimina entre mediación e intermediación, como lo hace Labanca -ED 123-194- por lo cual sería menester excluir de los alcances de la ley de entidades financieras las operaciones bancarias corrientes, toda vez que en ellas los bancos no se limitan a actuar como intermediarios, acercado a la oferta y la demanda para dejarlas luego en libertad de realizar su negocio jurídico, sino que su papel es más activo e identificable con el típico acto de comercio, que consiste en adquirir a título oneroso la propiedad o el uso de un bien, para luego, en un segundo caso, transmitir a terceros tales derechos.

<sup>9)</sup> Zunino ob. cit. t. II p. 208 y ss.. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" Doctrina Societaria y concursal, t. III p. 15 y ss..

<sup>10)</sup> La Ley de Emergencia Económica 23697 mantiene la noción de empresas de interés público, reteniendo el sistema de nominatividad obligatoria a sociedades sujetas a regímenes legales específicos, para aquellas categorías de personas jurídicas que su objeto o actividad afecte, a criterio del Poder Ejecutivo Nacional, "el interés, la defensa o la seguridad del Estado". Cfme. Guillermo E. Ragazzi "Notas acerca del régimen vigente sobre la forma de circulación de las acciones" en Doctrina Societaria y Concursal t. III p. 1.

trusts, 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.

## 5. COMPLEJIDAD DE LA CUESTIÓN.

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

La ley de sociedades refiere un supuesto que no encuentra referencias dentro de la misma ley. Supone que otras normas exijan que cierta actividad debe ser cumplida por determinada organización jurídica societaria o un concreto tipo social. La solución es similar a la legislación italiana (art. 2084 CCI).

La Ley de sociedades -indirecta pero concretamente- introduce, a través de esa norma en las de organización de la actividad del seguro o de la financiera. Imbrica la necesaria organización empresaria sustancial o económica, en la Empresa necesaria en ciertas relaciones jurídicas como la bancaria o asegurativa, sin perjuicio que esa organización empresaria tenga determinada organización jurídica societaria que asegure la estabilidad de la organización sustancial o empresaria. Usamos la expresión "organización jurídica o societaria" como sinónimo de "sociedad" y la expresión "organización sustancial o empresaria" en un sentido económico, con la idea de empresa, como acto de organización material y humana, para la consecuencia de un fin.

## 6. LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIA OBLIGATORIA.

Isaac Halperin <sup>(11)</sup> reseña la evolución de la noción de la organización de la empresa, al punto de transformarse en protagonista del derecho comercial actual y esa noción de empresa ha

---

<sup>11)</sup> Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones año 5 p.1 "Efectos de la noción de empresa de seguros sobre el contrato".

influido en el derecho contemporáneo del seguro...aunque la contratación con una empresa no es un rasgo específico del contrato de seguro, se da asimismo en el transporte mercantil, en los contratos bancarios, de capitalización y ahorro, de fondos de inversión, etc....

## 7. EFECTOS DE LA FALTA DE INTERVENCIÓN DE UNA EMPRESA EN LOS CONTRATOS QUE EXIGEN LA EXISTENCIA DE ESA ORGANIZACIÓN.

Nos referimos en primer lugar a los efectos sobre los contratos realizados en violación a una norma que imponga la intervención necesaria de una organización económica autorizada.

En nuestro derecho se plasma una solución concreta en el art.61 de la ley 20091 (De los aseguradores y su control). El mismo regula la "Celebración de contratos al margen de esta ley" y se refiere a los que obren en ese campo "sin hallarse autorizados para actuar como aseguradores". En un primer párrafo impone una multa, y en el segundo ya en ocasión de celebración de un contrato -no de la mera publicidad- señala que "éstos serán nulos, y la multa se elevará al doble, "sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran respecto de la otra parte en razón de la nulidad".

La ilicitud de la actuación del intermediador financiero sería independiente de la licitud o ilicitud individual de sus actos. El acto en sí mismo sería ajeno a los efectos de esa ilicitud "funcional". Auletta hacía una distinción entre "acto" y "actividad", haciendo oponible una normativa distinta de la actividad, respecto de aquella otra de los actos. El acto, como veremos, impone considerarlo en sí mismo, despojado del resto del marco operativo del sujeto, en cambio la actividad esta vinculada directamente a un sujeto e impone su visión integral.

Nicolas Salanitro <sup>(12)</sup> sostiene que las sanciones deben derivar de la legislación bancaria, mostrándose contrario a que una violación de las normas publicísticas pueda llegar a soluciones demasiado rígidas , como serían aquellas de sancionar el acto por invalidez; entendiendo que tal determinación podría llegar a ser, incluso, contraproducente, para un correcto funcionamiento del sistema, admitiendo sólo la responsabilidad personal de los miembros integrantes de los órganos de administración de la empresa que viola las disposiciones de derecho público <sup>(13)</sup>.

---

<sup>12)</sup> En su obra "Le banche e i contratti bancari" en el Trattato di diritto civile italiano bajo la dirección de F.Vassali (vol.8 tomo 3), en el párrafo 111 sobre "incidencia de disposiciones publicísticas sobre la disciplina de la actividad de la empresa".

La realización de actividades financieras no autorizadas, o sea la marginación de la organización de la empresa y control estatal, genera el doble análisis de los efectos de ese apartamiento del régimen legal para el propio sujeto que comete la violación, y los efectos sobre los contratos cuyo perfeccionamiento requeriría la existencia de una empresa- sociedad expresamente autorizada.

## 8. DISTINCION ENTRE ORGANIZACIÓN EMPRESARIA Y SOCIETARIA.

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

- a. la existencia de un Empresario autorizado oficialmente, o sea de un requisito sustancial, de una organización apta para cumplir el servicio concedido o contratos previstos.
- b. la adopción de la organización jurídica como sociedad requerida por la norma de autorización.

Por eso es menester determinar previamente cuando estamos frente a un empresario en el marco de las actividades que requieren autorización.

## 9. CONCEPTO DE EMPRESA PARA LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

Para no generar una discusión meramente dogmática, parece adecuado centrar la cuestión en torno a la banca de hecho.

Esa realidad económica es advertible en la empresa, donde todos los autores encuentran la conjunción del derecho económico y el comercial <sup>(14)</sup>. Referirse a la realidad y a la actividad

---

<sup>13)</sup> cfme. Ragusa Maggiore "Esercizio di fatto dell'attività económica e procedura concorsuali" en Banca, Borsa e Titoli di Crédito, 1980-IV-414 y ss.-cfr. Mario Alberto Bonfanti RDCO año 18 p.370.

<sup>14)</sup> Una visión realista del derecho, impone señalar la existencia de una organización intermedia entre los ciudadanos y el Estado que es la idea de empresa o modo de administración de los bienes de interés social o comunitario, llave de una serie de soluciones. La sentimos como estructura económica que enmarca un régimen, reconociendo la fuerza genética del actuar de los operadores económicos, pero sin identificarlos con éstos. Estructura económica que vincula a sujetos, bienes y servicios, que exige o enmarca un régimen normativo propio, distinto, que va desde las viejas normas de la ley de transferencia de fondo de comercio, engloba nuevos centros imputativos como los bienes de terceros vinculados a la explotación empresarial, en la ley de contrato de trabajo y en la ley concursal, y perfila nuevos sistemas de desarrollo en

bancaria, implica afrontar previamente este tema: la unidad de vinculación entre esa actividad y la organización de la empresa que la realiza.

---

las leyes de modificación del Estado. La empresa no es un fenómeno del mundo capitalista, sino que marca el desarrollo y encuentro con el mundo socialista, que estimula y perfecciona sus unidades de producción, con concepción empresaria, buscando la excelencia o propiciando su quiebra. (cfr. nuestro Sociedades y contratos asociativos p.29 y ss.). Ello pese a la ambigüedad histórica de la idea de empresa que explicita Antonio Marzal "Empresa y democracia económica". Superando esa ambigüedad, hoy se genera un encuentro entre Oriente y Occidente en el desarrollo de la célula empresa, rescatando sus principios de economicidad y solidaridad. "Asimismo, la economía planificada del bloque oriental, que hoy da muestras de esclerosis y comienza a buscar un perfil de modernización empresaria para descontar algo de la ventaja que le está sacando Occidente" (Enrique Lacolla "Los orígenes del mundo actual" en La Voz del Interior del 17 de setiembre de 1989 p.10 sección A). Cfr. Jornadas de estudio en torno al derecho mercantil actual y su futuro inmediato Ed. Aranzadi, España, 1986 "Aspectos actuales de la financiación de las empresas" por Bernardo María Cremadez Sanz Pastor "Responde a una palpitante realidad económica actual a la que el Derecho no puede sin más dar la espalda" p.35. Cfr. Ana María M. de Aguinis "La empresa como objeto del Derecho Económico, el Derecho Comercial y la Economía" en La Ley Actualidad, diario del 18 de abril de 1989 p.1, y de seguido a pág. 2 y ss. nta. "La economía del derecho".- Sobre el "concepto" de empresa puede verse el trabajo del Académico Jaime I. Anaya "Notas sobre la empresa" en Revista del Colegio de Abogados de la Plata" Nos. 37-38-39 (años 76-77) p.97 y ss..

El punto impone un análisis de ciertas tendencias, en paralelo con las normas de nuestra ley de entidades financieras, y del derecho en general (<sup>15</sup>).

Se advierte en el derecho moderno un nuevo proceso de subjetivización de la determinación del contenido del derecho comercial, alejándose de los actos de comercio, pero también de la mera calidad de la persona, para ubicarse dentro de los llamados derechos profesionales, centrándose la cuestión en las estructuras empresarias.

El punto esta vinculado al contenido del derecho bancario o a la determinación de que es una operación bancaria y que es actividad financiera.

No basta una mera interposición en el crédito, dentro de la teoría general de los actos objetivos de comercio, ni basta su realización por un comerciante como elemento subjetivo, sino que la misma debe ser habitual como actividad profesional de una organización especial. Es la necesidad de la empresa bancaria, con organización jurídica apta y debidamente autorizada (<sup>16</sup>).

La organización de la empresa impone, en torno a la intermediación de recursos financieros, dos requisitos, que limitamos para el campo de la organización privada y no pública:

a. una organización empresaria bajo figuras societarias determinadas (art.9 Ley 21.526), y

---

<sup>15</sup>)Análisis que nos ha preocupado en otras ocasiones, particularmente por la Dirección del Instituto de la Empresa de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Puede verse en sus Anales, desde el año 1986 esas referencias.

<sup>16</sup>) Una añeja discusión centrada en los comercialistas italianos más distinguidos, gira sobre la posibilidad de considerar como operación bancaria una operación aislada o si la misma debe aceptarse como tal únicamente cuando se encuadra en el obrar de un operador profesional. Dentro de la primera posición, defendida originariamente por Bolaffio, la operación de banco se define como aquella por la cual alguien toma dinero a crédito, con la intención de especular con su disponibilidad, y luego lo presta a quién lo necesita. Esta operación sería bancaria aún cuando fuera realizada aisladamente por quien no es banquero. Pero para la segunda posición, sustentada por Arcangeli y Siburu, las operaciones de crédito recién adquieren carácter bancario cuando son ejecutadas por un banco, es decir por un ente que actúa con la intención de ejercitar las operaciones que constituyen su objeto, de modo estable y continuado. La operación de banco sería tal, en cuanto sea parte de un todo reconocido como empresa bancaria (cfme.Fontanarrosa Derecho Comercial Argentino, p. 129 y ss. Nos. 112-113). Garrigues ha llegado a sostener que no hay más operación bancaria que aquella en que interviene un banco; y a la inversa, sólo los bancos pueden hacer operaciones bancarias. Messineo (Manual...VI-126) sostiene que "Banco es aquella entidad que se dedica profesionalmente, o sea, en calidad de empresario, al ejercicio de operaciones (o negocios) de crédito, y como tal tiene una específica organización".- cfr. Capriglione: Evoluzione técnica e disciplina giuridica della intermediazione finanziaria, en Banca d'Italia Quaderni de Ricerca Giuridica n.1 oct.1985, Mario Bonfanti De intermediación y desregulación en materia bancaria en RDCO año 21 p.763).

b. la prohibición de iniciar sus actividades sin previa autorización del Banco Central (art.7).

