

Las Investigaciones en los Procesos Concursales: una Agenda Hacia las Buenas Prácticas

Eduardo M. Favier DUBOIS (H)*

- **SUMARIO:** 1 La información como eje del sistema concursal. 2 La falta de información y la insatisfacción de los acreedores. 3 La información legalmente exigida al deudor y las facultades de investigación de los funcionarios. 4 Los informes y actos previstos por la ley y las prácticas existentes. 5 Las conclusiones sobre la materia de un reciente debate académico. 6 La exigencia pretoriana de mayor información al deudor. 7 La enunciación de un repertorio de conductas ilícitas de los administradores societarios con relevancia concursal. 8 La construcción de metodologías de investigación concursal. 8.1 Existencia de un sistema contable y empresa en funcionamiento. 8.1.1 Los métodos de la “auditoría contable”. 8.1.2 Las reglas y principios del “análisis e interpretación de estados contables”. 8.1.3 Los procedimientos de las “pericias contables”. 8.1.4 La investigación en el caso de “la contabilidad informática”. 8.2 Inexistencia de sistema contable y/o de empresa en funcionamiento. 8.2.1 Las metodologías de la investigación criminal. 8.2.2 Las herramientas procedentes de otras investigaciones patrimoniales. 9 La consolidación doctrinaria de presunciones judiciales. 10 La protección de secretos. 11 Algunas propuestas para la investigación por parte del síndico. 11.1. Diferenciar las etapas de investigación. 11.2 Pasos y metodología a seguir por el síndico como investigador. 11.3 Medidas comunes de investigación. 11.4 Características del incidente de investigación en la quiebra. 11.5 Investigaciones en concurso preventivo y APE. 11.6. La investigación en sede penal. 12 La elaboración de buenas prácticas y los aportes del Derecho Contable. 13 La Reglamentación del incidente de investigación concursal. Conclusión. Bibliografía.

* Abogado y catedrático de Derecho Comercial en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos.

- **RESUMEN:** En el presente trabajo, referido al régimen concursal argentino, se destaca la importancia de la información para la toma de decisiones en los procesos concursales, se destaca la limitación de la información que la ley exige y se proponen concretas buenas prácticas para las investigaciones que el síndico debe hacer a efectos de conocer el patrimonio del deudor y de iniciar acciones de responsabilidad contra sus administradores y terceros.
- **PALABRAS CLAVE:** Concursos (reestructuraciones). Quiebra (falimento). Síndico (administrador). Información. Investigaciones. Buenas prácticas. Reglamentos.

1 La información 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.

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

¹ Ver Tonón (1988, p. 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.

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-social³.

2 La falta de información y la insatisfacción 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

³ CSJN (apud MORO, 2009, p. 179 y stes.).

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.; Cód. 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 preventivo, o sobre si los bienes incautados son todos o solo una parte del patrimonio del fallido.

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 información legalmente exigida al deudor y las facultades de investigación 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

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, cónyuges 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.

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 directores⁵, 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..

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 empresaria (BELLO KNOLL, 2010, p. 197 y stes.) 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 suficientes⁶.

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.

⁵ Ver Rodríguez (Directora), Gacio y Sereni (autores), García Taddia (colab.) (2004, p. 122 y stes.).

⁶ La existencia de contabilidad es fundamental para comprobar las actividades, operaciones y el patrimonio invocados por el deudor. Ver Favoir Dubois (Pater) y Favoir Dubois (H) (2008, p. 67). 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 (2009, p. 328).

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 recurso⁷.

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)⁸.

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.

4 Los informes y actos previstos por la ley y las prácticas 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 auditoría legal y contable en materia laboral en el concurso preventivo (art. 14 inc. 11)⁹;
- (b)** el informe mensual sobre la evolución, fondos y normas legales y fiscales (art. 14 inc. 12)¹⁰;
- (c)** las compulsas y medidas en la verificación de créditos (art. 33 y 200)¹¹;
- (d)** la confección del informe general del art. 39¹² (y 200), con contenidos expresos pero limitados¹³;
- (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).

