

**PRESENTACIÓN EN CONCURSO PREVENTIVO
DE SOCIEDADES CON OBJETO ILÍCITO,
ACTIVIDAD ILÍCITA, OBJETO PROHIBIDO O
ACTIVIDAD PROHIBIDA. BANCAS DE HECHO.**

CLAUDIA RAISBERG

PONENCIA

1. Ninguna sociedad que tenga un objeto ilícito o prohibido, o desarrolle una actividad ilícita o prohibida podrá solicitar la formación de su concurso preventivo.
2. De advertirse la situación al inicio, no se dará curso al concurso preventivo. En tanto, si se constata con posterioridad, el juez se encuentra facultado para no homologar el acuerdo preventivo aún cuando la ley de concursos en su nueva redacción haya suprimido el análisis de mérito como criterio de valoración.
3. Las bancas de hecho no pueden presentarse en concurso preventivo pues se rigen por la Ley de Entidades Financieras y como tales se encuentran excluidas de los sujetos concursables enunciados por el art. 2º de la L.C.
4. Los terceros co-contratantes tienen acción para verificar en la quiebra de una mesa de dinero aún cuando hayan conocido la ilegalidad del objeto o actividad, pues la nulidad de la sociedad no debe confundirse con la nulidad del acto jurídico.

FUNDAMENTOS

1. Introducción: La vía concursal y las sociedades encuadrables en el art. 18, 19 y 20 de la L.S.

La sociedad que tiene un objeto ilícito o prohibido, o desarrolla una actividad ilícita o prohibida no puede solicitar la formación de su concurso preventivo.

Aún cuando la norma concursal no descalifica expresamente a este tipo

de sujetos para solicitar la apertura de su concurso preventivo,¹ interpretando el derecho en su conjunto cabe considerar improponible esta acción por aquel que desarrolla una conducta reprochable por cualquier otra norma positiva, en el caso la Ley de Sociedades.²

Durante la vigencia de la ley 19.551 y sus modificaciones que al resolver sobre la homologación del acuerdo preventivo expresamente autorizaba a evaluar la presentación desde la óptica del interés general y el merecimiento del sujeto, una postura se inclinó por diferir hasta entonces el análisis de esta cuestión.

Sin embargo, aguardar deliberadamente a dicha oportunidad (art. 61 de la L.C.) entrañaba varias consecuencias disvaliosas:

- a) un dispendio de actividad jurisdiccional inútil ante la seguridad inicial de la inviabilidad del procedimiento.
- b) el riesgo de agravar la insolvencia por el mero transcurso del tiempo
- c) el de alentar de manera implícita la violación del principio de igualdad de los acreedores.

Por ello, la presentación en concurso preventivo de una sociedad de objeto ilícito —que en la práctica será generalmente una sociedad de hecho o irregular³—, actividad ilícita,⁴ de objeto prohibido o actividad prohibida, debe ser rechazada *ab initio*, siempre que ésta sea advertida en aquella primera etapa.

A mi modo de ver, el silencio que la norma observaba al regular los primeros pasos del trámite concursal no obstaba a esta conclusión.

En cuanto a la nueva Ley de Concursos, esta ha ampliado en su texto los fundamentos del rechazo de la presentación en concurso preventivo al admitir expresamente causas desestimatorias que se suman a las que se derivan del incumplimiento del art. 11 de aquella.

Mas, cabe efectuar idéntica conclusión respecto de la procedencia del rechazo *in limine* de la presentación en concurso de un sujeto con las características a estudio, pues los fundamentos jurídicos determinantes de esta postura se mantienen vigentes con la reforma de la ley concursal.

Es que al suprimir la nueva ley las pautas de valoración previstas por el art. 61 de la ley 19.551 para tornar procedente la homologación del acuerdo,

¹ Doctrina de la Sala D *in re* "Magarimos, Armando s/conc. prev." del 30/12/87.

² Conf. Sala A *in re* "Grosso y Regalini" del 20/4/88.

³ Algunos autores disienten con esta posibilidad (ver OTAEGUI: *Validez de los Actos Societarios*, pp. 342/3. Ábaco, 1979). Mas, de lo contrario la norma contemplaría un supuesto prácticamente imposible de comprobar. (Conf. GHIGINI, M.: *Estinzione e Nullità delle Società Commerciali*, p. 141. En LL, 1976-C, 493. ESCUTI, I.: "Sociedad e Invalidez: Algunos aspectos".

