



LA LEY, TOMO 2010, SUPLEMENTO DE CONCURSOS Y QUIEBRAS DEL 24 DE AGOSTO DE 2010, PAG.24

LAS INVESTIGACIONES EN LOS PROCESOS CONCURSALES.

UNA AGENDA HACIA LAS BUENAS PRÁCTICAS.

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

1.-LA INFORMACION COMO EJE DEL SISTEMA CONCURSAL.

El sistema concursal importa, en cierto sentido, un régimen legal de atribución de “poder de decisión” y de reparto de “daños” ante el fenómeno económico de la insolvencia, los que se distribuyen entre el deudor, los diversos acreedores (financieros, proveedores, laborales o fisco), terceros (co-contratantes; dependientes) y el propio Estado a través de sus órganos (juez, síndico, etc.), en proporciones que varían en cada país y en cada tiempo según sea la relevancia que se asigne en cada caso a la tutela del crédito, de la conservación de la empresa, de los trabajadores y de los intereses fiscales.

En el caso del concurso preventivo, siendo su finalidad el logro de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que le permita una razonable reestructuración del pasivo y de la empresa de modo de poder continuar con sus actividades¹, la clave es el reparto de poder para votar y para homologar una propuesta².

¹ Ver Tonón, Antonio, “Derecho Concursal. Tomo I. Instituciones Generales”, Ed. Depalma, Bs.As. 1988, pag.9.

² Cabe destacar que el “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”(APE) regulado por los arts. 69 y stes. de la ley 24.522 participa de las mismas finalidades que el concurso preventivo aún cuando posee una estructura deficitaria.



Por su lado, en el supuesto de quiebra, como la finalidad es incautar y liquidar todos los bienes del deudor para repartir su resultado entre los acreedores y permitirles la mayor satisfacción posible de sus acreencias, la clave del sistema es el reparto de los daños.

Mas allá de sus diferencias, tanto el ejercicio del poder de decisión como la cuantía de los daños a repartir dependen de la información disponible, de lo que se deriva que ésta constituye un eje fundamental del sistema concursal.

Al respecto cabe señalar que, en el concurso preventivo, la información del juez, síndico y acreedores, sobre la real situación patrimonial, recibe un tratamiento muy importante en el esquema legal en tanto se prevén como causales de impugnación o nulidad del acuerdo las circunstancias de ocultamiento o exageración de activos y de exageración de pasivos (arts. 50 y 60 LCQ).

Igualmente, en la quiebra, de la información dependerá el cumplimiento de sus finalidades: a) de incautación, a efectos de tomar posesión de los bienes del deudor; b) de recomposición patrimonial, destinada a hacer volver a la masa activa los bienes indebidamente sustraídos de ella; c) de reparación de daños, relativa al ejercicio de acciones de resarcimiento, y d) represivas, que implica la posibilidad de sanciones civiles (interdicción) para sacar del mercado al fallido y penales para castigar su conducta.

La importancia de la información en los concursos ha sido consagrada recientemente por la propia Corte Suprema de Justicia, la que ha declarado que la "absoluta transparencia informativa", para que los acreedores puedan prestar conformidad o no a la propuesta, y para que el Tribunal pueda ponderarla, es un requisito fundamental para la tutela del derecho de propiedad, contenido en la protección del crédito, como así para la vigencia del debido proceso y para que el procedimiento concursal cumpla su finalidad económico-social.³

³ CSJN, 20-10-2009 "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/concurso preventivo", verlo en "El Fraude Concursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario", Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2009, pag.179 y stes.



2.-LA FALTA DE INFORMACIÓN Y LA INSATISFACCION DE LOS ACREEDORES.

Como derivación de lo señalado precedentemente, la falta de información sobre la real situación del deudor y sobre las posibilidades de repago de los créditos determinan resultados indeseables, sea por vía de la aceptación forzada y homologación de propuestas insignificantes en el concurso preventivo, o por el no ejercicio de acciones de responsabilidad, recomposición o reintegración patrimonial en tiempo útil, o por la ausencia de medidas cautelares, en la quiebra.

Es que la situación patrimonial previa puede haber sido alterada al momento del concurso por actos revocables o que comprometen la responsabilidad de sus autores como los de trasvasamiento empresario, vaciamiento, transferencias simuladas de bienes, creación de deudas ficticias, falta de integración de aportes, infracapitalización, continuación de actividades luego de la disolución, repartos indebidos de dividendos u honorarios, etc.

Igualmente, la posibilidad de que el tribunal posea información sobre la existencia de cesación de pagos real como presupuesto de apertura de los procesos, la legitimidad de los créditos insinuados, la extraneidad de quienes aparecen como acreedores respecto del deudor, y la vigencia de la regla de igualdad entre los acreedores verdaderos, es una pieza fundamental para el funcionamiento del sistema (arts. 1, 32, 43, 52 y conc.; cod.penal, art.180).

Paralelamente, la indebida compra de conformidades por el propio deudor o sus "partes relacionadas"⁴, lleva a la creación de mayorías ficticias o espurias cuya ignorancia puede llevar a la homologación indebida de acuerdos.

También la falta de información impide o dificulta juzgar sobre el carácter "abusivo" o no de una propuesta de acuerdo preventivo⁵, o sobre si los bienes incautados son todos o solo una parte del patrimonio del fallido.

⁴ El concepto de "partes relacionadas" está tomado del Dec.1020/2003, que modificó el art. 73 de la ley 17.811, y comprende a las siguientes personas en relación con la sociedad deudora: a) directores, síndicos o gerentes de la sociedad; b) personas físicas o jurídicas controlantes o con participación significativa en el capital social; c) otra sociedad controlada por el mismo controlante; d) ascendientes, descendientes, conyuges o hermanos de cualquiera de las personas físicas de a y b; e) las sociedades en que cualquiera de las personas de los apartados precedentes posean directa o indirectamente participaciones significativas en el capital social.



Todo el problema se magnifica si se computa que el concurso es un proceso que se desarrolla en "tiempo real", o sea mientras la empresa continúa funcionando y el deudor agrava su situación, o mientras los activos se pierden o deterioran.

Paralelamente, las pruebas de los hechos no informados ni conocidos oportunamente se van perdiendo con el tiempo y los plazos procesales no dan tiempo suficiente para una debida investigación.

De ello resulta que corresponde afirmar la existencia de una clara conexión entre la falta de información suficiente y la actual insatisfacción de los acreedores frente a los procesos concursales que deriva de sus costos, cargas, dilaciones y, sobre todo, de sus paupérrimos resultados, desproporcionados respecto de los que objetivamente podrían obtener de conocerse la real situación del deudor, de sus operaciones y de su patrimonio.

3.-LA INFORMACION LEGALMENTE EXIGIDA AL DEUDOR Y LAS FACULTADES DE INVESTIGACION DE LOS FUNCIONARIOS.

En materia de información exigida, se advierte que lo que debe obligatoriamente informar y presentar el deudor para la apertura de su concurso preventivo (art. 11 incisos 1º a 7º LCQ) es insuficiente porque prescinde de datos relevantes que permitan conocer debidamente sus movimientos económicos, patrimoniales y financieros de los últimos años.

Tal sería el caso de: información sobre administradores y síndicos de los últimos cinco años, información sobre los accionistas y socios y sobre las sucesivas transferencias de acciones, fotocopias de las actas de asambleas y directorio, contratos de locación y otros de tracto continuado, organigrama de la empresa, listados de personal, listados de poderes de administración, balances de sumas y saldos desde el último cierre, avales de directores⁶, los ingresos y egresos de bienes de los últimos tres años, los contratos celebrados con las denominadas "partes relacionadas", las historias bancarias, la evolución del cash flow, etc..

⁶ Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) "La actuación del síndico en el concurso preventivo", Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag. 122 y stes.



Es más, la ley ni siquiera requiere una elemental acreditación de la cesación de pagos mediante la presentación de una opinión contable que la justifique.

Por otra parte, a pesar de que el sistema contable es la pieza clave de toda la información empresaria⁷, tampoco la ley exige en todos los casos la presentación de una contabilidad llevada en legal forma, lo que conspira contra la veracidad de la información y ha permitido abrir procesos sin registros contables suficientes⁸.

