

Facultades y deberes del Síndico en los concursos de sociedades: El informe general'

Efraín Hugo RICHARD

I – INTRODUCCIÓN.

El título con que se convoca a deliberar en ese Congreso es motivante: “Nuevos desafíos de la Insolvencia al Derecho”.

Esa motivación es calificada en el tema que se nos ha asignado por la particular posición que mantenemos por la funcionalidad societaria para enfrentar el estado de “cesación de pagos”².

La estructuración de los procesos concursales, particularmente en caso de liquidación, acercan a numerosos funcionarios.

En el caso, y sin perjuicio de las comunicaciones que puedan formalizarse, hemos centrado nuestra atención en el síndico, sujeto necesario en los procesos de reorganización o de liquidación.

En el sistema nacional no hay duda de la profesionalidad del Síndico concursal. Bajo ese parámetro asumimos el encargo –compartido con un prestigioso especialista Dr. José Escandell, con quién hemos convenido los temas que cada uno afrontaríamos- conforme al rol introductorio que se nos ha asignado en esta Comisión sobre “Facultades y Derechos del Síndico y otros sujetos en los Concursos”, y especialmente nos referiremos centralmente al INFORME GENERAL de la sindicatura, que consideramos la pieza clave del sistema, especialmente en los casos donde la concursada es una persona jurídica, particularmente sociedad comercial –desde donde se podrá generalizar-. Ello atento a que esas sociedades son el centro de los concursos relevantes.

II – NATURALEZA DE LA FUNCIÓN SINDICAL.

Sólo una breve referencia introductoria a la naturaleza jurídica de la función sindical en los concursos.

1. En tal sentido lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha 04/11/2003 en la causa Amiano, Marcelo E. y otro c. Ministerio de Justicia y otro³. Originariamente la Cámara de Apelaciones condenó civilmente al Estado Nacional y al síndico designado en un concurso preventivo por haber omitido este último la inscripción de la inhibición general de bienes del concursado en el Registro de la Propiedad Inmueble y, en consecuencia, haber hecho fracasar la compra de un inmueble adquirido por ignorarse dicha circunstancia. El Estado Nacional planteó recurso extraordinario contra dicha resolución, sosteniendo que la figura del síndico no podía equipararse a la de un órgano estatal por el que aquél deba responder. La Corte hizo lugar al recurso interpuesto. Resolvió la Corte que “no corresponde atribuir responsabilidad al juez concursal, en su carácter de órgano estatal, por la omisión del síndico de inscribir la inhibición general de bienes ordenada en el Registro de la Propiedad Inmueble -en el caso, dicha omisión provocó la frustración

¹ Documento para la Conferencia en Comisiones de Trabajo del tema “Facultades y deberes del Síndico y otros sujetos en los concursos”, a formalizarse en el marco del V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Nacional de Derecho Concursal, a realizarse en Mendoza del 4 al 7 de octubre de 2009, organizado por la Universidad Nacional de Cuyo.

² La expresión y alcance de la locución “zona de insolvencia” no se corresponde a la expresión “estado de cesación de pagos” nuestras expresiones, y de allí puede resultar alguna aparente desinteligencia. Esto se ratifica en el nuevo artículo de Lorente en el reciente libro del IADC donde tipifica claramente la “zona de insolvencia” del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina “zona de insolvencia”, eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La zona de insolvencia, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores) a publicar en *en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, 2009*, en edición dedicada a este Congreso.

³ Publicado en: LA LEY 2004-B, 825, con nota de Darío J. Graziabile - IMP 2004-A, 1346 - LA LEY 01/09/2004, 3, con nota de Eduardo Mertehikian - RCyS 2004, 1081 - JA 2004-I, 77 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Concursal - Director: Julio César Rivera - Editorial LA LEY, 2006, 59, con nota de Héctor R. Fragapale. Cita Fallos Corte: 326:4445.

de la compra de un inmueble del fallido-, pues el síndico no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia que desarrolla su actividad en el proceso colectivo con autonomía y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional sin subordinación jerárquica". Ello es más patente en el concurso preventivo.

En el voto del doctor Vázquez destacamos: 5°) *Que la condición jurídica del síndico del concurso, es muy discutida en la doctrina universal, pudiendo ser encontradas distintas respuestas, cada una de las cuales están en mayor o menor medida influida por las diferentes construcciones hechas sobre la naturaleza jurídica de la quiebra y de sus efectos".... Desde otra perspectiva, una corriente de opinión más moderna entiende que el síndico no es representante, ni tampoco órgano o funcionario estatal, sino órgano del concurso (Maffía, O.J., El síndico - órgano del concurso, RDCO, 1978, p. 997 Finalmente, en cuanto a la ley 19.551, cabe señalar que si bien el Anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles de 1969 había propiciado la figura del "síndico oficial", cuya condición era la de un funcionario oficial (conf. Cámara, H., "Ley de Concursos Mercantiles, algunas sugerencias sobre el anteproyecto", J. A. doct. 1972, p. 14, N° 57), expresamente el legislador de 1972 erradicó a esa figura del articulado de aquélla, no innovando, entonces, con relación al sistema anterior, y limitándose solamente a introducir modificaciones tendientes a un mejor y eficaz desempeño del síndico concursal (conf. Cámara, H., "Las modificaciones introducidas por la ley 19.551 al anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles", J. A. doct. 1973, p. 426, espec. p. 435)". Se refiere ahora al concurso preventivo: "8°) Que nada hay, pues, en la Ley Concursal, ni en otra ley del ordenamiento jurídico argentino, que indique que el síndico que actúa en un concurso preventivo o en una quiebra sea un funcionario público. Funcionalmente, tampoco es un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional"*.

2. Sobre la estructura del proceso concursal y el sistema de "sindicatura" puede verse *El modelo de proceso concursal adoptado, debe definir el tipo y la conformación de la sindicatura. Abogando por la sindicatura interdisciplinaria en nuestro medio* del jurista rosarino Miguel Ángel Raspall⁴, de donde destacamos sus referencias a "El derecho comparado": "Creo que puede ser un aporte de interés informativo para estas Jornadas, la visión que tienen sobre el tema algunas normas del derecho comparado. - Lo primero es identificar que las diversas normas concursales no abordan todas por igual el tratamiento de la insolvencia y en tal orden, algunas leyes extranjeras tratan diferenciadamente los problemas de la insolvencia de las empresas, del de los particulares o de los consumidores; otras, sin modificar sus viejas normas concursales, o las previsiones dispuestas en sus códigos de comercio, han dictado leyes especiales para atender los problemas específicos de las empresas o sociedades en crisis; a su vez, algunas leyes siguen tramitando la solución concursal en la vía jurisdiccional, pero otras muchas, tratan los temas relacionados con los conflictos de las empresas ante organismos o dependencias administrativas o ante las Cámaras Empresarias, en tal orden "procesos o procedimientos no jurisdiccionales".- Sin embargo, lo que es común a todas las leyes es que además del tribunal o del organismo administrativo o empresario ante el cual tramitará el proceso concursal, en todas sin excepción, existe una o varias personas, con formación profesional, que asisten, controlan, ayudan o intervienen de una u otra manera en el proceso, cumpliendo similares funciones a las que lleva adelante nuestro síndico concursal.- Veamos ahora el tratamiento del tema de la incumbencia profesional de los auxiliares de los procesos concursales en algunas leyes extranjeras, recordando la diversidad de las características de las mismas que he indicado precedentemente, o sea, normas con tratamiento diferenciado entre concursos de empresas o consumidores; procesos jurisdiccionales o administrativos; procesos preventivos, reestructurativos o liquidativos, etc.. **1. España.** Ley 22/ 2003. Los órganos necesarios del concurso son dos: El juez y la Administración Concursal. La Administración Concursal (arts. 26/36) es un Órgano Colegiado con