⁴ Supuesto de derivación del objeto social. (Ver FERRER, Manuel: "Nulidad de las Sociedades Comerciales", JA, 21/2/75, p. 4.)

se confirma la postura que propicia el análisis preliminar de esta cuestión, cuando ello es fácticamente posible.

Sin perjuicio de lo cual de advertir el juzgador la ilicitud o prohibición de la actividad o del objeto una vez abierto el concurso —verbigracia con la presentación del informe general— el rechazo podrá también decidirse mediante la no homologación del acuerdo.

Ello fluye claramente del texto de la ley 19.551 que induce al juez a corroborar si en el proceso se han resguardado los principios de orden público vinculados con el derecho concursal (art. 61: 1° y 2° ley cit.).

Cabe plantear como interrogante si este temperamento es aún posible de adoptar cuando la ley 24.522 restringió las causales obstativas de la homologación a las descriptas por el art. 52 eliminando, al menos como regla, el análisis de *mérito* de la presentación.

No pretendo agotar en este trabajo el sentido y alcance de la nueva norma concursal al respecto pues ello excedería la finalidad aquí perseguida.

Solo apunto a esbozar como primera conclusión que el respeto a la autonomía de la voluntad de los particulares que parece desprenderse de ella, no implica necesariamente renunciar a la observancia de otras normas positivas que determinan y sancionan la ilicitud de ciertas conductas.

Consecuentemente, toda sociedad encuadrable en el art. 18, 19 ó 20 de la L.S. encuentra vedada la vía de acceso al concurso preventivo aún cuando ello no surja en forma expresa de la letra de la ley concursal, y podrá ser resuelto al comienzo del procedimiento (L.C. art. 13) o bien en la oportunidad de analizar su homologación (L.C. art. 52), sin que a ello obste la reciente modificación introducida al régimen concursal.

Es que el abandono de la consideración del merecimiento del deudor, la conveniencia económica del concurso o la protección del crédito (art. 61:1° y 2° derogado por ley 24.522) no implica que el juez deba dar curso pasivamente al procedimiento cuando advierte la existencia de una situación jurídica claramente ilícita o ilegal como la que nos ocupa.

II. El análisis de cada supuesto normativo en particular

Refiriéndome especialmente al caso de la sociedad de objeto ilícito, la nulidad absoluta con la que sanciona la ley societaria la infracción (al igual que el Cód. Civil en los arts. 953, 1655 y 1659) autoriza a su declaración oficiosa pues lesiona el orden público y el vicio aparece *manifiesto* al provenir necesariamente del acto constitutivo.⁵

⁵ Conf. art. 1047 del Cód. Civil y FARGOSI: "Sociedad y actividad ilícita", pto. III, LL, 151-616. Ver además LLAMBIÁS, J.: *Derecho Civil. Parte General*, t. II, p. 594.

Mas, el régimen societario dispuesto por el art. 18 de la L.S. se diferencia de la normativa civil (ver art. 1038 del Cód. Civil) en tanto la nulidad de la sociedad comercial carece de efectos retroactivos, conclusión derivada de la disposición legal de liquidar el activo y el pasivo contenida en él.⁶

En las sociedades de objeto lícito y *actividad ilícita* el art. 19 de la ley citada impone idéntica sanción en cuanto a su necesaria disolución y, aún cuando no consigne expresamente su nulidad, remite al régimen tratado en el punto precedente, pudiendo inclusive decidir oficiosamente su liquidación en virtud del interés general tutelado también en esta norma.

Por último, las sociedades de *objeto prohibido*, son aquellas que fueron constituidas para llevar a cabo una serie de actos que requiere de la satisfacción de requisitos, cargas o condiciones establecidas legalmente⁷ y se hallan regidas por la norma contenida en el art. 20 L.S.