Por su parte, se puede lograr una propia quiebra sin dar información alguna a los acreedores (art. 86 primer párrafo).

También la información requerida para la apertura del APE (art. 72) es magra con el agravante de la falta de todo control posterior por un síndico o por los acreedores.

Sin embargo, se advierte que en materia de facultades legales de investigación de los funcionarios intervinientes en los procesos concursales, la ley es amplia.

En efecto, el art. 275 encomienda al síndico la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables, debiendo efectuar las peticiones necesarias a tales fines.

Por su parte, el art. 274 dispone que el juez del concurso puede dictar “todas las medidas...de investigación que resulten necesarias”, incluyendo la comparencia compulsiva de personas y la presentación de documentos, teniendo las mismas facultades el tribunal de alzada en los límites del respectivo recurso⁹.

También el Comité de Acreedores tiene “amplias facultades de información” y la posibilidad de contratar profesionales para que lo asistan en su tarea con cargo a gastos del concurso (art. 260)¹⁰.

Finalmente, se le reconocen facultades de instar la investigación al fiscal de cámara en las impugnaciones concursales y en las quiebras, como derivación de la regla de legitimación procesal del art.276.

⁷ Bello Knoll, Susy “La empresa y los estados contables”, en la obra colectiva “Tratado de la Empresa”, Ed. Ebeledo Perrot, Bs.As., 2010, tomo II, A, pag.197 y stes.

⁸ La existencia de contabilidad es fundamental para comprobar las actividades, operaciones y el patrimonio invocados por el deudor. Ver del autor “La contabilidad como prueba en el derecho argentino” en “Primera Jornada Nacional de Derecho Contable”, Ed. Universidad de Morón, pag. 67, Morón, 2008. En consecuencia, la ausencia de registros contables compromete seriamente la veracidad de la información en el concurso debiendo ser sancionada con el máximo rigor. Ver Popritkin, Alfredo “Fraudes contables y tributarios”, Ed. La Ley, Bs.As. 2009, pag.328.

⁹ “Rical S.A. s/quiebra” inc. Por I.P.V., C.Civil, Circ.1º, 17-12-93.

¹⁰ Lo que plantea la duda de si tales profesionales podrían ser detectives patrimoniales, solución que propiciamos.



4.-LOS INFORMES Y ACTOS PREVISTOS POR LA LEY Y LAS PRACTICAS EXISTENTES.

Ahora bien, el problema es que tan amplias facultades no aparecen volcadas en concretas normas operativas o reglamentarias sino que la ley se limita a nominar algunos informes y actos que debe elaborar o practicar el síndico sin darles pautas metodológicas ni contenidos específicos o de detalle.

Sobre el particular, los casos expresamente mencionados por la ley son los siguientes:

- a) la auditoria legal y contable en materia laboral en el concurso preventivo (art.14 inc.11)¹¹.
- b) el informa mensual sobre la evolución, fondos y normas legales y fiscales (art.14 inc.12)¹².
- c) las compulsas y medidas en la verificación de creditos (art.33 y 200)¹³.
- d) la confección del informe general del art.39¹⁴ (y 200), con contenidos expresos pero limitados¹⁵.
- e) la incautación de los libros y documentos (88 inc.4 y 180) y la interceptación de la correspondencia en la quiebra (114)
- f) las explicaciones del fallido en la quiebra (102 y 103)

Frente a tales casos, las prácticas actuales son limitadas y se ordenan, fundamentalmente, a la confección del informe individual y del informe general en los concursos preventivos y en las quiebras.

Adicionalmente, en algunas quiebras se toman explicaciones y/o se forma el denominado "incidente de investigación" sin que existan pautas legales, reglamentarias ni prácticas

¹¹ Ver Mena, Celina María "Informes de la sindicatura concursal", Ed. Errepar, Bs.As., 2009, pag.6 y stes.

¹² Ver Mena, Celina María "Informes de la sindicatura concursal", Ed. Errepar, Bs.As., 2009, pag.32 y stes.

¹³ Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) "La actuación del síndico en el concurso preventivo", Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag. 55 y stes.

¹⁴ Ver Favier Dubois (h), E.M. y D Angelo, Armando M. "Práctica Concursal", Bs.As., 1999, Ed. Errepar, tomo II, pag. 1045 y stes.; Fronti de García, Luisa y Veigas, Juan Carlos (Coord) "Actuación profesional judicial", Ed. Macchi, Bs.As. 1998, pag. 431 y stes.

¹⁵ Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) "La actuación del síndico en el concurso preventivo", Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag. 117 y stes.



para determinar en qué casos debe iniciarse el incidente y en cuales no, y cuando debe darse por concluido.

Tampoco hay pautas ciertas sobre la metodología de desarrollo¹⁶, recursos¹⁷, duración¹⁸, obligaciones del síndico¹⁹, secreto²⁰, medidas cautelares²¹ y resultados²².

Además, no son claros los efectos de la promoción del incidente de investigación sobre los plazos de prescripción o caducidad para el inicio de las acciones de recomposición y/o reparación patrimonial²³. Al respecto, no existe jurisprudencia consolidada²⁴, la doctrina no es pacífica²⁵ y se registra alguna calificada postura totalmente contraria al inicio de tales incidentes con invocación de la seguridad jurídica²⁶.

Finalmente, cabe agregar que una de las vías actuales de investigación concursal se desarrolla en forma extra-concursal, cuando el síndico denuncia un hecho y/o un acreedor

¹⁶ En el caso "Asociación Francesa Filantrópica s/quiebra", C.N.Com., Sala A, 26-5-09, se rechazó que las audiencias de explicaciones se llevaran a cabo fuera del tribunal.

¹⁷ En el caso "Asistencia Integral de Medicamentos S.A. s/quiebra", C.N.Com., Sala A, 19-7-07, se dijo que el síndico puede apelar una medida de prueba rechazada. Por su lado, en el caso "Banco Extrader S.A. s/quiebra" (C.N.Com., Sala D, 26-10-99), se falló en el sentido de que el fallido no puede apelar la formación del incidente por falta de agravio

¹⁸; En el caso "Banco Vallenar Cooperativo s/Incidente de revisión en "rodríguez Gabriel y otra s/quiebra s/casación", Sup.Trib.de R.Negro, Viedma, 2-12-91, se dijo que el plazo de un año del art. 39 de la ley 19.551 para la acción de dolo era suficiente para las investigaciones.

¹⁹ En el caso "Casa Chino Warnes S.A.", CNCom., Sala D, 28-5-01, se dispuso la remoción del síndico que había promovido acciones abandonando el incidente de investigación y el de medidas cautelares, conforme dictámen fiscal; en el caso "Frechero, Osvaldo y Benitez, Margarita s/concurso preventivo", se sancionó con pérdida parcial de honorarios al síndico que no investigó ni informó sobre una propuesta considerada abusiva.

²⁰ En el caso "Asociación Francesa Filantrópica s/quiebra", C.N.Com., Sala A, 26-5-09, se admitió el carácter reservado del incidente para asegurar las medidas instadas; En los autos "Armadaja SACyF s/concurso preventivo", C.N.Com., Sala C, 11-4-03, se autorizó una reserva del incidente solo por treinta días si ya había pasado un año de tramitación reservada En el caso "Pablo Llosa S.A. s/quiebra", (C.N.Com., 26-3-98; ED 5-11-98, se declaró inadmisibles la actuación del fallido en el incidente de investigación

²¹ En autos "Retamar S.A. s/quiebra", C.N.Com., Sala D, 3-10-02, se estableció que la inhibición general de bienes decretada en un incidente de investigación no caduca hasta que vence el plazo para iniciar la acción; En el caso "Chavanne, Juan Carlos s/quiebra", CNCom., Sala D, 5-9-08, se conectó una medida de no innovar decretada en el incidente de investigación con una acción de simulación.

²² En autos "Asturi, Felipe s/quiebra", C.N.Com., Sala D, 8-6-97, se determinó que el incidente no puede concluir con una intimación bajo apercibimiento de ejecución, sino con el inicio de una acción.

