

La importancia del Informe General, las funciones y responsabilidades del Síndico Concursal ante el marco de un acuerdo abusivo

María Cristina Osso¹

Resumen. En nuestro plexo normativo actual pese a la trascendencia que el Informe General tiene en el proceso, se ha excluido la participación del síndico en cuanto a su opinión acerca de la factibilidad de la propuesta, no obstante por imperio del art. 275 no queda liberado de las responsabilidades que se encuentran implícitas en él, teniendo el deber de denunciar o al menos informar la existencia de un acuerdo cuyo contenido pueda considerarse abusivo. El síndico debe tomar la iniciativa y realizar todos los actos necesarios para impulsar el procedimiento y dada su función de auxiliar de la justicia y representante del concurso resulta inaceptable el silencio ante la posibilidad de fraude o abusividad de un acuerdo, por ende considero importante que: ▪ Se dé vista para que se expida si luego del Informe del Art. 39 se presentaran nuevas renunciaciones a privilegios, o si se presentaran posibles exclusiones de voto. ▪ Solicitar opinión a la sindicatura al presentarse las conformidades, sobre la factibilidad de cumplimiento del acuerdo.

1. Marco conceptual y normativo

Es importante considerar que a los efectos de evaluar la abusividad del acuerdo se debe tener en cuenta todo el proceso previo a la homologación del mismo, que se inicia desde la categorización de los acreedores propuesta por el deudor (Art. 41) y que finaliza con la Resolución Judicial de Homologación (Art. 52).

La propuesta debe efectuarse dentro de los diez días a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución del Art. 36 de la ley 24.522, en la cual el juez resuelve acerca de la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores

Los acreedores opinan indirectamente porque pueden realizar observaciones al Informe General del Art. 39 LCQ y en oportunidad del Art. 42, es el juez quien define definitivamente las categorías pudiéndose apartar de lo que propuso el deudor hacia una propuesta “razonable”.

El proceso concursal si bien es un proceso voluntario y universal, encubre importantes conflictos entre acreedores y deudores como es el “poder de voto”.

A lo largo de nuestro ordenamiento se han establecido numerosos parámetros a fin de resguardar *la par conditio creditorum*, la protección del crédito, la transparencia y la equidad a los efectos de lograr que se cumplan objetivamente los fines del sistema concursal y de evitar la posibilidad del

¹ estudiomco@speedy.com.ar

concilio fraudes, “evitando” así que grupos de intereses o acreedores de carácter espurio se presenten a posteriori a votar en contra de los legítimos acreedores preservándolo de una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

2. La exclusión de la base de cómputo de las conformidades al acuerdo y su incidencia en una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

Nuestra ley en el Art. 45 luego de enunciar las mayorías requeridas para cada categoría a los efectos de obtener la aprobación del acuerdo enuncia a los acreedores excluidos para evitar el voto complaciente, en virtud de que el fin del concurso preventivo es lograr que sea aprobado por la mayoría de acreedores legítimos, sancionando entonces con la privación de cómputo y voto a aquellas personas físicas o jurídicas que pueden concurrir a modificar su aprobación por encontrarse en connivencia con el deudor y no tener la libertad suficiente por la particularidad de su vínculo con el concursado.

Pero además hay otras causales de exclusión, que han generado numerosos debates doctrinarios y que jurisprudencialmente se han resuelto con distinto criterio que pueden motivar la prohibición de voto, tales como, los acreedores complacientes no mencionados expresamente por la ley que pueden ocasionar un abuso del derecho del deudor en detrimento del colegio, más aún, aquellos que no son acreedores originarios sino que han adquirido su crédito por vía de la cesión o del pago en subrogación creando en algunos casos y según determinadas circunstancias la presunción de que en realidad es el propio deudor quien pretende autovotar su propuesta.

3. Determinación de la abusividad de la propuesta.

Nuestro ordenamiento luego de la reforma introducida por la Ley 25563 derogó la exigencia del porcentaje de quita que debía respetarse para la homologación de un acuerdo y la Ley 25589 mantuvo ese criterio, no obstante incorporar a través del Art. 52, Inc. 4 la imposibilidad del juez de homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley, sin delimitar los parámetros y mecanismos necesarios para determinar el abuso o fraude de parte de acreedores o terceros directa o indirectamente interesados.

