

Los pequeños concursos y el cramdown

Por Pablo F. Nacusi. Asesor letrado del Departamento Jurídico de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de San Juan, Argentina.

Trabajo realizado en el marco de la materia Concursos y Quiebras de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad Católica de Cuyo.

Sumario. A) El cramdown: oportunidad de negocios y salvatajes de empresas. B) Sujetos excluidos: los “pequeños concursos”. C) Régimen vigente. D) Dicotomía de los presupuestos de “pequeño concurso” frente al valor de la marca u otros activos intangibles de la concursada: su valuación. E) Alternativas por la exclusión: transferencia del paquete accionario. Fideicomiso. F) ¿Actos sujetos a autorización del juez?. G) Conclusión. (1)

A) El cramdown: oportunidad de negocios y salvatajes de empresas.

Con fecha 15/05/02 fue restablecida a través de la ley 25.589 la figura del "salvataje" por terceros del art. 48 L.C. y Q -mal llamado "cramdown", incorporado por primera vez con la ley 24.522 y que había sido derogado por la ley 25.563 de Emergencia Productiva y Financiera, como un mecanismo que más allá de ciertas deficiencias técnicas en las cuales se ha puesto más énfasis que en sus virtudes, resulta idóneo para “adquirir” el paquete accionario de empresas en crisis, -en funcionamiento o no de acuerdo a la última reforma del art. 48 LCQ-, factibles de ser saneadas mediante la presentación de un plan de salvataje o de reactivación de la empresa, que hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia lo exigen como un requisito formal más para el cramdown.

Este sistema, que prevé una suerte de “expropiación” tasada de las acciones (a favor del adquirente) tiene llamativas ventajas que no parecen haber sido *aprehendidas* por el mercado y tampoco por el legislador que privó expresamente del mismo a los “pequeños concursos” (cfr. art. 289 L.C.Q.), con el aparente fundamento de la onerosidad del procedimiento, sin dejar que sea el mercado, es decir, los acreedores, el deudor, o un tercero interesado quienes decidan en base al juego de la oferta y de la demanda que es lo que es oneroso, que resulta conveniente y que nó, oportunidad, intereses, etc.

Por empezar, el trámite concursal constituye una "auditoría perfecta" (o casi): el pasivo es solo aquel que se verifica y declara admisible -incluso rige desde hace algún tiempo un plazo de prescripción de dos años para concurrir a verificar, lo cual fuerza a los "dormidos" a exteriorizarse como acreedores. Con tales disposiciones el único pasivo "oculto" posible es aquel que pudiera concurrir hasta la finalización de los dos años y el que se hubiera generado durante el trámite concursal. Sin embargo, en los dos casos, el riesgo está acotado: en el primero porque desde la presentación en concurso preventivo y hasta la conclusión del trámite de "salvataje" se demora más o menos dos años; en el segundo porque la concursada opera con libertad pero bajo la "vigilancia" de la Sindicatura y tiene vedado por ley disponer o gravar bienes registrables o tomar decisiones que exceden el giro ordinario de los negocios.

El pasivo concursal -novado en los términos del concordato celebrado por el tercero con los acreedores- sigue pesando sobre el deudor original (es decir el concursado) y, en modo alguno, sobre el tercero adquirente (este sólo asume el compromiso de pagar el "precio", la "indemnización tasada" a los accionistas). Dicha indemnización bien puede ser cero pesos y se la calcula sobre el "patrimonio neto" reducido en la misma proporción que lo fuera el pasivo concursal. Así, si una empresa tenía, al momento de abrirse el registro de interesados en el salvataje, activos de "10" y pasivos de "6" su patrimonio neto será de "4". Si el tercero negociando con los acreedores obtuviera una quita del 50% la empresa debería abonar "3" y el tercero, a su vez, debería pagar "aquel" patrimonio neto "4" reducido en la mitad, es decir 2. El tema es más complejo porque seguramente se obtendrían quitas y esperas y va de suyo que el costo financiero (dado que al accionista se le paga de inmediato) debe "castigarse" en el precio final que el citado accionista recibe.

Se puede simplificar este esquema diciendo (2), que existen en el procedimiento de salvataje dos etapas perfectamente diferenciadas: la primera es la solución concordataria del pasivo quirografario con los acreedores; la segunda será la negociación con los viejos socios. Para que ésta tenga lugar, la ley prevé todo un sistema que determina una estimación del posible valor del capital social que, si es positivo, debe reducirse (apretado hacia abajo significa etimológicamente. Cramdown). Una vez determinado el capital social, el oferente del cramdown puede: a) Ofrecer pagar el 100% a los socios, caso en el cual la transferencia del capital social es irresistible; b) Ofrecer pagarles un importe menor (cualquiera fuera el porcentaje, sin mínimo alguno). Esto implica formular una propuesta de acuerdo a los viejos socios, considerados ahora como clase.

Si el instituto del salvataje no existiera, la concursada enfrentaría inexorablemente la quiebra liquidativa. En ésta, los socios equivalen a la clase de los más subordinados de los acreedores, ya que sólo cobrarían- fuera y después de la distribución falencial- una cuota de liquidación, mediante el eventual saldo que se devuelve a la deudora cuando previamente se ha desinteresado al 100 % de los créditos preferentes, quirografarios y subordinados, más sus intereses posfalenciales (hipótesis jamás verificada en la realidad de las quiebras liquidadas del pasado)...".

Continuando, el tercero no efectúa depósitos en garantía ni nada similar sino hasta que obtiene las conformidades de los acreedores. Se reitera: la auditoría viene efectuada por el Síndico (tanto sobre los pasivos -art. 35 LC y Q- como sobre la situación de la empresa -art. 39 LC y Q); la inscripción y participación en el trámite no irroga costos; la mayor habilidad negociadora (reduciendo lo que pague la empresa) no beneficia a los ex-accionistas sino al adquirente (que pagará una indemnización menor).