⁴ Ponencia a las Jornadas de Derecho Concursal, Mendoza 2 y 3 de octubre de 2008. Organizadas por la Universidad nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas en forma conjunta con el Consejo Profesional de Cs. Ecom. Mendoza.-

intervención preponderante sobre las materias que tienen relevancia en el proceso, que son la jurídica y la económica (así lo define la Exposición de Motivos). La integración de este órgano colegiado es la siguiente: **1. Un abogado con experiencia profesional 5 años; 2. un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado; 1 acreedor titular de un crédito ordinario (quirografario) o general no garantizado.** La norma admite el nombramiento de auxiliares delegados para situaciones o casos complejos. En definitiva adopta el sistema del **trabajo interdisciplinario**, donde las decisiones colegiadas se alcanzan por mayorías en caso de no alcanzarse, resuelve el juez. **2. Puerto Rico.** Lo relativo a los concursos está incorporado el Código de Comercio. El proceso es judicial. El órgano auxiliar del juez es el “curador” (art. 873) que será un **abogado** de los tribunales. Cuando el juez lo considere conveniente a los intereses del concurso, podrá nombrar como curador a una **institución bancaria o a una sociedad comercial**, en cuyo caso las funciones del curador serán ejercidas por el administrador bajo la dirección de un abogado. **3. México.** Ley de Concursos “*Mercantiles*” del año 2000. Esta norma regula solo concursos mercantiles y preferentemente de las empresas, admitiendo a los pequeños comerciantes solo cuando acepten someterse voluntariamente a esta ley. El proceso es judicial. La Exposición de Motivos trata específicamente lo relacionado con los órganos del proceso. El órgano central y rector del proceso es el juez. Marca que las tendencias modernas reservan al juez solo lo relativo a los problemas jurídicos que se presentan en los procedimientos concursales y deriva a los otros órganos de los concursos lo relativo a la toma de decisión vinculada con la administración y gestión empresarial. Así la comisión redactora plantea la división de competencia y funciones: el juez resuelve sobre los conflictos o litigios que provengan de cualquier cuestión que afecte derechos y las demás relativas a gestión y administración deben ser resueltas por los especialistas. La ley atribuye facultades a tres “especialistas”: **visitadores, conciliadores y síndicos** (que actúan en distintas etapas del proceso). Los profesionales cuya preparación les permite atender estas funciones forman un grupo de donde pueden reclutarse especialistas; **licenciados en derecho, licenciados en administración de empresas, los licenciados en economía, los contadores y los especialistas en ingeniería financiera.** **4. Colombia. Ley 550/ 1999.** Esta norma tiene como sujetos comprendidos (ámbito subjetivo) a las personas jurídicas (nacional o extranjera), sean privadas o públicas, de economía mixta y entidades territoriales (exceptúa a las de seguro social, ahorro, actividad financiera). La finalidad confesada por la ley es promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas pertenecientes a sectores productivos de la economía, tales como agropecuario, minero, manufacturero, comercial, de la construcción, de las comunicaciones y de los servicios. O sea, regula el régimen de Acuerdos de Reestructuración de las “empresas”. El trámite es Administrativo y se realiza ante la Superintendencia que controle la actividad empresarial o ante su Cámara Empresarial o de Comercio. Los funcionarios que colaboran en la actividad de control que realiza la Superintendencia o la Cámara, son el “**promotor**” y **los peritos**. Tienen como función participar en las negociaciones, análisis y elaboración de los acuerdos de reestructuración y pueden contar con la asesoría de expertos. Se inscriben como conciliadores personas con formación o capacitación en la mediación de conflictos, tales como **árbitros o amigables compondores que tengan pertenencia a Centros de Conciliación o a Cámaras de Comercio.** **5. Perú.** La ley Peruana de reciente vigencia. La ley establece como prioridad y finalidad de los procedimientos concursales, propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre acreedores y el deudor, que permita llegar a un acuerdo de reestructuración, o en defecto, a la salida ordenada del mercado bajo reducidos costos de transacción (dos procedimientos; reestructuración o liquidación). La autoridad concursal es un organismo de la administración pública, que se denomina INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual la cual actúa a través de la Comisión de Procedimientos Concursales. O sea, que el procedimiento es administrativo. Existen dos funcionarios que actúan auxiliando en el proceso, que son el **Administrador y el Liquidador**, que podrán ser ejercidos por personas naturales o jurídicas inscriptas en la Comisión. El recaudo para la persona natural es tener **grado académico universitario.** **6. Brasil.** La ley 11.101/05. La ley regula el régimen concursal de los empresarios y de las sociedades empresarias. Los modos de tramitación son; la recuperación judicial; la recuperación extrajudicial y la quiebra. El trámite es jurisdiccional. El funcionario auxiliar es denominado Administrador Judicial y el art. 21 establece que

podrán serlo un profesional idóneo; preferentemente **abogado, economista, administrado de empresa, contador o persona jurídica especializada**. **7. Chile.** La ley fue sancionada en enero de 2005 y regula lo que se denomina como Sistema de administración privada de las quiebras.- El juicio de quiebra se tramitará en dos tramos, el de la Quiebra y el de la Administración.- El trámite es jurisdiccional, con intervención de órganos de control del estado que es la Superintendencia de Quiebras (Título II art. 7 y ss.) que depende del Ministerio de Justicia y cumple la función de “supervigilar” y controlar la actuación de los síndicos. Los síndicos se encuentran regulados bajo el Título III art. 14 a 36. Se requiere poseer **título profesional o técnico y experiencia calificada en área económica, comercial o jurídica**. **8. Bolivia.** Ley 2495/03 de Reestructuración Voluntaria, que funciona como procedimiento alternativo al régimen del Código de Comercio. El procedimiento tramita ante la Superintendencia de Empresas o sea, no es jurisdiccional y se desarrolla en dos fases; reestructuración voluntaria o liquidación voluntaria de empresas. Para ser síndico de la reestructuración (art. 44 del dec. Reglamentario) se requiere **título universitario y 3 años de experiencia en gestión empresarial**. **9. Paraguay.** El art. 210 de la Ley 154 de 1969 dispone que el síndico general sea abogado y el **síndico simple puede ser abogado, doctor en ciencias económicas, licenciado en ciencias contables o administrativas**”.

3. Se revela cierta insatisfacción respecto del funcionamiento de las sindicaturas -en punto a su desempeño cuanto a su costo (alto para algunos, bajo para quién lo desempeña)-. La cuestión requeriría analizarse si es conveniente que se autorice a la colectividad de acreedores a designar un síndico, como prevé la ley alemana con relación al administrador. Claro que esto debería ser decidido por acreedores pre concursales y no los que adquieran tal carácter con posterioridad, por ser cesionarios.

III – EL INFORME MENSUAL.

Accederemos al contenido del INFORME GENERAL con previas referencias al “informe mensual” que ha incorporado el ap. 12 del art. 14 LCQ y el “informe individual” para la verificación del pasivo.

Hemos formalizado algunas reflexiones sobre ello en el *ANÁLISIS de TAREAS DEL SÍNDICO INCORPORADAS POR LEY 26.086*⁵. Ahora las referimos parcialmente en orden a la posterior estructuración del INFORME GENERAL.

1. El rol funcional de los administradores societarios. Sobre el plan de negocios.

La falta de claridad del legislador respecto a la conducción de sus negocios por el concursado y las tareas que deben cumplir particularmente en caso de ser sociedades, impide estructurar una funcionalidad razonable de esos procesos y afecta las tareas esperables de los síndicos concursales. Ello se agrava en la reforma introducida por la Ley 26.086, en los artículos 14, incisos 11 y 12, y Artículo 16 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ, en adelante).