²³ Recuérdese que la acción revocatoria concursal se refiere a actos producidos dos años antes de la quiebra (art.116 LCQ) y que caduca a los tres años de la declaración de quiebra (art.124); La acción de extensión de quiebra caduca a los seis meses desde el informe general en la quiebra directa, desde el vencimiento de la exclusividad o del plazo del cramdown, o desde que queda firme la quiebra indirecta (art. 163); La acción de responsabilidad concursal comprende actos anteriores a la cesación de pagos real (art. 174) y prescribe a los dos años desde la quiebra: La acción de dolo debe iniciarse dentro de los noventa días desde la verificación del crédito (art. 38).

²⁴ En el fallo "Wolffmetal SAIC s/quiebra s /incidente de extensión de quiebra", C.N.Com., Sala B, 30-3-00, se inició una corriente que entendió que el incidente suspendía los plazos de prescripción. Siguiendo esa línea se ubica el reciente fallo de la C.N.Com., Sala A, en autos "Biocrom S.A. c/Surar Pharma S.A. s/extensión de quiebra", del 14-8-09.-

²⁵ Verla en el trabajo de E.Daniel Truffat "El dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones sociales de responsabilidad en la quiebra", en RDCO, 2009, nro.238, Septiembre/Octubre, pag. 527, donde postula la aplicación de la suspensión del art. 3890 del código civil cuando del incidente de investigación resulte la existencia de acciones dolosas del deudor que impidieron el ejercicio anterior de las acciones judiciales.

²⁶ Es la postura de Miguel Rubin en su trabajo "Venturas y desventuras de Cronos en las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra (en particular en la de responsabilidad societaria)", en El Derecho, t.237, diario del 7-4-10, pag.1 y stes. Si bien no la compartimos, marca la imperiosa necesidad de clarificar y dar seguridad a la materia.



denuncia o querrela y/o se forma una causa penal con motivo de la remisión del expediente por falta de activo en los términos del art. 233 de la ley concursal²⁷.

5.-LAS CONCLUSIONES SOBRE LA MATERIA DE UN RECIENTE DEBATE ACADEMICO.

A efectos de considerar la situación actual respecto de la investigación en los procesos concursales resulta útil tener en cuenta las conclusiones de un reciente debate académico sobre el tema, que fueron las siguientes:

- 1.-La investigación concursal es un trabajo interdisciplinario tendiente a recuperar los activos desviados (mediante el inicio de acciones judiciales) y a reducir los pasivos indebidos (por vía del control del proceso de verificación). La actitud del síndico no debe ser extrema (investigando todo o nada) sino razonable.
- 2.-Una herramienta de análisis para utilizar en el proceso de investigación es el principio contable de la "partida doble" por el cual todo negocio debe tener una contraprestación y, frente a un pasivo insinuado, debe haber un activo que sea su "causa" y que debe ser localizado (Domingo Rodríguez).
- 3.-El denominado "incidente de investigación" no es un "incidente procesal", en los términos del art. 280 de la ley 24.522, ya que nada se resuelve en el mismo. Tampoco es una actuación preliminar ni prueba anticipada, sino que se trata del encausamiento de la "actividad investigadora del síndico". Tramita por separado por un tema de ordenamiento. Es reservado porque no afecta al fallido ya que nada resuelve (Miguel Bargalló).
- 4.-El plazo de investigación puede durar hasta que venzan los plazos de las posibles acciones a entablar. Si prosigue el trámite después de vencido el plazo de la prescripción, se puede tener al mismo por dispensado, en los términos del art. 3980 del código civil, solo si su "resultado" (no su trámite) arroja la situación prevista por dicha norma: maniobras dolosas del deudor (Daniel Truffat).

²⁷ Al respecto, en el caso "Pellene, Blanca Perla s/quiebra", C.N.Com., Sala D, 4-9-09, se consideró que no correspondía la remisión automática al fuero penal por falta de activo sin una previa evaluación de la situación concreta del caso ya que ello importaría una presunción contraria al principio de inocencia, disponiéndose, en el caso, la no remisión. Por nuestro parte, consideramos que es la ley la que establece una presunción legal y que solo puede desvirtuarse en la jurisdicción represiva.



5.-El trámite del incidente no da lugar a recursos del fallido dada su naturaleza de desprendimiento práctico de la actividad del síndico donde nada se resuelve. Sin embargo, en caso de decretarse una medida cautelar, debe hacerse público el incidente y darse la oportunidad de apelar. El incidente no constituye prueba en sí mismo sino recolección de indicios, los que luego requerirán trámite de validación en la acción respectiva.

6.-Como metodología resulta necesario proponer inicialmente la vinculación de los hechos con las concretas acciones a iniciar y medidas a pedir. Las medidas pueden consistir en informes a los registros dominiales, pedidos de antecedentes bancarios, requerimientos a los acreedores, a los trabajadores, explicaciones al fallido, etc.

7.-En cualquier momento del proceso concursal, incluso en el concurso preventivo, puede iniciarse un incidente de investigación.

8.-Resulta conveniente la reglamentación del incidente de investigación estableciendo claramente cuáles son las partes que pueden intervenir, el plazo para el trámite, las causas de la reserva y la posibilidad de tomar audiencias en las oficinas del síndico²⁸.

6.-LA EXIGENCIA PRETORIANA DE MAYOR INFORMACIÓN AL DEUDOR.

Por todo ello consideramos, en primer lugar, que debe exigirse mayor información al deudor sobre su situación patrimonial y sobre las operaciones realizadas en los últimos años.

Entendemos que, no obstante lo establecido expresamente por la ley actual, una interpretación pretoriana y extensiva de las normas vigentes, realizada a petición del síndico y/ de los acreedores, y a cargo del juez concursal conforme a las facultades del art. 274, puede completar la información exigiendo mayores elementos al deudor.

A esos fines cabe sugerir:

a) En el momento de presentación en concurso, información sobre administradores y síndicos de los últimos cinco años, información sobre los accionistas y socios y sobre las sucesivas transferencias de acciones, fotocopias de las actas de asambleas y directorio,

²⁸ Las conclusiones corresponden al consenso logrado entre panelistas y público en la Reunión Académica del 5 de Mayo de 2010 del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina, realizada en la Capital Federal, la que contó como Expositores a los Dres. Domingo O. Rodríguez, E. Daniel Truffat y Miguel Federico Bargalló, y fueron formuladas por el Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h), como Director.



contratos de locación y otros de tracto continuado, organigrama de la empresa, listados de personal, listados de poderes de administración, balances de sumas y saldos desde el último cierre, avales de directores, los ingresos y egresos de bienes de los últimos tres años, los contratos celebrados con las denominadas “partes relacionadas”, las historias bancarias y la evolución del cash flow de los últimos dos años.

Además un informe contable que acredite la cesación de pagos en base a los elementos de contabilidad de gestión de los que resulte²⁹.

b) En el momento de presentación de la propuesta de acuerdo preventivo, un plan de empresa o presupuesto, que incluya un balance y un cash flow proyectados de los que surja tanto la factibilidad de cumplimiento de la propuesta como la no factibilidad de mejora. Asimismo un cálculo del valor presente de la propuesta, indicando la tasa de descuento aplicada, y una comparación entre éste y el resultado de una eventual liquidación, computando a éstos últimos fines tanto los detrimentos derivados del cierre de la empresa como los incrementos producidos por las eventuales acciones de recomposición patrimonial y de responsabilidad.³⁰

También podrían formularse reglamentaciones judiciales en tal sentido, por vía de las Cámaras de Apelaciones respectivas.

Finalmente, sería deseable una reforma legislativa que incremente sustantivamente los datos a aportar por el deudor para acudir a los procesos de insolvencia, siguiendo las pautas de otros ordenamientos concursales.

7.-LA ENUNCIACIÓN DE UN REPERTORIO DE CONDUCTAS ILICITAS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS CON RELEVANCIA CONCURSAL.

En materia de hechos que pueden ser investigados y probados, resulta interesante la creación por parte de la doctrina de un repertorio de concretas conductas antijurídicas de

²⁹ No vemos obstáculo en que un contador informe sobre tal situación dada la competencia que resulta del propio art.39 inc.1º y 6º, y en base a elementos propios de la contabilidad de gestión.