⁷ “Rical S.A. s/quiebra” inc. por I.P.V., C. Civil, Circ. 1º, 17-12-93.

⁸ Lo que plantea la duda de si tales profesionales podrían ser detectives patrimoniales, solución que propiciamos.

⁹ Ver Mena (2009, p. 6 y stes.).

¹⁰ Ver Mena (2009, p. 32 y stes.).

¹¹ Ver Rodríguez (Directora), Gacio y Sereni (autores), García Taddia (colab.) (2004, p. 55 y stes.).

¹² Ver Favier Dubois (H) y D’ Angelo (1999, p. 1045 y stes.); Fronti de Garcia y Veigas (1998, p. 431 y stes.).

¹³ Ver Rodríguez (Directora), Gacio, y Sereni (autores), García Taddia, Laura (colab.) (2004, p. 117 y stes.).

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 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 desarrollo¹⁴, recursos¹⁵, duración¹⁶, obligaciones del síndico¹⁷, secreto¹⁸, medidas cautelares¹⁹ y resultados²⁰.

Además, no son claros los efectos de la promoción del incidente de investigación sobre los plazos de prescripción o caducidad para el

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ En el caso “Casa Chino Warnes S.A.”, C.N.Com., 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.

¹⁸ 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 inadmisibile la actuación del fallido en el incidente de investigación.

¹⁹ 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”, C.N.Com., Sala D, 5-9-08, se conectó una medida de no innovar decretada en el incidente de investigación con una acción de simulación.

²⁰ 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.

inicio de las acciones de recomposición y/o reparación patrimonial²¹. Al respecto, no existe jurisprudencia consolidada²², la doctrina no es pacífica²³ y se registra alguna calificada postura totalmente contraria al inicio de tales incidentes con invocación de la seguridad jurídica²⁴.

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 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 concursal²⁵.

5 Las conclusiones sobre la materia de un reciente debate académico

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:

²¹ 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 *cram down*, 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).

²² 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.

²³ Verla en el trabajo de Truffat (2009, p. 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.

²⁴ Es la postura de Rubin (2010, p. 1 y stes.). Si bien no la compartimos, marca la imperiosa necesidad de clarificar y dar seguridad a la materia.

²⁵ 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.

- (a) 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.
- (b) 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).
- (c) 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).
- (d) 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).
- (e) 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.
- (f) 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.
- (g) En cualquier momento del proceso concursal, incluso en el concurso preventivo, puede iniciarse un incidente de investigación.
- (h) 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 síndico²⁶.

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, 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 resulte²⁷.

- (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

²⁶ 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.

²⁷ No vemos obstáculo en que un contador informe sobre tal situación dada la competencia que resulta del propio art. 39, incs. 1º y 6º, y en base a elementos propios de la contabilidad de gestión.

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 responsabilidad²⁸.

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 ilícitas 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 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 atípicas (FAVIER DUBOIS (H), 2000, p. 451).

En tal sentido, y si bien no tienen vigencia legal al no existir la “calificación de conducta”, las conductas descritas en el art. 235 de la Ley 19.551²⁹, 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,

²⁸ 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 (2009, p. 195 y stes.).

²⁹ *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.

todas las que, en su caso, deberán poseer los elementos intencionales que exige la legislación actual³⁰.

También en materia de conducta de los administradores, las reglas del Decreto 677/2001, 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 repertorio³¹.

8 La construcción de metodologías de investigación 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 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 examen 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

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 preparación (NEWTON, 2009, p. 9 y stes.).

Como es sabido, la auditoría contable tiene por objetivo obtener suficiente satisfacción con respecto a la validez de las afirmaciones contenidas en los estados contables (SLOSSE; GORDICZ; GAMONDÉS, 2009, p. 32), en el caso los de la deudora, habiendo sido definida como “el examen 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 examen a fin de aumentar la utilidad que tal información posee” (SLOSSE; GORDICZ; GAMONDÉS, 2009, p. 4).