Fácil es advertir que se trata de un interesante sistema de "take over" cuyas complejidades procesales, seguramente han incidido para que no tenga la utilización que correspondería. Ello, porque como se ve, es un procedimiento eficiente que permite la continuidad de una actividad productiva útil, la conservación de las fuentes de trabajo, la contribución fiscal, etc. (3).

B) Sujetos excluidos: los “pequeños concursos”.

Dice al respecto el art. 289 de la LCQ referido al Régimen aplicable a los “Pequeños Concursos y Quiebras” previstos en el Capítulo IV de la Ley: *“En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el art. 11 incs. 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el art. 48 de la presente ley. ... “.* Desde ya, el suscripto comparte la opinión de la doctrina –escasa que ha tratado este tema-, en cuanto no corresponde la exclusión del cramdown a los pequeños concursos, tanto por cuestiones constitucionales como de índole práctica, discriminación ésta que debe calificársela de *“arbitraria y carente de sentido”*.

Pareciera ser que el instituto fue reservado para empresas de cierta magnitud, desconociéndose así la realidad socio jurídica argentina, en donde se recurre a tipos societarios para instrumentar emprendimientos de poca magnitud (4).

Ya los Dres. Ignacio Escuti y Francisco Junyent Bas habían vaticinado cuando formularan su proyecto de ley de pequeño concurso presentado por el Dip. Jorge Gentile al Congreso de la Nación (5), *que la mayoría de los procesos estarán en esta categoría*. Aquí es dable preguntarse el porqué de tamaña exclusión; ¿acaso las pequeñas empresas no merecen ser "salvadas"? Una vez más solo se tuvo en cuenta a las grandes entidades sin observar que, tal vez, no en las grandes regiones industriales o comerciales del país, donde se produce una gran movilización de capitales y bienes; pero si en las economías regionales, son estas pequeñas empresas el motor de la economía y las creadoras de fuentes de trabajo. Ellas se ven trágicamente destinadas a la quiebra si, durante el período de exclusividad fracasa, su propuesta y por ende el concurso preventivo. No se entiende porque no se las ha hecho merecedoras de este sistema, cuando son estas empresas las que muchas veces tienen un giro comercial considerable, más aún que una "gran empresa".

Como se dijo antes, es poca la doctrina que ha demostrado ferviente interés en permitir el acceso al "cramdown" o "salvataje" a los "pequeños concursos de empresas", para evitar declarar la quiebra sólo en nombre de la ley, máxime cuando el encuadramiento en "pequeño concurso" depende de la ocurrencia "en forma indistinta" de cualquiera de las circunstancias, –nada objetivas en relación al real patrimonio del deudor-, enumeradas por el art. 288 de LCQ. Entre esta doctrina que ha criticado la exclusión del cramdown a los "pequeños" concursos encontramos a: Truffat, Edgardo D.: "Aplicabilidad excepcional del sistema de salvataje (LC, art. 48) a un pequeño concurso" - "VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial" - San Martín de los Andes - noviembre/98 - Tomo de ponencias - pág. C.39; Eduardo M. Favier Dubois, "Revista Doctrina Societaria de Errepar" N° 167, Oct. /01; II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, Córdoba 2000; III Congreso Internacional de Garantías Argentina 2004; Marisa Gacio "Propuestas para una reforma del instituto de los pequeños concursos y quiebras", Ed. Astrea 2004; Junyent Bas, Francisco – Chiavassa, Eduardo "El Salvataje de la empresa, el cramdown en la ley N° 25.589", Año 2004.

Hay en cambio prestigiosos autores que defienden la inaplicabilidad del salvataje del art. 48 LCQ a los "pequeños" concursos del art. 289 de la misma ley, manifestando abiertamente que no son posibles de la aplicación del período de salvataje, entre ellos: Rouillon, Adolfo A. N. "Régimen de Concursos y Quiebras", Bs.As. Ed. Astrea, 1998, 8° ed., p. 353, aún cuando la concursada sea una persona jurídica de alguno de los tipos

mencionados en el art. 48 L.C; ídem Barbieri, Pablo C. “Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522” Ed. Universidad, 1995, p. 496.

Finalmente, hay juristas que en sus obras de LCQ comentadas nada dicen al respecto: Rivera – Roitman – Vítolo “Ley de Concursos y Quiebras”, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2000; como otros que en publicaciones especiales omiten referencia alguna: Guillermo G. Mosso “El camdown y otras novedades concursales”, Ed. Rubinzal-Culzoni; Daniel Roque Vítolo “El nuevo régimen de salvataje de empresas en concurso preventivo (art. 48 de la ley 24.522)”, Rev. Der. Privado y Com., Concursos y Quiebras – I, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Nadie duda hoy en día acerca de las ventajas del procedimiento establecido por el art. 48 de la LCQ como mecanismo de salvataje de empresas y como oportunidad de negocios, inspirado en el principio rector en la materia de la continuidad de la empresa, sin que se proceda a su necesaria liquidación como consecuencia de la declaración falencial.