Conforme el inc. 11 del art. 14 LCQ el Síndico debe expedirse sobre: los pasivos laborales denunciados por el deudor, otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago y situación futura de los trabajadores en relación de dependencia ante la suspensión del convenio colectivo. Se intenta asegurar el pronto pago –e incluso la verificación más inmediata- mediante algunas previsiones que significan intensificar las cargas sobre la sindicatura, sin atender a la naturaleza de las cosas, en orden a los deberes informativos y conductivos de los administradores societarios.

Pero la norma, continuando con el criterio estructural de liberar –aparentemente- de cargas y responsabilidades a los administradores de sociedades concursadas, lo pone a cargo del síndico en los nuevos incisos del art. 14.

Colegimos que el Síndico debe expedirse sobre las manifestaciones formalizadas por el deudor y su cuestionamiento puede generar la aplicación de las medidas cautelares previstas en el art. 16 LCQ. Por eso decimos que sólo aparentemente se libera de obligaciones a los administradores de

⁵ Con Jorge Fushimi en libro “Primera Jornada Nacional de Derecho Contable”, edición de la Universidad de Morón, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pág. 109 y ss..

las sociedades concursadas, pero ello está insito en sus deberes de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

El síndico, en los concursos preventivos, sólo tiene la “vigilancia”, supervisión o control de la administración que continúa ejerciendo el concursado. De tal manera que no tiene libre e ilimitado acceso a la documentación contable y legal, sino sólo a aquella que se ponga a disposición del Tribunal interviniente por orden judicial. Este error conceptual ha sido advertido por Vítolo⁶, con una dureza inusual, y reconocemos que la tarea exigida al síndico tendrá severas limitaciones respecto del alcance de la tarea realizada, aún cuando el concursado –por imperio del artículo 17 LCQ- esté obligado a brindar toda la información y colaboración que le sea requerida por el juez o el síndico.

No es razonable que si el síndico hallara trabajadores no registrados (“*en negro*”), éstos no puedan ser incluidos en el dictamen. Consideramos que, existiendo un incumplimiento a las disposiciones legales de orden público en materia laboral y previsional, si el síndico concursal detectara esta modalidad de contratación de empleados, deberá denunciarlo al Tribunal en el informe mensual previsto en las disposiciones del inciso 12 del artículo 14 LCQ, y no por las disposiciones del apartado que estamos tratando.

2. Contenido del plan de crisis.

La cuestión sobre la existencia de un plan se refuerza en el caso que se pretenda generar efectos laborales por la crisis de la empresa.

Frente a esta norma, y a las disposiciones de la Ley 25.587, que establece en su artículo 20 la información que debe brindar el empleador en los procedimientos de crisis y en especial en los supuestos de empresas concursadas, el concursado deberá informar sobre las I Causas de la crisis y sus repercusiones sobre el empleo; II Situación económica financiera de la empresa y del entorno en que se desenvuelve. III Propuesta de acuerdo con los acreedores; IV Rehabilitación de la actividad productiva; V Situación de los créditos laborales.

Adviértase que esta disposición, unida a las normas sobre deberes de diligencia de los administradores societarios, imponen la necesidad de que la concursada, particularmente cuando es una sociedad, informe sobre como afrontó la crisis y el plan de saneamiento, en forma similar a lo que requiere Lidia Vaiser, con quien concordamos⁷. En efecto, esta distinguida concursalista⁸ señala expresamente “b) El plan de empresa en la propuesta de acuerdo: En anteriores trabajos reivindicamos la función jurisdiccional en punto al régimen de administración que, como parte integrante de la propuesta, introdujo la ley 24522, dando lugar al planteo de mayores exigencias para el deudor a la hora de dar cuenta sobre la reestructuración empresaria que como finalidad persigue el concurso, y la función del juez al momento de homologar respecto del cumplimiento de las mismas (“El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: plan de empresa” LL 1999-D-1073). Si bien inicialmente la tesis no tuvo mayores adherentes, más allá del Prof. Richard, de Córdoba, quien ya venía trabajando y pensado en igual sentido, la oposición que la idea recibió fincaba en la falta de sanción para el deudor por tales omisiones”.

Pero, no resulta evidente de esta disposición qué deberá informar el síndico, y para qué deberá hacerlo. En la hipótesis de continuación de la explotación de la empresa en la quiebra, sí es razonable exigir esta información, pero no podemos advertir la utilidad y el sentido de la misma dentro del proceso concursal, ya que si se entiende exigible ningún *plan de empresa* al concursado, mal puede conocer el síndico la situación futura de los trabajadores: en tal sentido debería conocer, cuanto menos, información objetiva, tales como dimensión de la producción a afrontar; cantidad de líneas de producción que se mantendrán, reducirán o aumentarán; sucursales, agencias o filiales que se abrirán

⁶ VÍTOLO, Daniel Roque: “Desaciertos.....”, ob cit. “*En forma evidente, el reformador de la ley 26.086 –no conocemos si por inexperiencia o ignorancia- ha confundido algunos aspectos centrales del concurso preventivo con la quiebra, pues estas previsiones legales respecto del pronto pago de créditos laborales, así como las nuevas funciones asignadas al síndico, tienen una mayor similitud con los procesos liquidativos que con los conservatorios*”.-

⁷ RICHARD, Efraín Hugo *Sobre la homologación de la propuesta de acuerdo* Publicado en libro colectivo XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina –Paraná, Pcia.de Entre Ríos 30/31 de agosto de 2007- página 261, edición de Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires agosto 2007.

⁸ *El abuso de derecho en los procesos concursales* en JA 2003-IV-1328,

o cerrarán; etcétera. En definitiva, pareciera que se exige del síndico adivinar el futuro, ya que ni siquiera existe un mínimo de información confiable que permita realizar una proyección con bases científicas. Es la visión dual: no exigir el comportamiento leal y lógico al concursado, poniéndolo en cabeza de un tercero –el síndico- en un proceso voluntario iniciado por aquél. Ello no es razonable ni congruente.

A fortiori de la exigencia de ese plan de negocios, el legislador omite consignar a qué se refiere con la expresión “evolución de la empresa” (inc. 12 del art. 14), que debe responder a ese plan. El informe sobre la evolución de la empresa esta siempre a cargo del órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria u otros documentos, y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ellos. A falta expresa de previsión debe entenderse que el concursado –que continúa con la administración- debe informar mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá –sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre ello.

El síndico deberá auditar la información que proporcionaran los administradores de la concursada. No obstante esa nueva norma, un Juez podría imponer la presentación un plan de negocios, sobre la evolución y prospectiva de la empresa, de acuerdo a sus facultades y a la carga de información de la concursada, con una mirada retrospectiva y prospectiva, para imponer anticipadamente una razonabilidad en la propuesta de acuerdo que se pudiera estar pergeñando (arts. 52 – 4. y 3. b) iv) que suelen intentar aplicar residualmente los tribunales para forzar la homologación de un acuerdo predatorio).

Tampoco se prevé que la información recabada y el análisis evolutivo post concursal pueda servir como herramienta para determinar si la propuesta del concursado podrá -o no- ser cumplida. Esta tarea, aunque reprochemos algunos aspectos, entendemos que puede brindar información relevante para todo el proceso de toma de decisiones de los acreedores, además de servir como elemento indispensable para la confección del informe general del síndico del artículo 39 LCQ.

La disponibilidad de fondos, debe entenderse vinculada a las disposiciones del artículo 16 al tratar la satisfacción del pronto pago de créditos laborales; es decir, si existen fondos suficientes para atender la totalidad de los pronto pagos. Molina Sandoval⁹ sostiene que “*el síndico podrá requerirle al concursado la información vinculada con su cash flow*” y luego discrimina entre el concepto de fondos líquidos y fondos líquidos disponibles.