Cuando el juez decide en función del Art. 52 Inc. 4 si homologa o no el acuerdo debe tener en cuenta si ésta responde al interés del colegio, es decir, si el pago resultante del acuerdo propuesto equivale a un dividendo igual o mayor al que obtendría cada acreedor en la quiebra.

Se le impuso al juez realizar un control de legalidad en atención al fin del concurso, al orden público, la conservación de la empresa y su función social como fuente de trabajo, la protección del crédito, a la moral y a las buenas costumbres, otorgándole facultades homologatorias y un control de mérito que puede habilitar inclusive la “tercera vía” en cuanto a la reformulación de la propuesta por parte de la concursada, en orden a la trascendencia social de la

empresa, siendo los puntos principales la no homologación de propuestas abusivas o en fraude a la ley y el cramdown power (Junyent Bas, 2008).

4. El informe general. La participación del síndico

La ley 24522 y sus modificatorias contienen entre sus reformas la eliminación del inciso del Art. 40 que obligaba al síndico a dar su opinión acerca de la factibilidad de cumplimiento de la propuesta.

“El Informe del Art. 39 es de la mayor trascendencia, no sólo en lo relativo al concurso preventivo, sino también respecto de los casos en los cuales el concurso preventivo pueda derivar en quiebra indirecta, así como en los supuestos de salvataje previstos en el artículo 48”. (Rivera-Roitman-Vitolo, 2009:231)

El síndico cumple en la categorización por imperio del Art. 39 Inc.9 de L.C.Q un importante papel en el cual hará valer toda su idoneidad técnica y profesional en tanto se le impone emitir *opinión fundada acerca de la razonabilidad del agrupamiento y clasificación que hubiere efectuado respecto de los acreedores*, pero que no perderá relevancia en tanto dichas categorías no fueran modificadas a posteriori.

Según Junyent Bas - Molina Sandoval (2003:248) *“analizar la categorización es estudiar la columna vertebral de la propuesta”* o si se quiere, su presupuesto fundamental. La sindicatura entonces podrá observar la inclusión de un acreedor dentro de una categoría que no le corresponde de acuerdo con la categorización formulada (ya sea por un error involuntario, arbitrariedad o mala intención para relativizar la incidencia de un crédito dentro de una categoría que se supone no hostil) y también deberá indicar aquellos casos en los cuales los acreedores fueron incluidos por montos o privilegios distintos de lo dispuesto en el Art. 36 LCQ, pero el síndico no da, como antes, su "opinión fundada" sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo.

El síndico debería cumplir un papel relevante en la categorización definitiva que la ley no le da, ya que si el deudor vuelve a categorizar el síndico no vuelve a opinar, salvo excepciones como en el fallo *Nieto y Cía. SAICA p/concurso preventivo*, Juzgado Proc, Conc. y Reg. Mendoza N° 3, 29/04/2003 en el cual, específicamente la concursada reformuló la categorización y solicitó que previa vista a la sindicatura se tengan presentes las nuevas categorías propuestas.

La opinión del síndico se presenta veinte días después de la resolución verificatoria del Art. 36, o sea diez días después de presentada la propuesta de clasificación y agrupación de acreedores, por tanto quienes hayan solicitado verificación tienen oportunidad de ser oídos sobre la propuesta de clasificación pudiendo realizar las observaciones dentro de los diez días posteriores a la presentación del Informe General, tal como lo establece el Art. 40 de la LCQ, para cerrar con la resolución judicial dispuesta por el Art. 42 de la ley y a partir de ese momento el síndico ya no interviene en el proceso.

¿El síndico, debe desentenderse pese a que la ley ya no lo obligue a opinar acerca de la factibilidad del acuerdo?