Especial relevancia adquieren, dentro del contenido del mismo la regulación de ciertos contratos que REQUIEREN LA EXISTENCIA DE UNA EMPRESA AUTORIZADA Y DETERMINADA PARA EVITAR LA DESVALORIZACION DE LA RELACION.

El punto central es considerar que regula la Ley de Entidades Financieras. Su art.1 dispone: "Quedan comprendidos en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas...que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros".

El concepto central es la actividad de "intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros", criterio funcional que determina la aplicación de la ley a los sujetos.

La ley 18061 definía la actividad financiera como la mediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. Mediación es algo bien distinto que intermediación, como señaló la doctrina que criticó esa ley. La mediación como la actividad de quien, sin intervenir personalmente en la transacción, pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio. Se limita simplemente a poner en contacto a dos contratantes, o asume una obligación eventual o accesorio.

Se dejaba así de lado la actividad de interposición en el crédito que reviste carácter típicamente financiero.

La ley 21526 corrigió parcialmente el error, pues dejó afuera a la mediación. Aunque a veces pienso que los olvidos no son inocentes.

La ley uruguaya sobre la materia, Dto.Ley 15322 (ley de intermediación financiera), contiene ambos conceptos. En su art. 1 en su primer inciso establece que "Toda persona pública no estatal o privada que realice intermediación financiera quedará sujeta a esta ley..." para complementar en su inc.2 que intermediación financiera es "la realización habitual y profesional de

operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos".

Es importante determinar la intermediación financiera desde dos puntos de vista: el jurídico y el económico.

a. Desde el punto de vista jurídico, el Banco hace suyos los recursos financieros que reciben mediante las "operaciones pasivas" ya que estos recursos, salvo casos excepcionales, son bienes fungibles que se confunden en el patrimonio de los bancos y generan una obligación de género.

b. En cambio, si se analiza la actividad del intermediario financiero desde el punto de vista económico, los recursos siempre son ajenos, ya que él no hace más que conseguir los recursos de terceros a quienes pertenecen (ofertantes) y trasladarlos a otros terceros que los demandan, debiendo devolverlos en el plazo convenido. Sólo si se dan los dos aspectos, jurídico y económico, estamos frente a una intermediación financiera.

De no darse el supuesto jurídico estaríamos frente a una simple mediación, por lo que el primer punto de vista es el que tiene particular relevancia, aunque pueda sostenerse que una mediación de magnitud puede configurar una actividad financiera (en el mercado interempresario).

¿ Cuando estamos frente a un banco, para que el BCRA entienda aplicable la ley de entidades financieras? Aparece el criterio funcional, del acto encadenado, la vinculación profesional, estable, continuada de esa actividad. Es la forma orgánica y sistemática como el acto es realizado, lo que define su calificación jurídica (<sup>17</sup>).

O sea que el concepto central es la actividad de "intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros", criterio funcional que determina la aplicación de la ley a los sujetos (<sup>18</sup>).

Este criterio funcional se encuentra directamente vinculado a la aceptación de la "empresa" como categoría jurídica, sin perjuicio de reconocer la ambigüedad histórica de la idea de empresa, vinculada en muchos casos a ideas políticas (<sup>19</sup>).

El Proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados, sobre unificación de la legislación civil y comercial, trae como consecuencia la atención en torno a lo que ha de configurar el "nuevo derecho mercantil", sobre el dualismo empresa-consumidor, que resuelve en términos jurídicos en el dualismo persona jurídica-persona física.

---

<sup>17</sup>) cfr. nuestra "Conservación de la Empresa" Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba t.XXV p.112 y ss.). Por tanto resulta difícil categorizar un acto aislado, sin revisar a tal fin la actividad del sujeto en examen. El punto central es considerar que regula la Ley de Entidades Financieras. Su art.1 dispone que "Quedan comprendidos en esta ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas...que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros".-

<sup>18</sup>) La ley 18061 definía la actividad financiera como la mediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. Mediación es algo bien distinto que intermediación, como señaló la doctrina que criticó esa ley. La mediación como la actividad de quien, sin intervenir personalmente en la transacción, pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio. Se limita simplemente a poner en contacto a dos contratantes, o asume una obligación eventual o accesorio. Se dejaba así de lado la actividad de interposición en el crédito que reviste carácter típicamente financiero. La ley 21526 corrigió parcialmente el error, pues dejó afuera a la mediación. Aunque a veces pienso que los olvidos no son inocentes. La ley uruguaya Dto.Ley 15322 (ley de intermediación financiera), contiene ambos conceptos. En su art. 1 en su primer inciso establece que "Toda persona pública no estatal o privada que realice intermediación financiera quedará sujeta a esta ley..." para complementar en su inc.2 que intermediación financiera es "la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos".

<sup>19</sup>) Cfr. Antonino Marzal "Empresa y democracia económica" 2ª ed., Argot Cía. del Libro S.A., Barcelona, 1983, nota 6 bis, pág.124 y 156, y demás bibliografía citada en esa nota.- Cfr. "Diálogos sobre la empresa" de la Universidad de Santiago de Compostela.

La noción de empresa ha revolucionado el protagonismo del derecho comercial <sup>(20)</sup> en la legislación. La empresa organizada económicamente y con determinado ropaje jurídico, pasa a ser requerida como necesaria por las comunidades, a través de la legislación general o especial, para ciertas actividades consideradas de interés público, hasta hacer depender de la existencia de la misma la validez de ciertos contratos, como en el caso del seguro, capitalización y ahorro, y particularmente en todo lo relacionado a la captación del ahorro o de recursos financieros.

En el tema central que nos preocupa, existe una imprecisión en el término recursos financieros, concretado en la ley uruguaya por dinero, títulos valores o metales preciosos <sup>(21)</sup>.

Las consecuencias no son inocentes, como insistimos <sup>(22)</sup>. Quedarían fuera de la regulación legal de nuestro país los meros mediadores entre la demanda y la oferta de recursos financieros. Y también, según la inteligencia de la norma, los intermediarios en metales preciosos y títulos valores, por lo menos bursátiles. Por simplificación no afecta la posibilidad de personas de hacer operaciones con recursos financieros propios en operaciones activas, o endeudándose con el público asumiendo operaciones pasivas <sup>(23)</sup>.

---

<sup>20)</sup> cfr. nto. "Sociedad y contratos asociativos" caps. 3 y 4.

<sup>21)</sup> El término "recursos financieros" no ha sido siempre interpretado con el mismo alcance, pese a que el Diccionario de la Real Academia define lo "financiero" como "perteneciente o relativo ...a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles", y tenemos que advertir que las cuestiones bancarias están legisladas en forma distinta a las bursátiles y a otros grandes negocios mercantiles. En reciente conferencia del Dr. Gutierrez Alarcón, importante jurista especializado en derecho bancario, excluyó como operación financiera o bancaria la intermediación en títulos valores.- Hoy en una propaganda cordobesa se anuncia un "Banco de Joyas", como intermediario de metales preciosos, y otro gran anuncio al frente de un negocio indica "Banco de Alhajas" en plena Av. Colón, denominaciones cuestionables frente a la ley de entidades financieras.

<sup>22)</sup> Julio C. Cueto Rua "La crisis de nuestros días" en J.A. revista del 30 de agosto de 1989, particularmente punto VII "Las expectativas crecientes y los recursos decrecientes", sin perjuicio de apuntar que la ingenuidad en la metodología normativa puede corresponderse con la crisis de moralidad en la que centra su atención el distinguido académico. Marcelo Ramón Lascano en "La estabilidad monetaria no basta" (Boletín Económico de la Ley 26 julio 1989 p.17 y ss.) califica la situación afirmando que "El acentuado repudio que hoy se observa contra toda norma en nuestra sociedad, es una manifestación ostensible de la profundidad de la crisis...En un ambiente donde la burla de la ley es un deporte cotidiano y la malversación de las confianzas un despojo a la buena fe colectiva, parece una ingenuidad creer que sólo con parecidas políticas macroeconómicas y otros personajes se lograrán mejores resultados que los experimentados por predecesores con imaginación parcial...si la seguridad jurídica no acompaña los procesos de ahorro, inversión, repatriación de capitales, uso de marcas, disposiciones de beneficios, en fin, si las conductas públicas y privadas no se encuadran en la ley y en la ética de las relaciones sociales, ni estabilidad ni crecimiento pueden constituir consignas claras y creíbles".

<sup>23)</sup> Es interesante ver sobre este punto al Proyecto de nueva Ley Monetaria confeccionado por la Asociación de Bancos de Provincia, Oficiales y Mixtos (ABAPRA), que corrige estas críticas.

También estarían excluidos, los que no lo hacen habitualmente. La habitualidad se identifica con la reiteración en forma más o menos constante y prolongada, de actos de igual especie y naturaleza <sup>(24)</sup>.

El requerimiento de la habitualidad o profesionalidad, para determinar si se esta o no en presencia de un Banco autorizado o un Banco de hecho, aleja la posibilidad de considerar un acto aislado como realizado contra el sistema jurídico. La actividad (o actos plurales o complejos) es la que determina si estamos o no frente a un intermediario financiero, un préstamo (activo o pasivo) no permitirá, en sí mismo, esa determinación. Es por ello que las soluciones serán diferentes para calificar la actividad y cada acto cumplido <sup>(25)</sup>.

No ingresamos directamente en la determinación sobre si la "actividad de intermediación financiera" es un servicio público impropio o una actividad de interés público, donde el Estado asume la interpretación y aplicación de intereses colectivos <sup>(26)</sup>.

---

<sup>24)</sup> ¿Cuanta reiteración y prolongación será necesaria para que el Banco Central interfiera ? No estamos equiparando habitualidad y profesionalidad, pues este último concepto implica una disposición de habitualidad, aunque la misma aún no se haya concretado. Nuestra ley se preocupa por la profesionalidad o apariencia, que por el sustrato material en regulación.- Con criterio permisivo, que no compartimos, sobre la realidad parabancaria de nuestra plaza y su presunta legalidad, puede verse Mario Alberto Bonfanti "El casos Lajst (o la conveniencia de vivir con lo nuestro)" en RDCO año 19 p. 875 y ss..

<sup>25)</sup> Cfr. nto. Contratos asociativos y sociedad, pag. 37 y ss.- Cabe agregar que como paliativo, la ley argentina dispone en su art.3 "Las disposiciones de la presente ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del BCRA lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia". No conozco su aplicación. El proyecto del 28 de octubre de 1986 aprobado por Diputados, lo consideraba servicio público sujeto al poder de policía nacional, fijaba como objetivo regular la organización integral y el desarrollo del mercado financiero, no alterando las normas del art.1 de la ley (2 del Pto.), pero en su parte final señalaba "No podrán usar en su razón social nombre comercial o título , las precedentes denominaciones u otras similares, quienes no hayan sido autorizados por el BCRA para funcionar como entidad financiera. Tampoco podrán recibir ahorro de terceros, utilizar prestamos de entidades financieras o aplicar excedentes de fondos para realizar en forma habitual operaciones financieras u otras que bajo cualquier forma o figura sustituyan la intermediación de quienes se encuentren autorizados por el BCRA".

<sup>26)</sup> La actividad financiera, en tanto reviste el carácter de un servicio público de los denominados "propios" que el Estado presta de manera indistinta, directamente o a través de entidades particulares en quienes, por motivos de eficiencia y funcionalidad delega atribuciones que se ha reservado jurídicamente (art.67 inc.10 C.N.), se encuentra sometida, por lógica consecuencia al poder de policía de aquél, ejercido por medio del BCRA quien ostenta la facultad no sólo de reglamentar esta materia sino también ejercer la vigilancia en la aplicación de las normas que regulan, sancionando las transgresiones que se produzcan (C.Nac.Cont.Adm.. sala 1a. 25.4.85 Oddone, Luis A. y otros. JA 1986-II-234). Puede verse doctrina sobre el carácter de servicio público o servicio en interés público de la actividad financiera organizada, en ponencia que presenté conjuntamente con el jurista Dr.Jorge Joaquín Cendoya, Presidente del Banco de la Provincia de Córdoba en IV Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, que se encuentra reproducida en ECONOMIA Y DERECHO en La Ley Actualidad, p.2 del 18 de abril del cte. año. Ambos

No necesariamente la respuesta ha de ser la misma cuando el legislador o el juez afronta una relación de un sujeto organizado para intermediar profesionalmente en préstamos y depósitos, que frente al análisis de un acto aislado de préstamo o depósito <sup>(27)</sup>.

