

EN TORNO AL INFORME GENERAL DEL SÍNDICO EN EL CONCURSO DE SOCIEDADES¹

Solange JURE RAMOS y Efraín Hugo RICHARD

En el caso de sociedades comerciales, el Informe General del Síndico del Concurso -art. 39 LCQA-, debe referirse a las previsiones que han tomado los administradores para la continuidad del negocio y satisfacer la propuesta, que es un contenido que necesariamente debería contener la Memoria social en las sociedades que requieren de tal instrumento de información.

EL INFORME GENERAL DEL SÍNDICO (1)

1. El informe general del síndico es la pieza maestra sobre historia, presente y futuro de la concursada, particularmente cuando se trata de una empresa y calificada si la organización es societaria.

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

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

La potenciación de ello resulta del último párrafo "la determinación de sus responsables", que importa referirse a terceros, y particularmente en el caso de sociedades a sus administradores, socios y controlantes. Y ello no sólo para el caso de quiebra, pues es claro que la concursada, los socios y terceros -incluso acreedores- podrán promover acciones contra administradores y controlantes abusivos durante el curso del proceso concursal e incluso después de la homologación del acuerdo por los daños sufridos. Ello no sólo para el caso de quiebra, pues es claro que la concursada, los socios y terceros -incluso acreedores- podrán promover acciones contra administradores, fiscalizadores y controlantes abusivos durante el curso del proceso concursal e incluso después de la homologación del acuerdo, en forma independiente al concurso, de acuerdo a los daños sufridos por la actuación del imputado pasivo.

2. Todo es coherente con la reforma de la LCQA, en cuanto el inciso 12 del artículo 14 LCQA, establece que el síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, entre otras cosas. Quien normalmente informa sobre la evolución de la empresa es el órgano de administración (en los entes colectivos) a través de la Memoria y el órgano de fiscalización (sindicatura societaria o consejo de vigilancia) dictamina sobre ella. La norma debió prever que el concursado informe mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico debería -sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre ella.

Ese informe mensual tiende a hacer operativas las disposiciones de pronto pago específicas que adopta la ley ante el negativo resultado del instituto. El síndico deberá auditar la información que

¹Comunicación a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República (Córdoba 16/17 de junio de 2009) publicado en Ensayos de Derecho Empresario nº 5 pág. 411.

proporcionaran los administradores de la concursada. No obstante esa nueva norma, un Juez podría imponer la presentación de un plan de negocios, sobre la evolución y prospectiva de la empresa, de acuerdo a sus facultades y a la carga de información de la concursada, con una mirada retrospectiva y prospectiva, para imponer anticipadamente una razonabilidad en la propuesta de acuerdo que se pudiera estar pergeñando.

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

Son los administradores de la concursada los que deben formalizar ese juicio de valor, que luego integrará la propuesta de acuerdo.

3. Repasemos el contenido del art. 39 que fija los "mínimos" de ese informe general:

"1) El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor". Se trata del elemento clave: desde cuando esta en crisis o se avizoró la misma. ¿Qué medidas se adoptaron para tratar de paliarla? ¿Cuál fue el efecto de esas medidas? Si se trata de una sociedad: ¿qué hizo el órgano de administración?, ¿requirió informes técnicos, formalizó alguna planificación, adoptó alguna política para evitar que la crisis se profundizara? ¿convocó a los socios o accionistas para que aprobaran esa planificación o adoptaran otras medidas? Ante la crisis patrimonial ¿se sugirió capitalizar la sociedad, por los propios socios, terceros o capitalizando el pasivo? El capital social ¿fue suficiente al constituir la sociedad o era evidentemente insuficiente y no existió un plan para considerarlo apto para cumplir el objeto social? Algunas cuestiones están vinculadas al criterio de la CSJN en el caso Palomeque, pudiendo sostener la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la consiguiente responsabilidad de todos los constituyentes y de los administradores. Recuérdese que es rol del síndico "la determinación de sus responsables", y que ese análisis debe extenderse a un año antes de la fecha en que entienda producida la cesación de pagos. ¿Desde cuando se había generado una causal de disolución -p.ej. imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- y cuando afrontaron el trámite de disolución o el de superar la causal?

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

"3. La composición del pasivo, que incluye también, como previsión, detalle de los créditos que el deudor denunciara en su presentación y que no se hubieren presentado a verificar, así como los demás que resulten de la contabilidad o de otros elementos de juicio verosímiles". En este aspecto es fundamental correlacionar el pasivo con ingresos al activo o a la funcionalidad de una sociedad, con conexidad con el informe individual, teniendo en cuenta los créditos que no aconsejó verificar por estar incorporados a títulos valores sobre cuya causa dubitara, pues la existencia de tales títulos emanados de la propia concursada suponen un concilio fraudulento que impone tomar medidas sobre la administración societaria, además de apuntar su responsabilidad.