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, positivas, negativas, directas o ciegas); (f) Utilización de especialistas (actuarios, tasadores, ingenieros, geólogos) y g) Muestreos (de atributos o de variables) (SLOSSE; GORDICZ; GAMONDÉS, 2009, p. 50 y stes.).

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 concursal (ARGERI, 1991, p. 414, n. 171)³², 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 FAPCE (WAINSTEN, 2001, p. 9059, n. 91).

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 11^o³³, o el del informe individual sobre los créditos³⁴, donde se aplica llanamente la Resolución Técnica de la FACPCE n. 7^o³⁵ aun cuando se destacan algunas diferencias de aplicación en los diversos casos.

³² Ver Rodríguez (Directora), Gacio y Sereni (autores); García Taddia (colab.) (2004, p. 267).

³³ Ver Mena (2009, p. 7 y stes.).

³⁴ Salvo en materia del “muestreo”, ver Mena (2009, p. 151).

³⁵ Ver Rodríguez (Directora), Gacio y Sereni (autores), García Taddia (colab.) (2004, p. 64 y stes.).

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 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 personal³⁶, los pagos por entrega de bienes o de obligaciones posconcursoales³⁷, la relación entre el capital propio y el capital ajeno, estableciendo las diversas “infracapitalizaciones” (económica, financiera, aparente, operativa y legal) (RIGLOS, 2002, p. 69 y stes.), 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 penal³⁸, 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 irregularidades³⁹.

Si bien las reglas generales están en los respectivos códigos procesales⁴⁰, existen procedimientos específicos que, en algunos casos, han sido reglamentados⁴¹ y pueden ser útiles para nuestro estudio.

³⁶ Ver Rodríguez (Directora), Gacio y Sereni (autores), García Taddia (colab.) (2004, p. 130).

³⁷ Ver Mena (2009, p. 208).

³⁸ Ver Popritkin (agosto 2009, p. 29 y stes.).

³⁹ Ver Popritkin (2009, p. 14 y stes.).

⁴⁰ Machado Schiaffino (1989, p. 77 y stes.).

⁴¹ Ver Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, Centro de Estudios Científicos y Técnicos (CECYT), Popritkin, Mariscotti, y Sabor (1989).

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 incautación⁴², captación de datos y valor probatorio⁴³.

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.

⁴² 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 de la Ley 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 de la 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 de la Ley 24.522)”.

⁴³ 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)” (apud GRISPO, 2005, p. 53).

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 investigación⁴⁴.

Tal investigación criminal utiliza los elementos de la “criminalística”⁴⁵, la que estudia el modo de investigar y probar los diversos delitos, en base a ciertos principios⁴⁶, y, en materia de información, distingue las etapas de acopio, selección, análisis y transmisión en el proceso de inteligencia (ESCOBAR, 2008, p. 179 y stes.).

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 nacional⁴⁷. Otros surgen de las prácticas existentes en la materia por parte del personal policial y judicial.

⁴⁴ Ver Lopez Calvo y Gomez Silva (2006, p. 77 y stes.).

⁴⁵ 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 Zajaczkowski (apud JUAN, 2004, p. 34).

⁴⁶ Son los principios de “acción”, “participación”, “intercambio”, “coincidencia”, “de reconstrucción”, “prudencia” y “certidumbre”. Ver Juan (2004, p. 42).

⁴⁷ 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.

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 consolidación doctrinaria de presunciones judiciales

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, testamentos⁴⁸, 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:

⁴⁸ Ver Favier Dubois (Pater) y Favier Dubois (H) (2008, p. 5).

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 adquirente⁴⁹; (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 mendacidad⁵⁰.

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 balancearse (FOWLER NEWTON, 2007, p. 113 y stes.). 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 rastreados⁵¹.

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 administradores⁵².

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 indebida⁵³.

⁴⁹ Ver Rodríguez (Directora), Gacio y Sereni (autores), García Taddia (colab.) (2004, p. 152).

⁵⁰ Ver Mosset Iturraspe (2001, p. 316 y stes.). Ver los últimos fallos en la reseña titulada “Simulación”. Jurisprudencia Agrupada, La Ley, 3-5-10, nro. iv, p. 11.