## 10. ANÁLISIS DE LA INVALIDEZ DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ACTO O NEGOCIO INDIVIDUAL.

---

conceptos -servicio público o de interés público- excluyen la posibilidad de una actuación clandestina en la intermediación financiera. Sobre este punto no puede haber discrepancia que la misma es disvaliosa, perjudica indirectamente la credibilidad del sistema financiero e impide la actuación reguladora del Banco Central de la República Argentina en torno al mercado del dinero, pues no es medible la magnitud e influencia de los capitales que marginan las previsiones de control. El Diputado Nacional Osvaldo Camisar (refiriéndose al Proyecto de Ley de entidades financieras) explica que existe una gran disputa en la doctrina nacional en relación con la conceptualización de la actividad de intermediación financiera como servicio público, caracterizando a éste como la satisfacción de una necesidad que corresponde al interés general, y que es necesario que el Estado adopte medidas de control y de participación, posición en la que se enrola. Es una constante del derecho comparado la regulación de la actividad financiera, sujeta siempre a control estatal, cuando la misma no es sino exclusivamente estatal (cfme. Benélbas "El derecho bancario y la constitución Nacional" en RDCO año 22 p.6, Escandell "La cesación de pagos de las entidades financieras y sus derivaciones concursales" en RDCO año 21 p.933). Dentro de la posición que considera a la actividad financiera un servicio público impropio o directamente propio se enrolan Marienhoff "El servicio público y sus variadas expresiones" en J. A. 29-1975-728 y ss, Rodríguez Arias "¿Pueden ser consideradas servicio público las actividades de los bancos en la República Argentina" JA 1942-III-81 y ss., Noacco y Whatelet "Nacionalidad de las entidades financieras" J.A. sec. doctr. 1972 p.603, Labanca "El secreto bancario" p.45 a 47, Villegas "Régimen legal de Bancos" p.181 y ss., y la doctrina judicial sostenida por la CNCom.Sala A en autos SKP Establecimiento Metalúrgico S.A. c/The Firts National Bank of Boston del 13 de marzo de 1986. La tesis que sostiene que se trata de una actividad de interés público es sostenida por Fargosi "La actividad financiera privada: ¿servicio público impropio" en Estudios en homenaje a Isaac Halperin p.379 y ss., Matta y Trejo "El control estatal de la actividad financiera" D.Empresario n.55 p.19, Benélbaz "Responsabilidad de los bancos por otorgamiento de crédito" en RDCO 1983 16 p.25 y ss., y receptada por la Cámara Comercial de la Capital en L.L. 1980-D-562 causa "Inversor c/Banco Continental". Es obligación del Estado, conforme sus fines y funciones, y en particular del Poder Legislativo en cuanto se advierte la insuficiencia de las normas previstas en la Ley de Entidades Financieras, promover el dictado de las regulaciones correspondientes.- La sección Penal de la Casación Italiana, con fecha 10.10.81 calificó la actividad bancaria como un servicio público en sentido objetivo, con crítica de F. Battini en "L'attività bancaria e servizio público" en Bancaria febrero 1982 pj. 148 y ss., abandonando la defensa del servicio público y colocándose dentro del concepto de estrategia gubernamental, por el rol del crédito y su sentido publicístico, no como protección pública sino asumiendo el Estado su carácter de intérprete de éstos.

<sup>27)</sup> Con respecto al juez, expresa el jurista Jorge Vázquez Rossi de la Universidad Nacional del Litoral en "Diálogos en domingo" (La Voz del Interior 17 de setiembre de 1989 p. 11 sección A.) que "Hay cierto divorcio: la gente ve a la Justicia como una cuestión desvinculada con su realidad, como un proceso esotérico, por lo general lento, que cuando da una solución suele no entenderse como tal y hasta probablemente no sea, en rigor, una solución". Con respecto a la problemática que afrontan legisladores y jueces, uno de los problemas más viejos, importantes y siempre discutidos en el Derecho, es el conflicto entre la equidad y la seguridad jurídica comprometida en la sujeción a la letra de la ley. Es más, hasta diría que la permanencia de este conflicto es de la esencia del orden jurídico, desde que su normativa no constituye una ciencia exacta en la que encuadren todas las situaciones posibles a juzgar en el ejercicio de la función jurisdiccional. Siempre se podrán suscitar, entonces, situaciones puntuales cuyas connotaciones particulares hacen que la aplicación rigurosa de la normativa legal conduzca a una derivación obviamente injusta. Y es en estas circunstancias de verdadera excepción, que concurre la equidad como fuente de interpretación correctora de la ley, a fin de permitir la adopción de soluciones justas en la medida compatible con la seguridad jurídica (Alfredo Ricardo Wexler Malbran en El principio de preclusión y la equidad en ED 7.7.89).

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

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

No cabe el análisis de los actos como violatorios de la organización como empresa, pues esa ilicitud no se verifica en un acto contemplado individualmente. El examen de un acto jurídico aislado no permite la visualización de la empresa en su integridad.

Cabe pensar en la nulidad de la relación jurídica por ilicitud del negocio, o por nulidad por error en el sujeto. Lo dejamos para una mayor profundización.

No obstante esbozamos una posición en torno a las normas aplicables a este ilícito.

En relación a un acto en particular, cumplido por un "banco de hecho", se podría pensar en aplicar el art.953 C.C. que sostiene que "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que...por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean...prohibidos por las leyes. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto". Pero como hemos visto no es el objeto del acto en sí mismo lo cuestionable, sino la actividad desplegada por uno de los sujetos de la relación jurídica, lo que torna inaplicable esta norma. Estamos frente a la previsión del art.1066 "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o

reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto", disponiendo a continuación el art.1067 que "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia" (<sup>28</sup>).

Normalmente no se genera daño por el obrar de la "banca de hecho", salvo cuando existen manejos de cheques, como su duplicación, etc. Así el art.1068 sostiene que "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria", comprendiendo "no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito" (art.1069). A su vez el art.1044 C.C. sostiene que son nulos los actos jurídicos ...cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, generándose en cambio una anulabilidad (art.1045) cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, llegando al mismo resultado del cumplimiento del contrato en el caso de transacciones dinerarias por imperio de los arts.1050 o 1052 C.C..(vuelven las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, o se obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado, sin perjuicio de la reparación de daños en idéntica forma de los actos ilícitos civiles (art.1056 C.C.).

Vélez Sarsfield aclara en la nota del art. 1066 C.C. que **"la ilicitud puede ser acciones u omisiones, ... los actos ilícitos siempre son acciones u omisiones prohibidas"**

## 11. NEGOCIO ILÍCITO.

Alfredo Orgaz al conceptuar el acto ilícito expresa "el acto ilícito es todo acto contrario al derecho objetivo, considerado éste en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho sino al conjunto de la legislación" (<sup>29</sup>). Esto es aplicable también a la actividad ilícita,

---

<sup>28</sup>) Claro que el agente que interviene como representante o propietario de una banca de hecho, no se le podrá imputar dolo o culpa por el acto, pero cuando existe habitualidad -como señala la jurisprudencia- estamos frente a la comisión de un ilícito sancionado por la ley de entidades financieras, con penas pecuniarias, sin perjuicio de -en algún supuesto- la tipificación de una figura penal.

ella debe ser contrastada con el conjunto de la legislación, generándose ilicitud no sólo la actividad contraria al derecho objetivo como también la actividad prohibida.

Congruente con la posición expresada anteriormente, al considerar el CONTRATO ILICITO, por razones del OBJETO, comprende tres especies:

- a. El contrato ilegal: es el contrario a las normas imperativas.
- b. Contrato prohibido: es el contrario al orden público.
- c. Contrato inmoral: es el contrario a las buenas costumbres (<sup>30</sup>).

En las hipótesis anteriores vemos que en todos los casos estamos en presencia de contrato ilícito, con la misma consecuencia práctica, pero contemplado por normas distintas.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto (<sup>31</sup>). Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y concordantes C.C.). La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Es que la ilicitud de la actividad no deviene de la estructura interna de la relación jurídica, como señalamos, sino de un elemento externo a la capacidad jurídica de uno de los centros de interés intervinientes: su falta de autorización para realizar determinados negocios. En ese sentido Orgaz (<sup>32</sup>) enseñaba que "dentro del amplio campo de los actos o negocios ineficaces (nulos o anulables) es posible diferenciar dos situaciones generales: unas veces el acto o negocio está permitido o autorizado por la ley, y la nulidad proviene solamente de circunstancias externas y accidentales; p.ej...la omisión de formas requeridas. En estas hipótesis, sería impropio hablar de

---

<sup>29</sup>) "El daño resarcible" Ed. Marcos Lerner, 1988, pag. 9.

Del mismo autor y en el mismo sentido "La ilicitud" p. 19.

Lerner, 1973.- En este libro, en nota 2 a pag. 18, refiere la existencia de "autores han pretendido establecer una tercera categoría, la del acto ilegal, cuando el autor sostiene que la ilicitud se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción u omisión), a las normas de un sistema dado de derecho.

<sup>30</sup>) Jorge Mosset Iturraspe "Contratos" Ed. Ediar 1988, pág. 196 y ss..

<sup>31</sup>) cfme. Otaegui Invalidez de los actos societarios p.365; Escuti Sociedad e invalidez: algunos aspectos VI n.53.

actos o negocios ilícitos o prohibidos, pues la nulidad se relaciona únicamente con la formación concreta de ellos, y no con su contenido". Conforman esas transcripciones el criterio que venimos exponiendo que no es el acto en sí mismo el prohibido, sino que es la actividad de uno de los sujetos la prohibida o ilícita.

A título de ejemplo cabría distinguir entre una cuenta corriente bancaria contratada con un banco de hecho, que sí sería ilícita por prohibida, y un mutuo con un Banco de hecho, en la que el prestamista (si es una operación pasiva) no conoce el destino que se le darán a los fondos, y que representa un recaudo externo al acto, o el deudor (si es una operación activa) no conoce el origen de los fondos.

Volviendo a los efectos sobre los contratos realizados en violación, por la falta de empresa financiera autorizada. En nuestro derecho se plasma la referida solución concreta en el art.61 de la ley 20091 (De los aseguradores y su control), como ya hemos visto, generando su nulidad, lo que no tiene contrapartida en el sistema financiero para los bancos de hecho.

Sobre el tema se generó una famosa controversia entre Vivante y Viterbo sobre el requisito de empresario del intermediario era un elemento o un presupuesto del contrato. La existencia de una organización empresaria como obligatoria para la realización de determinada actividad, configura un presupuesto del contrato al igual que la capacidad y la idoneidad del objeto, y esto se merita antes de la formalización del contrato.

Ahorrando la descripción de esa controversia (<sup>33</sup>), sintetizamos con Cariota Ferrara (<sup>34</sup>) los efectos de esa violación, equiparando tanto el elemento como el requisito a los efectos de la desvalorización de la validez del contrato en el mundo jurídico. La falta de este requisito-presupuesto del sujeto intermediario -como empresario o sociedad autorizada- implica la invalidez, la ineficacia o la irregularidad del contrato. Se corresponden a grados de desvalorización de los efectos del contrato, conforme el régimen jurídico vigente.

---

<sup>32</sup>) en "Hechos y actos o negocios Jurídicos", Bs.As. 1963 p.62. En el mismo sentido, el mismo autor en "Los límites de la autonomía de la voluntad" en LL 64-222.

<sup>33</sup>) Juan Bernardo Iturraspe "La empresa como presupuesto de validez, regularidad o eficacia del negocio jurídico del seguro" ED 51-967.

<sup>34</sup>) En "El negocio jurídico" (ed.1959 p. 9).

La invalidez se corresponde con la solución que nuestro derecho impone en el caso del contrato de seguro, con grado de nulidad absoluta, manteniendo el derecho del asegurado a una indemnización de los daños y perjuicio. También con la anulabilidad en el derecho italiano -que permite que el contratante particular ataque la validez del contrato-. En el Derecho Alemán esa violación en el contrato de seguros implica una simple sanción, por considerarlo una mera irregularidad, que se correspondería con la inocente solución que contiene nuestra ley de entidades financieras.

