

Los préstamos de los socios ante la empresa en crisis

Sebastián Virgili

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El estudio del financiamiento empresarial no suele ser abordado desde la óptica del derecho concursal. En esta oportunidad, me propongo analizar algunos aspectos controvertidos relacionados a los llamados préstamos internos que realizan los socios a las sociedades en las que son parte, en particular cuando estas sociedades enfrentan una situación de crisis empresarial que deriva en la quiebra del ente, para de esta manera debatir su tratamiento frente al concurso de cara a la anomia predominante en la materia, principalmente en la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, la “LCQ”) y la Ley General de Sociedades (en adelante, la “LGS”).

II. Planteo del problema [\[arriba\]](#)

La fuente principal de financiamiento e inyección de fondos a la empresa ha sido históricamente la de sus propios socios, a través del correspondiente aumento de capital social suscrito e integrado por aquellos socios que deciden adherir al mismo y ejercer su derecho de acrecer, en su caso. En caso de falta de financiamiento interno las empresas recurren al financiamiento de terceros, en sus distintas modalidades.

Sin embargo, aquella no es la única vía por la cual en la práctica los socios ingresan fondos a la compañía. Existe una alternativa intermedia entre el financiamiento interno y externo, muy común en las sociedades cerradas o de familia, cuando la urgencia de los negocios, la necesidad de liquidez inmediata, la renuencia de algunos socios a aprobar los aumentos de capital y las dificultades de acceder al crédito, llevan a la sociedad a recurrir a otras vías para continuar con su actividad.

Me refiero principalmente a los préstamos de los socios a la sociedad o los llamados aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital. En el primer caso no podemos sostener que se trate de un verdadero financiamiento interno, sino que los socios, actuando como terceros frente a la sociedad, se convierten en mutuantes y por ende acreedores de la sociedad. En el segundo caso, en principio podría sostenerse que se trata de un verdadero aporte de capital por parte de los socios, pero la práctica ha demostrado que en numerosas ocasiones los futuros aumentos de capital nunca llegan, y la situación del socio pasa a ser más similar a la del préstamo del accionista mencionado en primera instancia.

Ahora bien, ¿qué pasa con tales préstamos o aportes cuando los negocios no prosperan y las empresas atraviesan una situación de crisis e insolvencia, que deriva en un concurso preventivo o una quiebra? ¿Cuál es la situación de los socios prestamistas o aportantes frente a los procesos reorganizativos o liquidatorios? ¿Tienen derecho a perseguir el cobro de su crédito? ¿Con qué carácter?

Como respuesta a tales interrogantes se ha debatido en la doctrina cuáles son los alcances de tales créditos, principalmente ante la quiebra, donde los bienes a repartir suelen ser tan escasos que no llegan a cubrir la totalidad de pasivo concursal. La jurisprudencia en la mayoría de los casos ha decidido por desplazarlos en preferencia de otros, admitiéndolos

como créditos subordinados, o incluso ha llegado a rechazarlos, en base a principios o interpretaciones que abordaré en el presente.

Por motivos de brevedad del presente me referiré exclusivamente a la situación de los préstamos internos, reservando el abordaje de los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones para otra ocasión.

III. Los Créditos Subordinados [\[arriba\]](#)

No es el propósito del presente analizar el quid de la categoría de créditos subordinados en general, sus implicancias en el concurso y la quiebra, sus orígenes y efectos[1]. Sin embargo, dado lo manifestado anteriormente y el desarrollo que a lo largo de este trabajo me propongo realizar, creo que corresponde hacer una breve referencia introductoria a este instituto y su significado.

Cabe aclarar que la subordinación de los créditos no ha sido completamente abordada por la LCQ en su estructura normativa. Algunas breves referencias y principios generales básicos son los que van a servir para en el caso concreto determinar el alcance y consecuencias de tal subordinación.