⁵¹ Se trata de una práctica consolidada en materia de síndicos concursales. Ver cap. 5.

⁵² 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”.

⁵³ Ver Favier Dubois (H) (2005, p. 8).

4 El modelo de las presunciones fiscales

También en materia fiscal existen numerosas presunciones (NAVARRINE, 2006, p. 37 y stes.) 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) (REIG, 1997, p.103 y stes.), o la existencia de operaciones de venta o de prestaciones de servicios ocultados (art. 18 de la Ley 11.683 de procedimiento tributario) (GIULIANI FONROUGE; NAVARRINE, 2005, p. 181 y stes.).

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

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 clientes (ZARAGOZA AGUADO, 2006).

10 La protección 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 síndico⁵⁴.

Al respecto, cabe recordar la existencia del delito de violación de secretos⁵⁵ y la vigencia del secreto bancario⁵⁶, del secreto fiscal⁵⁷ y del secreto bursátil⁵⁸, entre otros⁵⁹.

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 de la Ley 24.522) debe hacer ceder estos secretos y autoriza al juez concursal a relevar de los mismos a los interesados⁶⁰.

11 Algunas propuestas para la investigación por parte del síndico

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

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Art. 39 de la Ley 21.526, secreto limitado a las operaciones pasivas y que cede ante un requerimiento judicial.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Arts. 46 y 48 de la Ley 17.811 y art. 7 del Dec. 677/01. Ver Difino (2009, p. 1 y stes.).

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Ver en forma análoga, en materia de investigación de activos ilícitos, la posición de Magalhaes (apud BARREIRA DELFINO-CAMERINI, 2010, p. 519 y stes.).

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. 4^o) y, en particular, a los efectos del informe general del art. 39 de la Ley 24.522⁶¹.

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.

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 los 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;

⁶¹ Ver Mena (2009, p. 178), donde destaca la necesidad de la investigación previa al informe general.

- (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) Esquematación o diagrama (mapa) de los vínculos, relaciones y operaciones, entre personas, bienes y lugares;
- (g) Informe final (cierre del incidente de investigación).

- **Tercera etapa**

- (a) Pedido de autorización a los acreedores (en su caso);
- (b) Inicio de la demanda y ofrecimiento de prueba;
- (c) 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.)⁶²; incautar los libros sociales y recabar informes sobre sus rúbricas; (e) auditar y analizar la

⁶² Ver Mena (2009, p. 194).

información contable de que disponga; (f) conseguir las carpetas bancarias y los legajos fiscales; (g) 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.); (h) compulsar el principal, los incidentes, los pedidos de verificación y todos los juicios atraídos; (i) pedir los papeles de trabajo al contador del deudor si correspondiere; (j) llamar a explicaciones al fallido y/o a sus administradores y/o socios.

11.4 Características del incidente de investigación en la quiebra

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 meses⁶³, 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 Cód. 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 elaboración de buenas prácticas 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.

⁶³ 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.

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;
- (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”⁶⁴ está constituida por las prácticas profesionales interdisciplinarias en materia concursal, comprometemos desde ya los aportes del recientemente creado Instituto Autónomo de Derecho Contable⁶⁵ e invitamos a los lectores a sumarse a la iniciativa⁶⁶.

⁶⁴ 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), en particular el titulado “¿Qué es el derecho contable? Hacia la construcción del derecho contable en Argentina” (2008, p. 833).

⁶⁵ 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).

⁶⁶ Agradecemos remitir comentarios, opiniones o iniciativas al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com.

13 La reglamentación del incidente de investigación 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* n. 15), la actuación del síndico concursal en su rol de investigador en los procesos⁶⁷.

Igualmente, las Cámaras de Apelaciones, por vía de superintendencia, podrían incorporar normas en sus Reglamentos relativas a la materia⁶⁸.

⁶⁷ 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 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.

⁶⁸ 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 108 bis 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”.

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 datos⁶⁹.