Una apreciación apresurada podría llevar a soluciones erróneas. Messineo explicita que negocio ilegal es el llevado a cabo por el sujeto con desprecio de una norma imperativa (y, de ordinario, prohibitiva)...pero es necesario advertir que el ser contrario a un imperativo no importa automáticamente ilicitud del negocio: debe tratarse de prohibición provista de la sanción civil de nulidad, o sea procedente de norma (coactiva) prohibitiva o más que perfecta (que irroga penalidad y nulidad), o perfecta (que irroga nulidad)...". Dentro de estas las imperfectas que al no contener sanción mantienen el negocio inatacable, o las minus quam perfecta, que manteniendo al negocio inatacable, imponen una penalidad al transgresor.

A esta clasificación de Messineo en torno al negocio ilegal como contrario a normas imperativas, que distingue normas plusquamperfectas o más que perfectas porque irrogan nulidad y penalidad; normas perfectas por cuanto están provistas de una sanción de nulidad; minus quam perfectas por cuanto sólo imponen penalidad; y las imperfectas por cuanto no prevén nada y tornan al negocio inatacable, puede agregarse las apreciaciones de Orgaz. Este autor <sup>(35)</sup> distingue en la amplia gama de actos o negocios ineficaces (nulos o anulables) aquellos en que si bien el acto esta autorizado, la nulidad proviene solamente de circunstancias externas o accidentales, en los que no puede hablarse actos ilícitos o prohibidos, pues esta calificación se relaciona únicamente con el contenido de los actos y no con su formación externa.

---

<sup>35)</sup> En "Hechos y actos o negocios Jurídicos" pág. 62 ya citada en nota anterior.

Betti, a su vez <sup>(36)</sup> sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli <sup>(37)</sup> distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. En el punto anticipamos la ilicitud de actuar sin autorización (negocio ilícito), marginando el control, de la prohibición de actuar (negocio prohibido) por una figura organizativa no autorizada por la ley.

La ilegalidad de la actuación del intermediador financiero sería independiente de la legalidad o ilegalidad individual de sus actos. El acto en sí mismo sería ajeno a los efectos de esa ilegalidad "funcional". Auletta hacía una distinción entre "acto" y "actividad", haciendo oponible una normativa distinta de la actividad, respecto de aquella otra de los actos <sup>(38)</sup>.

---

<sup>36)</sup> Betti Teoría General del Negocio Jurídico, p.93.

<sup>37)</sup> Petrocelli "L'antigiuridicità" parte 1 p.7 entendiendo que "un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que es antijurídico...; 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. Hemos citado en forma contraria a este autor, con anterioridad, a Orgaz, ver nota 29.

<sup>38)</sup> Nicolas Salanitro: "Le banche e i contratti bancari" en el Trattato di diritto civile italiano bajo la dirección de F.Vassali (vol.8 tomo 3), en el párrafo 111 sobre "incidencia de disposiciones publicísticas sobre la disciplina de la actividad de la empresa", sostiene que las sanciones deben derivar de la legislación bancaria, mostrándose contrario a que una violación de las normas publicísticas pueda llegar a soluciones demasiado rígidas, como serían aquellas de sancionar el acto por invalidez; entendiendo que tal determinación podría llegar a ser, incluso, contraproducente, para un correcto funcionamiento del sistema, admitiendo sólo la responsabilidad personal de los miembros integrantes de los órganos de administración de la empresa que viola las disposiciones de derecho público (cfr. Mario Alberto Bonfanti RDCO año 18 p.370). Con ese criterio no se ha cuestionado la verificación de créditos, activos o pasivos, en los concursos de mesas de dinero. Es conocido en la Ciudad de Córdoba las resoluciones que motivaron la verificación de créditos de la mesa de dinero del operador Tagle, en el Juzgado de 13a. Nom., donde se aplicó a quienes intentaban verificar el criterio de la simple invocación de la causa -que a nro. entender es el verdadero criterio que subyace en el fallo Translinie y Difry de los plenarios de la Cámara Comercial Nacional de la Capital Federal, tan difundidos. El criterio puede verse en el trabajo de Francisco Junyent Bas en el n. 25 de la Revista del Colegio de Abogados de Córdoba p.21 y ss. "La causa de la obligación en los títulos de crédito". Esbozamos una posición en torno a las normas aplicables a este ilícito.

Sobre este mismo aspecto, la Cám.Nac.Comercial Sala E. (<sup>39</sup>) sostuvo que si se instrumentó una operatoria mercantil de naturaleza financiera al margen del régimen superintendencial bancario, configurando una banca de hecho, que comporta un acto ilícito, ello no deja de configurar actividad mercantil. La interpretación jurisprudencial sobre la calificación de ilícitas de las actividades de intermediación financiera realizada por sujetos no autorizados ha sido masiva, como veremos en parágrafos subsiguientes.

## 12. PERSONA FÍSICA INTERMEDIARIA. ANÁLISIS DE INVALIDEZ DE LA ACTIVIDAD. LEY 21526.

Es el momento de hacer una distinción entre si estamos frente a una persona física o jurídica como sujeto de la actividad ilícita. En ambos supuestos será aplicable la normativa de la ley de entidades financieras, pero sólo en el segundo supuesto será aplicable la normativa societaria.

La ley de entidades financieras incorpora previsiones. El art.19 único integrante del Capítulo 4. Publicidad del Título 1, dispone que "Las denominaciones que se utilizan en esta ley para caracterizar las entidades y sus operaciones sólo podrán ser empleadas por las entidades autorizadas. No podrán utilizarse denominaciones similares, derivadas o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza o individualidad. Queda PROHIBIDA toda PUBLICIDAD O ACCION TENDIENTE A CAPTAR RECURSOS DEL PUBLICO POR PARTE DE PERSONAS O ENTIDADES NO AUTORIZADAS. Toda trasgresión facultad al BCRA a disponer su cese inmediato y DEFINITIVO, aplicar las sanciones previstas en el art.41 e iniciar las acciones penales que pudieran corresponder asumiendo la calidad de parte querellante". O sea que la actividad limitada no es prestar sino captar recursos del público.

El art.38 impone que "Cuando personas no autorizadas realicen operaciones de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros O ACTUEN EN EL MERCADO DEL CREDITO, el BCRA podrá requerirles información sobre la actividad que desarrollen y la exhibición de sus libros y documentos...", o sea que amplía el criterio anterior y a la

---

<sup>39</sup>) En el concurso de Lajst, Julio V.-quiebra s. inc. de impugnación de crédito por López Yañez, Juan, C.N. Com. Sala E. 22 de agosto de 1986 en LL 1986-E-67.

intermediación financiera agrega la simple operación en el mercado del crédito, aunque no recojan fondos del público, como meros otorgadores de crédito. Y estos hay muchos en el mercado que operan con amplia publicidad y jamás han sido requeridos por el Central.

Pese a ese sistema informativo amplio el BCRA tiene facultades limitadas, pues sólo podrá aplicar las sanciones previstas en la segunda parte del art.38 y en el art.41 "comprobada la realización de operaciones que no se ajusten a las condiciones especificadas en las disposiciones de esta ley". Si no hay intermediación financiera comprobada será difícil aplicar esas sanciones, salvo que el BCRA aplique las normas del art.3 de la ley, e incluya a operadores en el mercado del crédito en las mismas de la intermediación financiera, lo que hasta la fecha no ha hecho.

En el año 1970, el 12 de setiembre, ante denuncias periodísticas sobre la actuación de las Compañías financieras autorizadas por el BCRA, sosteníamos desde nuestra función en el Banco de la Provincia de Córdoba que "las medidas adoptadas a nivel nacional auspiciadas por el Banco Central no mejorarán esa situación y parecerían dirigidas a fortalecer el sistema financiero a costa del sistema bancario argentino. Mientras se exige y vigila a los Bancos, las Financieras autorizadas actúan impunemente....Lo insólito de la situación, es que al usurero tradicional, que opera con fondos propios, se ha agregado la Financiera autorizada por el BCRA que recauda públicamente capitales en el mercado libre, a vista y paciencia del Banco Central, que según el Decano de la Facultad de Ciencias Económicas se "habría echado un peso demasiado grande sobre sus espaldas" y que por tanto sería incapaz de actuar sobre el mismo mercado que creó. Esas financieras actúan con enormes masas de capitales, restándolas del sistema bancario, especialmente del oficial, que por cumplir estrictamente con todas las leyes no puede competir en ese mercado libre...". Ese fue el preámbulo del desastre del mercado libre garantizado generado en el año 1980 y cuyos efectos y defectos se sienten hasta ahora.

¿ Y cual es la actitud actual del BCRA ? Ante una inquietud similar a la que hoy nos convoca, generada por el señor Fiscal de Investigaciones Administrativas Dr. Molinas en la Causa n. 9469 "Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas su denuncia s/ infracción art.248 Código Penal", el BCRA el 17 de mayo de 1988 informó bajo la firma del Gerente General Elias Salama. El punto 1 señala que "Mercado interempresario es el nombre con el que en la jerga de los

mercados monetarios y financieros locales se ha designado en años recientes a un circuito a través del cual se realizan operaciones financieras al margen de los canales institucionales previstos para esa actividad y representados por las operaciones permitidas a las entidades financieras autorizadas....El circuito aludido parece poseer una infraestructura propia y altamente interconectada. Las operaciones se desarrollan en forma organizada...en la captación de fondos de corto plazo y su colocación en tomadores de crédito....Distintas razones pueden explicar la existencia de mercados financieros no autorizados, pasando de seguido a justificar indirectamente su existencia: primero por los altos encajes del sistema institucionalizado, segundo el propósito de no cumplir las normas del BCRA, tercero porque actúan dentro de un contexto más amplio que el autorizado en la llamada "economía subterránea", economía negra o economía no registrada, que no constituye un problema exclusivo de la sociedad argentina. En el punto 2 se reconoce la existencia de un intermediario , que puede ser una entidad financiera que realiza "operaciones no institucionales o marginales", porque para el inversor representa una colocación más rentable, para el intermediario la posibilidad de incrementar su rentabilidad al prestar una proporción cercana al total de lo captado y para el tomador la posibilidad y rapidez en el acceso al crédito, concluyendo que "para que existan operaciones marginales las tres partes intervinientes deben encontrarse en CONNIVENCIA a fin de eludir los controles. Adviértase como el BCRA desvía la atención del intermediario y trata de involucrar a sus clientes, lo que reitera en el punto 4. En el punto 6 se pregunta el Banco "si la existencia de un mercado financiero extrainstitucional puede afectar la política monetaria implementada por el BCRA y si bien señala que si podría, concluye que "cabe mencionar, sin embargo, que la existencia del mercado no institucional no es el motivo más importante para explicar variaciones en la demanda de base monetaria". De la lectura de este informe, resulta por el punto 8 que si el BCRA conoce la situación procederá a su denuncia en el fuero que correspondiere, que se intenta justificar la existencia de ese mercado y la total inoperancia de los funcionarios en intervenir pese a la publicidad franca de ese mercado, cuyo volumen alcanza cifras importantísimas, aún ahora con ofrecimientos de operaciones off shore, de luego dudoso cumplimiento. Tenemos para nosotros que muchos intereses se dirigen a mantener ese mercado.

### 13. PERSONA JURÍDICA INTERMEDIARIA. ANÁLISIS DE LA INVALIDEZ DE LA ACTIVIDAD.

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

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

La ley de entidades financieras 21526, como se anticipa, no trae una norma semejante a la del sistema del seguro, pese a que el daño social puede ser mucho mayor e impedir toda regulación del mercado del dinero que se intente a través de las políticas monetarias. El fracaso de ellas esta bien a la vista y en mucho por ese mercado financiero paralelo y publicitado. Sólo contiene normas de actuación en el art.3, 19 y 38, que son de tipo sancionador, pero que jamás se han aplicado. Los proyectos de ley de entidades financieras no perfeccionan sobre este estado de cosas.

Al hacer distinción al estar frente a una persona física o jurídica como sujeto de la actividad ilícita, es claro que en ambos supuestos será aplicable la normativa de la ley de entidades financieras, pero sólo en el segundo supuesto será aplicable la normativa societaria.