Otro inconveniente con el que se topa la norma es que los fondos líquidos disponibles, deben serlo para atender los pronto pagos (art. 16 LCQ), y aquí se pretende que el síndico establezca algo que sólo depende de la voluntad del deudor, ya que los fondos líquidos son siempre de libre disponibilidad y sólo el deudor está en condiciones de establecer a la atención de qué se destinarán los mismos, lo que debe corresponder a la planificación formalizada –y que eventualmente deberá requerirse por el juez en el caso de sociedades comerciales, por ser coherente con su funcionalidad y obligaciones de los administradores-. Es decir, los fondos que ingresan no tienen una afectación específica y con asignación conforme vayan ingresando, sino que la afectación o destino que se les dé, dependerá exclusivamente de la voluntad o plan del deudor.

Sólo el empresario, de manera subjetiva y personal, aunque generalmente siguiendo principios de racionalidad económica, es quien decide qué parte de los fondos líquidos se afectarán para determinadas obligaciones y cuales no. Se advierte nuevamente la tensión al ignorar las obligaciones de la concursada, particularmente de sus administradores de presentar un plan de negocios –base de la teoría de la administración empresarial-, dejando la crisis al voluntarismo del deudor incumplidor, impidiendo un análisis serio de la prospectiva o viabilidad de la empresa¹⁰.

En Perú, en los “Procedimientos de Reestructuración patrimonial”, donde acreedores y deudor pueden pactar libremente las condiciones, se otorga un tratamiento preferente a los acreedores

⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Una modalidad informativa “adicional” del síndico concursal. La Ley, 11/05/2006, pág. 2.

¹⁰ Nto. *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

laborales, otorgándoles un derecho a un 30% de los flujos de fondos de caja y al monto que se recaude cada vez que se disponga de activos fijos.

IV – LOS INFORMES INDIVIDUALES.

La segunda línea de información corresponde a la verificación de créditos.

El sistema impuesto por la ley 19.551 significó una revolución procesal, por cuanto imponía la suspensión de todas las causas de contenido patrimonial y la imposición de un trámite multiparticipativo con posibilidad de impugnaciones, con intervención del síndico como funcionario del concurso que debía realizar todas las investigaciones, como una suerte de perito contador para determinar la realidad de las transacciones o relaciones de las que derivaba la pretensión patrimonial.

Lentamente se fue desmantelando ese sistema, en lugar de mejorarse. No hay duda que el objetivo final del concursado es que exista la menor cantidad de créditos verificados o declarados admisibles al momento de formalizarse la categorización y determinarse el cómputo necesario para la aprobación de acuerdos predatorios. No deben coadyuvar a ello ni el Síndico ni el Juez.

Advertimos continuamente una patología que tiende al rechazo de ciertos pedidos de verificación, sin cumplir el síndico las labores de indagación en la contabilidad de la concursada y la justificación de la pretensión. Todo pasivo implica el ingreso de una partida al activo, o sea que debe tener una contrapartida de un ingreso al activo, salvo que corresponda a la satisfacción de un daño. Y si en las relaciones contractuales no existe una contrapartida debemos pensar en un fraude en el que no puede dejar de haber participado la concursada o sus administradores. Tal situación conlleva la obligación del juez de adoptar una medida intervencionista a la administración de la concursada.

A ello adhiere normalmente la concursada y el juez resuelve de conformidad sin advertir la revolución procesal de la concursabilidad y universalidad que impone conocer la integridad de la situación patrimonial de la concursada, y particularmente si se aplican los fallos plenarios Difry y Transline, que se basaban en la posibilidad de un concilio fraudulento entre la deudora y el acreedor de títulos de crédito-, tener en claro que la no admisibilidad conllevaría el supuesto de connivencia con la concursada. Y ello, por el principio de congruencia impondría el apartamiento de los administradores o por lo menos la coadministración limitativa, para evitar que se puedan estar generando deudas con el mismo criterio. Pero el efecto concreto es que poco se verifica y de esa forma es más accesible para la deudora obtener un acuerdo predatorio.

Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers¹¹ “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los “verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad

¹¹ En la Resolución del 22 de abril de 2008 en la causa “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, en La Ley del 15.08.2008 pág. 8 con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez.

patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Porcelli¹² sostiene que “la propuesta es abusiva cuando las condiciones y términos de ella, han sido impuestos por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría y de esta forma, las prestaciones a que se obliga dependen, en definitiva de su voluntad; y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible, para un equilibrio entre intereses antagónicos tal como lo exige toda solución reversiva de la crisis que contemple los derechos de todos los afectados”. Como compartimos estos diagnósticos, tan brutales, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, integrándolo con la legislación societaria¹³.

Así, el rol técnico del síndico sobresale en el proceso de verificación para determinar la situación patrimonial de la concursada. Así, ante el pedido de verificación “El síndico debe realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor. Puede, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio que estime útiles y, en caso de negativa a suministrarlos, solicitar del juez de la causa las medidas pertinentes” –art. 33 LCQ 1er. Párrafo), incluso de terceros conforme las facultades que le confiere el art. 275 LCQ incisos 2, 3 y 6.

Si se limita a recordar los fallos plenarios sería conveniente que el Síndico fuera un abogado pues se trata de una cuestión legal formal.

Si en cambio consideramos que tiene el deber-función (facultad-deber) de actuar como una suerte de perito, informando al Juez de la verdad de la existencia del crédito, o de las connivencias para crearlo, pensaremos en un profesional de las ciencias económicas. Se trata incluso de cotejos o exhibición de libros, general del concursado y parcial de los acreedores o terceros. Decíamos, soñando con el sistema de verificación de créditos de la ley 19551 como una verdadera revolución procesal, allá por 1979 “La verificación de créditos de causa anterior es el procedimiento único y típico para respetar el principio de concentración de este juicio universal y de conocimiento de un solo juez¹⁴. Procedimiento contencioso, simplificado, de control múltiple por los acreedores, con facultades inquisitorias para el Síndico que en esta parte del proceso tiene un rol de perito técnico obligatorio, de libertad absoluta para el Juez que puede apartarse de la litis, sistema que tiende a asegurar la obtención de la verdad material en corto tiempo, asegurando el derecho de defensa y otorgando el carácter de cosa juzgada a las resoluciones adoptadas”¹⁵.

Conforme tal actividad pericial el síndico debe presentar el informe individual –art. 35 LCQ- y en el mismo “expresar respecto de cada crédito, opinión fundada sobre la procedencia de la verificación del crédito y el privilegio”.

IV - EL INFORME GENERAL DEL SINDICO.

Centramos aquí nuestra atención. Los informes anteriores deben reflejarse en este por su carácter general.

1. El informe general del síndico es la pieza maestra sobre la historia de la concursada, particularmente cuando se trata de una empresa y calificada si la organización es societaria. “Contiene una síntesis de la investigación e información vinculada con la empresa o actividad del concursado y su patrimonio (en sus negocios retrospectiva, actual y proyectiva y constituye una gran herramienta a la hora de evaluar muchas de las contingencias concursales... Este informe debe ser concreto y desprovisto de libre subjetividad, aun cuando el síndico deberá emitir su parecer sobre algunos temas.

Por medio del informe general, el juez y los acreedores pueden tomar adecuado conocimiento de las circunstancias relacionadas en su texto, elaboradas por quién posee los conocimientos técnicos

¹² PORCELLI, Luis A. *No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley* La Ley 2002-D-1079, y CABANILLAS, Ana C. *Abuso del derecho en las propuestas de acuerdo preventivo. El inc. 4º del nuevo art. 52 LCQ*, en “Derecho concursal argentino e iberoamericano” Ed. Ah Hoc, Buenos Aires, t. I pág. 501.

¹³ REFORMA CONCURSAL: ¿DE IDEAS O DE NORMAS? Comunicación al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: “El derecho concursal del Siglo XXI”, Barranquilla, COLOMBIA, 12 al 14 de octubre de 2005, www.acaderc.org.ar, y nto. “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007.

¹⁴ Cuanto nos hemos alejado, particularmente con las últimas reformas de ese principio fundamental en beneficio de la empresa y de todos los intereses, que ahora se nublan a favor de la concursada.