En el horizonte de la Jurisprudencia se cuenta con un fallo que a tachado de *“inconstitucional la norma impeditiva del art. 289 de LCQ.”* (Tercer Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de Mendoza, que admitió el período de salvataje en el pequeño concurso de "Aguaray SRL s/concurso preventivo"). Hay otros que sin llegar a tal excepcional vía, han habilitado el mecanismo del salvataje a los “pequeños” concursos señalando: *“si la exclusión de los rigores del art. 48 L.C. es un beneficio que se ha instaurado a favor de los pequeños concursos se debe dar por sentado que es renunciable, mediando las debidas mayorías de la asamblea extraordinaria”* (Nueva Unión Díaz y Alacid SRL s/ Concurso Preventivo”, Juz. Civ. Y Com., Nº1 Azul: Rocha Campos A., 5/8/97); o luego de *“recalificar” el concurso como gran concurso* (Correo Argentino S.A. s/inc. de apelación por la no aplicación del Cramdown, C.N.Com., Sala B, 27/10/04); o *“por considerar que las empresas tenían un importante activo intangible”* (C.N.Com. Sala C, “Automundo S.A.” del 9/9/03, y C.N.Com. Sala E “Canga S.A.” del 5/8/98). Como se ve, mediando declaración de inconstitucionalidad o no, los fallos citados convergen en una solución que nos parece aleccionadora "de lege ferenda".

Por otro lado, hay fallos que directamente han rechazado el planteo de inconstitucionalidad de la norma impeditiva del art. 289 LCQ, (**Cámara de Apelaciones en lo C y C –Sala Primera - MAR DEL PLATA, EXPTE. Nº139.533, JUZG.CIV.COM.Nº 13, 15/5/08, Autos “ROBERTO MILIFFI Y CIA SA S/**

CONCURSO PREVENTIVO (POR CONVERSION)”, como otros que han impedido el acceso al salvataje diciendo que: *“Si la propia fallida petitionó el régimen establecido para los pequeños concursos preventivos o quiebras (art. 288, ley 24.522), no puede reclamar el sistema de **salvataje** por terceros (art. 48, ley cit.) que resulta ajeno a aquel procedimiento”*. SCBA, Ac 74034 S 20-9-00, “Angel V. García e hijos S.A.; García Angel; Iturgoyen, María E. s/ Concurso preventivo (hoy quiebra)”. DJBA 159, 191. MAG. VOTANTES: Negri-Laborde-de Lázari-Pisano-Hitters.

En síntesis, por más que juristas de la talla de Pablo D. Heredia (“El salvataje empresario en el concurso preventivo (art. 48, LCQ, según la reforma introducida por la ley 25.589)”), digan que la limitación impuesta por el art. 289 LCQ a los pequeños concursos comporta una "discriminación carente de sentido", que un tribunal la haya declarado inconstitucional, y que según un precedente tendría carácter renunciable ya que no afecta el orden público, por lo que el proceso del art. 48 puede admitirse en casos de pequeños concursos, condicionado a la ratificación de los socios en asamblea extraordinaria con la mayoría necesaria para los supuestos especiales del art. 244, in fine, de la ley 19.550 y aunque también se haya postulado directamente obviar la limitación del art. 289 LCQ, en los supuestos de empresas viables y socialmente útiles, pues de lo contrario se declararía una quiebra en el sólo interés de la ley, forzosamente debemos concluir que no hay seguridad jurídica sobre este tema.

En opinión del suscripto no debieran quedar dudas acerca de la inconstitucionalidad del art. 289 LQC., por resultar una norma violatoria de derechos y garantías de neto rango constitucional como los de igualdad (art. 16 Const. Nac.), propiedad (art. 18 de la Const. Nac), debido proceso (art. 33 de la Const. Prov. y 18 de la Const. Nac.) desde que dejaría de aplicarse el principio rector arriba mencionado (continuidad de la empresa cesada en pagos como fuente de trabajo y de recursos), lo que constituiría arbitrariedad lesiva del derecho de defensa en juicio de la misma ante tal negación del “salvataje” previsto por el art. 48 de LCQ. Ello, por que tal remedio o vacuna es permitido para los medianos y grandes concursos pero no para los “pequeños” concursos, “generalmente empresas de familia y pymes” (6), valoradas positivamente desde el punto de vista económico-social, reconociendo su aporte a la creación de la riqueza y su contribución a la formación del producto bruto interno (7) y cuya prioridad se pregona con mucha retórica por todos lados pero que a la hora de la verdad no se las inmuniza ni previene de los efectos de la quiebra indirecta por falta de presentación de la propuesta (art. 43 LCQ), de las conformidades de sus acreedores o no obtención de

las mayorías necesarias para su aprobación (art. 46 LCQ), o cuando el acuerdo no fuera judicialmente homologado o prosperara alguna impugnación al mismo (art. 51 LCQ).

Obviamente, la referencia que aquí se hace a “pequeños concursos” pregonando su “entrada” excepcional al régimen del art. 48 LCQ, no comprende las quiebras de escaso activo, donde la liquidación insume los bienes de la masa; nada queda para los acreedores, y eso cuando no debe clausurarse el procedimiento por insuficiencia del activo, dado que un concurso en tales condiciones a nadie beneficia.

C) Régimen vigente.

Como antecedentes legislativos nacionales, la ley 11719 de quiebras, del año 1933, incluyó en el Título XXIII, un régimen especial denominado "De las pequeñas quiebras" (arts. 201 a 208), destinado a los comerciantes cuyo pasivo no excediera de \$ 5.000, aunque no se encontraran matriculados. Este procedimiento incluía obligatoriamente, como trámite preliminar, un "concordato preventivo", ya sea que el juicio se iniciara a pedido del deudor o de alguno de los acreedores. *El Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940 aprobó algunas bases para la reforma de la ley 11719, entre ellas la de establecer la limitación del activo, y no del pasivo, como causa determinante del procedimiento en las pequeñas quiebras.* La ley 19551 suprimió el régimen de las pequeñas quiebras, y tan sólo asomaba una distinción entre distintas categorías de concursos en el artículo 277, referido a la sindicatura de las personas no comerciantes que no desarrollan su actividad en forma de empresa económica.