La ley de entidades financieras incorpora previsiones. El art.19 único integrante del Capítulo 4. Publicidad del Título 1, dispone que "Las denominaciones que se utilizan en esta ley para caracterizar las entidades y sus operaciones sólo podrán ser empleadas por las entidades autorizadas. No podrán utilizarse denominaciones similares, derivadas o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza o individualidad. Queda PROHIBIDA toda PUBLICIDAD O ACCION TENDIENTE A CAPTAR RECURSOS DEL PUBLICO POR PARTE DE PERSONAS O ENTIDADES NO AUTORIZADAS. Toda trasgresión faculta al BCRA a disponer su cese inmediato y DEFINITIVO, aplicar las sanciones previstas en el art.41 e iniciar las acciones penales que pudieran corresponder asumiendo la calidad de parte querellante".

El art.38 impone que "Cuando personas no autorizadas realicen operaciones de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros O ACTUEN EN EL MERCADO DEL CREDITO, el BCRA podrá requerirles información sobre la actividad que

desarrollen y la exhibición de sus libros y documentos...", o sea que amplia el criterio anterior y a la intermediación financiera agrega la simple operación en el mercado del crédito, aunque no recojan fondos del público, como meros otorgadores de crédito. Y estos hay muchos en el mercado que operan con amplia publicidad y jamás han sido requeridos por el Central.

Pese a ese sistema informativo amplio el BCRA tiene facultades limitadas, pues sólo podrá aplicar las sanciones previstas en la segunda parte del art.38 y en el art.41 "comprobada la realización de operaciones que no se ajusten a las condiciones especificadas en las disposiciones de esta ley". Si no hay intermediación financiera comprobada será difícil aplicar esas sanciones, salvo que el BCRA aplique las normas del art.3 de la ley, e incluya a operadores en el mercado del crédito en las mismas de la intermediación financiera, lo que hasta la fecha no ha hecho.

A esta INGENUIDAD del ente de aplicación, se suma la exigencia del sumario, siempre directamente vinculado a la promoción de acciones penales. Cabe destacar que ha existido preocupación de ambas bancadas de legisladores a partir de 1984 en la formulación de una ley penal que sancione la actividad bancaria no autorizada (<sup>40</sup>), pero hasta la fecha nada se ha

---

<sup>40</sup>) En julio de 1988 un grupo de diputados se dirigió al Presidente de la H.Cámara de Diputados de la Nación reproduciendo el Proyecto de Ley del Dr.Ricardo Levene nieto, presentado por el Dr.Tomás W.Gonzalez Cabañas T.P. n. 38 del 27 de junio de 1984, Exp. 806-D-84 de Represión de actividades financieras y bancarias ilícitas. A su vez los Diputados Pugliese y Baglini presentaron un proyecto de Régimen penal para las acciones u omisiones ejecutadas en la actividad financiera n. 2446.-

Una interpretación semejante a la indicada en el referido proyecto, que defendimos en ponencia al IV Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, que se corresponde en general con las normas de nuestro sistema jurídico actual, terminaría en horas el sistema financiero paralelo, que toda la gigantesca infraestructura de superintendencia del Banco Central y del Gobierno no han podido sofrenar. La solución se generaría sin alterar las facultades del Ente Rector, ni sobrecargarlo con nuevas tareas. Solicitamos con el Dr.Cendoya esa declaración al IV Congreso, que se mostró tibio en su tratamiento, justo en una Comisión que presidía un funcionario del Banco Central, con quién colaboraba otro. Para entender esta actitud parece interesante releer el informe del Banco Central a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas al que me he referido.

De legge ferenda, además de permitir devolver al Banco Central la posibilidad de controlar la totalidad del mercado de intermediación financiera, la desvalorización de los contratos irregulares permitiría una recomposición de los pasivos empresarios, sin enriquecer a las empresas tomadoras de crédito.

De legge lata, de aceptarse las conclusiones que anticipamos con Cendoya y que reafirmo en esta comunicación, corresponde que los jueces, aún de oficio, cuando adviertan la existencia de una actividad financiera no autorizada ejercitada por una sociedad, sin perjuicio de determinar lo que corresponda respecto al acto en examen, procedan ipso jure a impulsar su liquidación en los términos señalados por el art.19 de la ley de sociedades.

Debe recordarse que los ahorristas estarán garantizados por el procedimiento de liquidación y por la responsabilidad solidaria de los socios -aún de hecho-.

Las sanciones correspondientes podrán ser aplicadas por el Banco Central de la República Argentina o por cualquier juez, particularmente los concursales, que constaten la existencia de actividad encuadrable dentro del referido marco legal. Los jueces deberán dar conocimiento de oficio de la actividad financiera no autorizada aún en el caso de ejercicio de la misma por persona física y agregando esa diligencia al impulso de la liquidación en el caso de la persona física.

concretado. Recordamos que todos los legisladores comerciales, en torno a leyes de sociedades y concursos reclamaron las leyes represivas correspondientes, no advirtiéndose la razón de la injustificada demora de sancionar duramente estos delitos, lo que remarca esa "inocencia" en no auscultar la falta de solidaridad de ciertos operadores económicos en el mercado, para sancionarlos duramente.

Cabe preguntarse si en las actividades desarrolladas por personas jurídicas, cabe la aplicabilidad de las normas sobre objeto ilícito, actividad ilícita y objeto prohibido contenidas en la ley de sociedades.

El objeto de una sociedad es un dato contractual que delimita la imputabilidad de las actividades desarrolladas por sus representantes, como tales. Es el conjunto de actos o actividades a realizar por el ente <sup>(41)</sup>, y que en realidad es el que resulta alcanzado o logrado por la actividad permanente de la sociedad o por el que hacer y la finalidad de la empresa <sup>(42)</sup>. Dentro de esa línea debe indicarse que el objeto social debe tener posibilidad física y jurídica, licitud, precisión y determinación, y al imponer la ley tipos determinados para la consecución de ciertas actividades u objetos, fundada en motivos de política económica o jurídica, no hace más que prohibir a los demás tipos el ejercicio de estos negocios, imponiendo así límites al accionar de la persona ideal, que no se concebirían en el caso de una persona física <sup>(43)</sup>, aunque debe advertirse que la Ley de Entidades Financieras no distingue en la prohibición a personas físicas o jurídicas. Sólo indica que la autorización podrá otorgarse exclusivamente a ciertas personas jurídicas.

---

<sup>41)</sup> Videla Escalada Las Sociedades Civiles Bs.As. 1962 p.47 y ss.. Cfr.Enrico Zanelli "La nozione di oggetto sociale"; Ettore Giozzi "Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni".

<sup>42)</sup> Alejandro Fargosi Sociedades de objeto prohibido y actividad prohibida en RDCO año 12 p.9 y ss..

<sup>43)</sup>Fargosi ob. cit. p.13.En el mismo sentido Verón Sociedades Comerciales t.1 p.131 y Mario Alberto Bonfanti - distinguido jurista asesor del BCRA- en "Sociedades de objeto prohibido" en RDCO año 22 (1989) p. 150/2.- Esa posición fué recogida por la CNCom.Sala D 18.5.87 Bunge, Soc.de Hecho y otros - Quiebra. En cambio se pronunció sobre la ilicitud de la actividad, rechazando el concurso in limine la Sala E en el caso Grosso, Juan Carlos y Regalini, Jorge Ismael - Soc.de Hecho RDCO 1987 año 21 p. 625 (VER NOTA 33), aunque la Sala D., siguiendo el ante indicado criterio, considera improcedente el rechazo liminar del concurso, in re Magariños, Armando A. s/ Conc.Civil liquidatorio, fallo del 30.12.87, citado por Bonfanti en esa nota.- Este no es el criterio de Orgaz (La ilicitud p.18 nota 2) pues partiendo de considerar acto ilícito a aquel que contaría una prohibición legal (acto contrario a derecho) sin ninguna otra consideración (art.1066) niega la diferenciación señalada entre actos ilícitos e ilegales.

Fargosi sostiene en esa obra que la nulidad absoluta del art.18 L.S. de las sociedades de objeto ilícito, se refiere a la "ilicitud del objeto social estáticamente considerado", en cambio el art.19 se refiere a la actividad ilícita que impone analizar no el objeto declarado en el estatuto sino la real actividad de la entidad.

Fargosi acentúa en sus razonamientos la diferencia existente entre objeto ilícito y el prohibido. En el primer caso el derecho atribuye a ese objeto, y a las actividades o actos en él contenidos, trascendencia negativa, o, dicho en otros términos, le imputa ilicitud. En cambio, en el caso del prohibido, si bien la materia del objeto merece recepción positiva, debe satisfacer determinados requisitos, cargas y condiciones para merecer la tutela de la ley. Y si esos requisitos (v.gr. la utilización de ciertos tipos sociales) no son satisfechos, el derecho priva al sujeto de su tutela, considerando nula la sociedad por él creada para la consecución de esos fines prohibidos.

Este no es el criterio de Orgaz <sup>(44)</sup>, que seguimos, pues partiendo de considerar acto ilícito a aquel que contaría una prohibición legal (acto contrario a derecho) sin ninguna otra consideración (art.1066) niega la diferenciación señalada entre actos ilícitos e ilegales. Ese autor también distingue entre ilicitud y punibilidad, destacando que la ilicitud no depende de la punibilidad que el sistema imponga al acto, incluso de su falta de punibilidad: la pena o la obligación de resarcir el daño no son elementos de la ilicitud o antijuridicidad, sino eventuales consecuencias del acto ilícito.

Hasta aquí aceptamos lo expresado por Fargosi, pero ese distinguido jurista se plantea un supuesto interesantísima a los fines de esta comunicación. El caso de sociedades con objeto lícito que desarrollen actividades prohibidas en razón del tipo adoptado. En ese sentido Zaldívar sostiene que si esa actividad le está vedado por ley su realización implicaría una violación de las normas vigentes, por lo que se configuraría un caso típico de ilicitud <sup>(45)</sup>. Y aquí Fargosi sostiene que "La realización de actos, negocios o actividades esencialmente lícitas (v.gr. bancos y seguros) jamás puede elevarse a categoría de ilícitos, debido a las características personales del sujeto a quien se imputa tal conducta. No puede aceptarse, sigue Fargosi, que un acto lícito para la generalidad de los individuos se convierta en ilícito cuando es llevado a cabo por quién lo tiene prohibido no ya

---

<sup>44)</sup> La ilicitud p.18 nota 2, p. 25, etc..

<sup>45)</sup> Cuadernos citado p.260.

siquiera por razones de fondo, sino tan sólo por cuestiones de forma, como es el caso que se estudia, sigue. Postula que aceptado ello, no se puede en ninguna circunstancia calificar a esa actividad como ilícita, concluyendo que la ley admite la disimilitud que media entre lo ilícito y lo prohibido, pero no legisla lo relativo a la actividad prohibida concreta y que no puede llevar a considerar que si potencialmente lo prohibido no es ilícito, en cuanto se lleva a cabo lo sea, por lo que es válido inferir que al objeto prohibido le corresponde paralelamente actividad prohibida, por lo que sostiene que la "anulabilidad de aquellas sociedades de objeto lícito que desarrollen actividad o actos prohibidos en razón de su tipo, debe fundarse en el art.20, con las obvias consecuencias en lo que al remanente de liquidación se refiere".

No coincidimos con las expresiones de Fargosi, por su mismo razonamiento. El mismo sostiene que "quien lo tiene prohibido no ya siquiera por razones de fondo, sino tan sólo por cuestiones de forma". Y estamos de acuerdo con él. Si se tratara de una sociedad autorizada por el BCRA, bajo su control, pero que por un equívoco o por ser posterior la ley de entidades financieras, se hubiera organizado como SRL, cabría la prohibición por el esquema societario. Pero ya hemos visto que son dos los elementos de la prohibición, uno formal de la organización societaria, y otro sustancial de la autorización. La propuesta de Fargosi es sólo válida, si se la acepta, para el primer supuesto, pero no para el segundo. Si se concluyera con Fargosi se llegaría a aceptar que la actividad financiera de una sociedad anónima no autorizada no quedaría cubierta por ninguna norma, al escapar del art.20 LS (<sup>46</sup>).