Idéntico régimen resulta aplicable para el caso de sociedades con objeto lícito que desarrollan *actividad prohibida*, entendiendo por tal aquella descrita en el párrafo precedente pero que no fue consignada instrumentalmente en el contrato.⁸

Por lo que ya no se trataría de "objetos prohibidos para ciertos tipos" sino de actividades regidas por leyes especiales que persiguen una mayor fiscalización ejercida a través de la exigencia de la autorización estatal para funcionar. (V. gr. leyes 20.091 y 24241, art. 28 y 35 del Cód.Com. relativo a Bolsas de Comercio y Mercado de Valores, entre otras).⁹

Es precisamente la violación de estas leyes lo que determina su calificación de "ilegal", más no puede considerarse "actividad ilícita", pues lejos de tratarse de actos de por sí antijurídicos solo han sido instrumentados fuera de las previsiones legales.¹⁰

No obstante ello se ha establecido también la nulidad absoluta de la sociedad tomando aplicable por remisión el régimen previsto por el art. 18 L.S. con la limitación dispuesta por el art. 20 *in fine* L.S.

⁶ Ver doctrina del precedente dictado *in re* "Financo S.R.L." del 28/9/79, C.Civ. Com., Lab. y Minería de Neuquén. *RDCO*, 1980, p. 771. OTAEGUI: *Invalidez de los Actos Societarios*, p. 338.

⁷ Conf. dictamen del fiscal de la Cámara Comercial *in re* "Bunge s/quiebra" del 5&8/86.

⁸ Conf. FARGOSI: "Sociedades de objeto prohibido y actividad prohibida", *RDCO*, 79-18. En contra HALPERÍN, I.: "Régimen de la Nulidad de las Sociedades", *RDCO*, 1970-561.

⁹ Ver Exposición de Motivos de la L.S. Cap. II, Sec. IV, n° 4.

¹⁰ Conf. FARGOSI opus cit. En contra OTAEGUI, op. cit., p. 344.

3. *Otras consecuencias atribuibles a este tipo de sociedades.*

Al analizar entonces la aplicabilidad de las sanciones impuestas por los tres artículos citados a los cuatro supuestos de hecho y su relación con el concurso preventivo se advierte que junto con el rechazo de la petición corresponde en principio decretar la disolución y estado de liquidación de la sociedad, designando a tal fin un liquidador.

Este tendrá las funciones previstas por la L.S. 101 y ss. pudiendo considerarse entre ellas la de presentar en quiebra a la sociedad en liquidación ante la comprobación del estado de cesación de pagos una vez agotado el procedimiento dispuesto por la L.S. art. 106.

En conclusión, si bien la ley concursal no admite la declaración de quiebra de oficio al rechazar la presentación en concurso preventivo de un sujeto aún cuando ha confesado su estado de insolvencia, si éste configura una sociedad encuadrable en los arts. 18, 19 ó 20 L.S. la liquidación deberá ser decretada y, a partir de ella, quizás la falencia.

La sanción es realmente mayor en el caso de sociedades calificadas como de objeto ilícito o que desarrollan actividad ilícita, pues ante la hipotética existencia de "saldo" en los términos de la L.C.:228: 3º párrafo de la ley 24.522, el liquidador deberá ingresarlo al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva (conf art. 18 ó 19 L.S), dejando a salvo los derechos de los socios que acrediten su buena fe.

Por último, la responsabilidad solidaria e ilimitada dispuesta por la norma respecto de los socios (art. 18 L.S.) autoriza a declarar su quiebra personal en forma directa o por extensión.¹¹

4. *Las bancas de hecho como especie de uno de los supuestos mencionados*

Las comúnmente denominadas mesas de dinero desarrollan una actividad *ilegal* por lo que resultan encuadrables en el art. 20 L.S.

Es sabido que debe entenderse por tal "una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común" y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales singularmente considerados.¹²

Así, aún cuando cada acto jurídico o contrato de mutuo celebrado sea

¹¹ Conf. HALPERIN, op. cit., n° 12, nota 21. En contra MAFFIA, O.: "Quiebra Dependiente", ED. año XVI, n° 4136 del 3/2/77.

¹² Conf. ASCARELLI, Tulio: *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milán, 1954, pp. 96 y ss., cit. por FARGOSI, op. cit., p. 618.

válido, el ejercicio de la actividad en el sentido antes mencionado autoriza la aplicación de la norma en análisis.

Debe mediar una efectiva intermediación financiera y no una mera declaración de voluntad, y desarrollarse con "habitualidad", aún cuando para algunos baste la frecuencia.¹³

Ello delimita el concepto de *actividad* para el caso en examen.

Ahora bien, resta precisar la calificación de estas entidades financieras irregulares desde el punto de vista societario.

Es admisible la posición que propicia la ubicación de las bancas de hecho como sociedades de objeto prohibido¹⁴ por "incumplir ciertos requisitos establecidos legalmente" con algunas aclaraciones.