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo ++++ Fontanarrosa en

que fundamental su opinión. También se ha señalado que aporta criterios para que los acreedores decidan con conocimiento de causa la actitud a adoptar al tratar la propuesta de acuerdo¹⁶.

Deberá ser fundado y valorado en las circunstancias acaecidas en el proceso concursal (v.gr., demanda concursal – art. 11 LCQ-, prontos pagos –arts. 16 y 183 LCQ-, sentencia de verificación – art. 36 LCQ-, remates de otros bienes, juicios de conocimiento continuados –art 21 inc.1º LCQ-, contratos en trámite –art.20 LCQ-, etc.), en otra información obtenida en el ejercicio de sus funciones (art. 275, LCQ) y en otros elementos que considere útiles”¹⁷.

Obviamente deberá expresar todo lo relevante de los informes referidos anteriormente y todo lo que resulte de la contabilidad y especialmente de los libros que debe llevar en el caso de tratarse de una sociedad: libros de actas de los órganos, de acciones, de registros de asistencia, Memorias, etc..

Venimos perfilando su importancia y contenido a través de los comentarios precedentes. Será imposible soslayar en este informe general lo que se hubiere actuado e informado conforme lo dispuesto por el ap. 12 del art. 14.

Estamos convencidos que la información prevista en el art. 39 LCQ como materia de ese informe, debe ser ampliada en el caso de sociedades y particularmente bajo la imposición que genera el art. 275 LCQ bajo el título “Deberes y facultades del síndico”, cuando reza que “Compete al síndico efectuar las peticiones necesarias para la rápida tramitación de la causa, la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables”¹⁸.

Adviértase que la referencia a la “situación patrimonial del concursado” lo es en relación a una situación actual y de prospectiva o potencialidad funcional hacia el futuro. Por otra parte la referencia a los “hechos que puedan haber incidido en ella”, excede el marco de la fijación de la fecha efectiva de la cesación de pagos, imponiendo en caso de sociedades que se revise que hicieron los administradores ante la crisis.

La potenciación de ello resulta del último párrafo “la determinación de sus responsables”, que importa referirse a terceros, y particularmente en el caso de sociedades a sus administradores, socios y controlantes. Y ello no sólo para el caso de quiebra, pues es claro que la concursada, los socios y terceros –incluso acreedores- podrán promover acciones contra administradores y controlantes abusivos durante el curso del proceso concursal e incluso después de la homologación del acuerdo por los daños sufridos. Estas precisiones generan una apreciación sobre los deberes-funciones del Síndico en el informe general, particularmente de tratarse una sociedad la concursada¹⁹.

“Si el informe sindical no cumple adecuadamente con los requisitos, el juez podrá emplazar a dicho funcionario a los fines que reformule o amplie ciertos puntos, sin perjuicio de las demás medidas que pudieren ser pertinentes (art. 255 LCQ). Estos requisitos son taxativos (el síndico cumple con cumplimentar con lo requerido en los distintos incisos del art. 39 LCQ, sin perjuicio de que el juez pueda solicitar al funcionario concursal (en esta oportunidad o en otra) alguna información complementaria”²⁰. Como hemos anticipado, no creemos que esa obligación quede cumplida con la mera referencia taxativa indicada en los diversos incisos en el caso de sociedades comerciales. Allí el Informe General del Síndico del Concurso –art. 39 LCQA-, debe referirse a las previsiones que han tomado los administradores para la continuidad del negocio y satisfacer la propuesta, que es un contenido que necesariamente debería contener la Memoria social en las sociedades que requieren de tal instrumento de información, como resulta de las actuaciones impuestas por ley en los informes del art. 14 ap. 12. También las referencias a los libros funcionales de la sociedad.

¹⁶ QUINTANA FERREYRA, Francisco “Concursos”, Bs. As. Ed. Astrea 1985, T I p. 451; ROUILLON, Adolfo A.N. “Régimen de concursos y Quiebras. Ley 24522” Bs. As. Ed. Astrea 1998, p. 101.

¹⁷ JUNYENT BAS, Francisco A.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Ley de Concursos y Quiebras Comentada”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2003, pág. 231/2.

¹⁸ Coherente con esto formalizamos un anteproyecto de ley de concursos: “.....++++”

¹⁹ Nto. “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007.

²⁰ JUNYENT – MOLINA SANDOVAL ob. cit. pág. 233.

2. Nuestra apreciación es coherente con la reforma de la LCQ, en cuanto el inciso 12 del artículo 14 LCQ, establece que el síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, entre otras cosas. Quien normalmente informa sobre la evolución de la empresa es el órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ella. La norma debió prever que sólo la concursada –a través de sus administradores- informe mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá –sobre la base del seguimiento de la información legal y contable-auditar y dictaminar sobre el mismo. Así debe entenderse el precepto en congruencia con las funciones del órgano de administración societario. Ese informe mensual –como referimos en apartado II- tiende a hacer operativas las disposiciones de pronto pago específicas que adopta la ley ante el negativo resultado del instituto. No obstante ello, ante la inactividad de aquellos administradores, el Juez podrá imponer el informe, e incluso la presentación de un plan de negocios, sobre la evolución y prospectiva de la empresa, de acuerdo a sus facultades y a la carga de información de la concursada, con una mirada retrospectiva y prospectiva, para imponer anticipadamente una razonabilidad en la propuesta de acuerdo que se pudiera estar pergeñando.

3. Repasemos el contenido del art. 39 que fija los “mínimos” de ese informe general –relativizados por la norma del art. 275 LCQ-, que entendemos no son suficientes en el caso de sociedades²¹, mínimos que tienen vinculación con el contenido de la demanda de concurso preventivo²²:

“1) El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor”.

Se trata del elemento clave: ¿Qué se hizo desde que la sociedad está en estado cesación de pagos? ¿Qué medidas se adoptaron para tratar de salir de ese estado? ¿Cuál fue el efecto de esas medidas? Si se trata de una sociedad: ¿qué hizo el órgano de administración al advertir que se estaría frente a causales de disolución (tales como pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social)?, ¿requirió informes técnicos, formalizó alguna planificación, adoptó alguna política para evitar que la crisis se profundizara? ¿convocó a los socios o accionistas para que aprobaran esa planificación o adoptaran otras medidas? Ante la crisis patrimonial ¿se sugirió capitalizar la sociedad, por los propios socios, terceros o capitalizando el pasivo? El capital social ¿fue suficiente al constituir la sociedad o era evidentemente insuficiente y no existió un plan para considerarlo apto para cumplir el objeto social? ¿Se consideró la posibilidad de liquidar el patrimonio social privadamente al existir una causal de disolución?

Algunas cuestiones están vinculadas al criterio de la CSJN en el caso Palomeque, pudiendo sostener la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la consiguiente responsabilidad de todos los constituyentes y de los administradores si la infrapatrimonialización es constitutiva..

Recuérdese que es rol del síndico “ la determinación de sus responsables”, y que ese análisis debe extenderse a un año antes de la fecha en que entienda producida la cesación de pagos. ¿Desde cuando se había generado una causal de disolución –p.ej. imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- y cuando afrontaron el trámite de disolución o el de superar la causal?

El desequilibrio económico al que se refiere la norma es el estado de cesación de pagos que constituye el presupuesto esencial para la apertura del concurso. Si bien estas causas son indiferentes a los fines de la aplicación de la ley, son relevantes a los efectos de determinar la opinión de los acreedores respecto de la propuesta del acuerdo. El síndico debe actuar como un investigador más que como un simple receptor de datos presentados por el deudor²³. Este punto tiene fundamental

²¹ Se señala que el contenido del art. 39 es enunciativo, no es de interpretación limitada, en el sentido de que el síndico podrá extenderse en otros aspectos que conciernen a la actividad del deudor. QUINTANA FERREYRA, Francisco ob. cit. t. 1 p. 455; GARCÍA MARTINEZ, Roberto “Derecho Concursal Bs. As. Ed. Abeledo Perrot 1997 p. 153; CÁMARA, Héctor “El concurso preventivo y la Quiebra” Bs. As. Depalma 1979 vol II p. 735.