La ley 24.522: El proyecto de reformas a la ley concursal, redactado por una comisión especial designada por el Ministerio de Justicia de la Nación, contenía siete artículos (del art. 310-1 al art. 310-7) relativos al "pequeño concurso", tema que, sin embargo, no fue incluido en el texto elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación. Tomaba como base conjunta de distinción el valor de realización estimado del activo (no superior a \$ 300.000), y la cantidad de dependientes del deudor (no más de 20). Los integrantes de la nueva comisión designada por el Poder Ejecutivo, doctores Daniel R. Vítolo, y Julio Rivera, sugirieron al Honorable Senado de la Nación la incorporación de un capítulo específico que tratara con cierta diferencia a los pequeños concursos y quiebras. En el proyecto definitivo se incluyeron los actuales artículos 288 y 289, cuya fundamentación estuvo a cargo de los senadores Cendoya y Aguirre Lanari y de los diputados Arias y Fragoso. El texto definitivo de la ley 24522 incluye en el Capítulo IV,

Título IV, bajo el epígrafe "De los pequeños concursos y quiebras", los artículos 288 y 289, con la finalidad de regular esta materia de un modo particular.

Concursos comprendidos (8). Para determinar cuáles son los concursos y quiebras susceptibles de este régimen supuestamente "diferencial", la ley utiliza criterios alternativos, pues incluye aquellos en los que se presenten en forma indistinta cualquiera de las siguientes circunstancias:

* *Que el pasivo denunciado no alcance la suma de \$ 100.000:* como se ve, no se tiene en cuenta la cuantía del patrimonio del deudor, sino el monto de sus deudas. Esto puede dar lugar a que una empresa mediana, o aun grande, pero escasamente endeudada, quede incluida en disposiciones que apuntan a sujetos de una dimensión menor. O también a preordenar el requisito, pagando a algunos acreedores para reducir el pasivo, ya que la ineficacia de tales pagos sólo podría declararse si sobreviene la quiebra.

* *Que el pasivo no presente más de 20 acreedores quirografarios:* como variable independiente de los demás requisitos, merece la misma objeción del caso anterior, pues puede dar lugar a una maniobra previa al concurso.

* *Que el deudor no posea más de 20 trabajadores en relación de dependencia:* también esta pauta es objetable, en cuanto permite al deudor predisponerlo, mediante el despido de trabajadores, a reducir su número al límite legal.

En verdad, tales objeciones pierden importancia práctica, ya que las ventajas que supone el acceso al régimen especial son en los hechos inexistentes, pues, como lo reconociera el senador Aguirre Lanari "*la diferencia de tratamiento es de escasa significación y la diferencia es tan tenue que queda reducida a nada*" o como lo señaló el doctor Maffia con su estilo literario característico, es "*un procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial*" (9).

Por consiguiente, es poco probable que alguien especule con encuadrarse en los supuestos especiales por el solo interés de ahorrarse un dictamen contable, o por quedar fuera de las posibilidades del "cramdown". Como se trata de variables independientes una de las otras, y no conjuntas, la mayor parte de los concursos tramitan por el régimen especial, de modo que la finalidad de la ley, en la práctica judicial, queda desvirtuada,

ya que lo que debe ser un procedimiento de excepción, el "pequeño concurso", se convierte en regla general (10).

D) Dicotomía de los presupuestos de “pequeño concurso” frente al valor de la marca u otros activos intangibles de la concursada: su valuación.

Como se viera arriba, la Ley 24.522 deja de lado la delimitación del activo y centra la atención en el pasivo del sujeto fallido para encuadrarlo como “pequeño concurso”, ante la ocurrencia “en forma indistinta” de cualquiera de las hipótesis enumeradas por el art. 288 de la LCQ. De este modo, no sería extraño ver una empresa valiosa desde el punto de vista económico y social, con importantes activos que quizás no fácilmente liquidables ni aptos para afrontar las obligaciones corrientes, entrada en cesación de pagos y presentada en concurso, se la calificara como “pequeño concurso” vedándosele el acceso a las normas del salvataje del art. 48 LCQ.

De allí que fuera propiciado un intento reformador elaborado por la Comisión del Ministerio de Justicia de la Nación, creada por resolución 89/97, que en materia de pequeños concursos, el proyecto retoma en parte el régimen de la Comisión de 1995. Adopta como parámetros selectivos del pequeño concurso dos *requisitos conjuntos*: un valor de realización estimado del *activo* que no sea superior a *trescientos mil pesos*, cuyo titular no tenga más de *veinte dependientes*. Este criterio de la reforma –no llevada a cabo- fue considerado acertado por la doctrina, si lo que se busca es atender a la *dimensión* de la empresa, y se presta, de paso, para incluir en la categoría a los deudores individuales, no comerciantes ni empresarios, artesanos, empleados, productores agropecuarios, y otros sujetos en situación análoga, cuya actual ubicación puede dar lugar a interpretaciones dudosas y aun encontradas.

La valoración de la empresa desde la óptica del art. 288 LCQ, puede llevar a situaciones disvaliosas, en este caso, negándosele el régimen del art. 48 LCQ, si no se computan en el valor del activo los bienes intangibles que pueden no surgir de la contabilidad, y mucho menos, del monto del pasivo denunciado, de la cantidad de acreedores quirografarios o cantidad de empleados. Del mismo modo, la valoración de la empresa según lo dispuesto por el art. 48 LC. puede dar lugar a situaciones confiscatorias si no

se computan en el valor del activo dichos bienes intangibles que pueden no surgir de la contabilidad (11), cuanto más se agrega, cuando la resolución del Juez que fija el valor de las acciones de la concursada es inapelable (cfr. art. 48, inc. 3, apart. “c” in fine).-

En efecto, puede suceder que una empresa de esas características contenga importantes activos intangibles, como marcas, posición, prestigio, clientela, fórmulas, etc., merecedora por su inserción en la sociedad del mentado principio rector de la “continuidad de la empresa”, (Ejem: una fábrica de chocolates, o de alfajores, un aserradero, frigorífico, etc.) y que por aplicación de los arts. 288 y 289 LCQ quede afuera de la posibilidad del salvataje del art. 48 LCQ.

