



COLEGIO DE GRADUADOS EN CIENCIAS ECONOMICAS

128 años al servicio de la profesión (1891-2019)

XXXI JORNADAS DE ACTUACIÓN JUDICIAL



“PLAN DE NEGOCIOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO
TEMA: RT49 (INCUMBENCIA DEL LIC. EN ADMINISTRACIÓN)”

AUTORES:

LUIS MARÍA GHIGLIONE

E-mail: lmg@ghiglioneconsultora.com.ar

Profesor UBA y UAI

Director Especializaciones en Sindicatura - Concursos y Quiebras UAI

LILIANA VALERIA METE

E-mail: lilianavaleria.mete@gmail.com

Especialista en Sindicatura Concursal UAI

21 y 22 de agosto de 2019
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

I-Introducción:

Que es un plan?

Un camino que va del presente al futuro.

Se ha dicho que es la sistemática predeterminación de un objetivo y de los medios para lograrlo con el costo más eficiente y los resultados más ambiciosos. También se ha dicho que abarca los aspectos estratégicos de largo plazo orientado a las políticas y estrategias genéricas de la empresa, los aspectos tácticos de mediano plazo generadores de programas y presupuestos como también la operatividad de las distintas funciones y sectores a través de normas y procedimientos.

La estrategia, al decir de Mintzberg puede verse como plan, pauta de acción, patrón, posición y perspectiva.

Joan Magretta nos dice que explica cómo una organización en competencia logrará rendimientos superiores a través de una propuesta de valor distintiva: qué necesidades atender, qué productos características y servicios, qué clientes, consumidores y canales y qué precios ya sean premium o discount. Asimismo, que desarrolle actividades diferentes o de modo diferente, ya que de lo contrario no habría nada único ni valioso en el posicionamiento.

Por otro lado, ha surgido la "estrategia de los océanos azules" de W. Chan Kim y Renée Mauborgne, orientada a ampliar los mercados y alejarse de la competencia a través de la innovación en campos no sujetos a lucha entre empresas. Tal el caso de Le Cirque du Soleil que logró una gran aceptación mundial y consecuentes ganancias, a través de un producto sencillo pero novedoso y de calidad.

En el caso de la crisis empresarial, puede devenir de accidentes normales, crisis de proveedores, fallas de los productos, recesión de la economía, compras hostiles, huelgas de personal y ocupación de plantas, violencia o vandalismo en el lugar de trabajo o éxodo de empleados clave.

También pueden incidir causas anormales, como actos de terrorismo, robo de información, ciber ataques, crisis de reputación por falsos rumores o escándalos y asimismo causas naturales, como: terremotos, inundaciones y otros desastres todos los cuales confluyen en la situación crítica que es necesario encarar y en que la actual Ley 24.522 constituye una herramienta para intentar su superación. La ley concursal exige que en caso de concurso preventivo, la empresa deberá informar las causas que la llevaron a la cesación de pagos, su situación patrimonial y que acompañe balances y el estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio. Este estado de situación patrimonial debe ser acompañado de dictamen suscripto por contador público nacional.

Pero esta ley no menciona como requisito: información o evaluación relativa al futuro de la empresa, qué decisiones se tomarán en cuenta para superar la crisis, lograr la recomposición patrimonial y la rehabilitación empresaria.

Es nuestra convicción, que debiera incorporarse como requisito un plan de negocios, para cada empresa que aspire a presentarse en concurso preventivo, el cual se adapte a la envergadura y necesidades de cada una de ellas, destinadas a cumplir el objetivo empresario.

Va de suyo que en el caso, resulta de aplicación la Resolución Técnica N° 49, publicada por FEDERACIÓN ARGENTINA DE CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS, ya que nos brinda un marco Conceptual para expresar un Plan de Negocios, que debe estar sujeto a Dictamen Profesional de Licenciado en Administración independiente.

II.- Plan de Negocios

Dirigir a una empresa, implica la interacción mediante un proceso recursivo en interacción con el medio que se lleva a cabo. Requiere un análisis de la situación, la formulación de planes, organización, coordinación, ejecución y control.

El plan de acción, involucra a distintos departamentos o áreas. Además, debe contar con un mecanismo de control y seguimiento para determinar si las acciones que se emplean siguen el camino correcto o deseado.

La finalidad del control es establecer un balance y confirmar si los objetivos planeados han sido cumplidos y en su caso modificar la operación, la gestión o las expectativas.

