

# Breve aproximación a los créditos subordinados. Con especial referencia a su incidencia concursal y en el proyecto unificado de Código Civil y Comercial

23 octubre 2012 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

**Autor:** Casadío Martínez, Claudio A.

**Fecha:** 23-oct-2012

**Cita:** MJ-DOC-6023-AR | MJD6023

## **Sumario:**

I. Concepto. II. Clases de subordinación. III. Los arts. 3135 y 3876, CCiv. IV. El art. 109, LSC. V. Normativa concursal. VI. El caso del socio aportante y/o prestamista. VII. Colofón.

## **Doctrina:**

Por Claudio A. Casadío Martínez (\*)

### I. CONCEPTO

«Subordinación» (de sub- y el lat. ordinare, ordenar) conforme el Diccionario de la Real Academia Española significa, en su primera acepción, «Sujetar a alguien o algo a la dependencia de otra persona o cosa» y conforme la segunda «Clasificar algo como inferior en orden respecto de otra u otras cosas».

Es decir, que estamos ante la idea de «algo» que se coloca en una posición inferior a otra por una decisión, sea voluntaria o imperativa, y también subyace la idea de que ese algo que se coloca en posición inferior, antes estaba en mejor o por lo menos igual posición.

Desde lo estrictamente legal, una forma de subordinación latu sensu es el sistema de privilegios, ya que como sabemos no todas las acreencias se encuentran en igualdad de condiciones y unas cobran antes que otras, sin embargo en un sentido estricto, implica una postergación en el rango, o sea, otorgar un nivel inferior en el ranking de la concurrencia entre acreedores. Esta subordinación en sentido estricto, reiteramos, siempre debe entenderse en relación a otro acreedor o categoría de acreedores, con respeto a quienes viene a colocarse al crédito subordinado en situación de cobro posterior (1).

### II. CLASES DE SUBORDINACIÓN

En doctrina, (2) se ha sostenido que la subordinación (ya hablando en sentido estricto exclusivamente como haremos de aquí en más, para obviar esta aclaración) puede clasificarse, en primer lugar, en legal o voluntaria.

La primera sería aquella que se origina en un acto voluntario del propio acreedor, que acepta postergar el cobro de su crédito hasta tanto los créditos beneficiarios de la subordinación sean íntegramente cancelados. La segunda por el contrario tiene su origen en una decisión del legislador, que dispone la postergación de determinados créditos.

En uno u otro caso, la cuestión adquiere mayor relevancia ante una situación de insolvencia, en que probablemente los créditos subordinados no serán percibidos por sus titulares, ya que las reglas de la experiencia nos indican que los créditos quirografarios difícilmente sean íntegramente percibidos, ergo, aquello en posición inferior (rectius subordinada) casi con seguridad no será satisfecho.

Veamos algunos supuestos previstos en la legislación vigente.

### III. LOS ARTS. 3135 Y 3876, CCIV.

El primer precepto citado prevé que «la constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada» agregándose luego en virtud de la reforma introducida por la Ley 17.711 que «al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que esta podrá alcanzar».

Es decir, que se permite subordinar la hipoteca actual a un crédito futuro y eventual, que puede llegar o no a existir, pudiéndose efectuar esta reserva de grado aun luego de constituida la hipoteca que se subordina, (3) esto es, por acto posterior. Entonces, por ejemplo, un acreedor hipotecario de primer grado puede permitir que se constituya otra hipoteca, que lo desplazará, con la salvedad de que aquella no podrá superar un determinado monto, limitación que tiene por finalidad que no pueda ser burlado en su intención subordinatoria y desplazado totalmente.

En definitiva, estamos ante la previsión de una potestad para que un acreedor (hipotecario en el caso) acepte postergar su preferencia.

Acotemos que, en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial en su arts. 2068 a 2077, que regulan la hipoteca, no encontramos una previsión de similar tenor. Sin embargo, el art. 2478 dispone que «el acreedor puede renunciar a su privilegio. El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas siempre que no afecten la posición de otros acreedores», con lo cual en forma genérica se encuentra prevista la mentada subordinación.

Ahora bien, el art. 3876 CCiv prevé que «El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores», mientras que a continuación se dispone, en el agregado efectuado por el art. 76 de la Ley 24.441, que «Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor».

Highton (4) explica, analizando esta norma, que la situación normal, que denomina subordinación imperfecta, es que el acuerdo de subordinación permita al deudor el cumplimiento de sus obligaciones con los acreedores subordinados, en tanto los acreedores de jerarquía superior estén al día en el cobro de sus créditos. Por su parte en la subordinación completa, el acreedor de rango inferior queda completamente postergado hasta tanto el titular superior cobre la totalidad de su acreencia. Finalmente agrega que, en la subordinación subsiguiente, todo pago de cualquier naturaleza que reciba uno inferior, antes que el acreedor superior hubiere sido satisfecho íntegramente, se considerará que no fue recibido en pago por el acreedor menor, sino en depósito y para su beneficio, quedando obligado a entregarlo a primera demanda.