Por otra parte deberíamos distinguir entre acto lícito y actividad ilícita, como lo hemos hecho precedentemente, y como lo ha hecho la jurisprudencia en los casos de "bancos de hecho".

Se infringe no la ley de sociedades, sino al sistema financiero. No se trata de una sociedad que, con un tipo no autorizado por la ley de entidades financieras -SRL p.ej.- intenta acceder a la

---

<sup>46</sup>) cfme.LA ECONOMIA DEL DERECHO, LA REALIDAD Y LA EMPRESA BANCARIA. En publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II obras, No. 22 p.205 y ss.. En realidad, si una sociedad regular no autorizada conforme la ley 21526 tiene por objeto la intermediación financiera, el objeto es ilícito en cuanto actúe sin la autorización previa (art. 18 LS). Los supuestos que la doctrina trata son los de objeto lícito -no de intermediación financiera-, y sin autorización del BCRA realiza actividad no autorizada -ilícita-, supuesto que introduce en el art. 19 LS. Igual consideración en cuanto al objeto ilícito, cabe para un contrato participativo entre personas físicas, como lo es el negocio en participación, si su objeto es la intermediación financiera.

actividad financiera, caso del art.20, sino una sociedad de cualquier tipo que intenta realizar actividad financiera no autorizada. Ello no configura un acto ilícito -no se involucran los terceros- sino actividad ilícita. No es el acto en sí mismo, al decir de Orgaz (<sup>47</sup>), en que unas veces esta permitido por la ley, y la nulidad proviene solamente de circunstancias externas, p.ej. la omisión de las formas requeridas. En el caso no es el acto, sino la actividad la descalificada y que genera la sanción prevista en la ley de sociedades, art.19, amén de las previstas en la ley de entidades financieras.

Es el momento de recordar, como corroborante, cierta jurisprudencia de la cual resulta que quién realiza actividad de intermediación financiera no autorizada está realizando actividades ilícitas. Así lo consideró la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, con fecha 20 de abril de 1988 en autos "Grosso, Juan Carlos y Regalini, Jorge Ismael Soc.de Hecho- Concurso civil" (<sup>48</sup>) donde la primera instancia sostuvo que no corresponde pedir al juez una solución preventiva para mantener una actividad ilegal. La Cámara sostuvo que de los elementos probatorios resulta que nos encontramos en presencia de lo que corrientemente se denomina una "mesa de dinero" o "mercado intermediario", lo que la jurisprudencia ha llamado "banca de hecho", donde efectuaron intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros dentro de lo que ya denominamos "mercado interempresario", actividad esta de carácter marginal y en consecuencia no legal, por carecer de autorización y contralor por parte del BCRA. Sostiene que los presentantes no solicitaron ni por ende obtuvieron la autorización que requiere la ley de entidades financieras para el desarrollo de la actividad elegida, por lo que ahora no pueden pretender el amparo de la ley para continuar con la actividad que venían desarrollando al margen de ella. Si se decidiera la apertura del concurso, convalidaría de ese modo una operatoria ilícita, o sea, no autorizada por la ley. El juez expresa que "No escapa a este Tribunal que esta misma actividad marginal es una realidad cotidiana, que se desarrolla a la vista de todo el medio, que pudo ser una consecuencia de las políticas financieras llevadas a cabo y que las autoridades en cierto modo permiten su proliferación. Sin embargo, todo ello no resulta ser suficiente como para olvidar que se trata de una actividad desarrollada al margen de la ley y por ende insusceptible de ser convalidada

---

<sup>47</sup>) Hechos y actos o negocios jurídicos Bs.As. 1963 p.62.

<sup>48</sup>) RDCO Año 21 1987 p.625.

por el Tribunal. Si este tribunal decidiera la apertura, sería tanto como autorizar el ejercicio de una actividad que la ley expresamente prohíbe...La referida Cámara al confirmar el fallo de primera instancia señaló "El art.1 de la ley 21.526 establece que quedarán comprendidos en ella las personas que realicen intermediación habitual.... El inicio de esta actividad esta condicionada a la autorización del BCRA...Esta autoridad, comprobada la realización de operaciones que no se ajustan a las condiciones especificadas en la ley, podrá disponer el cese inmediato y definitivo de la actividad y aplicar sanciones (ley cit.art.41). Es evidente entonces que las operaciones que no se ajustan a las condiciones especificadas en la ley son ilegales, pues quien las realiza está haciendo lo que la ley prohíbe (C.N. art.19). ...al efectuar la presentación, se sabe a ciencia cierta que se esta pidiendo al juez una solución preventiva para mantener una actividad ilegal...".

¿ Cabrá dentro de nuestro derecho sostener la misma solución a sociedades de inversión de capital (Investment), o sociedades de participación, o sociedades de amortización o fondos inmobiliarios cerrados o las sociedades de financiación de riesgos (Venture -capital -companies) <sup>(49)</sup>.

En la sociedad de hecho no puede hablarse de objeto ilícito. Su carácter comercial o civil (en cuyo caso se aplicaría el art.1659 C.C.), se genera a través del análisis de la actividad. Si la misma es de intermediación financiera trasuntaría una actividad ilícita y haría aplicable lo dispuesto por el art.19 LS. Otaegui <sup>(50)</sup> indica que "descartamos la sociedad de hecho (LS 21) porque el objeto ilícito no sería ciertamente el objeto comercial a que hace mérito la LS art.21; entiendo correcta su apreciación formal en torno al "objeto", pues la sociedad de hecho se exterioriza por actividad, obviamente enderezada a cumplir con un objeto de la relación societaria o finalidad común, pero determinada esa actividad ilícita será aplicable el art.19 LS. No se puede hablar siquiera de objeto prohibido por el tipo, pues la sociedad no se presenta a solicitar autorización y se le deniega en razón del tipo, sino que actúa clandestinamente (aunque públicamente). Descarto la posibilidad de considerar civil la actividad de esta sociedad de hecho, por imperio del art.8 LS y el comentario de Fontanarrosa ya introducido.

---

<sup>49)</sup> cfr. K. Pleyer: Recientes evoluciones en el derecho bancario y en el derecho de valores de la República Federal de Alemania RDCO año 14 p.849 y ss..

<sup>50)</sup> Invalidez de actos societarios p. 342.

La solución será aplicable a la mal llamada sociedad en participación, conforme la actual estructura de la ley de sociedades, que torna aplicables sus normas generales aunque no la trate como sujeto de derecho.

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

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

La constatación de la situación debe generar un tratamiento sancionador de invalidez, con obligación de liquidación y ganancias para establecimientos de bien público (arg . arts.18/19 ley de sociedades), con nulidad del contrato en beneficio de quién se vinculó con el intermediario financiero no autorizado (arg. art.61 ley cías.aseguradoras), pero con obligación de restituir, por parte del tercero que contrató, el monto por el que se habría enriquecido -sin intereses- en favor de los mismos establecimientos de bien público o de terceros de buena fe que hubieran contratado con la sociedad que se liquida.

Es actividad clandestina: objeto lícito con actividad prohibida e ilícita, la empresa no obtuvo la autorización para funcionar como tal, aunque el ropaje societario sea formalmente legítimo.

#### 14. EL NUEVO DERECHO COMERCIAL

El futuro del derecho comercial se plasma, como hemos sostenido <sup>(51)</sup> en un nuevo subjetivismo, el de la actividad organizada en empresa, como elemento sustancial del nuevo dualismo: productor-consumidor.

La regulación se genera así por rubro de actividad, a lo que atendió el art. 20 LS, que se integra con el resto del sistema normativo, en forma similar al art. 2084 C.C.I. referido en nota 1.

La sociedad es un ropaje de técnica jurídica para la organización empresaria, permitiéndole la asignación patrimonial y la vida independiente, pero suponiendo otra organización para la consecución del objeto social.

Con esa concepción, en las situaciones que estamos analizando existe sociedad lícita y empresa no autorizada y por tanto actividad ilícita <sup>(52)</sup>. El análisis de la cuestión señala que la actividad financiera no autorizada implica la falta de habilitación y de control como empresa, aspecto que es más importante que la organización y control de la sociedad <sup>(53)</sup>.

## 15. REMISIÓN PARCIAL DEL ART. 20 AL ART. 18 LS.

---

<sup>51)</sup> nto. Sociedad y Contratos Asociativos, Bs.As. 1987 p. 55 y ss.

<sup>52)</sup> Volvemos a insistir en que si una Sociedad Anónima tiene por objeto la actividad financiera, tipo previsto por la ley de entidades financieras y por tanto no alcanzando por las sanciones del art. 20 LS, si actúa antes de ser autorizada el objeto es ilícito y la actividad también.

<sup>53)</sup> cfr. Capriglione "Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria" Banca d'Italia Quaderni di Ricerca Giuridica n.1 oct.1985, Bonfanti Desintermediación y desregulación en materia bancaria RDCO año 21 p.763), debiendo sostenerse que una desregulación de la plaza financiera no podría ser ubicada en la libertad irrestricta de la operatoria financiera, sino un freno y contrapeso para que ella pueda desenvolverse fluidamente, sin las rigideces o vericuetos de una normativa generalmente reglamentarista, carente de claridad y que ingresa en la prolija oscuridad. Si el control de organización y funcionamiento, NO a la excesiva regulación de las operaciones y contratos financieros, mientras los mismos mantengan transparencia en el mercado. La experiencia en nuestro país, aún excesivamente costosa nos lo advierte. Nos apartaríamos así de la otra vertiente, propia del derecho económico, que establece como concepción que es la autoridad la que esta en condiciones de establecer el nivel de competencia que sea justo, variable en el tiempo y espacio, distinga según los sujetos, ya la vez, se halle en condiciones de asegurar situaciones óptimas de estabilidad y eficiencia. Esta vertiente es la que aún no se ha abandonado pese a las promesas de así hacerlo indicadas en junio de 1987 por el Presidente del Banco Central, el 1 de mayo de 1988 por el Presidente Alfonsín y recientemente por el Presidente Menem, aunque parte de la ilegalidad generada por el llamado déficit cuasi fiscal habría concluido para el bien de nuestra Patria, por la vocación que todos declamamos contra un cierto sistema indicado eufemísticamente como Patria Financiera.

Como hemos anticipado, la responsabilidad solidaria que impone el art. 20 LS, sin excepción para el socio de buena fe como prevé el art. 19 LS, sería un efecto disvalioso para los accionistas de una sociedad anónima que realiza actividad financiera no autorizada, o para el socio minoritario de una SRL a cuyas espaldas actúa una mesa de dinero (<sup>54</sup>).

Al mismo tiempo se autoriza en el art. 20 LS la distribución de la cuota que le corresponde a cada socio en la liquidación, sin distinguir entre el de buena y el de mala fe, generando un enriquecimiento ilícito, que únicamente podría ser compensada por la acción que el de buena fe pueda promoverle al de mala fe, basado en el art. 59 y normas concordantes de la LS..

El art. 19 LS, en una situación mucho más grave, permite que el de buena fe probándola evite la responsabilidad solidaria y la pérdida de las utilidades, ejecutada dentro de la sanción liquidatoria.

La aplicación del sistema de la actividad prohibida por extensión a la banca de hecho, generada por analogía por la doctrina que no compartimos, no representa una solución razonable de protección al mercado ni a los socios no participantes de esa actividad ilegal.

Por otra parte, la nulidad absoluta en los dos casos de los arts. 18 y 20 LS -que afectan el negocio constitutivo-, y la previsión expresa del art. 19 LS -por representar una afectación funcional al negocio societario-, implican una causal de disolución de la persona jurídica. Hemos sostenido que cualquiera sea la estructura societaria, la sociedad deviene de hecho, pues la nulidad actúa ex tunc sobre los efectos del tipo, pero no afecta la división patrimonial o sea la personalidad jurídica diferenciada. Obviamente que si la sociedad de hecho preexistiera, nada se alteraría aparentemente. Pero tanto para este caso, como para los anteriores cabe indicar que una sociedad de hecho puede regularizarse, situación imposible para el supuesto del art. 18 LS, perfectamente factible en el supuesto del art. 20 LS pues los socios pueden disponer de su participación societaria y limitada en el caso del art. 19 LS a los socios de buena fe. Como es advertible la aplicación del

---

<sup>54</sup>) Carlos H. Gigena Sasía y otros Ponencia a las XIII Jornadas de Derecho Penal, Tucumán 1990, "La administración fraudulenta y los administradores de sociedades comerciales". El problema planteado en nuestro texto, unido a la administración fraudulenta, introduce en una vasta gama de situaciones prácticas.

art. 20 a los supuestos que estamos considerando, desde el punto de vista de la regularización, permitiría que quienes actuaron ilegalmente en el mercado financiero o de seguros, puedan recomponer su actividad como simples mediadores, volviendo a ocultar -quizá- la permanencia de su falta de autorización y control para mediar en la actividad de intermediación financiera o asegurativos.