"4. Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de Comercio". Hemos podido observar en lo ancho y largo del país una predisposición a que sociedades concursadas sufran daños totales o parciales sobre todos o algunos de sus libros de contabilidad, o toda o alguna documentación respaldatoria. Siniestros de distinto origen: incendios, sustracciones, robos de vehículos donde estaban esos libros o documentación, hasta inundaciones. En el caso de los libros de comercio y la documentación respaldatoria de sociedades, no puede hablarse de "carga del comerciante", sino de "obligación del órgano de administración", con la consiguiente responsabilidad sobre su regular confección, guarda y, particularmente, sobre su mantenimiento en el domicilio social. En análisis de los mismos y el informe correspondiente es típico de los profesionales en las ciencias económicas. Si basta la constatación formal de su existencia y regularidad es una buena tarea para un abogado.

"5. La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso

de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada". Personalmente creo que habría que avanzar e indicar la existencia de grupos de control de derecho o de hecho.

"6. La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen". Adviértase que se requiere un "dictamen", que debe indicarse la época real y no limitarse a los dos años de la retroacción de ineficacia de ciertos actos. Los efectos de la cesación de pagos se retrotraen a un año antes de esa época -a la que debe indicarse como fecha al individualizar hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen-. Y ello es fundamental para la determinación de responsabilidades. Si es una sociedad puede haber nacido infrapatrimonializada y por tanto generarse la cesación de pagos en forma coetánea a la constitución. Igualmente si se planificó recurrir al financiamiento externo pero no se formalizó un plan de negocios razonable que previera el pago de intereses y la amortización de ese endeudamiento.

"7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter". Este punto debe conectarse con el inmediato anterior. La cuestión supera -a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron a desembolsar en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital. El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal "aventura"? No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado.

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

"8. La enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los artículos 118 y 119". El informe debe ser amplio en este sentido, en relación a lo actuado por la concursada dentro del período de retroacción y que no corresponda al giro normal de los negocios. El supuesto no conocimiento por el tercero del estado de cesación de pagos no debe ser argumento, en este estadio, para omitir exponer la situación a consideración de los acreedores y del juez.

"9. Opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación que el deudor hubiere efectuado respecto de los acreedores", que debe formalizar a tenor de las referencias del art. 41.

"10. Deberá informar si el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la Ley 25.256, por encontrarse comprendido en el artículo 8º de dicha norma". O sea dar trámite a la Comisión de Defensa de la Competencia conforme el volumen operativo de la concursada, imponiendo el análisis de las situaciones de control, controlante o controlada, y vinculaciones con otras sociedades de la concursada.

Una sociedad que opera durante mucho tiempo en cesación de pagos no sólo contagia la insolvencia sino también altera las reglas de lealtad competitiva.

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

Se trata de la pieza clave, donde se determinará la tempestividad con la que actuó la concursada y particularmente los administradores y socios, conforme las disposiciones de la ley

societaria. Un síndico que omita la información societaria, evaluando la diligencia con la que actuó la administración y puso la cuestión en manos de los socios, el esfuerzo que estos hicieron para superar la crisis en ese ámbito privado y extrajudicial, pero de su competencia conforme a normas imperativas de aquella ley específica, impondrá pensar en responsabilidades -cuando no en inoponibilidades-.

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

6. Los administradores tienen la obligación de poner en conocimiento de los socios la crisis de la sociedad para que los mismos intenten superar las causales de disolución que son contemporáneas a la cesación de pagos: pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente del cumplimiento del objeto social. Ese plan de negocios es el que determina la dotación patrimonial constitutiva para que no nazca una sociedad infrapatrimonializada, y debe reiterarse por lo menos cada año al someter el balance a consideración de los titulares de las participaciones societarias. El Síndico debe requerir esos elementos y poner de resalto la diligencia con la que actuaron los administradores o las omisiones a sus deberes y normas imperativas de la organización societaria.

7. Existe hoy una tendencia a requerir al Síndico cuanto se percibiría en el caso de liquidación para determinar la abusividad de la propuesta. No se trata de una obligación del síndico. Ello se requeriría para argumentar sobre el llamado "mejor interés de los acreedores", en la idea de que si el resultado de la liquidación fuere inferior al predatorio acuerdo ofrecido y aceptado, el mismo no sería abusivo para los acreedores a los que se les impone. Sobre el punto existe un excelente trabajo del mismo Casadio Martínez Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)²[2].

Claro que en el caso de sociedades debe integrarse sin duda con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores [3] -cuando no de integración patrimonial-, indubitables en el caso, quizá también las de inoponibilidad de la personalidad jurídica dentro de la restringida tesis del fallo Palomeque si la infracapitalización que hoy ostenta brillantemente la sociedad era constitutiva.

Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva

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

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

societaria.