#### IV. EL ART. 109, LSC

Esta norma dispone que, en la liquidación de sociedades, «Extinguido el pasivo social, los liquidadores confeccionarán el balance final y el proyecto de distribución: reembolsarán las partes de capital y, salvo disposición en contrario del contrato, el excedente se distribuirá en proporción a la participación de cada socio en las ganancias», es decir, que la Ley de Sociedades Comerciales subordina el reintegro del capital aportado por los socios a la total cancelación del pasivo (con terceros) del ente liquidado.

La jurisprudencia entendió que, en la liquidación, el derecho a la cuota que sobre el patrimonio social corresponde al socio solo puede concretarse luego de que se haya cancelado el pasivo de la sociedad (5).

Asimismo se resolvió que pretender la restitución lisa y llana del aporte, con prescindencia de la valuación del patrimonio social a los efectos de determinar cuál es la parte que corresponde al socio, resulta un absurdo, no amparado por ninguna norma legal (6).

La previsión e interpretación realizada resultan totalmente lógicas para permitir diferenciar el capital de riesgo aportado por los socios del pasivo de terceros.

## V. NORMATIVA CONCURSAL

Formuladas las apreciaciones precedentes, analicemos ahora las previsiones del estatuto falimentario referentes a los créditos subordinados, que -como ya expresáramos- es cuando cobran mayor importancia.

El art.250 LCQ estipula que «Si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas presentes o futuras de este, sus créditos se regirán por las condiciones de su subordinación», es decir, que se aplicarán las cláusulas contractuales pactadas sobre la cuestión, tal como acontece en la mayoría de los contratos que no son fulminados por el estado de quiebra.

Asimismo el art. 41 LCQ, al regular sobre la categorización, bajo el rótulo “Créditos subordinados”, dispone que «los acreedores verificados que hubiesen convenido con el deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas, integrarán en relación con dichos créditos una categoría».

Si bien se ha entendido que la finalidad de la norma es facilitar la negociación, Graziabile (7) entiende que sería mucho más productivo que estos acreedores sean categorizados teniendo en cuenta las pautas determinadas para el resto, porque se trataría de créditos con diversidad de naturaleza, sin que puedan advertirse quizá características comunes.

Esta categorización por separado produce una consecuencia fundamental: estos créditos no deben computarse en las mayorías necesarias para la homologación del acuerdo. En efecto, el art.45 LCQ dispone que «Para obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad [...] de la mayoría absoluta de los acreedores dentro de todas y cada una de las categorías, que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría», por ello, no siendo acreedores quirografarios, no corresponde su cómputo.

La subordinación a que se refiere la LCQ debe ser anterior a la quiebra y puesta en conocimiento del juez (8).

Además la subordinación debe ser considerada también en el supuesto de concurso preventivo, más allá de que esté prevista para la quiebra, tal como ha interpretado la doctrina (9) y jurisprudencia (10).

Otro supuesto de subordinación previsto en el estatuto falimentario es el del art. 151 para las sociedades accidentales, que lo regula en forma similar al art. 109 LSC. Estos socios (ocultos podríamos decir) formarán una categoría, inferior a la de quirografarios (11), de créditos subordinados (12) que solo cobrarán una vez que se les pague a los acreedores del socio gestor (13) y los gastos del concurso y si se «levanta» su estado de quiebra (14). Excepción a este principio es que se trate de acreencias a título personal con quien, a la vez, reviste el carácter de socio en aquella y no tenga conexión con el contrato que los unía con el socio gestor (15).

## VI. EL CASO DEL SOCIO APORTANTE Y/O PRESTAMISTA

Cuando un socio efectúa un aporte de capital, resulta claro que está asumiendo un riesgo concreto y que no puede equiparárselo con un acreedor y es a esto a lo que refiere el ya citado art. 109 LSC, si bien implícitamente la LCQ admite que los accionistas sean acreedores de la sociedad (ver al respecto el art.45 LCQ cuando dispone las exclusiones legales al voto).

Sin embargo cuando el aporte se realiza bajo la figura de Aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital -que pueden ser realizados también por terceros-, la afirmación precedente podría ser colocada bajo un manto de dudas, dudas que se agigantan cuando nos referimos a préstamos que hace el socio a la sociedad que integra.

¿Por qué decimos esto? Piénsese en una S.A. o S.R.L. debidamente inscrita, con personalidad propia distinta a los socios -en estos casos, con responsabilidad limitada al aporte-; un accionista o socio según el caso realiza una entrega de dinero para cancelar obligaciones impostergables de la sociedad. Si la sociedad posteriormente se concursa o quiebra, ¿cómo debe considerarse ese préstamo y ese socio/acreedor? Si bien la LCQ no lo regula, existen disposiciones reglamentarias que sí lo hacen (16) como, por ejemplo, la resoluciones 7/05 y 12/06 de la IGJ y también la Resolución 466/04 de la CNV.