Es importante conocer los puntos fuertes y débiles de la empresa, frente a las amenazas y oportunidades del mercado, esquema F.O.D.A, buscando alcanzar las oportunidades evitando que nos alcancen las amenazas.

La sinergia, constituye la medida de la aptitud de la empresa para alcanzar el éxito en cada nueva entrada de su producto en interacción con el mercado.

Michael Porter define cinco fuerzas competitivas:

1. rivalidad entre los competidores de un sector industrial
2. poder negociador de los clientes
3. poder negociador de los proveedores
4. presión de los competidores potenciales
5. presión de productos sustitutos

Dentro de los programas, cobra singular relevancia el Presupuesto, que consiste en la cuantificación monetaria de los planes y constituye la herramienta básica en toda empresa. El tiempo es un factor determinante ya que separa la confección del presupuesto del periodo de ejecución.

III.- Riesgos para la gestión empresarial

Siguiendo a W. Edwards Deming, encontramos algunos conceptos que impiden y anulan todo plan de acción y que por tanto es necesario evaluar y evitar a saber:

1. Falta de constancia en el propósito, que genera la incapacidad de contar con planes a largo plazo para mantenerse en forma permanente en el negocio.
2. Énfasis en las utilidades a corto plazo: que busca dividendos antes que calidad y productividad. Siendo que los dividendos son la consecuencia de hacer bien las cosas, y no al revés.
3. Rotación de los directivos y gerentes. Quienes saltan de empresa en empresa, nunca llegan a entender ninguna de ellas produciendo un efecto negativo en el largo plazo.
4. Dirigir la empresa basándose únicamente en cifras visibles, hace perder de vista las cifras más importantes que *son desconocidas o imposibles de conocer*, como por ejemplo el efecto multiplicador de un cliente satisfecho.

IV.- Efectos del Plan de Negocios para la Empresa en Crisis

No cabe duda de la importancia que tiene para la empresa, contar con un adecuado plan de negocios que ordene las actividades propias de la administración.

Asimismo, es una herramienta útil para todos los participantes en el proceso concursal: para el concursado porque permitirá plantear con claridad las posibilidades futuras de la empresa, para los acreedores porque estarán informados sobre las posibilidades concretas de cumplimiento de la propuesta de acuerdo y para el síndico porque es un punto de partida para sus funciones concretas de investigación del patrimonio y de su obligación de vigilancia conforme el art. 15 de la LCQ.

El plan deberá exponer con claridad la actividad de la empresa en crisis, ubicación actual y prevista en el mercado, y cumplir con los requisitos formales de la RT 49, ajustándose a la envergadura y necesidades y particularidades específicas de cada empresa. Para ello se deberá tener en cuenta un necesario relevamiento de los sistemas administrativos y contables y la relación Comercial Financiera en lo relativo generación operativa de fondos, como las perspectivas internas y de aprendizaje y capacitación a largo plazo.

Más allá que el plan pueda ser desarrollado para un proyecto específico de negocio en particular, deberá tener en cuenta los objetivos concretos y los recursos necesarios para lograr los objetivos deseados.

Asimismo, deberá indicar cuales serán las medidas previstas para evitar en el futuro las causas y/o hechos fundamentales que incidieron para que la crisis se originara, dichas causas y hechos que originaron el desequilibrio económico del deudor son volcados por la sindicatura en el informe previsto por el art.39 por la LCQ.

Los principales aspectos que incluye este informe general del art. 39 se vinculan con el estado patrimonial, las causas que dieron origen a la cesación de pagos y la fecha en que dicho estado se inició como también para el caso de sociedades la regularidad con que los socios realizaron sus aportes y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar.

La evaluación del plan de negocios que eventualmente presente la empresa será un elemento de peso a tener en cuenta por el Tribunal al momento de la homologación del acuerdo preventivo.

Y proponemos que sea un elemento obligatorio en el futuro

V.- Aspectos a tener en cuenta.

Se debe detectar un diagnóstico, realizar un plan de urgencia y estabilización.
Es importante determinar la posibilidad de continuidad en el tiempo de la empresa.
Si analizamos las amenazas y oportunidades que presenta la empresa con el entorno, evaluando las fortalezas y debilidades propias de la misma.

La empresa debe ser viable, es decir competitiva.

Según el análisis de las características de la oferta y la demanda se determina la posición competitiva de la empresa.