²² ROUILLON ob. cit. p. 101.

²³ QUINTANA FERREYRA ob. cit. vol. I p. 457.

relación con la fecha de la cesación de pagos, las acciones de integración patrimonial y de responsabilidad, incluso societarias.

En las SÉPTIMAS JORNADAS DE SINDICATURA CONCURSAL²⁴ se refirieron sobre este punto: “EL ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL DEUDOR ART. 39, INC. 1º, LCQ. PREVISIÓN Y CONSECUENCIAS”, se ha sostenido que “el Informe General del síndico del art. 39, de la Ley 24.522, en su confección conforme a su inciso 1º debe -de lege ferenda- exponer el análisis de los recaudos legales que permitirían avizorar la crisis y fijar el deslinde de responsabilidades emergentes, a partir de la observancia de la legislación Societaria, Civil, Concursal y Penal en el ejercicio de la función de la administración empresaria; de donde, surgen los criterios de atribución de la responsabilidad de los administradores. - Al respecto, el autor de la ponencia -Dr.C.P. Serafín Cupito-, destacó que quien tiene negocios con la empresa en “peligro de crisis”, a través del seguimiento, tiene la posibilidad de calcular hasta dónde puede llegar su decisión y afrontar soluciones compartidas con la empresa en peligro. Muchas veces ahondar el crédito y excederlo a sus posibilidades de cobertura o garantía no denota otra cosa que contribuir a prolongar, en el tiempo y en intensidad, la crisis avistada. Por ello, debiera analizarse si cabe la posibilidad de investigar la existencia de alguna responsabilidad compartida”. Estamos de acuerdo con esa posición, pero entendemos que lo mismo puede colegirse del sistema de normas vigentes como hemos fundamentado precedentemente.

“2. La composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo intangibles”.

En el informe general, el síndico debe describir el patrimonio concursal en forma analítica, descriptiva y estimativa, buscando expresar en forma detallada, la situación patrimonial del deudor al momento del informe²⁵. Al elaborarlo, el síndico no debe circunscribirse a la información suministrada por el deudor, como tampoco a los inventarios que hubiera confeccionado en oportunidad de sus balances de ejercicio. Es necesario practicar el inventario teniendo en cuenta la fecha del informe²⁶.

Hemos apuntado²⁷ que existe hoy una tendencia a requerir al Síndico cuanto se percibiría en el caso de liquidación para determinar la abusividad de la propuesta. No se trata de una obligación del síndico. Ello se requeriría para argumentar sobre el llamado “mejor interés de los acreedores”, en la idea de que si el resultado de la liquidación fuere inferior al predatorio acuerdo ofrecido y aceptado, el mismo no sería abusivo para los acreedores a los que se les impone. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez *Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)*²⁸. Claro que en el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores²⁹ –cuando no de integración patrimonial-, indubitables en el caso, quizá también las de inoponibilidad de la personalidad jurídica dentro de la restringida tesis del fallo Palomeque si la infracapitalización que hoy ostenta brillantemente la sociedad era constitutiva. Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva

Y una última pregunta que habría que hacerse, es la siguiente: ese resultado presunto de la liquidación ¿habría sido el mismo si la sociedad se liquidara como prevé la ley de sociedades? Sin duda con mucho menor costo que en el concurso. Claro que en este supuesto las acciones de responsabilidad, integración e inoponibilidad serían muy factibles aún mediando un acuerdo homologado, pues las acciones por daño contra administradores y socios de control no concursados no se nova, y conforme al contenido del informe general, el Síndico habría informado si se evaluó la liquidación privada..

²⁴ C.P.C.E. de Córdoba, 8 y 9 de noviembre de 2007, publicadas las conclusiones en Revista “Factor” de Comercio y Justicia el 17-06-08.

²⁵ GARCIA MARTINEZ ob. cit. p. 153.

²⁶ QUINTANA FERREYRA ob. cit. Tomo I p. 459.

²⁷ RICHARD, Efraín Hugo FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta? en La Ley 15 de abril de 2009.

²⁸ en Doctrina Societaria y Concursal de Errepar, Febrero 2009 pág. 115

²⁹ Responsabilidad +

En orden a los intangibles es una cuestión polémica el valor de las “marcas”, cuyo precio de transacción se reconoce en caso de ventas de sociedades o de la titularidad de la marca³⁰.

“3. La composición del pasivo, que incluye también, como previsión, detalle de los créditos que el deudor denunciara en su presentación y que no se hubieren presentado a verificar, así como los demás que resulten de la contabilidad o de otros elementos de juicio verosímiles”.

En este aspecto es fundamental correlacionar el pasivo con ingresos al activo o a la funcionalidad de una sociedad, con conexidad con el informe individual, teniendo en cuenta los créditos que no aconsejó verificar, y de ser títulos valores si los mismos estaban suscriptos por los actuales administradores o por quiénes.

Recuérdese que este informe general se produce 20 días después de la resolución de verificación de créditos.

Debería cuantificarse aquí las referencias a bienes de terceros que se encuentren en el patrimonio de la concursada.

“4. Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de Comercio”.

Hemos podido observar en lo ancho y largo del país una predisposición a que sociedades concursadas sufran daños totales o parciales sobre todos o algunos de sus libros de contabilidad, o toda o alguna documentación respaldatoria³¹. Siniestros de distinto origen: incendios, sustracciones, robos de vehículos donde estaban esos libros o documentación, hasta inundaciones... En el caso de los libros de comercio y la documentación respaldatoria de sociedades, no puede hablarse de “carga del comerciante”, sino de “obligación del órgano de administración”, con la consiguiente responsabilidad sobre su regular confección, guarda y, particularmente, sobre su mantenimiento en el domicilio social. En análisis de los mismos y el informe correspondiente es típico de los profesionales en las ciencias económicas. Si basta la constatación formal de su existencia y regularidad es una buena tarea para un abogado.

“El “dictamen sobre la regularidad” que exige el precepto comentado, supone una indagación por parte del síndico de, cuando menos, los siguientes tres principios exigibles a toda contabilidad: “uniformidad, veracidad y claridad”³².

“5. La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada”.

Creemos que habría que avanzar e indicar la existencia de grupos de control de derecho o de hecho. Como también de expresiones que Otaegui llama de “jactancia” en virtud de haberse atribuido, para contratar u obtener financiamiento, solvencia por la pertenencia a grupos, situación de los socios o terceros vinculados.

“La mención del nombre y del domicilio –se entiende el real- de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada se justifica en función de los posibles viajes al exterior..., de las responsabilidades impuestas por los arts. 160, 173, etc., así como por lo establecido por el art. 18 de la ley en estudio”³³.

De la misma expresión doctrinal anterior se advierte que la referencia debería incluir a cualquier administrador societario y a los controlantes, en cuanto existiere posibilidad de promover acciones de responsabilidad, concursales o societarias, particularmente de estas últimas que hemos

³⁰ JUNYENT – MOLINA SANDOVAL ob. cit. pág. 234.

³¹ RICHARD, Efraín Hugo *FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?* citada.

³² HEREDIA ob. cit. t. I pág. 800.

³³ HEREDIA ob. cit. t. I pág. 804 y referencias a otros autores.

señalado no se eluden ni aún en el caso de homologación de acuerdos³⁴, o de supuestos de aplicación de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica³⁵.

Estas registraciones deben vincularse –si no se hizo la referencia en el apartado anterior- a los libros sociales –registros, libros de actas y asistencia, etc.–, cuya regularidad y constancias son fundamentales para determinar responsabilidades.

“6. La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen”.