En primer lugar veamos qué se entiende por subordinación. Un crédito será subordinado respecto de otro u otros, cuando el cobro del primero se encuentra postergado (en virtud de alguna causa determinada) o relegado en beneficio del/los segundo/s, ya sea total o parcialmente. Se produce un diferimiento en el pago del crédito subordinado, hasta tanto se cancele íntegramente o parcialmente el o los créditos beneficiarios. Como es de esperar, esta circunstancia cobrará relevancia ante un supuesto de insolvencia, donde el patrimonio del deudor sea insuficiente para hacer frente a todas las obligaciones contraídas por el mismo.

Respecto a su causa, en general cabe destacar que la doctrina ha distinguido la subordinación de los créditos principalmente según el origen de la misma, entre otros parámetros[2]. En ese sentido, se ha dicho que la subordinación puede ser legal o convencional[3], según sea establecida por la ley o provenga del acuerdo entre las partes, respectivamente.

Los propósitos de una y otra fuente de postergación del crédito serán muy disímiles, atento a la obvia naturaleza congénita del carácter de subordinado que dicho crédito ha asumido. Así, la subordinación voluntaria podría fundarse en propósitos financieros o de garantía, frente a la necesidad del deudor de atraer capital, aceptando algún tercero la asunción del riesgo que semejante postergación del cobro implica; la subordinación legal, en cambio, parecería obedecer a ratios de justicia y equidad, constituyendo la postergación del crédito una sanción, o bien un mecanismo para equiparar alguna situación de ilegitimidad tal que la justifique[4].

Adelanto que en los casos que se plantearán en el presente, difícilmente la subordinación provenga de un expreso acuerdo de voluntades entre los socios y la sociedad, sino que justamente cobrarán especial relevancia cuando el acuerdo de voluntades nada dice respecto del carácter del crédito en caso de insolvencia.

La pregunta que cabe hacerse en relación al problema planteado en el presente es, entonces, si los préstamos que los socios realizan a la sociedad constituyen un supuesto de subordinación legal, en qué casos o ante qué supuestos, y cuál sería el fundamento normativo -si lo hubiere- para tal subordinación.

IV. Préstamos de los Socios [\[arriba\]](#)

Tal como lo adelantamos, una forma de ingresar fondos a una empresa y que suele ser muy común en la práctica, es a través del adelanto de fondos de sus propios socios. Más aún cuando determinadas urgencias coyunturales exigen que la inyección de liquidez sea inmediata.

Las sociedades más ordenadas tomarán los recaudos necesarios para que tal operación sea debidamente documentada, con términos y condiciones bien definidos dependiendo de lo que el socio mutuante y la sociedad mutuaria acuerden. Su otorgamiento en condiciones de mercado será un punto importante a resaltar[5], sobre todo si nos toca asesorar a las partes en nuestro rol de abogados de empresas, punto sobre el que volveremos más adelante.

Las sociedades que llevan menos formalidades en el día a día de su actividad, por el contrario, muy probablemente no cumplan con los detalles y pormenores de la debida documentación del préstamo recibido, y sean los registros contables la única constancia escrita de tal operación. Ciertamente éstos son los casos más comunes y habituales en la práctica de las sociedades cerradas o de familia, y en los que las incidencias del análisis que aquí realizaremos cobran mayor relevancia.

Ahora bien, ninguno de los dos supuestos contemplados en los párrafos precedentes generará problema alguno si la sociedad puede hacer frente al resto de sus obligaciones líquidas y exigibles de manera regular. El cumplimiento del mutuo otorgado por el socio será una cuestión de cumplimiento contractual entre dos sujetos, sin que la universalidad de los acreedores de la sociedad se vea directamente afectada.

Pero el problema se genera en caso de insolvencia y quiebra del ente que toma el préstamo. La sentencia de quiebra genera un marco de excepcionalidad a ciertos principios de derecho común, en resguardo de ciertos intereses de orden público y protección de ciertos actores que se ven afectados por este proceso.