Es importante tener en cuenta cuales son las fuentes de financiamiento de la empresa, si cuenta con aportes de capital suficientes y si el mismo está integrado. Financieramente es necesario plantear la comparación del costo financiero vs. rentabilidad.

Económicamente tener en cuenta los gastos de estructura, determinar el punto de equilibrio ya que el mismo me va a permitir saber a partir de donde la empresa definición punto de equilibrio la tecnología disponible, la estructura administrativa, comercial y logística y como se realiza la conducción y RRHH.

El capital social cumple 3 funciones: a) de productividad, función de contenido típicamente económico en virtud de la cual el capital sirve como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio, a través del ejercicio de una determinada actividad empresarial; b) de determinación de la posición del socio en la entidad, pues mediante el capital social se mide matemáticamente la participación —con todos los derechos derivados de ello, (entre otros: derecho al dividendo, al voto, a la cuota liquidatoria, de compensación por receso) y eventualmente la responsabilidad de los socios o accionistas; c) de garantía frente a los acreedores sociales.

De las tres funciones, la más importante e las de garantía a los acreedores de la sociedad para el cobro de sus créditos, lo cual constituye esencial diferencia entre el capital social y el patrimonio de la persona jurídica.

El capital propio, que asume la condición de capital de riesgo, está indisolublemente unido a la persona societaria, es inexigible por los socios, responde al pasivo social —ésta es su función principal—, no participa de una distribución concursal y en la liquidación está postergado hasta después de cancelado el pasivo. Sirve además a la conservación y evolución de la empresa y de su actividad. Las pérdidas recaen en primer término sobre el capital propio; recién agotado éste, sobre los acreedores sociales, o sea, sobre el financiamiento externo.

VI — Necesidad de capital suficiente para la viabilidad de la empresa

Un punto concreto en cuanto a la responsabilidad de administradores y controlantes, es la necesidad de mantener una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento del objeto social como forma de traducir jurídicamente la idea de empresa, mientras que un aporte patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: "imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social" o sea la "inviabilidad de la empresa", fundando una causal de responsabilidad de los administradores (art. 59 y 99 LS).

Existe la necesidad de que la sociedad nazca lo suficientemente capitalizada, esto es, con la posibilidad de contar con los medios necesarios para poder desarrollar el objeto social y cumplir con los compromisos que debe contraer para el desarrollo de su actividad. De lo contrario la limitación de la responsabilidad de los socios a los aportes efectuados por éstos (art. 146 163 de la LS) carece de todo sentido, pues no es admisible sostener que a través de este excepcional beneficio, que quiebra el régimen general previsto por el Código Civil en materia de unidad e indivisibilidad del patrimonio, deban ser los terceros y no los integrantes de la sociedad los que deban soportar los riesgos empresarios.

Ello es así porque la limitación de la responsabilidad de los accionistas de una S.A. o de los socios de la SRL no constituye un principio absoluto en nuestro derecho, ni es contemporáneo con el origen de las sociedades comerciales y constituye una excepción al principio general de la unidad y universalidad del patrimonio consagrado por nuestro Código Civil. Este excepcional beneficio solo puede tener vigencia cuando se presentan los siguientes requisitos: a) Que la sociedad se encuentre suficientemente capitalizada, esto es, que el capital social, concebido como garantía de los acreedores, *guarde relación con el pasivo* de aquella o con el nivel de gastos de la compañía y b) Que toda la actuación de la sociedad esté enderezada a la consecución de fines societarios entendidos éstos como la obtención de bienes y servicios

VII — Infracapitalización

Una sociedad está infracapitalizada, cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros. Llegamos así a definir la llamada "infracapitalización" como la pérdida del contravalor patrimonial de la cifra capital expresada en el pasivo del balance, que queda colocado —en su significación económica— por debajo de dicha cifra. Se enfrenta una insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Hay que distinguir entre los supuestos de infracapitalización nominal y material.

1. La **Infracapitalización nominal** se presenta cuando la sociedad está dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios, o sea bajo un título diverso del correspondiente al aporte. Es decir que los accionistas en lugar de contribuir a la conformación y aumento del capital social hasta los niveles operativos apropiados utilizando el mecanismo natural que es el incremento en el capital, recurren a proveer los recursos mediante créditos o préstamos por ellos mismos generados a favor de la sociedad, de modo que, en caso de crisis, concurso o quiebra, podrán acceder como acreedores al recupero de dichos recursos en lugar de que los mismos queden subordinados al pago del resto de los acreedores sociales, como ocurre con los aportes que han conformado el capital social.