³⁰ Se trata del principio expresado en el art. 52 inc. b, nro.iv), el que exige, para que la comparación sea seria, ponderar el resultado de las eventuales acciones referidas. Ver las críticas a una comparación meramente nominal en Richard, Efraín Hugo “La falacia de homologar acuerdo predatorio por supuestamente mejor al resultado de liquidación societaria”, en “El Fraude Conursal y otras cuestiones de Derecho Falimentario”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2009, pag. 195 y stes.



la deudora y de sus administradores, de modo de que puedan servir de hipótesis para la investigación.

Tales conductas deben estar vinculadas tanto con los presupuestos de las acciones típicas de responsabilidad concursal (art.173 LCQ), responsabilidad societaria en la quiebra (art. 175), revocatoria concursal (art.119) y extensión de quiebra (art.161 incs.1º, 2º y 3º), cuanto respecto de las acciones atípicas³¹.

En tal sentido, y si bien no tienen vigencia legal al no existir la “calificación de conducta”, las conductas descriptas en el art. 235 de la ley 19.551³², con la reforma de la ley 22.917 (“conducta fraudulenta) resultan válidas descripciones de actos sancionables. A ellas habría que sumar conductas modernas como el trasvasamiento, la infracapitalización y el vaciamiento empresario, todas las que, en su caso, deberán poseer los elementos intencionales que exige la legislación actual. ³³.

También en materia de conducta de los administradores, las reglas del Dec.677/01, art.8º, y las introducidas por ese Decreto en la ley 17.811, en el nuevo art.77, sobre la lealtad y diligencia de los administradores de sociedades cotizadas resultan sumamente ilustrativas y aplicables a todas las sociedades por lo que pueden integrar el repertorio³⁴.

8.-LA CONSTRUCCION DE METODOLOGIAS DE INVESTIGACION CONCURSAL.

En el punto consideramos y propiciamos la construcción de específicas metodologías “de investigación concursal” que puedan aplicarse, en concreto, a conocer los hechos y responsabilidades en los casos de insolvencia, como así para el rastreo de personas, de bienes y de operaciones, utilizando las herramientas disponibles a tal fin.

A dichos fines, no podrá aplicarse un método único sino que corresponderá diferenciar los casos en los que confluyen la existencia de un sistema contable con la de una empresa que

³¹ Favier Dubois (h), E.M.“Acciones atípicas que puede iniciar el síndico en la quiebra de la sociedad anónima por incumplimiento de normas societarias y contractuales” en “De la Insolvencia.II Congreso Iberoamericano”, Ed.Advocatus, Córdoba, Septiembre 2000, tomo II, pág.451.

³² Vgr. Ocultar activos, suponer gastos, simular deudas, enajenaciones indebidas, retención de fondos, adquisiciones a nombre de terceros, dividendos ficticios, negarse a explicaciones, no presentar libros, etc.

³³ El derecho comparado aporta también reglas particulares de infracciones societarias con relevancia concursal, como es el caso del Derecho Español, aplicables a nuestro estudio:Ver los arts.164 y 165 de la ley concursal española que establecen supuestos de calificación culpable y la presunción de dolo o culpa grave en determinados casos.

³⁴ Se trata de: a) la prohibición de usar bienes sociales e información confidencial, b) de aprovechar las oportunidades de negocios de la sociedad; c) obligación de ejercer sus facultades solo para los fines sociales; d) de velar para evitar el conflicto de intereses; e) de la carga de la prueba en cabeza del director en la duda sobre la lealtad.



está funcionando, de aquellos casos donde no confluyen, sea porque no hay sistema contable y/o porque no hay empresa en funcionamiento (quiebra), los que se exponen a continuación.

8.1.-Existencia de un sistema contable y empresa en funcionamiento.

Los elementos, métodos y herramientas que en estos casos se vienen aplicando, y que deberían ser sistematizados y especializados, son los siguientes.

8.1.1. Los métodos de la "auditoría contable". Al respecto, corresponde recordar que la auditoría consiste en el exámen de un objeto para determinar si se aplicaron determinadas normas para su confección, siendo caracterizada la "auditoría contable" como la revisión de la contabilidad de una empresa.

Se trata de un trabajo de "atestiguación" de información financiera que consiste en la comparación entre esa información y un estándar que debió considerarse para su preparación³⁵.

Como es sabido, la auditoría contable tiene por objetivo obtener suficiente satisfacción con respecto a la validez de las afirmaciones contenidas en los estados contables³⁶, en el caso los de la deudora, habiendo sido definida como "el exámen de información por parte de una tercera persona, distinta de la que la preparó y del usuario, con intención de establecer su razonabilidad dando a conocer los resultados de su exámen a fin de aumentar la utilidad que tal información posee"³⁷.

La metodología prevé etapas de planificación, ejecución y conclusión, y ciertos procedimientos sustantivos: a) Indagaciones al personal de la empresa (oral o escrita, ver nivel, corroborar con otros); b) Procedimientos analíticos (comparaciones con otros períodos o frente a variaciones); c) Inspección de documentos respaldatorios y otros registros contables (documentos externos, originales); d) Observación física (recuento de activos tangibles); e) Confirmaciones externas (información de terceros por escrito,

³⁵ Fowler Newton, Enrique "Tratado de Auditoría", Ed. La Ley, Bs.As., 2009, cuarta edición, tomo I, pag. 9 y stes.

³⁶ Slosse, Carlos Alberto, Gordicz, Juan Carlos y Gamondés, Santiago F. "Auditoría", Ed. La Ley, Bs.As., 2009, pag.32.

³⁷ Idem, pag.4.



positivas, negativas, directas o ciegas); f) Utilización de especialistas (actuarios, tasadores, ingenieros, geólogos) y g) Muestreos (de atributos o de variables)³⁸

En el punto cabe afirmar que los procedimientos de auditoría contable son pacíficamente admitidos por la doctrina con carácter general para la actuación del síndico concursal³⁹, siendo considerados como “informes especiales” los que la ley le exige hacer e, inclusive, respecto del informe general, se lo podría catalogar como un “informe extenso” dentro de la RT 7 de la FAPCE⁴⁰.

No obstante, en algunos casos la aplicación de las reglas y procedimientos será mas intensa, como en el supuesto del informe del art. 14 inciso 11º⁴¹, o el del informe individual sobre los créditos⁴², donde se aplica llanamente la Resolución Técnica de la FAPCE Nro.7º⁴³ aun cuando se destacan algunas diferencias de aplicación en los diversos casos.

De todos modos, juzgamos relevante, sobre esas bases, construir un sistema de “auditoría concursal”.

8.1.2. Las reglas y principios del “análisis e interpretación de estados contables”. Si bien se trata de una práctica también realizada por los auditores, se refiere no a la faz inicial de “comprobación” sino a una etapa posterior de “análisis” de los datos recolectados y de la información verificada.

Dicho análisis permite establecer determinadas “ratios” económicos, financieros, de rotación, de rentabilidad, etc., en base a ejercicios comparativos de las diversas cuentas de la contabilidad en los distintos períodos.

En dicho ámbito, el síndico debe realizar balances comparativos, analizarlos en forma vertical y horizontal, evaluar la razonabilidad de las causas del concursamiento, analizar los retiros de socios, las políticas de dividendos, los costos financieros, las políticas de

³⁸ Idem, pag.50 y stes.

³⁹ Argeri, Saul A. “El síndico en el concurso de quiebra”, Ed.Jurídicas, Bs.As., 1991, pag.414, nro.171. Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) “La actuación del síndico en el concurso preventivo”, Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag.267.

⁴⁰ Wainsten, Mario “El informe general del síndico judicial”, en El Notificador, Bs.As. , Primer Bimestre 2001, nro.91, pag. 9059.-

⁴¹ Ver Mena, Celina María “Informes de la sindicatura concursal”, Ed. Errepar, Bs.As., 2009, pag. 7 y stes.

⁴² Salvo en materia del “muestreo”, ver Mena, pag.151.

⁴³ Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) “La actuación del síndico en el concurso preventivo”, Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag.64 y stes.



comercialización, la planificación de la producción, los incrementos de stocks, la financiación de activos no corrientes con pasivos de corto plazo, los costos de explotación, la política del personal⁴⁴, los pagos por entrega de bienes o de obligaciones posconcursoales⁴⁵, la relación entre el capital propio y el capital ajeno, estableciendo las diversas “infracapitalizaciones” (económica, financiera, aparente, operativa y legal)⁴⁶, entre otros análisis posibles.