CRITERIOS DE VALUACION DE ACTIVOS INTANGIBLES. SU PROBLEMÁTICA (12)

Definiciones:

I) CONTABLE (INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD)

“Aquellos bienes sin sustancia física que pueden ser identificados, controlados y distinguibles del valor llave de una empresa. Deben reunir dos condiciones:

a) la posibilidad de generar beneficios futuros b) posibilidad de medición de su costo.

II) FACPCE - R.T. N° 19 (NO TAXATIVO)

“Son aquellos representativos de franquicias, privilegios u otros similares, incluyendo los anticipos por su adquisición, que no son bienes tangibles ni derechos contra terceros, y que expresan un valor cuya existencia depende de la posibilidad futura de producir ingresos”.

III) Norma Internacional de Contabilidad N° 38.

“Un activo intangible es un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física, que se posee para ser utilizado en la producción o suministro de bienes y servicios, para ser arrendado a terceros o para funciones relacionadas con la administración de la entidad.” (Normas Internacionales de Contabilidad de la International Accounting Standards Committee

Características:

- **Inmaterialidad:** Si bien esta característica es real, no suficiente para definirlos ya que también carecen de sustancia corpórea los activos financieros.

- **No siempre se pueden asignar a un elemento específico:** A veces surgen como una diferencia que completa el valor en conjunto del ente.
- **Sus mediciones tienen una alta carga de subjetividad:** No se encuentran procedimientos adecuados de medición objetiva (excepto intangibles adquiridos), su medición representa el costo de adquisición y no el valor real.
- **Legalidad:** a) Con protección y regulación legal (marcas, patentes, derecho de autor). b) Sujetos a relaciones contractuales (franquicias, licencias). c) Sin vinculaciones legales (formulas secretas, *know how*).
- **Duración:** a) Limitada (marcas, patentes, concesiones). b) Indefinida (formulas secretas, sistemas internos).
- **Transferibilidad:** Algunos se pueden transferir individualmente y otros no.
- **Permiten simultaneidad de uso.**

Contabilidad

Es una disciplina técnica que trata la composición y evolución del patrimonio de un ente... Opera a partir del procesamiento de datos, produciendo información expresada principalmente en moneda para la toma de decisiones de administradores y terceros interesados, para vigilar los recursos y obligaciones del ente.

Exposición contable

Estado de Situación Patrimonial (Balance General)

ESTADOS CONTABLES BASICOS

Estado de Evolución del Patrimonio Neto

Estado de Resultados

Estado de Flujo de Efectivo

NOTAS Y ANEXOS (*Información Complementaria*) **FACPCE RT 8:** “...debe contener todos los datos, siendo necesario para la adecuada comprensión de la situación patrimonial y de los resultados del ente, NO se encuentren expuestos en el cuerpo de dichos estados”.

Consideramos acertado describir notas (sin la necesidad de determinar cifras monetarias), de aquellos hechos considerados significativos para una correcta toma de decisiones. Aquí debería incluirse la información sobre intangibles de generación interna.

INFORME DE AUDITORIA

Reconocimiento contable de intangibles

RT N° 17: Los intangibles se reconocerán como activos cuando:

a) Pueda demostrarse su capacidad para generar beneficios económicos futuros; (sobre hipótesis razonables y fundadas)

b) Su costo pueda determinarse sobre bases confiables;

(En caso de activos adquiridos, el costo es el valor de adquisición. Si se trata de un activo adquirido en forma gratuita debería incorporarse por su valor corriente. El costo de un activo generado internamente comprende todos los gastos de crear, producir y preparar el activo para el uso al que va destinado, siempre que puedan serle atribuidos directamente, así como los que puedan distribuirse al mismo con criterios razonables y consistentes)

- **No se trate de:**

- Costos de investigaciones efectuadas para obtener nuevos conocimientos científicos y técnicos o inteligencia; (Busca evitar la activación de gastos sobre los cuales no hay certeza de que generarán ingresos)

- Costos erogados en el desarrollo interno del valor llave, marcas (designaciones), listas de clientes y otros que, en sustancia, no puedan ser distinguidos del costo de desarrollar un negocio tomado en su conjunto. (La identificabilidad es uno de los requisitos establecidos por la NIC 38 para el reconocimiento de un intangible y el texto de la RT N° 17 tiene entre sus razones, lograr una armonía con las NIC. Existe otra limitación dada por la dificultad de asignarles valor de una manera confiable.)

- Costos de publicidad, promoción y reubicación o reorganización de una empresa. (En ese caso, se considera razonable que no se activen las campañas de mantenimiento de la demanda y publicidad institucional. Con respecto a la de lanzamiento de nuevos productos, si están vinculados con una actividad nueva, podría considerarse parte de los costos preoperativos.)

- Costos de entrenamiento (excepto aquellos que por sus características deben activarse en gastos preoperativos). (Se busca evitar la activación de tales gastos ya que no hay seguridad de que el personal en cuestión permanezca dentro de la empresa.)

- **En tanto se cumplan las condiciones indicadas en a) y b), podrán reconocerse como activos intangibles:**

- los costos de organización; (para lograr la constitución de un nuevo ente y darle existencia legal).

- los costos preoperativos (costos que un nuevo ente o un ente existente deban incurrir en forma previa al inicio de una nueva actividad), siempre que: a) sean costos directos e incrementales atribuibles a la nueva actividad; b) no corresponda su inclusión dentro del costo de los bienes de uso.