En estos casos, no caben dudas de que en el Informe Individual (art. 35 LCQ) correspondería la recalificación de la naturaleza jurídica de la relación existente respecto de los recursos suministrados, de modo que los mismos pierdan el carácter quirografario o privilegiado de créditos regulares contra la sociedad para constituirse en créditos subordinados de naturaleza igual o similar al crédito que los accionistas tengan contra la sociedad.

2. La **Infracapitalización material (o sustancial)** se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos necesarios para afrontar el giro comercial, ni por la vía de un

capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos.

La existencia de este tipo de infracapitalización puede justificar la exigencia de la responsabilidad de los administradores y la inoponibilidad del recurso técnico de la personalidad jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios.

En forma mayoritaria la doctrina nacional y extranjera muestra una tendencia a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo societario.

VIII — Infracapitalización Calificada

Habría que analizar si se puede colocar un rango o parámetro respecto de la infracapitalización para determinar cuándo ella es relevante y cuando no. Esto es lo que parte de la doctrina extranjera ha denominado la **infracapitalización calificada**. La discusión es acerca de qué grado de subcapitalización genera la responsabilidad de los socios, en particular si debe limitarse al caso de que ella sea calificada.

Esa calificación estará dada por la notoriedad e importancia de la infracapitalización, y resulta necesaria a fin de establecer límites precisos entre lo que es capital propio adecuado y lo que no lo es.

La regla de la capitalización suficiente fue enunciada en los Estados Unidos en 1946 por Ballantine, en su célebre "on Corporations", que sostiene que si una sociedad es constituida originalmente o interviene en el comercio con capitales tan reducidos que resulta probable que los bienes disponibles no sean suficientes para atender a las deudas, no resulta equitativo que los accionistas puedan montar una estructura tan endeble que les permita evadir su responsabilidad individual. Tal actitud implica un abuso de la personalidad jurídica y engendraría responsabilidad individual de los socios respecto de las deudas de la sociedad.

A fin de medir la infracapitalización habrá que tener en cuenta la incidencia de ciertas circunstancias particulares que pueden presentarse en el caso concreto, como la preexistencia de préstamos de los socios restituidos antes de la crisis, o disminuciones en el capital por motivos ajenos a la empresa.

Sin duda habrá que analizar si la envergadura del capital social guarda una correspondencia razonable con: a) La dimensión de la actividad del negocio; b) El tipo de actividad y el ramo en que actúa la empresa; c) El plan financiero y los métodos de financiación elegidos; y d) Si la sociedad tiene capacidad para ser receptora de crédito ordinario en el mercado, es decir, si más allá de su exiguu capital, está en condiciones de obtener crédito a tasas normales de mercado sin comprometer garantías adicionales.

Se dirá que la problemática de la infracapitalización la conocen quienes otorgan crédito a la sociedad, y que pueden pedir garantías y seguridades o bien no otorgar crédito. Pero si esto es válido para quienes están en condiciones profesionales de evaluar el riesgo crediticio — fundamentalmente los bancos—, no lo es para contratantes de menos envergadura —como los pequeños proveedores—, ni mucho menos para los dependientes, ni para el Fisco.

Por otra parte la realidad nos muestra que el acreedor financiero o comercial, el consumidor, y el tercero perjudicado por responsabilidad extracontractual, parecen mostrar, frente a una misma sociedad, diferentes modos de obtener información y desiguales criterios en el

análisis de la misma. Además no evalúan los mismos elementos al momento de tomar una decisión.

Esto nos llevaría a expresar que el capital social no resguarda como garantía a todos los acreedores por igual, y ello es así porque los acreedores más calificados por sus conocimientos, al advertir que se trata de una sociedad infracapitalizada, van a solicitar las garantías adicionales que correspondan, luego de lo cual, y ya en el proceso concursal de la empresa infracapitalizada, contarán con un crédito privilegiado.

En el Capítulo I del Informe General el síndico debe expedirse acerca de las causas del desequilibrio de la deudora: el tema de la infracapitalización de la sociedad en estado concursal puede ser trascendente como causa estructural que desencadenó la debilidad económica de la concursada. A título de ejemplo, puede haber responsabilidad por subcapitalización cuando se realice una distribución sistemática de dividendos que no contemple las necesidades financieras de la sociedad a la luz de su actividad presente o futura y ponga así en riesgo la viabilidad de la empresa.