Entiendo que **no**, el síndico debe ser objetivo y velar porque no haya manipulaciones, abusos y que no se neutralicen los votos, ya que posee el deber de informar y/o denunciar al juez:

- Si hay una verdadera irracionalidad en la categorización que pueda hacer peligrar el acuerdo,
- Sobre la existencia de acreedores que estime que no pueden participar del acuerdo por violar alguno de los casos de previstos en el Art. 45 y de aquellos casos que, aunque taxativamente no estén contemplados puedan participar en él para perjudicar a la masa en beneficio del deudor.

5. Responsabilidad, funciones y tareas a realizar por el síndico.

5.1. Desde el punto de vista de su responsabilidad

El Art. 275, de la ley 24522 y modificatorias, instituye una norma general que contempla los deberes y facultades del síndico que es sólo enunciativa y que en su primer párrafo establece 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.*”

El síndico **puede y debe** disponer cuanto acto de investigación estime necesario, y para poder dar cumplimiento a este cometido tiene entre otras las **facultades** de: vigilancia y control, de colaboración con el tribunal, informativas.

El síndico debe tomar la iniciativa y realizar todos los actos necesarios para impulsar el procedimiento y dada su función de auxiliar de la justicia y representante del concurso resulta inaceptable el silencio ante la posibilidad de fraude o abusividad de un acuerdo.

De la letra del mismo Art. 275 en su último párrafo surge que “...*El síndico es parte en el proceso principal, en todos sus incidentes y en los demás juicios de carácter patrimonial en los que sea parte el concursado, salvo los que deriven de relaciones de familia en la medida dispuesta por esta ley.*”, por lo que se infiere que cabe al síndico la obligación de denunciar o cuanto menos informar cualquier hecho que sospeche lesivo para el concurso, por imperio del artículo 177 Código Procesal Penal de la Nación, porque puede quedar dicha conducta tipificada en sede penal en las figuras previstas por el Art. 277 del Código Penal (encubrimiento), sin perjuicio que le pueda corresponder en la especie algún grado de participación criminal conforme lo establecen los Arts. 45 y ss. del Código Penal.

5.2. Desde el punto de vista procesal

De nuestro ordenamiento legal no surge que se requiera el pedido por parte de la sindicatura o de algún acreedor, ya que prima la aplicación del Art. 274 de la

LCQ que le da al juez las facultades de dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que crea necesarias.

Según Molina Sandoval (2006:527) por tratarse de una facultad (*rectius*: deber) oficiosa trae aparejada dos consecuencias, por un lado habilita a que cualquier acreedor o incluso la sindicatura en forma previa a la homologación del acuerdo se presente en el expediente y formule una mera denuncia sin sustanciación invocando el abuso o fraude de la propuesta y por otra parte “habilita eventuales oportunidades” y “eventuales legitimados potenciales” ya que al ser un deber del tribunal concursal no caduca el derecho del interesado en formular observaciones acerca del contenido de la propuesta, ni es necesario acreditar legitimación mediante título verificadorio o al menos pedido de verificación, por lo que se amplía también a cualquier tercero interesado.

También por el Art. 280 de la LCQ quedan legitimados a impugnar una propuesta abusiva o en fraude a la ley por vía incidental, cualquier acreedor, el síndico o cualquier tercero interesado que aún no haya solicitado verificación de créditos pero que pudiera en el futuro incorporarse al pasivo concursal, sin que para ello medie plazo alguno ya que lo que se impugna no es la propuesta sino el acuerdo.

Obviamente el incidente tiene efecto suspensivo y debe sustanciarse con el concursado y el síndico y en él se deberán acompañar todas las pruebas necesarias para probar el abuso o fraude a la ley, tales como el diligenciamiento de testimoniales, informativas, periciales contables, etc.

5.3. Desde el punto de vista profesional.

5.3.1. *¿El informe del Síndico Concursal constituye un informe de Auditoría?*

El Art. 13 de la Ley 20488 establece las normas referentes al ejercicio de los profesionales en Ciencias Económicas en general y dispone que “...se requerirá título de Contador Público o equivalente: a) en materia económica y contable cuando los dictámenes sirvan a fines judiciales, administrativos o estén destinados a hacer fe pública...en la emisión de dictámenes se deberá aplicar las normas de auditoría aprobadas por los organismos profesionales cuando ello sea pertinentes.”

