

LOS PRÉSTAMOS DE LOS SOCIOS (O “INTERNOS”) ANTE LA INSOLVENCIA

Tomás M. Araya

SUMARIO:

La incorporación de normativa para tratar la temática de los préstamos de los socios ante una situación de insolvencia es un hecho positivo.

En la reglamentación, deberían primar criterios objetivos para que la subordinación se torne operativa, de manera de reducir y desalentar la litigiosidad, imponiendo porcentajes de tenencia mínima (nunca menores al 10% del capital social) en el socio que otorga el préstamo.

La nueva normativa no debería incluirse en la Ley General de Sociedades sino en la Ley de Concursos y Quiebras, ya que (i) la problemática de los préstamos de los socios (como los de otras “personas especialmente relacionadas” con el deudor) es propia de todas las personas jurídicas, no sólo de las sociedades; (ii) tiene una íntima vinculación con los actos que pueden ser revocados ante una situación de insolvencia (ineficacia concursal); y (iii) debería ser exceptuada ante un supuesto de financiación post presentación concursal otorgada de conformidad con pautas objetivas, que también deberían ser incorporadas en una próxima reforma a la ley concursal.



Desarrollo

1. El tratamiento de los préstamos efectuados por los socios u otras personas especialmente relacionadas con el deudor ante una situación de insolvencia apunta a solucionar el problema que provoca la “externalización” del riesgo empresarial que corresponde a los socios, lo que se vincula con nociones básicas del negocio societario.

Como regla, los socios titulares de un porcentaje de capital social relevante –así como los administradores y otros *insiders*- poseen un mayor grado de

información sobre los negocios y el estado financiero de la sociedad que la mayoría de los acreedores. Ante una situación de crisis, dichos *insiders* podrían utilizar dicha información en su propio beneficio y en detrimento de los restantes acreedores.

2. De manera general, existen dos modelos en el derecho comparado para tratar los préstamos “internos” ante una situación de insolvencia.

2.1. Un primer modelo propugna la subordinación de estos préstamos o, para decirlo con más propiedad, del derecho de cobro proveniente de dichos préstamos, ante la comprobación de determinados requisitos normalmente vinculados con una inadecuada capitalización de la deudora¹ o una conducta inequitativa del acreedor. Una variable de este primer modelo es la “recalificación” de los préstamos como capital de darse determinados supuestos.

2.1.1. Con variantes, este fue el modelo alemán desde 1980 hasta la sanción de la “Ley para la modernización del derecho de las sociedades de responsabilidad limitada y la lucha contra los abusos”, *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG*, en vigencia desde el 1º de noviembre de 2008, que derogó los artículos 32 a) y 32 b) de la GmbH en los que se regulaban los préstamos sustitutivos de capital².

Antes de la reforma, el derecho alemán ordenaba *recalificar* como capital los préstamos de los socios en caso de que se comprobara que un socio, en el momento en que los demás socios actuando como comerciantes diligentes hubieran

¹ Este fue precisamente el fundamento dado por la Cámara Nacional Comercial, sala B, en “*Díaz Quirini*” para resolver la subordinación del crédito proveniente de un préstamo efectuado por el socio a la sociedad cuando ya estaba en estado de insolvencia: “*Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue –y aun cuando se la niegue– a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, 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*” (“*Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)*” - CNCom., Sala C, 31/05/2012).

² La GmbHG, ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana regulaba el tema de los préstamos sustitutivos de capital, recalificando –en determinadas circunstancias– dichos créditos como capital (arts. 32 a y 32 b). En nuestra doctrina, puede verse ALEGRÍA Héctor, “*Nuevas reflexiones sobre “aportes a cuenta de futura emisión*”, RDCO año 28, 1995-A, p. 15 y ss., y MANÓVIL Rafael M., “*Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (el modelo alemán)*”, en Homenaje a Raymundo L. Fernández, “*Cuadernos de la Universidad Austral*”, nro. 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 601 y ss. y también en “*Grupos de sociedades*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1066.

aportado capital propiamente dicho, hubiera otorgado un préstamo a la sociedad. La recalificación del préstamo tenía por efecto impedir al socio reclamar la devolución del crédito en el concurso de la sociedad deudora.

2.1.2. El hoy derogado sistema alemán de la recalificación de los préstamos de los socios sirvió de modelo para el régimen que sancionó Italia en 2003, al reformar su derecho societario. Dice el actual art. 2467 del *Codice Civile*:

“El reembolso de las financiaciones de los socios a favor de la sociedad está postergado respecto de la satisfacción de los otros acreedores y si ocurriera en el año anterior la declaración de quiebra de la sociedad, debe ser devuelto.