Los casos que mayor cuestionamiento han recibido en nuestros tribunales fueron casos en los que el ente fallido se encontraba, a decir de la doctrina y jurisprudencia, infracapitalizado[6]. En estos casos, la doctrina suele identificar a los préstamos realizados por los socios como “préstamos sustitativos de capital propio”[7], cuestionando la gestión empresarial de los socios que no han adecuado el capital social al giro de los negocios del ente, y por el contrario han dotado de financiamiento a la sociedad para que continuara funcionando, de una forma que parecieran considerarla cuanto menos ilegítima, independientemente de las condiciones del préstamo.

(i) Derecho comprado

Esta problemática ha sido abordada por el derecho comparado desde distintos puntos de vista, ofreciendo diversas soluciones en diferentes épocas, debido a una evolución en su

planteo. En nuestra doctrina, diversos autores han ofrecido un análisis de los distintos sistemas, pero una concreta y precisa sistematización de tales posturas del derecho comparado ha sido desarrollada por Araya[8], la que intentaré resumir en los siguientes párrafos.

En primer lugar hace referencia al sistema previsto por los artículos 32 a) y 32 b) de la reforma a la GmbHG de 1980 (hasta su derogación en 2008), donde se sentaba como principio general que, en caso de un préstamo realizado por uno o más socios en los que se comprobara que, ante una misma situación, un comerciante diligente hubiera aportado capital propiamente dicho y no realizado un préstamo, el mismo correspondía ser calificado como capital, y por lo tanto sufrir el mismo riesgo empresario que tal.

Este sistema ha recibido ciertas críticas y alabanzas. Desde luego parecería sentar un criterio bastante justo y acertado respecto de cómo determinar si se trata verdaderamente de un préstamo calificable como préstamo sustitutivo de capital, y por ende susceptible de ser sometido a subordinación concursal[9]. El hecho de recurrir a un estándar medio de conducta (así como el “buen hombre de negocios”) genera cierta flexibilidad que será útil para el magistrado que deba intervenir en el caso concreto.

Sin embargo, el eje de las críticas ha recaído sobre la dificultad probatoria que este criterio implica, toda vez que habrá un importante grado de subjetividad en decidir qué habría hecho un “comerciante diligente” ante un caso concreto.

Otro sistema que ha abordado esta problemática y que es sintetizada por Araya es el resultante de la jurisprudencia norteamericana que avala la subordinación de ciertos créditos por razones de equidad (equitable subordination).

En efecto, el artículo 510 (c) del Bankruptcy Code establece que, bajo los principios de subordinación equitativa, los jueces podrán subordinar todo o parte de un crédito a la totalidad o a parte de los restantes créditos. Si bien la norma no refiere expresamente a los préstamos que los socios realizan a las sociedades, sí fija un principio fundamental que permitió al case law decidir, bajo ciertos supuestos, que los créditos de determinados sujetos especialmente vinculados a la fallida (por ejemplo, pero sin limitarnos a, los socios) debían ser postergados en pos del resto de los créditos reclamados en la quiebra, pero con ciertos límites.

Un importante precedente[10] sentó los requisitos que se deberá reunir para la aplicación de esta doctrina, y que ha sido seguido en numerosos casos. En primer lugar, que mediante la postergación por razones de equidad únicamente se proceda a la subordinación del crédito, no a su rechazo. En segundo lugar, sólo puede procederse a la subordinación cuando se cumplan ciertos presupuestos, a saber: (a) que el titular del crédito haya incurrido en alguna conducta inequitativa; (b) que tal conducta inequitativa haya causado algún daño a los acreedores del fallido, o le haya proporcionado algún tipo de ventaja al titular del crédito; (c) que no se viole alguna otra norma del Bankruptcy Code.

Una gran ventaja de esta doctrina está en que su aplicación no se limita a los socios exclusivamente, sino que comprende a cualquier persona especialmente vinculada con el deudor fallido, abarcando una mayor variedad de situaciones que podrían tener un efecto similar a la problemática aquí planteada. Es de ponderar también el carácter causal de esta

subordinación equitativa, que requiere la configuración una conducta inequitativa y un daño concreto, de manera que se podrá probar que la conducta no fue intrínsecamente inequitativa, y por lo tanto evitar la categorización del crédito como subordinado[11].