Adviértase que se requiere un “dictamen”, que debe indicarse la época real y no limitarse a los dos años de la retroacción de ineficacia de ciertos actos. Los efectos de la cesación de pagos se retrotraen a un año antes de esa época (art. 173 LCQ) –a la que debe indicarse como fecha al individualizar hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen, muchos de los cuales resultarán de los pedidos de verificación-. Y ello es fundamental para la determinación de responsabilidades.

Si es una sociedad puede haber nacido infrapatrimonializada y por tanto generarse la cesación de pagos en forma coetánea a la constitución. Igualmente si se planificó recurrir al financiamiento externo pero no se formalizó un plan de negocios razonable que previera el pago de intereses y la amortización de ese endeudamiento.

Es fundamental este informe general como elemento probatorio no sólo en el juicio concursal sino en juicios que acreedores o terceros puedan promover a socios y administradores.

De la presentación en concurso, del informe general del síndico o de otros elementos agregados al juicio concursal podrá determinarse el incumplimiento de los deberes societarios de administradores, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos “no informados” que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos, lo que constituiría una falta de lealtad y dolo por parte de los administradores societarios. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que –en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica³⁶.

Se ha resuelto que “corresponde declarar la validez del informe presentado por la sindicatura del juicio concursal de una de las partes litigantes en reemplazo de la prueba pericial contable, si dicho informe aparece ofrecido por ambas partes, no ha sido cuestionado y resulta similar en su realización, a una pericia contable”³⁷.

“7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”.

Este punto debe conectarse con los inmediatos anteriores.

La cuestión supera –a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital.

El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

³⁴ Nto. “Insolvencia societaria” Bs. As. Lexis Nexis 2007, y ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores) en Doctrina Societaria y Concursal, Bs. As. Ed. Errepar 2009, en número que se editará para este Congreso.

³⁵ Nto. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe Ed. Rubinzal Culzoni, n° 2008–3 p. 191 a 246.

³⁶ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza sobre la responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

³⁷ Capel. Trab. Rosario, sala I, mayo 20-985 in re Delgado, Juan C. y otro c/ Rio Grande S.A., JA 77-123.

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo.

Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización –constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores³⁸.

“8. La enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los artículos 118 y 119”.

El informe debe ser amplio en este sentido, en relación a lo actuado por la concursada dentro del período de retroacción y que no corresponda al giro normal de los negocios. El supuesto no conocimiento por el tercero del estado de cesación de pagos no debe ser argumento, en este estadio, para omitir exponer la situación a consideración de los acreedores y del juez.

“9. Opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación que el deudor hubiere efectuado respecto de los acreedores”.

La norma es congruente con lo que se debe formalizar a tenor de las referencias del art. 41, que también debe vincularse a la posibilidad de recibirse observaciones –art. 40- y la posterior resolución de categorización –art. 42 LCQ-.

Esta norma reemplaza a la original previsión sobre la “valuación patrimonial de la empresa, según registros contables” que había merecido jugosos comentarios³⁹.

“10. Deberá informar si el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la Ley 25.156, por encontrarse comprendido en el artículo 8º de dicha norma”.

O sea dar trámite a la Comisión de Defensa de la Competencia conforme el volumen operativo de la concursada, imponiendo el análisis de las situaciones de control, controlante o controlada, y vinculaciones con otras sociedades de la concursada.

Ello está vinculado a la posibilidad que un tercero intente llegar a un acuerdo con los acreedores ante el fracaso de la propuesta original de la concursada –art. 48 LCQ-, que autoriza la adquisición compulsiva de las participaciones societarias por ese tercero.

Una apreciación: la sociedad que opera durante mucho tiempo en cesación de pagos no sólo contagia la insolvencia sino también altera las reglas de lealtad competitiva. Hemos catalogado tal actividad como ilícita y sujeta a la sanción prevista en el art. 19 LS, por lo que se impondría el juicio del síndico sobre este aspecto.

4. No podemos pensar que este es un informe de carácter formalista y rutinario, sino que debe expresar una verdadera auditoría de la situación jurídica, económica y patrimonial de la concursada, particularmente de tratarse de una sociedad.

Se trata de la pieza clave, donde se determinará la tempestividad con la que actuó la concursada sociedad y particularmente si los administradores y socios adoptaron las medidas previstas por las disposiciones de la ley societaria.

Un síndico no cumple con su función si omite la información societaria, no evaluando la diligencia con la que actuó la administración, el esfuerzo que los socios hicieron para superar la crisis en ese ámbito privado y extrajudicial, pero de su competencia conforme a normas imperativas de

³⁸ Nto. ensayo citado en nota 2.

³⁹ HEREDIA ob. cit. tomo I pág. 806.

aquella ley específica, que impondrá pensar en responsabilidades –cuando no en la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-.

Por ello el informe general debe esclarecer sobre el cumplimiento o no de la obligación de los administradores de poner en conocimiento de los socios el estado de cesación de pagos de la sociedad –aún antes de que este se produzca- para que los mismos intenten superar las causales de disolución que son contemporáneas a la cesación de pagos: pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente del cumplimiento del objeto social.

Debe suponerse que prepararon un plan de superación, similar al que se supone debió existir para determinar la dotación patrimonial constitutiva para que no nazca una sociedad infrapatrimonializada. Y ello debería reiterarse por lo menos cada año al someter el balance a consideración de los titulares de las participaciones societarias.

El Síndico debe requerir esos elementos y poner de resalto la diligencia con la que actuaron los administraciones o las omisiones a sus deberes y normas imperativas de la organización societaria.

Sin duda muchos otros elementos informativos resultarán en el caso que el Síndico concursal examine a fondo la documentación societaria de la concursada, bajo las previsiones de la ley societaria específica.

V – OBSERVACIONES.

Una vez que el juez tenga por presentado el informe general, o se satisfagan los requerimientos que exija el tribunal para tener por cumplida esa obligación del síndico, comienza a correr el plazo de 10 días dentro del cual pueden presentarse las observaciones previstas en el art. 40.

Claro que ante la falta de resolución inmediata del juez, es conveniente formalizarlas dentro de los diez días de presentado materialmente el informe general, para asegurar la incorporación de tales observaciones.

Hemos apreciado las dificultades que tienen los acreedores al presentar el deudor en concurso, ante la pérdida evidenciada y el riesgo de costas⁴⁰. Un elemento equilibrante de intereses es que los acreedores aporte críticas o requerimientos para encauzar al síndico en el eficiente cumplimiento de sus funciones a través de la herramienta de las “observaciones al informe”, previstas en el art. 40, que sin bien “son agregadas sin substanciación” permitirán al Juez evaluar la actividad del síndico y el cumplimiento de sus funciones. Sin duda ello deberá ser tenido en cuenta al homologar la propuesta de acuerdo, particularmente evaluando su “abusividad”, ya no sólo cuantitativamente sino en orden a la actuación de los administradores y socios de una sociedad concursada, si omitieron afrontar la crisis conforme impone la ley societaria, se alejaron de soluciones de “esfuerzo compartido” y ponen la solución en cabeza de los acreedores, aunque aparezca autorizado por una mayoría de los declarados verificados o admisibles, cuando gran parte del pasivo quedó observada, y los que adhieren son personas extrañas a los verificados.

La formulación de observaciones no genera costas en ningún supuesto.

Resultan de particular importancia las observaciones al informe general que pudieren formularse respecto de los valores de realización del activo, la época de la cesación de pagos, los actos susceptibles de ser revocados, el agrupamiento y clasificación de los acreedores y la valuación patrimonial de la empresa⁴¹.