Conclusión

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:

- 1** La información es el eje del sistema concursal tal como ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- 2** 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 efectivo conocimiento del activo y del pasivo como así de los actos de insolvencia y de sus responsables.
- 3** 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.
- 4** Por tales motivos se proponen como buenas prácticas a adoptar, y hasta tanto medie una reforma legislativa, las siguientes:
- 5** La imposición de mayores exigencias informativas a los deudores por vía pretoriana, principalmente en la presentación concursal y en la propuesta de acuerdo preventivo;
- 6** 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.

⁶⁹ 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 (2009, p. 592).

- 7 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.
- 8 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;
- 9 La formulación de una interpretación que permita superar las restricciones impuestas por las normas que tutelan los secretos.
- 10 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.

DUBOIS (H), Eduardo M. Favier. Research in bankruptcy proceedings: an agenda towards good practices. *Justitia*, São Paulo, v. 204/205/206, p. 463-492, Jan./Dec. 2013-2014-2015.

- **ABSTRACT:** This work, based on the bankruptcy regime in Argentina, highlights the importance of information for decision making in bankruptcy proceedings, as well as highlights the limitations of the information that the law requires, and proposes good concrete practices for investigations that the liquidator must do in order to know the assets of the debtor and to start indemnity claims against its directors and third parties.
- **KEY WORDS:** Contests (restructuring). Bankruptcy. Trustee (administrator). Information. Research. Good practices. Regulations.

DUBOIS (H), Eduardo M. Favier. As investigações em processos concursais: uma agenda para as boas práticas. *Justitia*, São Paulo, v. 204/205/206, p. 465-492, Jan./Dec. 2013-2014-2015.

- **RESUMO:** Este trabalho, baseado no regime de falência da Argentina, destaca a importância da informação para a tomada de decisão nos processos de falência em destaque, o que limita as informações exigidas por lei e boas práticas para as investigações propor tensões concretas que

os receptor deve fazer, a fim de conhecer o patrimônio do devedor e para iniciar acções de indemnização contra seus diretores e terceiros.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Competições (reestruturação). Falência. Trustee (administrador). Informações. Investigações. Boas práticas. Regulamentos.

Bibliografía

ARGERI, Saul A. *El sindico en el concurso de quiebra*. Buenos Aires: Jurídicas, 1991.

BELLO KNOLL, Susy. La empresa y los estados contables. En: PIAGGI, Ana I. (Dir.). *Tratado de la empresa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. Tomo II, A. CSJN, 20-10-2009. Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/concurso preventivo. En: MORO, Carlos Emilio. *El fraude concursal y otras cuestiones de derecho falimentario*. Buenos Aires: Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009.

DASSO, Ariel. *Derecho comparado*. Buenos Aires: Legis, 2009. t. I.

DIFINO, Graciela. *Secreto Bursátil*. LL 2009-F, diario del 3 nov. 2009.

ESCOBAR, Raul Tomás. *Investigaciones criminales*. Buenos Aires: La llave, 2008.

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. De la Insolvencia. En: II CONGRESO IBEROAMERICANO. *Anales...* Córdoba: Advocatus, sept. 2000.

FAVIER DUBOIS (H), E. M.; D'ANGELO, Armando M. *Práctica concursal*. Buenos Aires: Errepar, 1999. Tomo II.

FAVIER DUBOIS (H), Eduardo M. La contabilidad como prueba en el derecho argentino. En: PRIMERA JORNADA NACIONAL DE DERECHO CONTABLE. *Anales...* Morón: Universidad de Morón, 2008.

_____. La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore. *La Ley*, año LXIX, n. 43, Rev. 2 marzo 2005.

_____. Sociedades "off shore". Necesidad de prevenir en todo el país su uso indebido. Colaboración de Lucía Spagnolo. En: IX CONGRESO ARGENTINO DE D. SOCIETARIO, Santa Fe: Universidad de Tucumán, *Anales...* 2004. Tomo I.

FAVIER DUBOIS (H.), E. M.; FAVIER DUBOIS (Pater), E. M. La actuación de "testaferros" en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto. *Errepar*, DSE, t. XXI, n. 254, enero 2008.