No obstante la dificultad que este sistema presenta es la disyuntiva respecto de si el otorgamiento de un préstamo por parte de un socio a la sociedad (por contrapartida al aumento de capital) es una conducta inequitativa per se, y bajo qué circunstancias y condiciones cabe considerarla como tal.

Finalmente, Araya hace mención a los sistemas que establecen la subordinación automática de ciertos créditos detentados por acreedores que tienen un especial vínculo con el fallido, dentro de los que entra la categoría de créditos bajo análisis.

Así, la Ley Concursal de España en el artículo 92.5 establece la subordinación de los créditos de titularidad de personas especialmente relacionadas con el deudor en los términos del artículo 93 de la misma ley. Los préstamos de los socios quedarán abarcados por esta subordinación automática, salvo que su participación fuere menor o igual a un 10% o un 5%, según la sociedad haga oferta pública de sus acciones o no. Mismo principio aplica para administradores, liquidadores, apoderados y sociedades del grupo.

La MoMiG alemana de 2008[12], por su parte, introdujo modificaciones en la legislación concursal y societaria de dicho país, derogando el primer sistema mencionado en este acápite, e instalando el régimen de la subordinación automática de los préstamos realizados por los socios, en caso de insolvencia, salvo ciertas y contadas excepciones previstas en la ley.

En definitiva, ambas normativas prevén una subordinación automática que, a pesar de contener algunas excepciones que parecerían poner un límite a tanta rigidez (tenencia mínima de acciones, por ejemplo), ha sido criticada por cierta doctrina[13] toda vez que parecería crear una presunción iure et de iure de que un préstamo otorgado por un socio lo ha sido en fraude a los acreedores del ente fallido, o cuanto menos para evitar capitalizar la sociedad por las vías societarias regulares en perjuicio de aquellos.

(ii) Nuestro derecho

En nuestro ordenamiento positivo no existe un tratamiento legislativo expreso que nos permita dirimir los conflictos que suelen darse en torno a la problemática planteada en el presente[14]. Tanto la LGS como la LCQ nada dicen al respecto, de manera tal que debemos recurrir a los principios generales de ambas materias para buscar una solución adecuada.

Al respecto, cierta doctrina ha sostenido férreamente la subordinación directa de tales créditos, ante la insolvencia de sociedades infracapitalizadas que recibían estos llamados préstamos sustitutos de capital propio. Es decir, toda vez que los socios no han dotado a la sociedad del capital social suficiente para el emprendimiento intentado, sino que por el contrario han facilitado dicho capital de manera, a decir de la doctrina, encubierta, dicho capital así ingresado debería ser tratado como capital de riesgo, y sufrir la misma suerte que el capital social propiamente dicho, encontrándose subordinado a la satisfacción total de los créditos del resto de los terceros admitidos en la quiebra[15].

Para fundamentarlo, se suele invocar una interpretación integradora de la LCQ recurriendo a la válvula de escape que ofrece su artículo 159, y realizando una analogía de lo dispuesto en el artículo 151 de dicha ley, y el artículo 109 de la LGS.

En efecto, el artículo 159 de la LCQ (dentro de la Sección V del Título III que regula los efectos de la quiebra sobre ciertas relaciones jurídicas en particular) establece que frente a un caso no contemplado expresamente en la ley, el juez debe resolver haciendo aplicación análoga de las normas que regulan los casos sí contemplados en la ley.

Por su parte, el artículo 151 de la LCQ trata los efectos de la quiebra del socio gestor en una sociedad accidental o en participación, en donde los socios restantes no podrán reclamar el monto de sus aportes en la quiebra de dicho socio gestor hasta tanto no se hayan cubierto la totalidad de los restantes acreedores y los gastos del concurso. En la misma línea, el artículo 109 de la LGS que regula las normas a seguir en caso de liquidación de un ente societario, establece que los socios sólo podrán aspirar a obtener su cuota liquidatoria cuando hubiere un excedente, una vez cubierta la totalidad de los créditos que pesan sobre la sociedad.