*A los fines del apartado anterior, se entienden como financiaciones de los socios a favor de la sociedad aquellas que, efectuadas de cualquiera forma, han sido concedidas en un momento en el cual, teniendo en consideración el tipo de actividad ejercida por la sociedad, existe un excesivo desequilibrio del endeudamiento respecto del patrimonio neto o bien una situación financiera de la sociedad en la cual hubiera sido razonable un aporte de capital”*³.

2.1.3. Una variante de este primer modelo, con sus diferencias, es el sistema de la *“equitable subordination”* que existe en la ley concursal de los EE.UU. desde su sanción en 1978. El art. 501 (c) del *Bankruptcy Code* autoriza al juez concursal a subordinar (es decir, postergar en su derecho de cobro) a los créditos titularidad de cualquier persona que realice una conducta abusiva, de mala fe, o inequitativa frente al deudor⁴.

³ Art. 2467 Codice Civile: *“Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. Ai fini del precedente comma s’intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.”* Sobre el tema ver VATTERMOLI Daniele, *“Crediti subordinati e concorso tra creditori”*, Giuffrè Editore, 2012. Con la reforma de la *Legge Fallimentare* del año 2012, se ha reconocido en el art. 182 *quater* párrafo tercero, la prededucción hasta un 80% de los préstamos de los socios, lo que ha implicado la derogación de los arts. 2467 y 2497 quinquies del *Codice Civile* que subordinaban dichos créditos (PULGAR EZQUERRA, Juana, *“Preconcuralidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de reestructuración empresarial”* (2da. Edición), La Ley, Wolters Kluwer, 2016, p. 673)

La doctrina de la “*equitable subordination*” se aplica no sólo para regular los préstamos de los socios sino también los de ciertos acreedores cercanos al deudor y por ello un análisis detenido de la misma escaparía el objeto de este trabajo.

Sin embargo, no es incorrecto incluirla en este primer modelo ya que requiere la prueba de una conducta inequitativa en el acreedor para que proceda la subordinación de su crédito. La delimitación de lo que configura “conducta inequitativa” en el caso concreto corresponde a los tribunales, existiendo posiciones encontradas sobre si una inadecuada capitalización de la sociedad es suficiente para cumplir con dicho requisito (es decir, si puede representar *per se* una conducta inequitativa que justifique –en un supuesto de insolvencia– la subordinación de estos créditos internos) o si, además de la *undercapitalization*, se necesita algún elemento intencional adicional que demuestre una conducta de este tipo.

3. En segundo lugar, encontramos el modelo que toma en cuenta criterios *objetivos* para subordinar los préstamos de ciertos socios (no de todos), regulando el tema junto con el de los créditos titularidad de determinadas personas cercanas al deudor, que denomina “personas especialmente relacionadas”.

Este es el sistema que adoptó España cuando sancionó su Ley Concursal en el año 2003 ⁵, tal como luego hicieron Austria (2004) ⁶, Alemania (2008) ⁷, Uruguay (2008) ⁸ y Chile (2014) ⁹.

⁴ Si bien el *Bankruptcy Code* regula el tema en su art. 510 (c), en realidad los alcances de la doctrina de la *equitable subordination* se han ido elaborando a partir de los precedentes jurisprudenciales. Un resumen de los fallos que dieron nacimiento a esta doctrina (fundamentalmente, “Taylor v. Standard Gas & Electric Co” 306 US 307 (1939); “Pepper v. Litton” 308 US 295 (1939); “Comstock v. Group of Institutional Investors” 335 US 211 (1948) y “Benjamin v. Diamond (*In re Mobile Steel Co.*) 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977)) puede verse en DOBSON Juan Malcolm, “*El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*”, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 218y ss.; MANOVIL Rafael M. “*Grupos de sociedades*”, *ob. cit.*, p. 1062 y ss.; MIGUENS, Héctor José, “*La subordinación equitativa de las demandas intersocietarias dentro de un grupo de sociedades en el derecho concursal norteamericano*”, RDCO, año 29, 1996, p. 325 y ss.; ARAYA, Tomás M. “*Subordinación de créditos en los negocios jurídicos*”, Ábaco, Buenos Aires, p. 179 y ss; LORENTE, Javier A. “*Subordinación crediticia por decisión pretoriana*”, DSE N° 252, noviembre 08, tomo XX – 1065. Específicamente sobre nuestro derecho, ver VILLANUEVA Julia, “*Privilegios*”, Rubinzal Culzoni, p. 363 ss. y ARAYA Tomás M., “*La empresa insolvente y los créditos subordinados*”, La Ley 2009-E, 1124.