8.1.3.-Los procedimientos de las “pericias contables”. Las técnicas y procedimientos empleados para la realización de las pericias contables, tanto en los fueros donde rige el procedimiento civil (civil, comercial, laboral, administrativo) como en los del procedimiento penal⁴⁷, resultan también aplicables en la labor del síndico en cuanto experto investigador, valuador e informante del tribunal y de los acreedores, lo que permite detectar y comprobar fraudes e irregularidades⁴⁸.

Si bien las reglas generales están en los respectivos códigos procesales⁴⁹, existen procedimientos específicos que, en algunos casos, han sido reglamentados⁵⁰ y pueden ser útiles para nuestro estudio.

8.1.4. La investigación en el caso de “la contabilidad informática”. En las tres metodologías precedentes debe ponderarse la existencia de sistemas contables y de registros informáticos, y las necesidades especiales que la investigación concursal exige satisfacer en materia de incautación⁵¹, captación de datos y valor probatorio⁵².

⁴⁴ Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) “La actuación del síndico en el concurso preventivo”, Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag.130.

⁴⁵ Ver Mena, Celina María “Informes de la sindicatura concursal”, Ed. Errepar, Bs.As., 2009, pag. 208.

⁴⁶ Riglos, Miguel Esteban “Análisis e interpretación de estados contables. Enfocado a empresas en crisis, infracapitalización empresarial y limitación de la responsabilidad patrimonial”, Ed. La Ley, Bs.As., 2002, pag.69 y stes.

⁴⁷ Ver Popritkin, Alfredo “Pericias Contables” en Rev.de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Bs.As., Agosto 2009, pag.29 y stes.

⁴⁸ Ver Popritkin, Alfredo “Fraudes contables y tributarios”, Ed. La Ley, Bs.As. 2009, pag. 14 y stes..

⁴⁹ Machado Schiaffino, Carlos A. “Pruebas periciales”, Ed. La Rocca, Bs.As. 1989, pag.77 y stes.

⁵⁰ Ver “Pautas básicas de actuación judicial”, Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, Centro de Estudios Científicos y Técnicos (CECYT), Popritkin, Alf redo R., Mariscotti, Raúl E.P.P. y Sabor, Ricardo H., y Notas explicativas, 1989.

⁵¹ Al respecto, corresponde aquí destacar las Conclusiones de la “Jornada Sobre Derecho y Contabilidad Informática” realizada en la Universidad Notarial Argentina el 6 de junio de 2000, las que contaron con el consenso mayoritario de una calificada concurrencia integrada por abogados, contadores, funcionarios de la autoridad de contralor, peritos y síndicos concursales, y son las siguientes:“1.Condicionamiento de la legalidad de la contabilidad informática: La circunstancia de que una sociedad comercial haya sido autorizada para sustituir sus libros por medios informáticos de registro (art.61 ley



8.2.-Inexistencia de sistema contable y/o de empresa en funcionamiento.

En tales casos, que pueden presentarse en un concurso preventivo abierto sin un sistema adecuado de contabilidad o donde la misma no es confiable, o en una quiebra directa donde ni siquiera aparecen los registros contables, la aplicación de las pautas precedentemente referidas (auditoría, análisis contable y pericial) encuentra serias dificultades y, a veces, solo puede hacerse parcialmente.

Además, puede ocurrir que, aún existiendo contabilidad y empresa en marcha, deban investigarse cuestiones ajenas a la propia contabilidad o que son extra contables.

En todos los supuestos indicados, juzgamos conveniente agregar otras herramientas de investigación, como son las siguientes:

8.2.1.-Las metodologías de la investigación criminal.

La "investigación criminal" sigue cierto ordenamiento y cumple determinados procedimientos sucesivos y concatenados de interés para nuestra materia, a saber: conocimiento inicial del hecho, comprobación del hecho, diligencias preliminares, formulación de hipótesis, planeamiento de la investigación, recopilación y obtención de información, fuentes de información, manejo de informantes, la entrevista, el análisis de la información, la esquematización de relaciones y el informe de investigación"⁵³.

19.550) no resulta suficiente para considerar que su contabilidad está "llevada en legal forma". A tal efecto deberán verificarse en cada caso: A) la transcripción del sistema en el libro de inventarios y balances llevado en legal forma; B) el efectivo cumplimiento del sistema oportunamente autorizado. C) que dicho cumplimiento mantiene al presente la inalterabilidad y verificabilidad de las registraciones. 2.Compulsa por perito contador: El perito contador, para dictaminar sobre una contabilidad informática, debe tener acceso directo y material al control de todo el sistema y a todos los datos registrados, con prescindencia de cualquier intervención de los operadores de la empresa investigada. Al tal fin, si el perito no posee conocimientos especiales, deberá requerir la designación judicial de un experto auxiliar licenciado en sistemas. 3.Solicitud de concurso preventivo:La constatación e intervención de los libros por el Tribunal, previstas por el art.14 inc.5° de la ley 24.522, cuando se trate de una sociedad que lleva su contabilidad por medios informáticos (art.61, ley 19.550) debe realizarse mediante diligencia judicial en la sede social que consistirá en el copiado íntegro de sus registraciones contables (back up) en soportes que serán archivados en el tribunal. La diligencia deberá realizarse dentro del tercer día, en la forma que disponga el Tribunal en cada caso, y su frustración importará el desistimiento del concurso preventivo (art.30 ley 24.522)"

⁵² Ver nuestro trabajo "El concepto de contabilidad regularmente llevada en materia de contabilidad informática en el art. 287 de las nuevas normas de la I.G.J. (resol.7/05)" en "Panorama general sobre la Resol.7/2005 de la I.G.J.", Dir.Jorge Grispo, Bibl.Infobae Profesional, nro.1, septiembre 2005, pag.53.

⁵³ Ver Lopez Calvo, Pedro y Gomez Silva, Pedro "Investigación criminal y criminalística", Ed. Temis, Bogota, 2006, pags. 77 y stes.



Tal investigación criminal utiliza los elementos de la “criminalística”⁵⁴, la que estudia el modo de investigar y probar los diversos delitos, en base a ciertos principios⁵⁵, y, en materia de información, distingue las etapas de acopio, selección, análisis y transmisión en el proceso de inteligencia⁵⁶.

Algunos de los procedimientos referidos se encuentran expresamente legislados en los códigos de procedimiento en materia penal, pudiendo destacarse las medidas de investigación de los funcionarios policiales del art. 183 del código de procedimientos penal nacional⁵⁷. Otros surgen de las prácticas existentes en la materia por parte del personal policial y judicial.

8.2.2.-Las herramientas procedentes de otras investigaciones patrimoniales.

Podemos señalar, como áreas de interés, las metodologías y prácticas de los expertos en investigaciones patrimoniales, como es el caso de los investigadores sobre lavado de dinero, los “sabuesos” de la AFIP, los liquidadores de siniestros y expertos de compañías de seguros, los detectives privados y los expertos en recuperos patrimoniales de entidades financieras

Asimismo, como técnica utilizable destacamos la de captación y entrecruzamiento, inteligente y direccionado, de datos obtenidos por vía de “internet”, relativos a personas, bienes, domicilios, operaciones, etc., sean resultantes de la red global, de “facebook”, o de bases de datos públicas y privadas, lo que técnicamente se denomina “skip tracing”.

9.-LA CONSOLIDACION DOCTRINARIA DE PRESUNCIONES JUDICIALES.

⁵⁴ La criminalística puede definirse como la disciplina autónoma que concurre al auxilio de un proceso judicial utilizando técnicas, procedimientos y métodos brindados por las ciencias auxiliares, que le permiten identificar y esclarecer los distintos indicios que conectan, a través de ellos, al autor con el hecho en sí”. Tal es el concepto de Raul Enrique Zajackowski, citado por Juan, Héctor Raul en “Introducción a la Ciencia Criminalística”, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pag. 34.

⁵⁵ Son los principios de “acción”, “participación”, “intercambio”, “coincidencia”, “de reconstrucción”, “prudencia” y “certidumbre”. Ver Juan, Héctor Raul, op.cít., pag. 42.

⁵⁶ Escobar, Raul Tomás “Investigaciones criminales”, Ed. La llave S.A., Bs.As, 2008, pag.179 y stes.

