

ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en elDial express del lunes 16 de marzo de 2009

I – LA CAUSA

Nuestra Corte, con el voto unánime de sus Ministros ha resuelto el recurso de hecho en la causa “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” en fecha muy reciente (24/02/2009) revocando el fallo de la Sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la Fiscal General por arbitrariedad al que se sumó la señora Procuradora Fiscal.

La Corte dispuso así “precedentes los recursos extraordinarios deducidos y se revoca la sentencia apelada, debiendo dictarse nuevo fallo con arreglo a lo resuelto”.

Sobre los argumentos, la implicancia directa y las consecuencias indirectas del fallo haremos breves referencias.

II – LOS ARGUMENTOS.

Aconsejamos la lectura del fallo, no obstante lo cual entresacamos algunas argumentaciones del mismo:

“...6°) Que a efectos de determinar la jurisdicción .. debe acudir a los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1889 y de 1940.-... 9°) .. el elemento atributivo de jurisdicción se encuentra en la República Argentina, debido a que la sociedad extranjera ha sido constituida bajo el régimen previsto en el decreto 381/89, reglamentario del art. 4 del decreto-ley 15.322 de la República Oriental del Uruguay, que establece que las empresas de intermediación financiera externa tendrán por único objeto la realización de operaciones de intermediación o mediación financiera entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos, radicados fuera del país, de acuerdo a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Banco Central del Uruguay, entidades que sólo podrán operar con no residentes en el mencionado país.- ... 11) Que tampoco ha ponderado el a quo las constancias obrantes en la causa, conducentes a los mismos fines señalados precedentemente, de las que surge que en un proceso seguido ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de la Ciudad de Buenos Aires, se tuvo por acreditado -entre otros hechos- que la Compañía General de Negocios SAIFE funcionaba clandestina y marginalmente en dependencias del Banco General de Negocios situadas en la Ciudad de Buenos Aires, captando dinero y disponiendo de esos fondos, a la vez que el domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable.- 12) Que, por otra parte, la individualización de las normas de derecho interno que resulten aplicables al sub examine requiere la consideración de similares extremos fácticos y jurídicos, que fueron igualmente desatendidos por el a quo. En efecto, el art. 118 de la ley 19.550 regula el reconocimiento de la sociedad extranjera, en tanto ésta se ajuste a las leyes del lugar de su constitución, y el art. 124 del mismo ordenamiento ... individualiza el supuesto en el cual la sociedad constituida en el extranjero no es reconocida como tal, sino como sociedad local. Tal supuesto se configura cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, hipótesis que impone la aplicación del ordenamiento legal nacional con el alcance establecido en la propia norma. Por consiguiente, la decisión acerca del tratamiento legal que, en el derecho interno, corresponde a la sociedad cuya quiebra se peticiona, se encuentra

¹ Trabajos vinculados y otros pueden verse en www.acaderc.org.ar de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

inescindiblemente unida a la conclusión a que se arribe acerca del lugar en que ésta desarrolló su actividad principal.- ...“.

Ello importa que se abrirá el proceso falencial en la Ciudad de Buenos Aires, considerando acreedores locales a quiénes hayan negociado con la sociedad en nuestro país –aunque se haya simulado realizar la operación en Uruguay-.

Otras connotaciones se abren.

III – CUESTIONES CONCATENADAS.

La Corte dá por acreditado que una sociedad financiera constituida en el exterior y que no podía realizar operaciones en ese país, las realizaba en nuestro país bajo la pantalla de un banco local: el Banco General de Negocios S.A..

Se acepta así el negocio que hemos dado en llamar “indirect doing business”. Este nuevo caso fallado por la Corte nos recuerda el voto de Zaffaroni en el caso Bustos y los comentarios que formalizamos en torno al mismo respecto a la orden al Procurador General de investigar la existencia de una estafa², de cuya investigación no hemos tenido noticias.

1. La declaración de quiebra parece inevitable, salvo que se desinterese al acreedor o se acredite la inexistencia de la cesación de pagos, pudiendo también intentarse la conversión del proceso en concurso preventivo, evitando la liquidación falencial.

2. Ante este último supuesto –pero también en análisis de la responsabilidad falencial y societaria- cabe apuntar que corresponderá por los antecedentes del caso la aplicación del art. 19 LSA atento la actividad ilícita acreditada en los autos. Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado³.

La actividad ilícita es sancionada⁴, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁵.

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera⁶.

El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los

² DEPOSITOS PESIFICADOS: ¿RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS? (La denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro) en El Derecho +++++ 2002,

³ RICHARD, Efraín Hugo *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

⁴ RICHARD, Efraín Hugo *La conservación de la empresa* al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El reconocimiento de la noción "actividad"..

⁵ RICHARD, Efraín Hugo *Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario”*, pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

⁶ Tales como la francesa, alemana e italiana. En el Derecho Italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 LS a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone "Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas". La ley uruguaya n° 16060 de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" del año 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, "Régimen de nulidades" para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nta. Ley de sociedades, y dentro de la sección XIII "De la disolución" el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. RICHARD, Efraín Hugo *Actividad ilícita de sociedades* I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992 tomo II p. 575.

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, como hemos señalado precedentemente.

Esa aplicación deberá ser dispuesta de oficio –aún cuando se descartara la quiebra por alguna de las razones aludidas-, atento los términos de dicha norma, generando la responsabilidad de administradores, socios y fiscalizadores, atento la naturaleza de la maniobra, que tiene dos facetas de ilicitud.

2.1. Una faceta es haber desarrollado en el país actividad financiera que le era prohibida a un banco constituido en el extranjero. La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad es automática por imperio de la norma ante la actividad ilícita de la sociedad.