- FAVIER DUBOIS (Pater), Eduardo Mario. ¿Qué es el derecho contable? Hacia la construcción del derecho contable en Argentina. *Errepar*, DSE, tomo XX, n. 250, sept. 2008.
- FOWLER NEWTON, Enrique. *Contabilidad básica*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- _____. *Tratado de auditoría*. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. Tomo I.
- FRONTI DE GARCIA, Luisa; VEIGAS, Juan Carlos (Coord.). *Actuación profesional judicial*. Buenos Aires: Macchi, 1998.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M.; NAVARRINE, Susana Camila. *Procedimiento tributario y de la seguridad social*. Buenos Aires: Lexis Nexos, 2005.
- GRISPO, Jorge (Dir.). Panorama general sobre la Resol. 7/2005 de la I.G.J. *Bibl. Infobae Profesional*, n. 1, sept. 2005.
- JUAN, Héctor Raul. *Introducción a la ciencia criminalística*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2004.
- LOPEZ CALVO, Pedro; GOMEZ SILVA, Pedro. *Investigación criminal y criminalística*. Bogotá: Temis, 2006.
- MACHADO SCHIAFFINO, Carlos A. *Pruebas periciales*. Buenos Aires: La Rocca, 1989.
- MAGALHAES, Mario de. Secreto bancario. In: BARREIRA DELFINO-CAMERINI (Directores). *Legitimación de activos ilícitos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.
- MENA, Celina María. *Informes de la sindicatura concursal*. Buenos Aires: Errepar, 2009.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2001. Tomo I.
- NAVARRINE, Susana C.; ASOREY, Rubén O. *Presunciones y ficciones en el derecho tributario*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
- PONTIGGIA, Viviana Graciela. *El secreto fiscal*. ED, 28 abr. 2010.
- POPTRITKIN, Alfredo R. (Coord.); MARISCOTTI, Raúl E. P. P.; SABOR, Ricardo H. *Pautas básicas de actuación judicial*. Notas explicativas. Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas; Centro de Estudios Científicos y Técnicos (Cecyt), 1989.
- POPTRITKIN, Alfredo. *Fraudes contables y tributarios*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- _____. Pericias contables. *Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, Buenos Aires, agosto. 2009.
- REIG, Enrique J. *Impuesto a las ganancias*. 9. ed. Buenos Aires: Macchi, 1997.
- RICHARD, Efraín Hugo. La falacia de homologar acuerdo predatorio por supuestamente mejor al resultado de liquidación societaria. En: *El fraude*

- concurzal y otras cuestiones de derecho falimentario*. Buenos Aires: Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009.
- RIGLOS, Miguel Esteban. *Análisis e interpretación de estados contables: enfocado a empresas en crisis, infracapitalización empresaria y limitación de la responsabilidad patrimonial*. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- RODRÍGUEZ, Raquel E. (Directora); GACIO, Marisa; SERENI, Jorge A. (Autores); GARCÍA TADDIA, Laura (Colab.). *La actuación del síndico en el concurso preventivo*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- RUBIN, Miguel. Venturas y desventuras de Cronos en las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra (en particular en la de responsabilidad societaria). *El Derecho*, 7 abr. 2010, t. 237.
- SIMULACIÓN. *Jurisprudencia Agrupada*. La Ley, 3 mayo 2010, n. IV.
- SLOSSE, Carlos Alberto; GORDICZ, Juan Carlos; GAMONDÉS, Santiago F. *Auditoría*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- TONÓN, Antonio. *Derecho concursal: instituciones generales*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- TRUFFAT, E. Daniel. El dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones sociales de responsabilidad en la quiebra. *RDCO*, n. 238, sept./oct. 2009.
- WAINSTEN, Mario. El informe general del síndico judicial. *El Notificador*, Buenos Aires, n. 91, primer bimestre 2001.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. La investigación del Blanqueo de capitales vinculados con el terrorismo. In: SEMINARIO SOBRE TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS, Cartagena de Indias, mayo 2006. Disponible en: <j.zaragoza@fiscalia.mju.es>. Acceso en: 11 jun. 2015.