La sanción, que integra una norma pluscuamperfecta, además de corresponder su aplicación de oficio, puede ser requerida por los socios, la autoridad de contralor, los perjudicados o los acreedores de la sociedad o de los socios. La doctrina tiende a limitar la facultad de los socios a pedir la disolución a aquellos de buena fe <sup>(55)</sup>, afectándose el público no vemos razón en excluir la posibilidad de petición por los socios de mala fe -sancionados con la pérdida de sus derechos sobre el resultado de la liquidación y asumiendo responsabilidad solidaria-, de todas maneras la autoridad judicial ante la que se formalice la confesión de la actividad ilícita deberá proceder de oficio. Otra interpretación haría incomprensible el sistema, pues por un rigor formal se evitaría el remedio sustancial. Únicamente un problema de costas, para no premiar al abogado que patrocina al socio de mala fe, puede aconsejar rechazar su pretensión y actuar de oficio.

#### 16. EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD CON ACTIVIDAD NO AUTORIZADA (BANCA DE HECHO, ASEGURADORA NO AUTORIZADA).

¿Es posible el Concurso preventivo de un sujeto cuya actividad financiera no esta autorizada? La actividad ilícita lo impide, pues implicaría continuar con el agravio al sistema jurídico <sup>(56)</sup>. La Sala A. de la Capital Federal lo rechazó en autos "Giacomino, Néstor Luis". En primera instancia, en apelación ante la sala E. de la Capital, en autos "Santángelo, José E. s/concurso preventivo", se negó la apertura por considerar la actividad financiera no autorizada como ilícita, al marginar la autorización y control del B.C.R.A., dentro de la línea del caso Grosso, Juan Carlos y Regallini, Jorge Ismael - sociedad de hecho, que comentamos más abajo, resolución

---

<sup>55)</sup> cfme. Manuel A. Ferrer "Nulidad de las sociedades comerciales" en JA 1975 doc. pj. 385, Jorge O. Zunino "Sociedades comerciales: Disolución y liquidación" t. II p. 211.

<sup>56)</sup> Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" en Doctrina Societaria y Concursal, t. III p. 15 y ss. Mayo 1990.

que fue confirmada por dicha Sala con fecha 22 de mayo de 1990 sosteniendo que toda actividad que puede ser objeto de encuadramiento en la Ley de Entidades Financieras, veda al sujeto que la practica el acceso a la solución preventiva, obviando toda discusión sobre si se trata de actos ilícitos, irregulares, prohibidos o delictivos, y amparados en que la ley de entidades financieras veda el acceso a la solución preventiva (<sup>57</sup>).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enfatizado esa drástica solución de negar el acceso a la vía preventiva, confirmando un fallo de la Sala C de la Cám. Com., al resolver en "Maiorano, Francisco A. s/ concurso preventivo" (<sup>58</sup>) que quienes intermedian habitualmente en la oferta y demanda de recursos financieros, sin autorización del Banco Central para operar, resultan alcanzados por la prohibición legal contenida en el art. 49 de la ley de entidades financieras para solicitar la formación de su concurso preventivo.

No tenemos duda de la corrección dogmática de esta posición, pero mientras pende un recurso contra la resolución que deniega la apertura del concurso no podrá decretarse la quiebra, como señalamos más adelante. Es advertible que la solución es limitada en cuanto a la aplicación integral del sistema argentino, atento a que el art. 19 LS impone su aplicación de oficio y los pronunciamientos precedentes al no considerar la cuestión no actúan las sanciones previstas en una disposición pluscuamperfecta.

Pero la solución sería distinta si se requiere el concurso preventivo en el trámite de liquidación, habiendo eliminado la posibilidad de realizar actividad de intermediación financiera, lo que no priva de la aplicación de las sanciones previstas.

Tampoco debe descartarse que el sujeto solicite el concurso sin expresar su actividad ostensible de intermediación financiera, en cuyo caso no corresponderá la homologación del acuerdo y la aplicación de las sanciones previstas en el art. 19 LS (<sup>59</sup>).

---

<sup>57</sup>) RDCO año 23 p. 368 y ss..

<sup>58</sup>) en "Recurso de hecho deducido por Francisco Antonio Maiorano en Maiorano, Francisco A. s. concurso preventivo" con fecha 13 de marzo de 1990, publicado en RDCO año 23 p.367 y ss..

<sup>59</sup>) conf. fallo Cám. Civil Comercial Laboral y Minería del Neuquén, en "Finan Co SRL s. concurso preventivo" en R.E.C.D.D. 1989, p. 77.

El acuerdo resolutorio es posible? Si se hubiere abierto el concurso preventivo y siguiendo ese mismo lineamiento sí, pero únicamente vinculando el acuerdo a la causal de disolución y liquidación, efectivizando una etapa liquidatoria que asegure una actividad no clandestina, obviamente en cuanto no continúe la actividad de intermediación financiera, y con las sanciones para los socios que realizaron la actividad ilícita.

Recuérdese que la disolución debe ser dispuesta de oficio, en los límites que hemos indicado en el párrafo precedente in fine.

Ya nos hemos referido, como comprobación de lo que es actividad ilícita, al rechazo de la apertura del concurso preventivo de una banca de hecho, como lo resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A en autos "Grosso, Juan Carlos y Regalini, Jorge Ismael Soc.de Hecho- Concurso civil" <sup>(60)</sup> donde sostuvo que de los elementos probatorios resulta que nos encontramos en presencia de lo que corrientemente se denomina una "mesa de dinero" o "mercado intermediario", lo que la jurisprudencia ha llamado "banca de hecho", donde efectuaron intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros, actividad ésta de carácter marginal y en consecuencia no legal, por carecer de autorización y contralor por parte del BCRA. Si se decidiera la apertura del concurso, convalidaría de ese modo una operatoria ilícita, o sea, no autorizada por la ley. Si este tribunal, decía el Juez de Primera Instancia, decidiera la apertura, sería tanto como autorizar el ejercicio de una actividad que la ley expresamente prohíbe...La referida Cámara al confirmar, enfatizó que es evidente entonces que las operaciones que no se ajustan a las condiciones especificadas en la ley son ilegales; pues quien las realiza está haciendo lo que la ley prohíbe (C.N. art.19). ...al efectuar la presentación, se sabe a ciencia cierta que se esta pidiendo al juez una solución preventiva para mantener una actividad ilegal...".

En un caso cuidadosamente criticado por Zunino, la Sala E de la misma Cámara Comercial aceptó abrir un concurso preventivo de una supuesta banca de hecho, pero cabe acotar que entendió que no se había acreditado habitualidad, por lo que no se podía catalogar como actividad la presunta intermediación financiera <sup>(61)</sup>, por lo que no se altera la corriente jurisprudencial que venimos comentando.

Pragmáticamente es mejor abrir el concurso y dejar al sujeto bajo el control judicial, que rechazarlo permitiendo el recurso y la imposibilidad de una declaración de quiebra a pedido de un tercero, por pender la solicitud de apertura del concurso. Esa situación apegada a la interpretación formal de la Ley de Concursos, pero enfrentando la realidad comercial se vivió en la petición de

---

<sup>60)</sup> Citado en nota n° 48.

<sup>61)</sup> CNCom. Sal E fallo del 18.5.87 en "Bunge Soc. de Hecho y otros s/ quiebra" en RDCO año 20 p. 974, y el agudo comentario de Jorge O. Zunino "En torno a las denominadas sociedades de objeto lícito y actividad pprohibida y su recepción en un fallo" en LL 28 de junio de 1990, donde se desenvuelve similar posición a la que sustentamos en todo el texto, contraria a la referida de Alejandro Fargosi y Héctor Osvaldo Vázquez Ponce.

concurso preventivo por parte de Bodegas Filippini S.A. ante la justicia mendocina: rechazada la petición del concurso, se apeló tal resolución por parte de la concursada. Pendiente de trámite el recurso, ante pedidos de quiebra el Juez dictó la sentencia de quiebra, que recurrida por la concursada fue anulada. Al confirmar la Cámara la resolución del inferior de no apertura del concurso preventivo, la concursada petitionó su propia quiebra. Varios años de pleito que, por apego a criterios formales, impidieron la tramitación del concurso bajo el control jurisdiccional. Quizá esa experiencia llevó a abrir el concurso preventivo de una sociedad que actuaba como banca de hecho en Mendoza, por resolución del 29 de diciembre de 1987 de Primera Instancia, si bien, el Tribunal no analiza esa cuestión en forma expresa.

Abierto el concurso, el Juez puede disponer en forma inmediata la sustitución de la administración, en cuanto se sospeche la realización de una actividad no autorizada o prohibida, impidiendo su continuidad y aplicando las sanciones previstas en el sistema jurídico (p.ej. art. 19 LS si se tratare de una sociedad).

No es que propiciemos la apertura del concurso preventivo para una sociedad que clandestinamente realiza actividades de Banca de Hecho, ni que previo a su quiebra deba dársele intervención al Banco Central de la República Argentina -situación reservada a las entidades autorizadas-, sino que señalamos la conveniencia de la apertura de un concurso en general para lograr el control jurisdiccional, para aplicar de inmediato la normativa que corresponda. Por lo demás concordamos con el encendido y profundo enfoque de Maria E. Kabas de Martorell y Ernesto Edmundo Martorell <sup>(62)</sup>.

La no apertura del concurso no permite la declaración de la quiebra de oficio, y la falta de actividad fiscalizadora del BCRA hace presumir la total impunidad. Pero si es factible que el Juez que rechaza la petición de concurso, resuelva la disolución de oficio, siendo para ello indispensable la conclusión que seguimos en este trabajo de que la actividad es ilícita <sup>(63)</sup>.

## 17. ACTIVIDAD CLANDESTINA DE SUJETO AUTORIZADO.

---

<sup>62)</sup> "La cobrabilidad de las deudas de las mesas de dinero: problemática jurídica" en LL 23 diciembre 1988.

<sup>63)</sup> Claudia Rainsberg de Merenzon "Solución preventiva y entidades financieras no autorizadas" en RDCO año 23 pág. 372.

Una actividad paralela realizada por persona jurídica autorizada, implica la sanción de liquidación de la estructura societaria-personificante del sujeto autorizado, o sea que debe iniciarse el proceso liquidatorio de la persona jurídica que alteró su funcionalidad.

Y si esa actividad ilícita fuera realizada por persona jurídica no autorizada controlada por persona jurídica autorizada, además de su responsabilidad solidaria conforme el art. 54. 3 LS <sup>(64)</sup>, corresponderá en su caso la extensión de la quiebra de la controlada a la sociedad controlante autorizada.

#### 18. LA VERIFICACIÓN POR PARTE DE ACREEDORES DE UNA BANCA DE HECHO. EL CASO LAJZT. LOS PLENARIOS TRANSLINIE Y DIFRY.

Con ese criterio no se ha cuestionado la verificación de créditos, activos o pasivos, en los concursos de mesas de dinero. Es conocido en la Ciudad de Córdoba las resoluciones que motivaron la verificación de créditos de la mesa de dinero del operador Tagle, en el Juzgado de 13a. Nom., donde se aplicó a quienes intentaban verificar el criterio de la simple invocación de la causa - que a mi entender es el verdadero criterio que subyace en el fallo Translinie y Difry de los plenarios de la Cámara Comercial Nacional de la Capital Federal, tan difundidos <sup>(65)</sup>.