En el país no existe una ley de entidades financieras que autorice la operatoria off shore, aunque de hecho así se opera. Ni los Bancos argentinos, ni las Sucursales de los extranjeros, ni las representaciones legales de bancos extranjeros o los bancos vinculados a entidades financieras que operan en el extranjero pueden hacer eso, sólo pueden asesorar, pero las posibilidades de la electrónica lo facilitan. Las normas limitativas surgen de las previsiones contenidas en el artículo 13, segundo párrafo de la ley 21526 y concordantes, al no receptarse en nuestro país un sistema de banca off shore⁷.

Las oficinas de representación solamente pueden desarrollar actividades no operativas. La operatoria de la representación se debe limitar al asesoramiento de interés para la vinculación con el exterior de las actividades locales, privadas y oficiales⁸. A la representación le está prohibido realizar cualquier tipo de intermediación financiera y operar en cambios⁹.

Se generó una clara actividad ilícita, sancionada por el art. 19 de la ley de sociedades comerciales¹⁰.

2.2. Una segunda faceta al haber violado la disposición del art. 124 LSA. A este aspecto también nos hemos referido¹¹. Entendemos con muchos autores que el régimen de actuación de sociedades constituidas en el extranjero constituye un sistema de orden público interno, particularmente en cuanto a la publicidad de los actos en beneficio de terceros y del comercio. Su evidente apartamiento, cuando es indubitable, no puede traer otra sanción que la referida en el art. 19 L.S., coincidiendo así en el tema de responsabilidad de socios y administradores frente a terceros, y sanciones mayores por esa violación, salvaguardando a los socios que puedan demostrar su buena fe. Por otra parte, el acto aislado –aún cuando sea indubitablemente un acto aislado, lo que importa casi un hallazgo de laboratorio-, cuando es la única actividad que en el extranjero y en el país desarrolla la sociedad constituida en el extranjero que desarrolla esa única “actividad” en el país, conlleva el mismo efecto.

Aplicando la sanción del art. 19 LS coincidiremos que la sociedad no puede ser impedida de estar en juicio ni de ejercer sus derechos. Pero tampoco puede coartarse el derecho del Estado de aplicar la sanción, ejercer derechos contra terceros e instar la liquidación de la sociedad.

⁷ *Responsabilidad por el vaciamiento financiero* en Zeus Córdoba, año I 18 de junio de 2002, n° 10 tomo I pág. 253 y ss...

⁸ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 7.

⁹ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 8.

¹⁰ Superando una discusión doctrinaria entre actividad ilícita y actividad prohibida por el tipo social, generada particularmente en torno a la banca ilegal. RICHARD, *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, citado; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en “Derecho y Empresa” Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *Banca de hecho. Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario”, citado..

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo *SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)* en Libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos”, Director Daniel R. Vítolo, Edición Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Marzo 2006, págs. 101 a 122.

El art. 19 LS implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores, representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción –por el hipergarantismo con que está montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventados. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

3. Pero esa declaración tendrá un efecto contaminante. Atento a que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino: el Banco General de Negocios S.A., corresponderá aplicar respecto de éste –al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 LSA a cualquier evento, sea de responsabilidad o de destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación.

Por otra parte existirá una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter LSA al Banco General de Negocios S.A. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina, aún dentro de la estrecha inteligencia fijada por la Corte a través de adherir al criterio del Procurador General en el llamado caso Palomeque.

Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

IV – CONCLUSIONES Y DERIVACIONES.

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

a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 ter LSA, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva¹²;

b. la responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria¹³, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes¹⁴.

¹² FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en *Doctrina Societaria de Errepar* setiembre 2001 p. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso “Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23771”, fallado por la CFederal de San Martín Sala I 26.4.1994, sosteniendo que la SAFI uruguaya “no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz..a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b. “la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio...c. los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...”. Las sanciones ante la actividad ilícita aparece como una forma de desestimación de la personalidad.

¹³ OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar* n° 173, Abril 2002 p. 31.

¹⁴ RICHARD, Efraín Hugo *Relaciones de organización*. Ed. Advocatus, 2ª ed. Córdoba 2002, pág. 279 y ss.

¿Cuánto de actividad ilícita debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS? ¿El indirect doing business cumplido por la actividad financiera en el año 2001, y que se sigue desarrollando, tipifica la actividad ilícita? Es una clara actividad off shore practicada por o a favor de sociedades constituidas en el extranjero. La Corte viene en aceptar indirectamente esta conclusión.

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

No hay duda que tales efectos serán aplicables a otras SAFIS uruguayas, pero también a las constituídas en otros paraísos fiscales –o no- cuando la actividad principal se desarrolle en el país, por imperio del art. 124 LSA.

Los negocios irregulares constatados en nuestro país, tanto en la sociedad constituida en el extranjero, como en la local que le servía o se servía de ella, llevarán a la aplicación del art. 19 LS, no sólo por el negocio financiero ilícito en sí mismo sino por la actuación irregular de la sociedad extranjera violando las disposiciones del art. 124 LSA.

La justicia se ha sacado la venda de los ojos, pero no para mirar al justiciable, sino para mirar la prueba y la realidad de los negocios como requería Joaquín Garriguez.

Buenas noticias para mirar alrededor y aplicar para paliar la crisis financiera mundial, evitando los negocios financieros ilícitos que son de público y notorio se realizan en nuestro país, a los que nos venimos refiriendo desde hace muchos años.

Si se comenzara a aplicar este efecto a situaciones a todas luces infractorias, prácticamente desaparecerían las situaciones en zona gris, pues la jurisprudencia cautelar de asesores económicos y jurídicos aconsejarán una inmediata inscripción o cesación de actividad –según los casos-, satisfaciéndose así los objetivos de orden público de la normativa, que no son la sanción sino la publicidad.

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

Córdoba, 14 de marzo de 2009.