Por lo tanto, sostiene esta doctrina, por más que el supuesto de los préstamos internos en la quiebra no se encuentra contemplado expresamente en la LCQ, los artículos mencionados en los párrafos precedentes marcan una pauta o estándar que deben seguir los jueces, aplicables para aquellos casos en los que la función económica que cumplieron tales préstamos sea equiparable a la función del capital de riesgo, configurándose una “violación encubierta de la ley”, y que justifica la admisión de tales créditos en la quiebra, pero con carácter de subordinado respecto de la totalidad del pasivo concursal y los gastos del concurso.

Hasta el momento, nuestra jurisprudencia ha compartido esta visión en ciertos precedentes judiciales.

En re Díaz y Quirini S.A. [16] se cuestionaba el acogimiento de un crédito originado en un reconocimiento de deuda suscripto por la propia entidad concursada, y cuya solicitud de verificación fue presentada por el vicepresidente y socio de la concursada. El incidente de revisión del crédito fue rechazado en primera instancia por ausencia de documentación suficiente, pero sobre todo con base en el hecho de la condición de socio del mutuante, la cesación de pagos en la que se encontraba la concursada al momento de recibir los fondos, y por consiguiente, en la convicción de que “la obligación de los socios pesaba más que por prestarle a interés, por evitar la descapitalización”, porque de lo contrario se “perjudicaría a los demás acreedores sociales e incluso a los trabajadores” que “verían dificultoso el pago de sus acreencias”.

Apelada la sentencia de primera instancia, la Cámara decidió revocar lo decidido y reconocer el crédito en el concurso, pero con carácter de subordinado. Para así decidirlo, la Cámara puso especial énfasis en el hecho que “la sociedad se hallaba ya en estado de insolvencia y (el socio prestamista) lo sabía”. Así, entendió que cuando un socio “sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad en igualdad de condiciones con los demás acreedores”. De lo contrario, sostiene la Cámara, admitirlo significaría permitir “la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo

cual es inadmisibile y justifica que los créditos así nacidos sólo puedan ser admitidos con carácter de subordinados”.

Así, mediante el juego normativo desarrollado anteriormente la Cámara termina decidiendo la admisión del crédito pero con carácter subordinado, haciendo finalmente hincapié en la “función económica” que le atribuye a estos préstamos y que los asimila a los aportes del artículo 151 de la LCQ.

Recientemente la misma cuestión fue debatida en re Dinan S.A. s/ Quiebra[17], donde una sociedad vinculada a uno de los accionistas de la fallida solicitaba la verificación de un crédito emergente de un préstamo realizado a la fallida “con el único fin de liberar los avales y garantías que oportunamente prestara (la accionista)” mientras la sociedad se hallaba en cesación de pagos. Por esta razón la Cámara terminó asimilando esta situación y el crédito reclamado por el tercero vinculado a la accionista de la fallida, a los casos en los que el socio presta dinero a la sociedad.

Luego de esa asimilación, un tanto rebuscada para el fin perseguido pero con un propósito de justicia bastante marcado, la Cámara decide reconocer el crédito que había sido rechazado en primera instancia, pero (nuevamente) con carácter de subordinado. Para ello recurre a los mismos argumentos que los esgrimidos por la Sala C en Díaz Quirini S.A., en cuanto sostiene la necesidad de evitar el traslado del riesgo comercial propio de la sociedad y sus socios a terceros, resaltando una vez más la función de garantía del capital social y su prevalencia sobre los ingresos de dinero mediante préstamos internos, cualquiera fuere su causa.

Cabe destacar que en ambos casos aquí comentados, cobró especial relevancia el hecho de que los préstamos realizados o avales otorgados fueron concretados durante el período de cesación de pagos de la sociedad. De todas formas, la doctrina de los “préstamos sustitutivos de capital” parece así cobrar gran importancia y fuerza dentro de nuestros tribunales.