Según Casadío Martínez (2010:727) “...suele confundirse auditoría con informe profesional, cuando aquél es una especie del género de éstos, ya que toda tarea de auditoría se incluye en un informe, pero no todo informe se emite luego de efectuada una auditoría y así es que tenemos certificaciones, que son informes profesionales emitidos sin haber realizado una auditoría, aunque sí otras comprobaciones”. Tratando de aplicar analógicamente los presupuestos de la auditoría contable desarrollados por el autor (Casadío Martínez, 2010:731), a una auditoría de síndico concursal:

- Es una actividad de análisis desarrollada en el examen técnico de los documentos contables **o no, puestos a consideración** mediante su revisión y verificación idónea.

- Es realizada por una persona calificada e independiente que examina el trabajo de otros.
- Su objeto consiste en la emisión de un informe que concluye con una opinión responsable acerca de la razonabilidad de la información puesta a consideración.
- El profesional que expresa la opinión es responsable de la misma, de allí la responsabilidad ineludible del auditor que no cumpla adecuadamente con su labor ya que cualquier impedimento u observación debe constar en el dictamen, debido a que si no pudo comprobar alguna información por alguna cuestión, debe constar en el informe, ya que de lo contrario no queda liberado de responsabilidad.

En las conclusiones del 3º Congreso de Síndicos Provinciales, celebrado en Lomas de Zamora 2007, al considerar el carácter del Informe del Art. 14 Inc. 11 y haciendo los argumentos extensivos por mi parte al Informe General en orden al grado de trascendencia que tiene en el proceso concursal, se propuso mantener el término **auditoría**, considerando al efecto la especialidad del síndico como profesional en Ciencias Económicas y aún reconociendo el detalle de *significatividad contable* que denota el término que surge de la propia Resolución Técnica 7 de la F.A.C.P.C.E. que supone la idea de un control integral, que difícilmente podría desarrollarse en el exiguo plazo previsto por la ley concursal.

Sin embargo considero que es la propia Ley de Concursos y Quiebras la que le imputa y exige al síndico el nivel de responsabilidad profesional contenido en una “**auditoría**” respecto de sus informes que distan de asimilarse a una certificación: el Art. 14 Inc.11 b) indica “...*Previa auditoría en la documentación legal y contable...*”, en oportunidad del Art. 39 Inc.4) e Inc. 9) respectivamente “*Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad...*”, “...*Opinión fundada de agrupamiento...*”.

Tal vez “ni tanto, ni tan poco” pero entre el disímil grado de responsabilidad profesional existente entre una *auditoría* y una *certificación*, es improcedente pretender asimilar la labor de la sindicatura concursal a ésta última.

Las tareas que el síndico debe realizar para la presentación de los informes solicitados por la LCQ no están reguladas expresamente por ninguna resolución en particular, sin embargo para un correcto cumplimiento de sus funciones deberá tratar de aplicar los procedimientos y normas de auditoría emanados de la Resolución Técnica 7 para cada tipo de informe en particular, debiendo realizar sus funciones mediante elementos de juicios válidos y suficientes que respalden su informe relativo a la información bajo estudio.

5.3.2. Dentro de las tareas específicas que caben al síndico concursal el juez puede además requerirle una serie de informes particulares para que se expida acerca de la abusividad de la propuesta o acuerdo, que obviamente requiere de su idoneidad y formación profesional y el síndico, contador público, en forma conjunta e integrada:

- Deberá prestar especial atención, a que luego del dictamen del Art. 39, se presenten posteriores renunciaciones a privilegios y solicitar en su caso la

II – Práctica Profesional

exclusión de aquellos acreedores que considere pudieran afectar al colegio en forma abusiva o en fraude a la ley. El contador es el profesional idóneo en interpretar los estados contables de la concursada, que podrían eventualmente evidenciar una posible vinculación con empresas controladas o controlantes.