Medición contable de intangibles

R.T N° 17 establece que la medición contable se efectuará al costo original menos la depreciación acumulada.

Algunos intangibles sufren *depreciaciones* a lo largo de su vida útil.

Pautas a tener en cuenta para el cómputo de depreciaciones:

- su costo;
- su naturaleza y forma de explotación;
- la fecha de comienzo de su utilización o la que evidencie su pérdida de valor, que es el momento a partir del cual deben computarse depreciaciones;
- si existen evidencias de pérdida de valor anteriores a su utilización, caso en el cual debe reconocérselas:
 - la capacidad de servicio estimada del bien, dada por:
 - las unidades de producción a ser obtenidas empleando el activo; o
 - el período durante el cual se espera utilizarlo
 - la existencia de algún plazo legal para la utilización del bien, que marcará el límite de su capacidad de servicio, excepto cuando el plazo fuera renovable y la renovación fuese virtualmente cierta;
 - el valor neto de realización final estimado del bien, que sólo se considerará cuando:
 - un tercero se haya comprometido a adquirir el bien a la finalización de su vida útil; o
 - pueda fijárselo por referencia a precios de un mercado activo y transparente para el tipo de bien y sea probable que ese mercado siga existiendo a la finalización de la vida útil del bien;
- la capacidad de servicio ya utilizada

BIEN	COSTO	DEPRECIACION
-------------	--------------	---------------------

<i>Marcas</i>	Integrado por: Gastos legales y de inscripción, dibujos, diseños a su precio de adquisición.	Inscripción s/ límite de tiempo o renovable: no debería depreciarse. RT limita su vida a 20 años salvo prueba en contrario.
<i>Patentes</i>	Gastos de investigación y desarrollo necesarios para lograr el descubrimiento, fórmula, etc. más gastos de inscripción	Distribuir su costo entre las unidades que se espera producir antes de su reemplazo u obsolescencia. Límite máximo = Plazo de protección legal (20 años).
<i>Concesiones y franquicias</i>	Suma fija que se pagó al propietario más gastos legales y otros que se hubieran generado para la obtención de la concesión	Depreciarlos dentro del plazo de su vida legal, salvo que se presuma un menor plazo de utilidad económica. Si a causa de la explotación se efectúan desembolsos periódicos, estos constituyen resultados del periodo.
<i>Derechos de edición</i>	Suma que se pagó al propietario más gastos legales y otros necesarios para la obtención del permiso	S/ el tipo de contrato. Si es un importe fijo por edición, el mismo se distribuirá entre las unidades editadas. Si es por unidades vendidas, cada unidad vendida absorberá su porción de la depreciación
<i>Derechos de autor</i>	Valor de adquisición más gastos legales y de inscripción	Se computa sobre la base de ejemplares que se espera producir y vender. Si hay dudas, con respecto a las posibles reediciones, debe depreciarse todos los derechos de autor entre el número de ejemplares que integra la primera edición
<i>Licencias de uso</i>	Valor de adquisición más gastos vinculados	Depreciar en su plazo de vida útil, teniendo en cuenta como máximo, el plazo del permiso.
<i>Investigación y desarrollo</i>	Todos los costos incurridos durante la investigación y desarrollo	No se deprecian pero deben darse de baja los costos de investigaciones y desarrollos con poca probabilidad de éxito.
<i>Gastos de organización y</i>	Costos incurridos durante la	Plazo máximo establecido

<i>preoperativos</i>	organización, reorganización y preoperativos.	en la RT 17: 5 años
<i>Campañas publicitarias</i>	Costos de diseño y ejecución de la campaña	Depreciar la mayor proporción en el o los períodos que se espera mayores ventas.

Unificación de normas contables

- En agosto de 2004 se alcanzó un acuerdo entre CPCECABA y la FACPCE que concluyó en una serie de modificaciones a incorporar a las RT (de la 16 a la 21, en las que el Consejo porteño se encontraba apartado del resto de los consejos del país).
- En consecuencia, los matriculados de todo el territorio nacional podrán aplicar las mismas normas en el ejercicio de su profesión sin los inconvenientes derivados del tema jurisdiccional.
- Esta resolución se aplicará para los ejercicios (completos o períodos intermedios) que se inicien a partir del 1° de enero de 2006, admitiéndose también su aplicación anticipada.
- *La propuesta incluye los siguientes puntos:*
- Se admite la posibilidad de tener intangibles y llave de negocio con vida útil indefinida.
- Si el activo intangible o la llave de negocio tiene vida útil indefinida, debe compararse con su valor recuperable en cada cierre de ejercicio. (Precio de venta menos todos costos necesarios para la venta)
- Un Activo Intangible con vida útil indefinida no debe amortizarse (ej: *marcas*)
- La vida útil indefinida debe ser revisada en cada cierre de ejercicio, para determinar que los eventos y circunstancias que soportan tal situación continúan para ese activo.
- Si no es así, el cambio de vida útil indefinida a vida útil definida debe ser tratado como un cambio en una estimación contable.

Consideraciones

Es importante aclarar que el Patrimonio Neto de una Empresa, NO representa su valor de venta, dado que:

Hay activos que por no ser objetivamente medibles, no se contabilizan. (Valor llave autogenerado).

No todos los elementos de los E.C. se valúan a valores netos de realización.(Diferencia entre el precio de venta y los costos adicionales directos que se generarán hasta su comercialización inclusive). (Algunos Intangibles *Costo – depreciaciones acumuladas*).

Los E.C. tienen otros fines que medir el valor de la empresa. (Brindar información sobre la situación y evolución patrimonial, causas del resultado, evolución financiera, proyecciones para inversores y acreedores)

El valor de la empresa puede reflejarse en un BALANCE ESPECIAL (interés de venta de la empresa, fusión)

La determinación del valor de la empresa exige definir la capacidad de generar beneficios futuros (*empresa en marcha*), merituando contingencias.