V. A modo de conclusión [\[arriba\]](#)

En lo particular, comprendo los propósitos de justicia y equidad que tuvieron en mira nuestros magistrados para resolver de la manera que lo hicieron en los precedentes mencionados. Entiendo también a la doctrina que defiende este análisis, y que busca en la norma positiva un anclaje más sólido para irrigar justicia en casos concretos donde a priori un resultado contrario podría parecernos cuanto menos “antipático”.

Sin embargo, creo que tales posturas nos hacen caminar sobre una superficie escurridiza toda vez que implican inclinarse por soluciones y principios generales que hoy en día no encuentran recepción expresa en nuestro derecho positivo vigente, ni menos aún consenso generalizado en la doctrina y jurisprudencia dominante respecto de su alcance o aplicación: la infracapitalización y la subordinación automática de ciertos créditos. La primera de ellas, de mayor trayectoria en nuestra doctrina y jurisprudencia, la segunda dando sus primeros pasos.

No será difícil para el lector observar cierta similitud o simetría entre la solución sostenida por la doctrina y la jurisprudencia comentada en el presente, por un lado, y el sistema de

subordinación automática de los créditos de sujetos especialmente vinculados a la fallida previsto para la legislación española y alemana, por el otro. Parecería que lo que sostiene parte de nuestra doctrina y jurisprudencia es que los créditos emergentes de préstamos otorgados por los socios deberían ser automáticamente considerados capital de riesgo, y por lo tanto categorizados como subordinados en caso de concurso o quiebra del ente receptor del préstamo, por aplicación de los artículos 151 y 159 de la LCQ. A esta solución se llegaba (aunque tal vez de manera más severa) en el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales de 2003 redactado por los Dres. Anaya, Bergel, Etcheverry y Otaegui[18].

Creo que la reflexión debería centrarse en los propósitos que queremos alcanzar en relación a esta problemática, toda vez que una postura en pos de la subordinación automática de tales créditos podría provocar fuertes desincentivos a la continuidad empresarial, en aquellas situaciones en las que el acceso a otras fuentes de financiación no son posibles. ¿Qué socio otorgaría tales préstamos si ab-initio supiese que no obtendrá el repago del mismo, en caso que fracase finalmente la actividad del ente?

Es que no puede desconocerse la enorme ventaja que pueden representar en algunas ocasiones el recurrir a préstamos internos por parte de los propios socios o personas vinculadas al ente. Su fácil implementación y sus bajos costos pueden significar una alternativa atractiva, que pueda generar resultados positivos para la recuperación de la actividad económica de ciertas empresas.

Esto no significa defender ciertos abusos que pueden llegar a darse en el seno de una sociedad, cuando sus socios aprovechan la apariencia de un ente societario para frustrar derechos de terceros. En ese sentido, concuerdo con el Dr. Araya en cuanto a la necesidad de velar por una mayor seguridad jurídica, pero sin perder de vista eficiencia del sistema y la necesidad de alentar la recuperación empresarial genuina.

Para ello, será fundamental el otorgamiento de tales préstamos en condiciones de mercado, y la debida justificación de las razones por las cuales la sociedad recurre a esta forma de financiamiento y no otra, de manera tal de constituir prueba suficiente de la buena fe que los socios como tales deben respetar frente al ente y frente a terceros que contratan con él[19].

En caso contrario, cuando de la naturaleza de la relación esbozada entre socio acreedor y sociedad deudora -ahora concursada- surja claramente que no se trata de una relación crediticia normal, y ello pueda ser demostrado, entonces el recurrir a la subordinación del crédito por razones de equidad podría ser una solución adecuada. Pero para ello debemos sentar las bases y definir los presupuestos que autoricen tal subordinación, tarea que debería ir desempeñando la jurisprudencia con sano criterio, pero que principalmente atañe a los operadores jurídicos en base a una política legislativa clara y coherente.