- Debe evaluar “el plan de empresa” que va a aplicar el deudor (o ante su defecto exigírselo) a los efectos de analizar la viabilidad del acuerdo según las obligaciones emergentes de su homologación. Una herramienta de suma utilidad es un flujo de fondos proyectado que permita inferir acerca de la posibilidad o no de cumplimiento.
- A los efectos del Art. 52 Inc. 2.b). IV) en tanto “*Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.*”, debería realizar las mediciones que estime pertinente teniendo en cuenta que si bien no pueden tomarse como referente uniforme para todos los casos -por ser cada proceso concursal único- pueden ayudar a tomar posición acerca de las características del acuerdo, mencionando al sólo título enunciativo:
 - La relación entre el Valor Actual de Acuerdo y el Porcentaje de quita real: que permite establecer, más allá de la quita nominal, el valor real del pago que recibirán los acreedores, considerando tanto las quitas directas como las que son producto de los plazos de cumplimiento de las cuotas concordatarias propuestas a cada categoría.
 - Cálculo del valor actual del dividendo concursal a obtener en una eventual quiebra indirecta.

Tres fallos plasman interesantes conceptos atinentes a lo expresado anteriormente:

Arcángel Maggio S.A. S/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo. CSJN, Marzo 15 de 2007, en el cual la Fiscal de Cámara revocó la resolución apelada no por la abusividad de la propuesta en razón del monto, ni por la invocada extemporaneidad de las renunciaciones al privilegio sino por el conjunto de circunstancias en que esos actos tuvieron lugar, lo que reveló la ilicitud de los mismos.

Apartime S.A. s/concurso preventivo s/incidente de apelación art. 250 CProc. C.N.Com. Juzg. N° 20, Secretaría N° 39.10/9/2007. La propuesta aprobada por la mayoría de los acreedores, no sólo importaba un verdadero ejercicio abusivo de sus derechos por parte del deudor, y sobre todo de los acreedores que integraban la mayoría, desnaturalizando virtualmente el instituto del concurso preventivo (Art. 1071 del Cód. Civ.), sino además era un acto jurídico encuadrable en la noción de "objeto ilícito", violatorio de la regla moral ínsita en el Art. 953 del Cód. Civ., dicho acto no podría ser convalidado aún cuando contara con el consentimiento de una voluntad mayoritaria de los acreedores, ya que a ello se opondría a la naturaleza del vicio que lo afectaría, incompatible con toda posibilidad de confirmación (Arts. 1044 y 1047 del Cód.

Civ.), por lo tanto, tampoco procedía su homologación por tratarse de una propuesta abusiva.

En virtud de la denuncia efectuada por la Sra. Fiscal se pidió se forme en primera instancia con la pieza del dictamen, un incidente a efectos de analizar la conducta del síndico interviniente, que consideró cuanto menos negligente cuando no pudo dejar de advertir los serios vicios del acuerdo preventivo ofrecido y al contestar el memorial presentado por un acreedor denunciando tales actos, limitándose solamente a sostener que tal impugnación excedía el límite del recurso.

Editorial Perfil Sociedad Anónima sobre Concurso Preventivo. C.N.Com. Sala D, setiembre de 2007. La fiscal de Cámara propició la mejora de la propuesta para homologar el acuerdo *previa vista a la sindicatura* en las tres oportunidades solicitadas a la concursada, tomando en cuenta además entre sus fundamentos el Informe del Art. 39 en cuanto a la proyección y evolución del Activo y Pasivo.

6. Conclusiones

La reforma introducida por la Ley 25563 eliminó el inciso del Art. 40 que obligaba al síndico a dar su opinión acerca de la factibilidad de cumplimiento del acuerdo y la exigencia del porcentaje de quita que debía respetarse para la homologación y la Ley 25589 lo sostuvo incorporando sin embargo a través del Art. 52, Inc.4 una facultad judicial como es la imposibilidad del juez de homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley, pero sin delimitar los mecanismos o parámetros necesarios para su determinar el abuso o fraude por parte de acreedores o terceros directa o indirectamente interesados y ello es porque al juicio de abusividad no se llega mediante pautas estandarizadas o mediante índices exclusivamente, ya que no sólo es necesario tener en cuenta el monto y plazo del pago sino otra serie de circunstancias que meritan la misma.