En aquellas empresas que trabajen con bienes intangibles, el valor llave, las marcas, patentes, adquieren relevancia fundamental para determinar ese valor.

Los E.C. de ejercicio no siempre expresan adecuadamente estos aspectos (valor llave autogenerada, no se consigna en los E.C.).

Toda negociación de venta de una empresa se encuentra cargada de un alto grado de subjetividad, pero la base de la negociación puede ser el BALANCE ESPECIAL preparado al efecto.

El Patrimonio Neto Negativo de una empresa, NO es un elemento suficiente para evidenciar problemas en la misma.

SITUACION ECONOMICA: Capacidad de generar beneficios futuros.

SITUACION FINANCIERA: Capacidad de cumplir con las obligaciones contraídas. (Buena Situación Financiera: Activos realizables a corto plazo capaces de cancelar los pasivos de largo plazo). *Ej: Empresas Software, capacitación del personal Patrimonio Neto Negativo, al cierre del ejercicio.*

E) Alternativas por la exclusión: transferencia del paquete accionario. Fideicomiso.

Como vimos supra (punto “C” Régimen Vigente), está vedado “al pequeño concurso” por el art. 289 LCQ el acceso al salvataje del art. 48 del mismo cuerpo legal. Puede suceder también que, logrando se le abran las puertas para el cramdown invocando los antecedentes jurisprudenciales mencionados (punto “B” Sujetos excluidos: Pequeños Concursos), la valoración de la empresa según lo dispuesto por el art. 48 LC. pueda dar

lugar a situaciones confiscatorias si no se computan en el valor del activo los bienes intangibles de la concursada que pueden no surgir de la contabilidad, cuanto más cuando la resolución del Juez que fija el valor de las acciones de la concursada es inapelable (cfr. art. 48, inc. 3, apart. “c” in fine).

No se puede pasar por alto que más las dificultades económicas que debe afrontar el sujeto en concurso (cierre de las fuentes crediticias, desconfianza, dificultades de adquisición de materias primas, imposibilidad de constituir garantías, etc), agravadas también por las dificultades económicas generales y los problemas del empresario (avales personales, garantía de bienes personales, etc.), no otorga la LCQ al “pequeño concurso” las garantías suficientes que hagan realidad la directriz de “la continuidad de la empresa”, por verse impedido del salvataje del art. 48, o simplemente, logrando abrir las puertas del mismo, no le resulte conveniente por la no valoración de la empresa en su conjunto que incluya los bienes intangibles. Entonces, qué hacer, amén de la variada gama de alternativas que ofrece al deudor concursado el art. 43 LCQ, (13):

Transferencia del paquete accionario

En este supuesto, la venta de la empresa a terceros anteponiéndose el concursado al tamiz del art. 48 LCQ o a la eventual quiebra indirecta, haciéndose cargo aquel de los problemas –pasivo verificado- del juicio, efectuando aportes al proyecto para continuar las actividades de la empresa, pareciera ser para ambas un buen negocio. Normalmente en estos contratos, - operación que realizan los socios sobre las acciones que poseen en la concursada y cuya celebración no importa violación de normativa legal alguna-, no se determina el valor de la acción para fijar el precio del paquete que se transfiere, porque esto no interesa, lo que importa es el valor del activo y que de su relación con la inversión que deba realizar el adquirente resulte diferencia a su favor. Por ello, el valor será generalmente simbólico, porque lo que se tiene en miras al contratar es que la contraprestación a cargo del adquirente sea pagar el pasivo mediante la propuesta que le convenga y eventualmente resolver la situación personal del empresario.

Fideicomiso

Como una forma de propuesta (art. 43 LCQ), es decir, como un medio o instrumento dentro del proceso concursal (14), atento la ductibilidad, seguridad y agilidad de dicha figura, transmitiéndose a título fiduciario a un tercero del patrimonio concursado, que constituya una suerte de patrimonio autogestante e ir cancelando las deudas verificadas con el producido del fideicomiso, donde el fiduciante es el concursado, el fiduciario puede ser un banco o hasta el mismo síndico, beneficiarios los acreedores y

fideicomisario del remanente resulte el mismo fiduciante. En opinión del suscripto, el Juez a la hora de homologar tal propuesta se encontraría con el obstáculo del art. 16 de la ley 24441, que impide al patrimonio fideicomitado quebrar con toda la problemática que implica su liquidación, sabido es que la apertura de cualquier concurso implica una eventual quiebra indirecta. En tal supuesto, se requerirá una labor sumamente pretoriana y activa del juez haciendo jugar un mix de normas liquidatorias entre la LCQ, la L.S. y la ley 24.441.

F) ¿Actos sujetos a autorización del juez?.

Obviamente, si la transferencia del paquete accionario o del patrimonio concursado en fideicomiso es total e involucra transferir también el fondo de comercio y el poder de mando de la concursada, en virtud del principio rector de la “continuidad de la empresa” y no siéndole indiferente a los acreedores “quién” dará cumplimiento al concordato, se deberá requerir autorización al juez (García Martínez; Foiguel Lopez, Héctor) para la celebración de estos actos, que si bien no son actos prohibidos para la concursada quien conserva la administración “controlada” de su negocio, escapan a los actos de administración y giro ordinario. Seguramente el Juez requerirá la constitución de garantías al adquirente que permitan dar seguridad al cumplimiento del plan de negocios propuesto y al concordato, como avales, seguros, régimen de control, etc). Entonces, será muy probable que estos contratos se celebren bajo condición suspensiva que el Juez los apruebe y dé homologación al concordato, como también bajo condición resolutoria que no se decrete la quiebra.

G) Conclusión.