En última instancia, la LCQ ofrece mecanismos de recomposición de la masa concursal que nos permiten también combatir o evitar determinados abusos de estos sujetos vinculados al ente fallido[20].

VI. Corolario [\[arriba\]](#)

La problemática de los préstamos internos es una cuestión debatida en gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, sin que se haya podido llegar a un consenso respecto de alguna solución o sistema que asegure un mínimo de justicia, pero con la suficiente flexibilidad como para evitar resultados no deseados.

La tendencia actual en nuestra doctrina y jurisprudencia dominante parece inclinarse por una subordinación cuasi automática de estos tipos de préstamos, asumiendo que la sociedad que recibe tales fondos se encuentra ipso-facto infracapitalizada, y ello me genera cierta intranquilidad.

Concuerdo con la meta de ejercer un control sobre determinados abusos que suelen ser corrientes en nuestro país, para lo cual el ajuste que se realice en nuestros tribunales será fundamental, hasta que un debido tratamiento legislativo de estos temas decida poner fin a la incertidumbre.

No obstante, tanto nuestros jueces como eventualmente nuestros legisladores no deben perder de vista la tendencia mundial legislativa en búsqueda de normas eficientes desde el análisis económico del derecho, para lo cual refuerzo la idea de que no debe legislarse para el abuso.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] En nuestro ordenamiento jurídico positivo, los privilegios se encuentran históricamente regulados en la LCQ (Título IV Capítulo I). Con la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se incorporado la regulación general de los privilegios en los Artículos 2573 a 2593. No obstante, el propio Código Civil y Comercial en su Art. 2579 establece que en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos. Toda vez que el análisis del se centra en los efectos de los créditos sustitutivos de capital propio y de los aportes irrevocables en la quiebra (principalmente), a lo largo del presente haremos referencia a la subordinación contemplada en dicha LCQ

[2] En igual sentido, se ha diferenciado entre la subordinación general y especial, según los bienes que abarque; pura y condicional, según se encuentre sujeta o no a algún tipo de modalidad; originaria y subsiguiente, según el momento en el que nace tal subordinación; directa e indirecta, según las vías de cobro, entre otras (conf. ARAYA, Tomás M., Subordinación de créditos en los negocios jurídicos, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos aires, 1998, pp55 y ss; y ARAYA, Tomás M. “La empresa insolvente y los créditos subordinados”, LA LEY (16/09/2009).

[3] VILLANUEVA, Julia, Privilegios, Rubinzal Culzoni Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 365; ARAYA, Tomás M., ob. cit. en nota 2 (siguiendo las ideas esbozadas por ERNANDEZ DEL POZO, Luis, El Fortalecimiento de recursos propios, Marcial Pons, Madrid, 1992, ps.290 y 291); entre otros. Araya habla de subordinación legal-equitativa, similar al concepto de equitable subordination del derecho norteamericano.

[4] VILLANUEVA, Julia, ob. cit. en nota 3, Pp. 370-372. El tema ha sido tratado con profundidad en ARAYA, Tomás M., Subordinación de créditos en los negocios jurídicos, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos aires, 1998, pp. 173 y siguientes.

[5] Me refiero a los efectos concursales principalmente. Cabe aclarar que también será importante la debida documentación a los efectos de evitar las posibles contingencias fiscales que se suelen dar con estos tipos de préstamos.

[6] No es el propósito del presente trabajo abordar el tema de la infracapitalización de las sociedades donde la responsabilidad de los socios es limitada al aporte realizado. Se ha sostenido que “una sociedad se encuentra infracapitalizada cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el 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 los créditos de terceros” (conf. MANOVIL, Rafael Mariano, “Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (en el modelo alemán)”. Cuadernos de la Universidad Austral N° 1 Derecho Empresario Actual, Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Buenos Aires, Depalma p. 601 y ss.). Las discrepancias están respecto del memento en el cual esa infracapitalización se produce, o cuándo ella genera algún tipo de responsabilidad. El fundamento: la función de garantía del capital social. Pero cierta doctrina ha criticado con solidez esta función de garantía del capital, por diversas razones, y creo que la doctrina está reclamando nuevo enfoque sobre este tema.