Considero que el síndico a los efectos de evaluar la abusividad o no de un acuerdo no puede hacerlo en forma aislada del contexto, sino que debe hacerlo desde la categorización y no debe desentenderse del proceso por imperio del Art. 275 de la LCQ.

Por lo expuesto estimo oportuno que la ley de concursos y quiebras contemple:

- Atendiendo la relevancia y el carácter (de auditoría) del Informe del Art. 39, pedir vista a la sindicatura para que se expida si luego de la presentación del mismo se presentaran nuevas renunciaciones a privilegios o si se presentaran posibles exclusiones de voto.
- Opinión de la sindicatura al presentarse las conformidades sobre la factibilidad de cumplimiento del acuerdo.

Todo proceso concursal es único y se debe analizar como tal teniendo en cuenta todos los elementos necesarios provistos o no expresamente por la ley, priorizando la continuidad de la empresa y al mismo tiempo los fines del concurso

y el síndico “juega” un importante rol en el cual podrá brindar toda su idoneidad profesional al efecto.

7. Bibliografía

- Casadío Martínez, Claudio. “Certificaciones contables inexactas y responsabilidad del contador público que las suscribe”. *Errepar (D.S.C.E)* N° 272. Julio 2010.
- Favier Dubois, Eduardo M. (p) *Concursos y Quiebras. Ley 24522 Actualizada y Comentada con Jurisprudencia y Bibliografía (con actualización del texto conforme con las modificaciones introducidas por al ley 26086)*. Errepar, 2ª Edición, Buenos Aires, setiembre 2006.
- Grispo, Jorge Daniel. *Tratado sobre la ley de Concursos y Quiebras. Ley 24522. Comentada, Anotada y Concordada*. Tomo II. Arts. 41 a 76. Ed. Ad Hoc SRL, 1º Edición, Buenos Aires, 1998.
- Junyent Bas, Francisco. *La figura del concordato*. “El voto en las sociedades y los concursos”, Ed. Legis, Buenos Aires, 2007.
- Junyent Bas Francisco - Molina Sandoval Carlos A. *Ley de Concursos y Quiebras comentada*. Tomo I, Ed. Lexis Nexis Depalma, 2003.
- Junyent Bas, Francisco, Conferencia de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad de Aconcagua, 17/04/2008.
- Molina Sandoval, Carlos A., “*Sobre la vía procesal idónea para incoar la propuesta abusiva en el marco del concurso preventivo*”. En VI Congreso Argentino de Derecho concursal, IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia., Tomo I, Rosario, setiembre 2006.
- Osso, María Cristina - Turniansky Patricia. “La función del síndico frente a la categorización”. *Errepar (D.S.C.E)*, junio 2008.
- Osso, María Cristina. “*Implicancias de la cesión de créditos en la prestación de las conformidades al acuerdo*”. En XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, San Nicolás 16 y 17 de octubre 2008.
- Osso María Cristina. “*El rol del Síndico ante la abusividad de la propuesta*”. En Cuarto Congreso Provincial de Síndicos Concursales. Lomas de Zamora, 2, 3 y 4 de Julio de 2009.
- Rivera-Roitman-Vitolo. *Ley de concursos y quiebras. Cuarta Edición Actualizada. Tomo II (Art. 26 a 76)*. Ed. Rubinzal-Culzoni, 4ª Edición, Santa Fe, 2009.
- Rodríguez Domingo, “*Informes del síndico para determinar la abusividad de las propuestas concordatarias*”. *Errepar. PAC*, octubre 2007.
- Vítolo, Daniel Roque. “*Algo más sobre acuerdos concursales abusivos y o en fraude a la ley*”. *Temas Actuales de Derecho Concursal*. En Octavo Seminario Anual Sobre Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concursales. Mar del Plata, noviembre 2007.