El hecho que no tengan trámite alguno, no impide que el juez –ante la magnitud e importancia de los hechos, actos u omisiones que se “observen”- pueda adoptar medidas para asegurar una mejor

⁴⁰ Cfme. nto. “Insolvencia societaria” cit. p. 183 donde relatamos “La intimidación a los acreedores, es evidente. Así se desestimula la intervención de los acreedores. Ello se evidencia particularmente en la aplicación y regulación de costas. Aun cuando el acreedor es ganador, pues se tiene en cuenta el total de su crédito cuando ya existe propuesta de acuerdo, e incluso cuando ésta está homologada con quitas y esperas confiscatorias que esfuman el valor de su interés. Ese interés debería determinar el monto de la cuestión, inclusive evitando que su propio abogado le requiera el pago aun cuando las costas hubieran sido impuestas al concurso o al concursado. Gils Carbó relata cuidadosamente en tal sentido maniobras en una de sus denuncias. Transcribimos textualmente lo sofisticado de la acción: “Intimidación a los acreedores”, a lo que remitimos.

⁴¹ RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio; VITOLO, Daniel Roque “Concursos y Quiebras. Ley 24522”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1995, p. 72.

información. Por ejemplo requiriendo información suplementaria al síndico o a la concursada –que también esta autorizada a formalizar esas observaciones-.

En vinculación con el valor del informe –a lo que haremos referencia en el siguiente apartado-, se ha resuelto que no constituya una observación admisible aquella por la cual se pretende someter el informe general a la fiscalización de un perito contador⁴².

VI - VALOR DEL INFORME.

Se ha indicado, y coincidimos –como ya lo hemos anticipado-, que las conclusiones del síndico si bien no obligan al juez, tienen el valor de una pericia, dado la especialidad profesional y las explicaciones y fundamentos que se le exigen en cada caso⁴³, y que si no ha integrado debería requerírsele el Tribunal como hemos expuesto.

Heredia apunta⁴⁴ “Acercas de su eficacia probatoria, Cámara señala que “goza de plena fe en todo lo relativo a la actividad de documentación, como es la comprobación de irregularidades en la contabilidad del deudor (...); en cambio, tienen valor indiciario las otras opiniones y tarea de investigación cumplida, v. gr., fecha inicial del estado de cesación de pagos”.

En *El rol de la sindicatura frente a la insolvencia* Guillermo Carreira Gonzalez señala refiriéndose al Síndico y los intereses contrapuestos: “en el proceso concursal, resulta ser una pieza fundamental de este equilibrio, y si bien es un auxiliar de la justicia (CSJN., 4/11/2003, Amiano, Marcelo E c/ MJN), debe tener en cuenta que el proceso no será conducido en términos estrictamente formales o caprichosos, sino que el desarrollo del proceso debe estar destinado al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte, y concordante con ello, tanto la judicatura como el síndico deben siempre proponer y tomar la iniciativa (art. 33 ley 24.522) para esclarecer los hechos debatidos colaborando activamente en la determinación de los activos y pasivos en los procesos de insolvencia, pues la búsqueda de la verdad hará que la sentencia sea la aplicación de la ley al caso, pues, de lo contrario solo será consagrar la frustración del derecho (CSJN, 18/9/57, Colalillo)”.-

VII – DE LEGE FERENDA..

Nos referimos a un proyecto, que titulamos en un Congreso *EN TORNO A RESPONSABILIDAD Y CONCURSO. Un "embrión" de proyecto*⁴⁵, pergeñado antes de la actual ley 24.522.

En aquel trabajo valorizando el informe general del síndico y extendiendo la responsabilidad no sólo en supuestos de quiebra sino a todas las presentaciones concursales, tendiendo a facilitar el efecto de inmediatez en afrontar la crisis societaria o concursalmente, pretendido unánimemente por la doctrina mundial.

Así en una SECCIÓN III. RESPONSABILIDAD DE TERCEROS, en el segundo artículo de la misma proyectábamos: “Art....: PERSONAS JURÍDICAS. RESPONSABILIDAD DE TERCEROS. PROCEDIMIENTOS. La declaración jurisdiccional de responsabilidad de los sujetos indicados en el Artículo ...(anterior que correspondería al art. 173 LCQ) será formalizada por el Juez después del informe general del síndico, sin trámite; pudiendo ser revisada por el propio Juez a pedido de cualquier interesado, o en segunda instancia, tramitando por vía incidental...”.

Congruente con ello, también sugeríamos la reforma de las normas referentes al INFORME GENERAL DEL SÍNDICO: “(MODIFICACIÓN AGREGANDO AL ART. (actual art. 39) SOBRE INFORME GENERAL DEL SINDICO: inc.....) Referencia sobre actos u omisiones de representantes, administradores, fiscalizadores, mandatarios o gestores de negocios, socios de la

⁴² CNCom. Sala E 7.6.1993, Antonnio Aventin e Hijos S.A. Rep. JÁ t. 1994, págs. 274/5 sumario 75.

⁴³ QUINTANA FERREYRA, Francisco ob. cit. t. 1 p. 455; GARCÍA MARTINEZ, Roberto ob. cit. p. 153; CÁMARA, Héctor ob. cit. vol II p. 735

⁴⁴ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Buenos Aires Ed.Ábaco de Rodolfo Depalma 2000, tomo 1 pág. 794, citando a Cámara ob. cit. t. II p. 785.

⁴⁵ En “DE LA INSOLVENCIA” libros In Momorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, 3 tomos, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, nto. *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto.* Tomo III pág. 313.

persona jurídica en concurso, o terceros, que impliquen responsabilidad, por aplicación de las disposiciones del ordenamiento general o de normas específicas de esta ley.)”

En otra norma, anticipándonos a las argucias para dilatar a los procesos, sugeríamos –a lo que haremos una referencia en las conclusiones-, proyectábamos: “Art.... EXTENSIÓN. PRESCRIPCIÓN. SUSPENSIÓN. La responsabilidad prevista en esta Sección se extiende a los actos practicados hasta UN (1) año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos. La acción prescribe a los DOS (2) años, contados desde la apertura del concurso o sentencia de quiebra y la instancia perime a los SEIS (6) meses hábiles. La referencia de posibles actos u omisiones atributivos de responsabilidad a los sujetos indicados en su informe general, importa suspensión de la prescripción de todas las acciones de responsabilidad, salvo renuncia en un acuerdo preconcursal o concursal, y sólo con efecto para acreedores, socios o terceros que así lo consintieron”.

VII – EN CONCLUSIÓN.

Debemos alentar la actividad del síndico en la confección del informe general, cuyas determinaciones en orden a actos, negocios, omisiones, bienes, permitirán no sólo una adecuada evaluación de los acreedores de la propuesta de acuerdo, sino fijar criterios en casos complejos, como el concurso de sociedades, en torno a la responsabilidad de administradores y socios de control por no haber adoptado las medidas previstas en la legislación societaria, lo que sin duda forma parte del contenido obligatorio de ese informe general.

No podemos dejar de alabar la idea de concluir el Congreso con una Conferencia magistral a cargo de su mentora Aída R. Kemelmajer de Carlucci sobre “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”. No dudamos de lo que dirá, coincidiendo con la preocupación incorporada en la norma proyectada de la que acabamos dar cuenta, y también trasuntada en dos recientes fallos que introducen duros juicios de valor sobre la conducta desplegada por las concursadas: uno el de Kölliker Frers ya referido, y otro del Juez de Mendoza José E.A. Arcaná expresando “si se tiene en cuenta la excesiva litigiosidad deliberada y dilatoria que caracteriza últimamente a todos estos procesos concursales”⁴⁶, considerando abusiva una propuesta ab initio para no dilatar las discusiones, todo lo que es coherente con la vocación expresada en el art. 275 LCQ.

¿Será una utopía lo que dejamos expresado?

⁴⁶ Exp. 69170 “Villafañe, Juan Agustín p. Conc. Preventivo”, resolución del 10 de julio de 2008, con mayores referencias en nto. “PLATA DULCE ¿O AMARGA?, PRÓLOGO (PÁGINA DEL DIRECTOR) en ENSAYOS DE DERECHO EMPRESARIO número 4, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, editado por FESPRESA, Córdoba, noviembre 2008, págs. 15 a 23.