Jurisprudencialmente, en el leading case “El Palacio del Fumador” (17) se resolvió que, ante la falencia de la sociedad, a la cual un socio (a la sazón administrador) había entregado fondos, sin aclarar si eran como aportes o préstamos, y aun faltándole requisitos para ser considerado como capital, no podrían ser considerados sin más como préstamos, en detrimento de los restantes acreedores. Indirectamente este crédito entonces quedaría subordinado a la percepción que efectúen los acreedores y equiparado al de los restantes socios. Recientemente se debió resolver in re “Díaz y Quirini” (18) no ya un anticipo indefinido de fondos, sino un préstamo realizado por un

socio a la sociedad, debidamente acreditado en cuanto al ingreso de los fondos a esta y donde no era posible ya, atento a lo avanzado del proceso, utilizar el crédito con fines fraudulentos, ya que se encontraba homologado el concordato.

En el mismo, se indica 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 para disputar derechos a los referidos acreedores. Se expresa que hacerlo importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos solo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.

En definitiva, efectuando una interpretación sistemática de la ley societaria y sus postulados, como ya fue indicado en el apartado IV, coloca a los socios en una situación de subordinación y a igual solución se arriba en el marco de LCQ.

A tal fin, se opina que atento a lo dispuesto en el art. 159 LCQ, frente a un caso no contemplado, el juez debe resolverlo mediante la aplicación analógica de las normas concebidas para los que sí lo han sido y como el préstamo del socio en estas condiciones no se halla específicamente previsto, pero sí lo está la situación de los socios que hicieron sus aportes a una sociedad accidental o en participación, supuesto en el cual, producida la quiebra del socio gestor, la sociedad se disuelve, con la consecuencia de que esos aportantes -por definición, ocultos- solo pueden cobrar en la aludida quiebra después de que hayan sido cancelados todos los restantes créditos.

Entonces resulta de lo dispuesto en el art. 151 LCQ, al que ya nos hemos referido, que quienes financian ocultamente un emprendimiento empresario que fracasa deben ser colocados -en el orden de cobro- después que los acreedores verificados.

En definitiva, se admite el crédito insinuado, por cuanto el préstamo existió, como subordinado.

## VII. COLOFÓN

En materia de créditos subordinados, existe aún mucha tela por cortar, y sobre todo en cuanto a lo atinente a la vinculación socios-sociedad, si bien estimamos que no pueden pretender colocarse en iguales condiciones que los terceros.

Lo esencial es tener presente que existe esta categoría de acreedores que están postergados y, en los procesos falimentarios, se encuentran en una situación inferior a los quirografarios.

---

- (1) Rouillon, Adolfo, Régimen de concursos y quiebras, Astrea, 15ª edición, p. 355.
- (2) Araya, Tomás M., La empresa insolvente y los créditos subordinados, LL 16/09/2009, 1.
- (3) Morillo Augusto – Portas Néstor, Examen y crítica de la reforma del Código Civil, Ed. Platense, T. 3 p. 521 siguiendo a Spota.
- (4) Bueres Alberto – Highton Elena, Código Civil y normas complementarias Hammurabi, T. 6 B p. 231.
- (5) CNCom. E, 24/5/90 LL 1991-B-111.
- (6) CNCom. A, 23/9/85, “Bova c/ Carballo”, Errepar, Sociedades, T. II 022.002.001 Sum. 18.
- (7) Graziabile Darío, Ley de Concursos comentada, Errepar, 2ª edición, p. 106.
- (8) Ib., p. 443.
- (9) Chomer Héctor y Sicoli Jorge, Ley de Concursos y Quiebras, La Ley, p. 383.
- (10) “Banco Suquía S.A. s/ concurso preventivo”, citado por Araya, op. cit.
- (11) Chomer Héctor O. y Sicoli Jorge, Ley de Quiebras 24.522, La Ley, 2ª edición, p. 267.
- (12) Rouillon, op. cit., p. 238.
- (13) Ferrario Carlos, Ley de Concursos y Quiebras. Anotada y anotada, 2ª edición, Errepar, p. 347.
- (14) Gebhardt, Marcelo, Ley de Concursos y Quiebras, Astrea, T. II p. 212.
- (15) Graziabile, op. cit., p. 316.
- (16) Gladis Josefina Puliafito y Dolly Bauzá de Pina, “Los anticipos a cuenta de futuros aumentos de capital social y la quiebra” ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 2010, La Falda Córdoba, donde analizan las alternativas para lograr la restitución de estos aportes o préstamos por parte del síndico.

(17) CNCom. D, 26/8/86, "El Palacio del Fumador S.R.L. s/ quiebra – incidente de verificación por Ríos José María", RDCO 1987, pág. 151.

(18) CNCom., 31/5/12, "Díaz y Quirini S.A. s/ concurso preventivo – incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)".

(\*) Contador Público Nacional, Universidad Nacional de La Pampa. Abogado, Universidad Nacional de La Pampa. Docente, Universidad Nacional de La Pampa. Investigador del CECYT, FACPCE. Investigador del IADECO. Autor de trabajos de derecho concursal.