En principio corresponde dar otra lectura al art. 20 L.S. en análisis y considerar que independientemente de su interpretación literal éste debe necesariamente referirse a aquellas sociedades que aún respetando el tipo requerido por la ley para cierta clase de objetos violan otras disposiciones que rigen especialmente su ejercicio.

En verdad son de objeto prohibido solo aquellas personas jurídicas que han erigido a dicha actividad particularmente considerada en la categoría de objeto social al constituirse, pero es evidente que quienes intermedian en la oferta y demanda de recursos financieros en forma irregular lo harán en forma disimulada superando el esquema formal del objeto declarado en el contrato. ¿Qué ocurre cuando esta actividad, en el sentido técnico jurídico del término, es llevada a cabo exorbitando el objeto societario?

La norma del art. 19 L.S. tiene por finalidad facilitar la sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 11 inc. 3º L.S. (art. 1655 del Cód. Civil), frustran la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico.

Así, toda actividad debe ser objetivamente apreciada teniendo en cuenta que el conjunto de actos vinculados entre sí tienen por finalidad una conducta antijurídica aún cuando individualmente no lo sea.

Desde esta óptica, podría considerarse subsumida en este supuesto la actividad en examen, cuando la sociedad posee un objeto social lícito.

Mas, con la salvedad adelantada anteriormente respecto de la interpretación que debe realizarse del art. 20 de la L.S., no tratándose simplemente de violar el "tipo societario" requerido para esta actividad,¹⁵ sino de desarrollarla sin la correspondiente "autorización judicial" exigida por la ley de entidades finan-

¹³ Conf. HALPERÍN en *RDCO*, año 3 p. 560.

¹⁴ CNCom. Sala E *in re* "Bunge" del 18/5/87.

¹⁵ Conf. HALPERÍN, *op. cit.*, p. 561.

cieras ni el contralor de la autoridad monetaria del estado, este supuesto de hecho también es alcanzado en su régimen por este último artículo citado.

Aún cuando se trate de un ente regularmente constituido y cumpla las exigencias tipificantes, será la falta de fiscalización lo que torne ilegal la actividad siendo aplicable la sanción prevista por la norma societaria.

En este sentido las sociedades regularmente constituidas y aún autorizadas a desarrollar actividad financiera podrían encuadrar en el caso en examen si paralelamente llevaran a cabo esta actividad fuera de los controles estatales. Tal podría ser el caso de la denominada banca *off shore*, la que para algunos autores también configura una banca de hecho.¹⁶

Desde este punto de vista no resultaría correcta la calificación como "ilícita" de esta actividad por el solo hecho de escapar al control de policía estatal, pues ello acarrearía consecuencias para los socios desproporcionadas con la entidad de la infracción (art. 19 L.S.).

De otro lado, esta postura es la que apunta a una mejor hermenéutica jurídica ya que una interpretación diversa entrañaría la descalificación del art. 20 L.S. convirtiéndolo en una norma carente de aplicación práctica, pues toda actividad prohibida podría considerarse actividad ilícita.

Por lo tanto, la intermediación irregular de recursos financieros que generalmente es desarrollada por una sociedad bajo la forma de "actividad prohibida", se rige por el régimen especial previsto por el art. 20 L.S.

A esta conclusión no empece el habitual incumplimiento de la obligación de llevar regularmente la contabilidad que acompaña a este tipo de situación.¹⁷

Es que en ese caso la antijuridicidad proviene la violación de otras normas de contralor, establecidas por el Código de Comercio (art. 43 y ss) o de naturaleza impositiva que conlleva la clandestinidad con la que es ejercida.

Cabe concluir entonces que quien desarrolla un actividad financiera en violación de normas operativas y de control que expresamente regulan su funcionamiento configuran una sociedad de "objeto" o "actividad" prohibida, aún cuando respondan al tipo societario previsto por la ley de entidades financieras (art. 20 L.S.); observando tal distinción conceptual según ésta se haya estructurado o no en el acto constitutivo.

V. Las Bancas de hecho y la ley concursal

Desde que toda actividad financiera, aún irregular, se halla alcanzada por

¹⁶ Conf. PORCELLI, Luis: *LL* del 13/6/95.