⁵⁷ Si bien el incidente de investigación concursal guarda algunas similitudes con la “instrucción penal”, el primero carece en su metodología de las herramientas del segundo (escuchas, allanamientos, secuestros,etc.), y posee diversa finalidad, ya que su resultado se limita al eventual “inicio” de una acción y no consiste en un “procesamiento” y elevación de la causa a plenario.



Paralelamente, es necesario establecer criterios consolidados de apreciación de los elementos recolectados utilizando razonamientos lógicos que permitan construir presunciones sobre titularidades de bienes, operaciones simuladas, testafierros⁵⁸, controlantes, administradores de hecho y, en particular, relativas a que determinados activos, hoy en poder de terceros, pertenecieron y/o siguen perteneciendo al deudor y/o a los responsables de la insolvencia.

Los criterios prácticos a aplicar para el análisis y construcción de las presunciones tendientes a desvirtuar las apariencias creadas serían, entre otros, los siguientes:

- a) El orden natural de las cosas y su modificación en el caso.
- b) Los actos sin causa justificada.
- c) La capacidad económica de las partes.
- d) La bancarización de las operaciones.
- e) El mantenimiento del poder de control sobre recursos supuestamente enajenados.

A tales fines puede acudir a la experiencia y reglas de las siguientes áreas:

1.-El modelo de las acciones civiles de simulación.

Se trata de los casos consagrados por la jurisprudencia clásica en materia de acciones de simulación (art. 959 y conc. del código civil), donde se han presumido insinceros actos, contratos y conductas cuando se presenta alguno o algunos de los siguientes elementos que evidencian la "causa simulandi": a) innecesariedad; b) enajenación global del patrimonio; c) relaciones de parentesco o estrecha confianza entre las partes; d) antecedentes personales; e) falta de capacidad económica del adquirente⁵⁹; f) precio vil; g) retención de la posesión por el supuesto enajenante; h) excesivo formalismo; i) momento de la celebración; j) lugar de celebración; A ellas se suman las actitudes procesales de versión de hechos anormales, falta de explicitación debida, conducta obstruccionista y mendacidad⁶⁰.

⁵⁸ Ver del autor "La actuación de "testafierros" en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto", publicado en Errepar, DSE, nro.254, Enero 2008, T. XXI, pag.5, en co-autoría con E.M.Favier Dubois (pater).

⁵⁹ Ver Rodríguez, Raquel E. (Directora), Gacio, Marisa y Sereni, Jorge A.(autores), García Taddia, Laura (colab.) "La actuación del síndico en el concurso preventivo", Ed. La Ley, Bs.As., 2004, pag.152.

⁶⁰ Ver Mosset Iturraspe, Jorge "Contratos simulados y fraudulentos", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, tomo I, pag. 316 y siguientes. Ver los últimos fallos en la reseña titulada "Simulación". Jurisprudencia Agrupada, La Ley, 3-5-10, nro.iv, pag.11.



2.-El modelo contable de la partida doble.

La partida doble es un método de registración contable por el cual las anotaciones de cada hecho se efectúan al menos en dos cuentas y sus saldos deben balancearse⁶¹. Por derivación de tal método, todo pasivo registrado en el estado de situación patrimonial del deudor debe tener su necesario correlato en el ingreso de un activo, o en la existencia de bienes fundantes del crédito (“no hay deudor sin acreedor”), que deben ser rastreados⁶².

3.-El modelo de la interposición societaria.

Se trata de los casos en que se invoca el cambio de control societario, por venta del paquete accionario a un tercero, pero se mantienen los mismos administradores⁶³.

En el punto cabe destacar que, a nuestro juicio y a partir de la RG 7/03 de la Inspección General de Justicia de la Nación, consolidada en la RG 7/05, la utilización de sociedades “off shore” implica una presunción “hominis” de interposición personal indebida⁶⁴.

4.-El modelo de las presunciones fiscales.

También en materia fiscal existen numerosas presunciones⁶⁵ que, aún admitiendo prueba en contra, permiten tener por justificadas vinculaciones entre empresas que aparecen formalmente como independientes, tal como las que resultan de los arts. 8 incs. a y b de la ley de impuesto a las ganancias respecto de operaciones de importación y exportación (ley 20.268 con sus modificaciones)⁶⁶, o la existencia de operaciones de venta o de prestaciones de servicios ocultados (art. 18 de la ley 11.683 de procedimiento tributario)⁶⁷.

5.-El modelo de las “operaciones sospechosas” de la UIF.

⁶¹ Fowler Newton, Enrique “Contabilidad básica”, Ed. La Ley, Bs.As. 2007, pag.113 y stes.

⁶² Se trata de una práctica consolidada en materia de síndicos concursales. Ver cap.5.

⁶³ Se trata de un caso de “retención de la posesión” en la medida en que se mantiene la administración societaria por parte del supuesto “tradens”.

⁶⁴ Ver nuestro trabajo “Sociedades “off shore”.Necesidad de prevenir en todo el país su uso indebido”, en “IX Congreso Argentino de D.Societario”, Sta.Fe, 2004, Univ.de Tucumán, tomo I, pag.245, con la colaboración de Lucía Spagnolo; también “La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore”, en La Ley, año LXIX, nro.43, Rev.2-3-05, pag.8.

⁶⁵ Navarrine, Susana C. y Asorey, Rubén O. “Presunciones y ficciones en el derecho tributario”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2006, tercera edición, pag.37 y siguientes.

⁶⁶ Reig, Enrique J. “Impuesto a las Ganancias”, Ed.Macchi, 9º Edición, Bs.As. 1997, pag.103 y stes.

⁶⁷ Giuliani Fonrouge, Carlos M. y Navarrine, Susana Camila “Procedimiento tributario y de la seguridad social”, Ed. Lexis Nexos, Bs.As., 2005, pag.181 y stes.



Según la “Guía de transacciones inusuales o sospechosas” de la Unidad Internacional de Información Financiera (UIF), son operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con su magnitud, y los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica, o cuya complejidad sea inusitada o injustificada.

Si bien el síndico no está previniendo ni sancionando el lavado de dinero, las pautas utilizadas pueden servirle para determinar la desviación de activos de la deudora y posibilitar su rastreo.

A esos efectos, cabe recordar que se consideran sospechosos, entre otros casos, el uso de asesores financieros, legales u otros para hacer figurar sus nombres como directores, representantes o fiduciarios con poca o ninguna participación comercial, cualquier operación relacionada con paraísos fiscales, pagos de sumas de dinero por servicios no especificados, compra-venta a precios significativamente superiores-inferiores a los del mercado, transacciones inusuales, utilización de cuentas no identificables, inversiones en activos físicos o proyectos sin flujo de fondos justificable, cancelación anticipada de préstamos, compra venta de metales preciosos/obras de arte, contratación de pólizas de seguros de vida con cargo a los resultados de la sociedad y posterior cancelación anticipada y la existencia de funcionarios o empleados de la empresa que muestran cambios repentinos en su estilo de vida o que utilizan su propio domicilio para recibir documentación de clientes⁶⁸.

10.-LA PROTECCION DE SECRETOS.

Un problema que debe también afrontarse es el de las normas sobre protección de secretos que pueden interferir en la recolección de datos por el síndico⁶⁹.

Al respecto, cabe recordar la existencia del delito de violación de secretos⁷⁰ y la vigencia del secreto bancario⁷¹, del secreto fiscal⁷² y del secreto bursátil⁷³, entre otros⁷⁴.

⁶⁸ Zaragoza Aguado, Javier-Alberto “La investigación del Blanqueo de capitales vinculados con el terrorismo”, Seminario sobre Terrorismo y Derechos Humanos, Cartagena de Indias, Mayo 2006 (j.zaragoza@fiscalia.mju.es).

⁶⁹ Entendemos que no resulta aplicable la ley de confidencialidad 24.766 por cuanto se refiere a la adquisición de información secreta comercial “de manera contraria a los usos comerciales honestos” (arts.1º y 11), mientras que el síndico lo hace en cumplimiento de sus deberes concursales.



A nuestro juicio, el interés público de los procedimientos concursales, que hace caer expresamente la privacidad de la correspondencia (art.88 inc.6º y 114 ley 24.522) debe hacer ceder estos secretos y autoriza al juez concursal a relevar de los mismos a los interesados⁷⁵.