Sobre este mismo aspecto, la Cám.Nac.Comercial Sala E. en el concurso de Lajst, Julio V.- quiebra, en el incidente de impugnación de crédito por López Yañez, Juan <sup>(66)</sup>, donde confirmó la resolución del juez que hizo lugar a la verificación de un portador legitimado de un cheque rechazado por falta de fondos, sosteniendo entre otros conceptos: "La naturaleza del título en que se sustentó la pretensión, imponía al verificador la carga de explicar y acreditar la causa determinante

---

<sup>64)</sup> consultar ntos. trabajos citados en nota n°7.

<sup>65)</sup> Son los fallos plenarios de las Cámaras Nacionales de Comercio de la Capital Federal en "Traslinie c/ Electrodine S.A." del 26.12.79 referido a títulos cambiarios y en "Difry S.R.L." del 19.6.80 referido a cheque. El criterio puede verse en el trabajo de Francisco Junyent Bas en el n. 25 de la Revista del Colegio de Abogados de Córdoba p.21 y ss. "La causa de la obligación en los títulos de crédito".

<sup>66)</sup> Ver nota n° 38. ED 123-190 y LL 1986 E 67.

del acto cambiario del fallido <sup>(67)</sup>.- Del informe individual presentado por la sindicatura (art.35 ley 19551) emerge que el crédito invocado por el verificador reconoce su origen en un cheque librado por el fallido "en pago" de operaciones de crédito, realizados mediante la modalidad conocida como "mesa de dinero"....No se advierte cuestionado que al petionar su propia quiebra, Lajst reconoció que su actividad específica de agente de bolsa derivó, con el transcurso del tiempo, en la concurrencia a las denominadas "mesas de dinero" y la entrega de cheques en garantía de esas operaciones....No se ignora la doctrina según la cual los reconocimientos o confesiones del fallido son inoponibles a la "masa", más a dicha doctrina no puede otorgársele carácter absoluto; fundamentalmente, cuando luego es el propio insolvente quien cuestiona la existencia o legitimación del crédito <sup>(68)</sup>.....no aparece controvertido -como ya se expresara-, que Lajst instrumentó una operatoria mercantil de naturaleza financiera -operaciones pasivas de préstamos-, al margen del régimen superintendencial bancario.- Y la realización sistemática de tal tipo de operaciones, a la luz de la doctrina que admite su concreción aislada por particulares <sup>(69)</sup>, permite considerar configurada una "banca de hecho" y la consecuente tipificación de dichas operaciones en la categoría de actos de comercio (art.8 inc.3 Cód. Comercial). Sobre tal base, la condición de comerciante del fallido aparece incuestionable (art.1 Cód.cit); y en tal situación debió asentar sus obligaciones en libros. Su incumplimiento, frente a un no comerciante crea una seria presunción en su contra, deviniendo de mayor consistencia la prueba que pudiere presentar este último. Y aún de admitirse que la "banca de hecho" comporta un acto ilícito, no por ello dejaría de ser actividad mercantil en tanto la noción de acto de comercio comprende también a los denominados ilícitos comerciales..." <sup>(70)</sup>.

---

<sup>67)</sup> CNCom., en pleno in re "Difry SRL conv. s/ inc.de verif. de créd. por Barile, Angel, del 19.6.80 - LL 1980-C-78.

<sup>68)</sup> Conf.esa misma Sala, in re "Sola, Teresa s/conc.civil s/ inc.de revisión, art.38 ley 19551 por la concursada al crédito de Revuan, Marcela", del 13.12.85.

<sup>69)</sup> Bolaffio, citado por Fontanarrosa R.C., "Derecho Comercial argentino", parte general ps.142/3 n.112 y demás doctrina citada en nota 97 ed.72, y con observaciones por parte de Mario A. Bonfanti en "El caso Lajst (o la conveniencia de vivir con lo nuestro)en RDCO año 19 p. 875 y ss. ya citado con anterioridad.

<sup>70)</sup> Sobre el punto puede verse además: Jorge Labanca "Banquero de hecho y demostración del mutuo" en ED 123-190, Fernando M. Bosch "La causa del crédito del acreedor concursal y la interpretación del plenario" LL 1987 C 187, Mario A. Bonfanti en "El caso Lajst (o la conveniencia de vivir con lo nuestro)en RDCO año 19 p. 875 y ss. ya citado con anterioridad.

Igual criterio se siguió en la Justicia de Mendoza, en sentencia del 23 de mayo de 1989, de primera Instancia, en autos Isaac Kolton Inm. SACI s/ Concurso preventivo.

#### 19. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Si partimos de la aseveración que la ley de sociedades en sus arts. 18, 19 y 20 regula actos prohibidos y ilícitos, y actividades ilícitas, no diferenciando entre actividad ilícita y actividad prohibida, ambas dos están comprendidas en el terreno de lo ilícito aplicándoles el art. 19 LS, no advirtiéndose lagunas jurídicas en Ley de Sociedades. Debemos subrayar la conexión con el resto del sistema jurídico, al que indudablemente vincula el art. 20 LS, pues la ilicitud de esas actividades u objeto derivan de otras normas legales, las cuales determinan la actividad como ilícita, pero quedando involucradas por el art. 19 LS.

El acto en si mismo puede ser lícito, pero nunca la actividad que requería ser autorizada expresa y previamente. El sistema jurídico ha previsto que ciertas empresas deban obtener su autorización previa para desempeñarse como tales <sup>(71)</sup>, además de organizarse jurídicamente a través de un tipo social determinado. Esas actividades bajo fiscalización especial, cumplidas sin previa autorización, son siempre ilícitas.

La ley de Sociedades Comerciales modificando el Código de Comercio refuerza y acentúa con mayor rigor y energía el "principio de la tipicidad". No dándole posibilidad a las partes de ejercitar la competencia dispositiva para generar relaciones asociativas fuera del "numerus clausus" de los tipos societarios, disponiendo la nulidad por atipicidad (doc. del art. 17 LS). En el caso que nos ocupa, la competencia dispositiva se encuentra reducida aún más en su numerus clausus, en cuanto a elección del tipo - sólo a Sociedad Anónima y cooperativa-, antes de realizar este tipo de relaciones asociativas, siempre se necesita tener una "EMPRESA" que de sustento al contrato como elemento -organización jurídica-, elemento que marca la diferencia con los contrato con estructura

---

<sup>71)</sup> En el mismo sentido que lo hace el art. 2084 C.C.I., al que transcribimos en nota 1.

de cambio, los mismo no necesitan tener una empresa (organización) como parte indispensable en su realización y ejecución de sus obligaciones <sup>(72)</sup>.

La autorización previa como empresa financiera y su organización conforme esa tipología societaria esta dada en estos casos en protección de terceros consumidores o usuarios del Servicio Público que el ente -Sociedad Anónima o Cooperativa- únicas tipologías autorizadas por el orden jurídicos, dando seguridad jurídica a los negocios, y exigiendo una organización jurídica acorde con el elemento empresa -como unidad económica-.

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

El artículo 20 que trata el "objeto prohibido" en razón del tipo, protege una situación estática, no dinámica, porque inmediatamente que una "empresa no autorizada" comienza a actuar viola la normativa de fondo -que es de orden público económico con la argumentación apuntada más arriba-. Su actividad se convierte en ilícita, quedando atrapada por la norma del art. 19 LS; no siendo posible que se califique dentro del art. 20 como de actividad prohibida, porque en el derecho argentino este tipo de actividad será siempre ilícita.

---

<sup>72)</sup> La autonomía de la voluntad se encuentra acotada no sólo en la elección de las formas organizativas, sino que también en el contenido del acto por la necesidad de organizar una empresa, y por la exteriorización al público de su actividad, que podrá efectivizarse recién cuando medie la autorización de control correspondiente.

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

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

En cuanto a interpretación se refiere, la analogía que intenta alguna doctrina y jurisprudencia de englobar la "actividad prohibida" en el supuesto del art. 20 LS que se refiere al "objeto (lícito) pero prohibido en razón del tipo", implica una extensión disvaliosa por ser la norma del art. 20 LS referida a un supuesto específico; pues se intenta hacer decir a la norma lo que la misma no dice, y por no tener en cuenta disposiciones del sistema general que imponen la calificación de "ilícita" de tal actividad cuando no medie expresa autorización de la autoridad de aplicación (actividad lícita si se dan los supuestos del sistema legal general, realizada clandestinamente, o sea sin autorización) <sup>(73)</sup>.

La reciente ley uruguaya recoge esta posición, identificando la actividad ilícita o prohibida, en cuanto mencionadas en el contrato, recogidas ambas como objeto de la sociedad, derivadas de disposiciones generales o en virtud del tipo social elegido, sancionando a la sociedad con la nulidad <sup>(74)</sup>. A su vez identifica la actividad ilícita con la prohibida, o por la comisión de actos ilícitos, como causales de disolución de la sociedad <sup>(75)</sup>. Resulta una adecuada sistematización de la

---

<sup>73)</sup> Concordamos en general con el meduloso análisis de Jorge O. Zunino "En torno a las denominadas sociedades de objeto lícito y actividad prohibida y su recepción en un fallo" en LL 28 de junio de 1990, y en su libro "Sociedades Comerciales: Disolución y Liquidación" t. II p. 206 y ss., ya referidas en anteriores notas. cfme. Carlos R. Freschi "La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales" en RDCO año 1978 p. 1542. Planteamos con anterioridad esta cuestión en Conferencias en Córdoba, Río Cuarto y Buenos Aires, como así también en la VIII Reunión Conjunta de Academias "Realidad y Derecho", realizada en el año 1989, con publicación de nuestra relatoría en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, correspondientes a dicha reunión.

<sup>74)</sup> Ley Uruguaya n° 19060 del año 1990 sobre "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios". Art.23 "(Objeto ilícito. Objeto prohibido). Serán nulas las sociedades cuyo contrato prevea la realización de una actividad ilícita o prohibida, sea con carácter general o en razón de su tipo".

<sup>75)</sup> Ley citada en nota anterior, art. 159 inc. 10.

problemática, aunque no se advierten las sanciones previstas en la ley argentina, por lo que no comportarían normas pluscuamperfectas

Toda interpretación debe contemplar la integridad del sistema normativo y advertir la inserción de la conducta en análisis en la realidad, y sin ingenuidad llegar hasta el fondo de la cuestión, catalogando la actividad como ilícita, para que actúen la totalidad de las sanciones del sistema jurídico argentino (<sup>76</sup>).

Aspiramos que nuestra concepción económica del derecho (<sup>77</sup>) que canalice la competencia, eficiencia y estabilidad en los mercados financieros en base a una coordinación de los sistemas normativos conforme la evolución en la realidad económica, pero sin perder por ello el control sobre los partícipes en ese mercado de interés público, sea aceptada. Esta concepción, que implica una desregulación del sistema, no implica una eliminación de las formas vigentes de regulación, sino como una nueva manera de regular el mercado que fundamenta la intervención de la autoridad en una interpretación de la normativa existente, más consciente de la finalidad de coordinar las estructuras con las exigencias del sistema financiero, no se trata de una falta de regulación, sino una forma de liberalizar los mercados, debiendo sostenerse que una desregulación de la plaza financiera no podría ser ubicada en la libertad irrestricta de la operatoria financiera, sino un freno y contrapeso para que ella pueda desenvolverse fluidamente, sin las rigideces o vericuetos de una normativa generalmente reglamentarista, carente de claridad y que ingresa en la prolija oscuridad. SI al control de organización y funcionamiento, NO a la excesiva regulación de las operaciones y contratos financieros, mientras los mismos mantengan transparencia en el mercado. La experiencia en nuestro país, aún excesivamente costosa nos lo advierte. Nos apartaríamos así de la otra vertiente, propia del derecho económico, que establece como concepción que es la autoridad la que esta en condiciones de establecer el nivel de competencia que sea justo, variable en el tiempo y espacio, distinga según los sujetos, ya la vez, se halle en condiciones de asegurar situaciones óptimas de estabilidad y eficiencia.

---

<sup>76</sup>) Nos referimos a los fallos, considerados en párrafos precedentes que se limitan a no permitir la apertura del concurso preventivo, pero omiten considerar la aplicación de la norma del art. 19 LS, disposición que prevé su aplicación de oficio.

<sup>77</sup>) cfme. nto. trabajo "La Economía del Derecho" en La Ley (actualidad) del 18 de abril de 1989 p. 2 y ss., "Economía y Derecho" en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año académico 1988 p.525 y ss.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Córdoba, 2 de mayo de 1991.