¹⁷ Ver fallo "Quarti c/Italro". Juzg. Conc. y Soc. 2ª Nom. Córdoba en NISSEN, op. cit., p. 210.

la norma 21.526 modificada por la 22.529¹⁸ y la presentación en concurso preventivo se encuentra vedada aún para las regularmente constituidas como tales (art. 49 de ley citada), las sociedades que se como bancas de hecho carecen de acceso a la solución preventiva siendo de aplicación lo dispuesto por el art. 13 2º párr. de la nueva ley concursal.

Por tratarse de la regulación del crédito, el Banco Central debe ser puesto en conocimiento aunque no rija la garantía de los depósitos en el caso,¹⁹ en virtud de lo dispuesto por la ley 21.5126:1 y 3.

La accesoriedad de la actividad financiera irregular frente a un objeto principal lícito también desarrollado no revierte las conclusiones antes expuestas, en tanto reúna los atributos propios del concepto de "actividad prohibida" ya mencionada y no se trate de un acto aislado.

Precisamente en esta cualidad radica la distinción que permite encuadrar la realidad en el régimen del art. 20 L.S. (sociedad con objeto lícito y actividad prohibida) y no en el previsto por el art. 54 L.S.²⁰

Solo la deficiencia probatoria propia del inicio de las actuaciones que impida concluir asertivamente en la existencia de "actividad de intermediación financiera irregular" por parte del deudor justifica la apertura del procedimiento concursal fundada en aquella incertidumbre.²¹

Por último los terceros que contrataron a sabiendas con una sociedad encuadrable en el art. 18, 19 ó 20 L.S. pueden solicitar su verificación en la falencia tal como ya ha sido admitido por el precedente dictado *in re* "Lajst".²²

Esta conclusión es en principio aplicable para cualquiera de las tres situaciones jurídicas analizadas por los motivos que siguen a continuación.

En efecto, aún cuando sean terceros de "mala fe" respecto de la ilegalidad de la actividad o su carácter prohibido tienen acción para reclamar el cumplimiento del contrato celebrado con la banca de hecho pues la ley no dispuso la invalidez del acto sino del ente.

Por otro lado, la propia ley autoriza a liquidar el pasivo societario que estará obviamente conformado en este caso por los depositantes.

6. Conclusiones

I. Ninguna sociedad que tenga un objeto ilícito o prohibido, o desarrolle

¹⁸ Conf. SCJN *in re* "Maoirano" del 13/3/90.

¹⁹ Ver dictamen del fiscal CNCom. *in re* "Avellaneda s/quiebra s/inc. de nulidad", del 4/6/93.

²⁰ Conf. NISSEN, op. cit., p. 211.

²¹ Conf. *in re* "Corsi, Héctor s/ conc. prev". Juzg. 6. Sec. 11 del 28/9/87 confirmada por la Sala B.

²² CNCom., Sala E del 22/8/86.

una actividad ilícita o prohibida podrá solicitar la formación de su concurso preventivo.

2. Su rechazo será inicial si se encuentran fehacientemente acreditados los extremos que permitan encuadrar la situación en alguno de los casos mencionados, y deberá ir acompañado de la declaración de disolución, liquidación judicial y nulidad, según el supuesto normativo de que se trate. Mas, de advertirse la situación con posterioridad a la apertura del concurso preventivo el juez posee facultades suficientes para rechazar la homologación con fundamento en la ilegalidad señalada, no siendo óbice para ello la actual redacción del art. 52 L.C.

3. Particularmente las bancas de hecho desarrollan actividad prohibida y se rigen por lo dispuesto por el art. 20 L.S. aún cuando no posea un *objeto prohibido* sino lícito. Estas no pueden presentarse en concurso preventivo pues, además de hallarse comprendidas por la normativa del art. 20 L.S. ya citado, se rigen por la Ley de Entidades Financieras y, como tales se encuentran excluidas de los sujetos concursables enunciados por el art. 2º L.C.

4. El carácter accesorio de la actividad no impide el encuadre antes propiciado (art. 20 L.S.) ni obsta al rechazo inicial de la petición (art. 2º y 13 L.C.), siendo lo determinante que se trate de una actividad y no de algún acto aislado.

5. Los terceros co-contratantes tienen acción para verificar en la quiebra de una mesa de dinero aún cuando hayan obrado con conocimiento de la ilegalidad del objeto o actividad, pues la nulidad de la sociedad no debe confundirse con la del acto y su declaración carece de efectos retroactivos.