11.-ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA INVESTIGACION POR PARTE DEL SINDICO.

Con carácter provisorio, y como base para desarrollos posteriores proponemos las siguientes ideas:

11.1.-Diferenciar las etapas de investigación.

En el orden secuencial y temporal, pueden distinguirse tres etapas diversas, a saber:

1.-La investigación ordinaria.

Se trata de la investigación necesaria que, en todos los casos sin excepción, el síndico debe realizar a los fines de los diversos informes que le exige la ley (ver cap.4º) y, en particular, a los efectos del informe general del art. 39 de la ley 24.522.⁷⁶

2.-El incidente de investigación.

Es la etapa contingente, posterior al informe general, que se abre solo en el caso de que se haya configurado una hipótesis sobre hechos que podrían dar lugar a una acción. En la misma se procura ratificar y completar los indicios y pruebas colectados con anterioridad y aportar nuevos elementos de mayor convicción.

⁷⁰ El art.156 del código penal reprime al que “teniendo noticia, por razón de su estado, empleo, oficio, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” y el art. 244 del cód.proc.penal ordena al testigo que se abstenga de declarar en estos casos, bajo pena de nulidad, salvo relevamiento por su cliente o que se trate de una invocación errónea del deber por tratarse de un hecho no comprendido en el mismo.

⁷¹ Art. 39 de la ley 21.526, secreto limitado a las operaciones pasivas y que cede ante un requerimiento judicial.

⁷² Art. 101 de la ley 11.683 de secreto a las declaraciones juradas, manifestaciones e informes de los contribuyentes bajo la pena del art. 157 del código penal, el que solo cede en las cuestiones de familia o en la investigación de delitos criminales por cuestiones comunes directamente vinculadas. Ver Pontiggia, Viviana Graciela “El secreto fiscal”, ED, 28-4-10, pag.5.

⁷³ Arts.46 y 48 ley 17.811 y art.7 Dec.677/01. Ver Difino, Graciela “Secreto Bursátil”, LL 2009-F, diario del 3-11-09, pag.1 y stes.

⁷⁴ Cabe señalar que el secreto bancario cede ante el requerimiento judicial y que el secreto fiscal en muchos casos se soslaya por vía de la propia documentación que el Fisco presenta al síndico y/o al expediente en el momento de verificar el crédito o en las actuaciones administrativas previas.

⁷⁵ Ver en forma análoga, en materia de investigación de activos ilícitos, la posición de Mario de Magalhaes en “Secreto Bancario” en la obra colectiva “Legitimación de Activos Ilícitos”, Barreira Delfino-Camerini (Directores), Ed Ad Hoc, Bs.As., 2010, pag.519 y stes.

⁷⁶ Ver Mena, Celina María “Informes de la sindicatura concursal”, Ed. Errepar, Bs.As., 2009, pag. 178 donde destaca la necesidad de la investigación previa al informe general.



3.-La demanda judicial.

Para el caso que el resultado del incidente de investigación haya confirmado la hipótesis inicial, o aportado otra con igual grado de evidencia, y previa la autorización de los acreedores que pueda corresponder según la naturaleza de la acción, se inicia la demanda judicial y se ofrecen como prueba los elementos colectados en las dos etapas anteriores para ser validados en el proceso contencioso. Durante su desarrollo podrán surgir nuevas evidencias a tener en cuenta en el momento de los alegatos o recursos.

11.2. Pasos y metodología a seguir por el síndico como investigador.

Siguiendo las enseñanzas de la investigación criminal, como así las reglas de auditoría, de análisis de estados contables y periciales, proponemos los siguientes procedimientos:

Primera Etapa.

- a) Conocimiento y comprobación del hecho: la caída en cesación de pagos de un patrimonio solvente.
- b) Diligencias preliminares (investigación ordinaria): Compulsas, entrevistas, pedidos de informes. A tales efectos, como elemento de control, deberá confeccionar una planilla con las diligencias realizadas y a realizar.
- c) Análisis y formulación de hipótesis sobre las causas de la cesación de pagos, sus responsables y la eventual configuración de hechos que autoricen acciones típicas y atípicas.
- d) Presentación de la hipótesis en el informe del art. 39.

Segunda etapa.

- a) Planeamiento de la investigación. Preguntas que hay que responder.
- b) Enumeración de las fuentes de información (personas, documentos, constataciones, registros contables, etc.)
- c) Inicio del incidente de investigación. Ofrecimiento de prueba.
- d) Producción de la prueba. Primero los testigos y al final el fallido y demás sospechosos.



- e) Análisis de los datos y elementos colectados. Entrecruzamiento crítico (skip tracing).
- f) Esquematización o diagrama (mapa) de los vínculos, relaciones y operaciones, entres personas, bienes y lugares.
- g) Informe final (cierre del incidente de investigación).

Tercera etapa.

Pedido de autorización a los acreedores (en su caso).

Inicio de la demanda y ofrecimiento de prueba.

Análisis de la prueba. Alegatos y recursos.

11.3.-Medidas comunes de investigación.

En cualquiera de las etapas, según el proceso de que se trate, el síndico deberá, entre otras, realizar las siguientes tareas: a) ubicar al deudor o a sus administradores si están ausentes (Secretaría Electoral, Registros personales, "Localiza", etc.); b) entrevistar o citar a explicaciones al acreedor peticionante de la quiebra, a los acreedores laborales, dependientes, y a los proveedores relevantes; c) ubicar el legajo de la sociedad en el Registro Mercantil (el societario y el contable); d) pedir información a diversos registros según las actividades del deudor (CENASA, Junta de Granos, etc.)⁷⁷; incautar los libros sociales y recabar informes sobre sus rúbricas; e) auditar y analizar la información contable de que disponga; e) conseguir las carpetas bancarias y los legajos fiscales; f) pedir informes sobre cuentas al Banco Central, sobre activos actuales o anteriores a los registros de dominios y sobre juicios a las Cámaras de apelaciones (laboral, etc.); g) compulsar el principal, los incidentes, los pedidos de verificación y todos los juicios atraídos; h) pedir los papeles de trabajo al contador del deudor si correspondiere; i) llamar a explicaciones al fallido y/o a sus administradores y/o socios.

11.4.-Características del incidente de investigación en la quiebra.

⁷⁷ Ver Mena, Celina María "Informes de la sindicatura concursal", Ed. Errepar, Bs.As., 2009, pag. 194



No se trata de un incidente concursal, en los términos del art. 280, con contestación, prueba y control del fallido, sino un cuaderno por separado para diligenciar las medidas de prueba que el síndico solicita y el tribunal ordena.

Debería tener una duración pautada de seis meses⁷⁸, sin perjuicio de su prórroga fundada y ser secreto para el deudor y demás personas que pudieran obstaculizar la investigación.

11.5.- Investigaciones en concurso preventivo y APE.

Debe quedar claro que la investigación no se limita a la quiebra sino que en los concursos preventivos y en los acuerdos preventivos extrajudiciales (APE) hay importantes materias que, según el caso, deberían ser investigadas, vinculadas a las causales de impugnación del art. 50 LCQ, tales como la situación patrimonial previa y postconcursal; el voto de los acreedores ante ventajas especiales (art. 180 del c.penal), compra de votos y causales de exclusión de votos; pagos indebidos a los acreedores y actos que exceden la administración ordinaria.

11.6.- La investigación en sede penal.

En caso de denuncia del síndico o querrela de algún acreedor, los resultados del proceso penal aportarán valiosos elementos para ser utilizados como prueba en el proceso concursal.

12.- LA ELABORACION DE BUENAS PRACTICAS Y LOS APORTES DEL DERECHO CONTABLE.

Finalmente, consideramos necesario, mediante un ejercicio de doctrina, jurisprudencia y práctica, la construcción y elaboración de las buenas prácticas en materia de información e investigación concursal.

Inicialmente se proponen:

a) La confección de interrogatorios inteligentes para el fallido, sus administradores, socios, cómplices, trabajadores, acreedores y para el peticionante de la quiebra.

⁷⁸ Dicho plazo se infiere del previsto entre el informe general y el inicio de la acción de extensión de quiebra en el art. 163, segundo párrafo.