[7] Eigenkapitalersetzende Kredite, como los denomina la doctrina alemana en GmbHG (y su reforma de de 1980, vigente hasta la reforma de 2008) y AktG.

[8] ARAYA, Tomás M., ob. cit. en nota 2.

[9] ARIAS VARONA, Javier, “El tratamiento concursal de los préstamos sustitutivos de capital”, texto entregado para Second Harvard-Complutense Seminar on Business Law Corporate Governance Conflicts and Corporate Insolvency, España. Publicado en Gobierno corporativo y crisis empresariales, 2006, ISBN 84-9768-268-8, págs. 213-234

[10] MOBILE STEEL COMPANY (Debtor): Elaine E. BENJAMIN et al., (Appellants), v. Lester Y. DIAMOND, as Trustee in Bankruptcy for Mobile Steel, Inc., Appellee. (No. 75-4195). United States Court of Appeals, Fifth Circuit. Nov. 21, 1977.

[11] Lo cual implicaría una inversión de la carga de la prueba (Matter of Herby’s Foods, Inc, 2 F 3d 128 (5th Cir 1993, cit. Por Jeremy Opolsky, “Intercorporate Debt and Equitable Subordination: One Case Forward and One Case Back” en <file:///E:/Downloads/Equitable%20Subordination.pdf>).

[12] Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (reforma de la ley de sociedades de responsabilidad limitada de Alemania)

[13] ARIAS VARONA, Javier, op. cit. en nota 9.

[14] Hay dos normas que se refieren de manera expresa a la subordinación de ciertos créditos son los Artículos 137 y 151 de la LCQ. La primera de ellas refiere al fiador del fallido con garantía real para su derecho de repetir, quien podrá ser postergado por el acreedor principal. La segunda de ellas refiere a los aportes realizados por los socios en las sociedades accidentales o en participación (Villanueva).

[15] VILLANUEVA, Julia, ob. cit. en nota 3, p. 373 y ss.

[16] Díaz y Quirini S.A. s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Revisión (promovido por Quirini Augusto) CNCom. Sala C 31/05/2012. Publicado en: Societario.com - Cuestiones Concursales - Junio 2012. Fuente: www.societario.com.ar, 28/06/2012.

[17] Dinan S.A. S/ Quiebra s/ Incidente de Revisión de Crédito de Mandamientos e Inversiones S.A. y Otro, CNCom. Sala B. Publicado en: Abogados.com el 2/09/2016.

[18] “Art. 190: (...) Préstamos de los socios. Los préstamos hechos a la sociedad por un accionista, su cónyuge, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo o por una sociedad controlante, controlada o vinculada, como asimismo los provenientes de terceros que hayan recibido garantía de alguna de las personas mencionadas en este párrafo, quedan subordinados a todos los otros créditos. Las sumas de estos préstamos que fueron devueltas

durante el año que precede a la insolvencia de la sociedad deben ser restituidas por el prestamista”.

[19] Araya menciona algunos indicios que podrán servir para identificar cuándo un préstamo interno puede no responder a una relación crediticia legítima. Así, puede considerarse un “préstamo sustitutivo de capital” -según el autor- cuando se trata de préstamos no exigibles, pues carecen de fecha de vencimiento; cuando el crédito carece de las garantías que hubieren sido razonables constituir; una tasa de interés desproporcionada; cobro anticipado sin causales que lo justifiquen; entre otras (conf. ARAYA, Tomás M., ob. cit. en nota 4, pp.208 y ss.)

[20] En especial la ineficacia concursal (art. 118 y ss. LCQ), la extensión de quiebra (art. 160 y ss. LCQ) las acciones de responsabilidad societaria y concursal (art. 173 y ss. LCQ, art. 54, 59, 254, 274 y cc LGS), inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54 ter. LGS), entre otros.