Considero que como Abogados asesores de empresas y operadores del derecho, debemos saber que:

Hasta tanto no se tome la decisión política de hacer una reforma parcial, correctiva, o establecer un régimen totalmente diferente para el “pequeño concurso”, (generalmente pymes y empresas familiares), existen alternativas para salvar su exclusión del salvataje del art. 48 LCQ, para evitarle caer en quiebra indirecta en el sólo nombre de la ley, o abiertas las puertas de aquél, un desapoderamiento confiscatorio por la no valuación de sus activos intangibles generalmente no reflejados en la contabilidad, adelantándose a los posibles sucesos y para dar satisfacción de una necesidad del tráfico mercantil, para lo cual, muchas veces, la norma legal es insuficiente o específicamente no existe.

Que las hipótesis “indistintas” enunciadas como “númerus clausus” por el art. 288 para encuadrar un “pequeño concurso”, no son suficientes para revelar el activo y en consecuencia el patrimonio del sujeto.

Existen métodos de valuación de intangibles, pero ninguno es totalmente objetivo. El obstáculo principal para su reconocimiento se relaciona con su medición, la subjetividad sobre cualquier valor determinado. En consecuencia, se ha optado por el NO reconocimiento de estos activos, excepto en ciertos casos donde existe propiedad legal (marcas, patentes, etc.) o cuando han sido adquiridos y se ha desembolsado una suma por ellos (llave de negocio).

Tener en cuenta que los estados contables no son suficientes al momento de valuar empresas para la venta, pero si son necesarios puesto que lo que importa al adquirente es que el valor del activo sea mayor al del pasivo y que de su relación con la inversión que deba realizar, -pagar el pasivo mediante la propuesta que le convenga y eventualmente resolver la situación personal del empresario-, resulte una diferencia a su favor. Para aproximarse al valor de una empresa, se requiere además de un acabado conocimiento del sector en el que se interviene, disponer de información suficiente y cierta, que permita determinar el real valor de mercado.

Cuanto más rápida sea la actividad del jurista, anticipándose a consecuencias no queridas, más seguridad y equilibrio se obtendrá.

(1) A modo de advertencia, se debe saber que el presente es un breve enfoque y presentación de distintos cuadros e hipótesis que pueden presentarse alrededor del Cramdown expresamente vedado a los “pequeños concursos”, como así mismo, de algunas posibles alternativas que pueden analizarse frente a tal impedimento o su no conveniencia si se consiguiera abrir las puertas del mismo, sin que con ello se pretenda agotar el tema.-

(2) cfr. procedimiento del “cramdown” presentado en la Cátedra de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho de Mar del Plata, sdo. semestre 1998 por M. Belén Kelly; Marcela Lhomme y Mariano Pan.

(3) cfr. síntesis de la exposición llevada a cabo entre el estudio Ymaz Abogados y el estudio Rodríguez Córdoba, Lose & Asociados, el día 19 de noviembre de 1.998, a raíz de la regulación del crandown en la LCQ.

(4) Butty, Enrique M. “Cramdown, doctrina de la empresa y sus elementos, y negocio indirecto legal”. Cuadernos de la Universidad Austral: Derecho Empresario Actual-1, Bs. As. Ed. Desalma, 1996, p. 233

(5) Publicado en el Diario de Sesiones, trámite parlamentario N°49 del 12-7-91, ps. 1828 a 1833.

(6) Hector J. Foiguel Lopez, “A propósito del proyecto de creación de una corporación de fomento para las pequeñas y medianas empresas”, en LL, 152-1973. Dice allí con acierto dicho autor que “*las Pymes*

sufren mas fuertemente las consecuencias de las dificultades económicas generales porque suelen no estar preparadas para soportarlas y suele no hacerse mucho para prepararlas ... este tipo de empresas son legítimamente nacionales, necesarias e indispensables, valiosas, conocerlas es conocer en cierto modo la intimidad industrial del país.

(7) Favier-Dubois, Eduardo M.: "Sociedades de garantía recíproca" - Nº 163 - junio/01

(8) Eduardo M. Favier Dubois "Pequeños concursos, ¿regla o excepción?", Errepar 10/01.

(9) Maffía, Osvaldo J.: "Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos" - ED - T. 165 - pág. 1226.

(10) Eduardo M. Favier Dubois "Pequeños concursos, ¿regla o excepción?", Errepar 10/01.

(11) Biagosch, Facundo A. "la llamada transferencia forzosa de la nueva ley de concursos y quiebras. Reflexiones acerca de su constitucionalidad". Bs. As. Ed. Ad-Hoc. III Congreso Argentino de Derecho Concursal, 1997. T.I. p. 665.

(12) cfr. Manini, Sebastián, Abogado-Agente de la Propiedad Intelectual, "Criterios de Valuación de Activos Intangibles", presentado en examen integrador de Maestría en Der. Empresario. (E.A.D., E.N. y U.C.C. 2006).

(13) Cfr. art. 43 LCQ: las propuesta pueden consistir en: quita, espera, entrega de bienes a los acreedores, constitución de sociedad con los acreedores, reorganización de la sociedad deudora, administración en todo o en parte de los bienes en interés de los acreedores, emisión de obligaciones negociables, emisión de bonos convertibles en acciones, constitución de garantías sobre bienes de terceros, cesión de acciones de otras sociedades, capitalización de créditos (incluso laborales), "o en cualquier otro acuerdo".

(14) Carlos A. Molina Sandoval "El fideicomiso contractual en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. El. Abaco, Bs.As. 2004.

(15) García Martínez, Roberto "Der. Concursal", Bs. As. Ed. Abeledo-Perrot 1997, p. 98; Foiguel Lopez, Hector J. "Transferencia de paquete accionario y concurso preventivo". E.D T.85, P. 891.