- b) La creación de un repertorio de fuentes públicas que pueden ser consultadas.
- c) La creación de un repertorio de fuentes privadas a consultar.
- d) La fijación de pautas para detectar la actuación de testaferros y poder llegar a los principales.
- e) La elaboración del repertorio de concretas conductas antijurídicas de los administradores;
- f) La elaboración de los pasos y metodologías de investigación.
- g) La construcción de reglas presuncionales específicas..

A esos fines, teniendo en cuenta que una de las áreas del denominado "Derecho Contable"⁷⁹ esta constituida por las prácticas profesionales interdisciplinarias en materia concursal, comprometemos desde ya los aportes del recientemente creado Instituto Autónomo de Derecho Contable⁸⁰ e invitamos a los lectores a sumarse a la iniciativa⁸¹.

13.-LA REGLAMENTACION DEL INCIDENTE DE INVESTIGACION CONCURSAL.

Finalmente, sería de mucho valor que quienes poseen facultades reglamentarias sobre los sujetos intervinientes en los concursos dictaran las reglamentaciones respectivas.

Nos referimos a la posibilidad de que los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, vía la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, reglamenten, así como lo hicieron con la función del síndico societario (RT nro.15), la actuación del síndico concursal en su rol de investigador en los procesos⁸².

⁷⁹ El Derecho Contable es una ciencia cuyo objeto está constituido por las relaciones interdisciplinarias entre el Derecho, en cuanto Ciencia Jurídica, y la Contabilidad en sus aspectos científicos y técnicos.- Comprende las recíprocas influencias entre Derecho y Contabilidad incluye tanto el área privada como el área pública. Abarca, en particular, las áreas del Derecho Empresarial, Contractual, Societario, Concursal, Procesal, Pericial y Penal; las áreas de la Información, Valuación, Exposición y Registración Contable; las áreas de la Auditoría, Tributación y Prevención de delitos, como así las relativas a las nuevas tecnologías y a su influencia sobre el Derecho y sobre la Contabilidad. Ver los trabajos de Favier Dubois (pater), Eduardo Mario, en particular el titulado "¿Qué es el Derecho Contable? Hacia la construcción del derecho contable en Argentina", Errepar, DSE, tomo XX nro.250, pag.833.

⁸⁰ El "Instituto Autónomo de Derecho Contable", cuyo presidente honorario es el Dr. Eduardo M. Favier Dubois (pater), es una asociación civil recientemente creada, con pretensión de convertirse en una ONG, que agrupa a profesionales del Derecho y de las Ciencias Económicas con objetivos de investigación, docentes y profesionales, entre los que se cuenta "la elaboración, proyecto, recopilación, evaluación, difusión y promoción de las mejores prácticas profesionales interdisciplinarias entre los profesionales del Derecho y de las Ciencias Económicas, en particular en las áreas de la Práctica Empresarial, Pericias Civiles y Penales, Sindicatura Societaria, Sindicatura Concursal, Investigaciones Patrimoniales y Auditoría" (www.iadeco.org).

⁸¹ Agradecemos remitir comentarios, opiniones o iniciativas al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com.

⁸² Siguiendo los lineamientos de dicha Resolución Técnica, podría dictarse una relativa al desempeño del contador público como síndico concursal, previendo expresamente: a) responsabilidades; b) condiciones básicas de actuación; c) normas sobre informes concursales; d) una "guía de tareas" para cada una de las obligaciones previstas por la ley; e) una "guía de



Igualmente, las Cámaras de Apelaciones, por vía de superintendencia, podría incorporar normas en sus Reglamentos relativas a la materia⁸³.

A tales fines, la doctrina debería formular propuestas que tuvieran suficiente consenso y experimentación como para ser aprobadas.

Ello hasta tanto una reforma legal, que también propiciamos, provea soluciones sustantivas a la cuestión y un procedimiento claro, transparente y útil, pudiendo señalarse al efecto lo establecido por el art. 168 de la ley 22/2003 concursal de España en materia de legitimados para aportar datos⁸⁴

14.-CONCLUSIONES Y PROPUESTAS:

En el marco de la dialéctica del pensamiento, y al solo efecto de incentivar un debate sobre estos temas, formulamos las siguientes conclusiones y propuestas:

-La información es el eje del sistema concursal tal como ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

-Una de las causas de los magros resultados que para los acreedores tienen los procesos concursales es la carencia de información y de investigación suficiente que permita el

control sobre libros contables”, y f) modelos para los informes. En forma adicional a los informes y actuaciones expresamente previstos por la ley (ver cap.4 de este trabajo), debería haber una “guía de tareas” para el incidente de investigación.

⁸³ Cabe recordar, en el punto, que el Reglamento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ya contiene concretas disposiciones en materia del desempeño de los síndicos en los procesos concursales por lo que bien podría reglamentar otros aspectos prácticos como son las investigaciones. Las disposiciones están contenidas en el Art. 108 y 108bis que establecen “Los síndicos y liquidadores, en el ejercicio de las funciones que la ley pone a su cargo, deberán ajustarse a las siguientes normas:

a) Con el informe que prescribe el art. 39 de la ley 24.522, acompañarán un detalle mes a mes, de los ingresos y egresos operados en el período informativo, desde el día de presentación en concurso o auto declarativo de quiebra en las empresas en las que se haya declarado la continuación de la explotación, hasta el último día del mes anterior de la fecha fijada para la presentación del citado informe, y b) Observación rigurosa de la obligación impuesta en el art. 179 “in fine” de la ley de la materia;

Art. 108 bis (Informes arts. 35 y 39) (Art. incorporado por Acuerdo de este Tribunal de fecha 25.8.04. Readecuación dispuesta por Acuerdo del 27.5.09) Dentro de las 48 horas de la presentación en soporte papel de los informes previstos en los artículos 35 y 39 de la ley de concursos y quiebras, los síndicos deberán incluir los) mencionados informes y sus modificaciones o ampliaciones ulteriores, en el caso en que existiesen, en formato PDF, en la página web del Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Los síndicos serán responsables de la autoría del documento electrónico y de que su contenido sea idéntico al presentado en soporte papel. La presentación por medio del sistema indicado en el párrafo anterior, no releva a los síndicos de la que les incumbe efectuar en forma escrita y que por ley corresponde en cada uno de los concursos en que intervienen...”.

⁸⁴ Conforme dicha norma, dentro de los diez días de la publicación de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo puede apersonarse y ser parte en la sección de calificación del concurso como culpable, alegando por escrito cuanto considere relevante; ver.Dasso, Ariel “Derecho Comparado”, Tomo I, Ed. Legis, Bs.As., 2009, pag. 592.-



efectivo conocimiento del activo y del pasivo como así de los actos de insolvencia y de sus responsables.

-La ley concursal es limitada en cuanto a la información exigible y si bien es amplia en materia de facultades investigativas, resulta muy estrecha en cuanto a las medidas de implementación sin que las prácticas actuales resulten suficientes.

-Por tales motivos se proponen como buenas prácticas a adoptar, y hasta tanto medie una reforma legislativa, las siguientes:

- 1.-La imposición de mayores exigencias informativas a los deudores por vía pretoriana, principalmente en la presentación concursal y en la propuesta de acuerdo preventivo;
- 2.-La construcción de una metodología especial de investigación de la insolvencia con elementos de la auditoría contable, del análisis de estados contables, de las pericias contables, de la contabilidad informática, de las investigaciones penales y de las investigaciones patrimoniales.
- 3.-El establecimiento de criterios doctrinarios consolidados en materia de valoración de hechos y presunciones admisibles siguiendo los modelos de la acción de simulación, de la partida doble, del control societario y del lavado de dinero.
- 4.-La creación de un repertorio de concretas conductas reprochables de los administradores utilizando como base las descriptas para la derogada calificación de conducta, las del mercado de capitales y las que brinda el derecho comparado;
- 5.-La formulación de una interpretación que permita superar las restricciones impuestas por las normas que tutelan los secretos;
- 6.-La reglamentación de la labor del síndico y de los concretos procedimientos y criterios a aplicar en los incidentes de investigación concursales, sea por vía de acordadas de las cámaras de apelaciones y/o de resoluciones técnicas de los consejos profesionales de ciencias económicas.-