En el Capítulo VII del Informe General el síndico debe reseñar si los socios realizaron regularmente sus aportes y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter. Aquí el síndico no debe limitar su función a la interpretación tradicional de la norma in examine, esto es, integración y valuación de aportes, sino que deberá juzgar la regularidad de los aportes también respecto a su suficiencia con relación, no ya al objeto propuesto en los estatutos, sino a las concretas actividades emprendidas durante la vida social.

Si de su análisis resulta que ha habido infracapitalización, deberá indicar: a) si ésta es material, o sea que no fue compensada por préstamos de los socios o anticipos irrevocables de éstos o terceros; b) si fue calificada, vale decir notoriamente insuficiente y c) si existió relación de causalidad entre la infracapitalización y la insolvencia, en el sentido de que la primera produjo, facilitó, permitió o agravó la segunda.

Se deberá tener en cuenta cómo la sociedad ha tratado las partidas tales como "Resultados no Asignados" cuando la evolución empresaria de la misma hubiera justificado la capitalización formal de tales partidas para adecuar formalmente el capital social al necesario.

IX — Oponibilidad de la persona jurídica

La infracapitalización material y calificada de la sociedad abre las puertas para exigir la responsabilidad patrimonial de los socios cuando éstos han despreciado la función de garantía que cumple el capital social, lo cual crea una situación problemática especialmente en aquellas sociedades donde los socios limitan su responsabilidad al aporte efectuado.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista normativo no es cierto que los accionistas de una sociedad anónima no responden en forma solidaria e ilimitada por las consecuencias que se derivan de la actuación de la sociedad toda vez que: a) los art. 18 y 19 de LS castigan a los socios de las sociedades de objeto ilícito o que desarrollan actividades ilícitas, entre otras sanciones con la responsabilidad ilimitada y solidaria por el pasivo social y los perjuicios causados; b) el art. 254 de la LS, sanciona con la responsabilidad solidaria e ilimitada por las consecuencias patrimoniales que a la sociedad trae aparejada la declaración de nulidad de una resolución asamblearia adoptada con el voto de los mismos; c) el art. 54 establece la inoponibilidad de la persona jurídica, haciendo responsables solidaria e ilimitadamente a los socios o a los controlantes *cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de*

finés extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

Es decir recepta los principios del "disregard" anglosajón, adaptándolo a nuestro sistema a través del instituto relativo a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, con dos finalidades expresas: a) permitir la imputación directa de los actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando la sociedad como pantalla o instrumento; b) sancionar con la responsabilidad solidaria e ilimitada de socios y/o controlantes, amén de las consecuencias que conlleve en cada caso el desbaratamiento del negocio abusivo o fraudulento según el punto anterior.

La figura de la oponibilidad de la personalidad jurídica pone a disposición de la sociedad una herramienta que probablemente ella misma no utilizará, pero es apta para ser empleada en forma subrogatoria por quienes estén interesados en componer o recomponer el patrimonio social y, sobre todo, en caso de insolvencia podrá ser invocada por el síndico concursal.

En el Informe General, más precisamente en el Capítulo VIII — enumeración de actos susceptibles de revocación en caso de quiebra, según lo dispuesto por los art. 118 y 119 de la LCQ.— el síndico enunciará los actos que hayan sido llevados a cabo por socios y hubieran colocado a la sociedad en situación de infracapitalización, los cuales podrían encuadrarse perfectamente dentro de los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos. Por ejemplo, la devolución de préstamos de socios oportunamente realizados para solventar necesidades de capital de trabajo.

En las S.A. cerradas, en principio y salvo contadas excepciones, no es invocable el desconocimiento por los accionistas del giro empresario o el real desenvolvimiento de los negocios sociales. Difícilmente un accionista de una S.A. cerrada pueda aducir en su defensa ante una imputación fundada en el art. 119 de la LCQ, que las contrataciones con la después fallida fueron llevadas a cabo desconociendo su estado de cesación de pagos.

La opinión del síndico debe ser debidamente fundada toda vez que estaría incursionando en un punto de excepción al principio general de la limitación de responsabilidad tal como se encuentra sustentado por el art. 163 de la LS.