Con una regulación que necesitaba ser ajustada¹⁰, el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales de nuestro país del año 2005 (Comisión

⁵ Artículo 93, inciso 2° ley 22/3: “*Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1.° Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior. 2.° Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición. 3.° Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.° de este apartado*”. Una parte de la doctrina española ha sido muy crítica de esta solución atento que no tiene en cuenta las especiales circunstancias del caso (Ver ALONSO LEDESMA, Carmen, “*Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*”, en “Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal”, Editorial Dilex, S.L., Madrid 2003, p. 357 y ss., especialmente p. 389). Del otro lado, la norma ha sido defendida ya que “... *abarata considerablemente la administración del sistema, pues libera al juez de la tarea de indagar en los motivos causales de las operaciones de financiación llevadas a cabo por los insiders, así como realizar comprobaciones en torno a las consecuencias concretas de tales operaciones sobre el patrimonio del deudor*” (IGLESIAS PRADA, J.L., VAQUERIZO ALONSO, A., “Estudios Olivencia”, tomo IV, ps. 3756 y 3757, citados por FERRE FALCON Juan, “*Los créditos subordinados*”, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 350, nota 698).

⁶ Austria tiene una realidad un sistema mixto, ya que –siguiendo el régimen alemán derogado– regula la recalificación de los préstamos internos en la ley societaria, a diferencia de los otros países indicados que lo hacen en la ley concursal, en base a criterios objetivos. La *Eigenkapitalersatz-Gesetz* (EKEG) –sancionada en el 2004– permite la “recalifi-

Anaya, Bergel, Etcheverry) preveía una subordinación de este tipo, proponiendo

cación” de aquellos préstamos otorgados ante una situación de crisis por socios con una tenencia mínima del 25% que no cumplan funciones de *management* (art. Art. 5 EKEG⁷). El art. 2 párrafo 1 de la EKEG dispone que una compañía estará en crisis cuando (i) no puede abonar sus deudas regularmente, es decir cuando es insolvente; (ii) cuando está en una situación de sobreendeudamiento; (iii) cuando deba presentarse en “reorganización”, lo que se presente si el ratio de fondos propios (*equity*) es menor al 8% y el tiempo hipotético para pagar todas sus obligaciones es más de 15 años. Puede verse GELTER, Martín and ROTH, Juerg, “*Subordination of shareholder loans from a legal and economic perspective*”. Journal for Institutional Comparisons, Vol. 5, No. 2, ps. 40-47, 2007; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 13, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=998457>

- ⁷ En Alemania, la citada *MoMiG* modificó el artículo 39 de la *Insolv* (ley concursal), que regula los derechos de los “acreedores concursales con rango posterior” (subordinados) resolviendo otorgar carácter postergado a los préstamos efectuados por los socios sin funciones ejecutivas que tengan al menos un 10% del capital social. Se modifica así el sistema anterior, sin entrar en la discusión sobre la modalidad de financiación que hubiera adoptado un comerciante diligente ante una situación de necesidad de fondos.
- ⁸ También en Uruguay se aplica un sistema de postergación o subordinación automática de los créditos titularidad de las “*personas especialmente relacionadas*” con el deudor, que en el caso de la persona jurídica, son: los (i) socios ilimitadamente responsables y aquellos socios (o accionistas) titulares de un 20% o más del capital social; (ii) administradores de derecho o de hecho y los liquidadores, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos (2) años anteriores a la declaración de concurso; y (iii) las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades. Arts. 111 y 112 ley 18.387 (2008). De manera acertada, se prevé que también tendrán carácter subordinado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes originariamente a las personas especialmente relacionadas con el deudor, que hubieran sido adquiridos en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
- ⁹ La ley 20.720 (2014) establece que serán pospuestos en el pago de sus créditos (subordinados) los acreedores que sean “*Personas Relacionadas del Deudor*”, término que para las personas jurídicas, incluye a (i) las entidades del grupo empresarial al que la persona jurídica, deudora, o en concurso, pertenece; (ii) personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada; (iii) quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos, y (iv) toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones. Una crítica al régimen chileno puede verse en ALARCÓN CAÑUTA, Miguel “*Las personas relacionadas en la ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos*”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, mayo-agosto 2014, vol. 5, N° 2, ps. 11 a 45

reformas a la ley societaria. El Anteproyecto de modificación a la Ley General de Sociedades del 2019 sigue en este tema al Proyecto del 2005.

4. La revisión del derecho comparado permite afirmar que existe un cierto consenso en regular los préstamos de los socios ante una situación de insolvencia.

El modelo de la subordinación en base a criterios objetivos intenta dar certidumbre al tratamiento que tendrán estos créditos internos ante una situación de insolvencia, con el firme propósito de reducir la litigiosidad y no desalentar esta modalidad de financiación, que puede ser la única disponible en determinadas circunstancias.

Para no perjudicar alternativas de reestructuración, deberían excluirse de la subordinación (i) a los créditos titularidad de acreedores que hubieran devenido socios en virtud de la capitalización de sus créditos acordada en un acuerdo concursal¹¹; y (ii) a los préstamos de los socios otorgados post presentación en concurso, lo que incentivaría esta modalidad de financiación interna¹².

Asimismo, las normas que regulen esta temática en el derecho argentino deberían establecer con precisión el grado mínimo de tenencia del socio que efectúa el préstamo (no corresponde postergar *todos* los préstamos de *todos* los socios en *todo* momento); el momento en el cual se debe calcular dicha tenencia mínima (que debería ser al nacimiento del crédito); los sujetos alcanzados por la norma (que deberían incluir no sólo los controlantes sino también aquellas personas sujetas a un control común, previéndose el momento en que corresponderá evaluar la vinculación societaria). Asimismo, la nueva normativa sobre los préstamos de los socios debería tratarse en conjunto con los créditos de los administradores de la sociedad en situación concursal, incluyendo no solo a los administradores de derecho, sino también a los “de hecho”.

¹⁰ Entre otras cuestiones, el Proyecto del 2005 no preveía una tenencia mínima para los socios personas físicas y no incluía a las sociedades sujetas a un control común entre aquellas personas alcanzadas por la subordinación. Por otra parte, atento que sólo proponía reformas a la Ley de Sociedades y no a la Ley Concursal la regulación era necesariamente incompleta.

¹¹ Tal como ocurre en España (puede verse, DIAZ MORENO Alberto, “*Observaciones sobre administradores, acuerdos de refinanciación, fresh money y subordinación*”, Revista de Derecho Mercantil N° 303, Madrid, 2017, p. 13 y ss.).

¹² Excepción que pareciera que el régimen español no reconoce, siendo por ello objeto de críticas (Ver PULGAR EZQUERRA, Juana, “*La financiación de empresas en crisis*”, DT del Departamento de Derecho Mercantil; N° 48, 2012, disponible en https://eprints.ucm.es/14638/1/La_financiacion%C3%B3n_de_empresas_en_crisis.pdf).

De igual modo, debería adaptarse el régimen de la ineficacia concursal, previniendo la ineficacia de las sumas abonadas por la sociedad en pago de estos préstamos internos durante un período previo a la declaración de concurso o quiebra.

5. En conclusión:

(i) es positiva la incorporación de normativa que trata el tema de los préstamos de los socios ante una situación concursal;

(ii) al regular el tema, deben utilizarse criterios objetivos que reduzcan y desalienten la litigiosidad, imponiendo porcentajes de tenencia mínima (nunca menores al 10% del capital social) para que la subordinación se vuelva operativa, debiéndose determinarse con claridad el momento en que dicha tenencia debe verificarse;

(iii) las normas que traten el tema deberían incluirse no en la Ley General de Sociedades sino en la Ley de Concursos y Quiebras, ya que la temática de los préstamos de los socios (o de las “personas especialmente relacionadas” con el deudor) (i) es propia de todas las personas jurídicas, no sólo de las sociedades; y (ii) tiene una íntima vinculación con los actos que pueden ser revocados ante una situación de insolvencia (ineficacia concursal);

(iv) para no desalentar soluciones de reestructuración, deberían excluirse de la subordinación (i) a los créditos titularidad de acreedores que hubieran devenido socios en virtud de la capitalización de sus créditos acordada en un acuerdo concursal; y (ii) a los préstamos de los socios otorgados post presentación en concurso de conformidad con pautas objetivas que también deberían ser incorporadas en una próxima reforma a la ley concursal, de manera de incentivar esta modalidad de financiación interna