

El concepto de «socios comunes» como personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada

(Publicado en Anuario de Derecho Concursal, n.º 32, 2014)

José Ruiz-Gallardón

- SUMARIO:**
- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LOS ANTECEDENTES. 1. El Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993. 2. Los Anteproyectos de Ley Concursal de 1995 y 2000. 3. La redacción original del artículo 93.2-3.º LC. 4. La reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2009. 5. La reforma introducida por la Ley 38/2011.
 - III. EL CONCEPTO DE «SOCIOS COMUNES». 1. El estado de la cuestión. 2. Revisión crítica de las principales aproximaciones doctrinales.
 - IV. ENSAYO DE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO. 1. Bases para una interpretación alternativa. 2. Los «socios no externos» como *insiders* de la sociedad deudora. 3. A modo de conclusión.

RESUMEN: Este trabajo analiza el alcance del concepto «socios comunes» como personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada y, por tanto, sujetos al régimen de subordinación de créditos. Se analiza la evolución legislativa del artículo 93.2-3.º de la Ley Concursal así como las diferentes posturas doctrinales que se han planteado en relación con esta norma. Finalmente, se propone una interpretación alternativa a las existentes.

PALABRAS CLAVE: Concurso, socios comunes, persona especialmente relacionada, subordinación, artículo 93.2-3.º de la Ley Concursal.

ABSTRACT: This paper aims to analyse the scope of the legal term «*shared shareholders*» as specially-related parties to the insolvent company and, thus, subject to the subordinated debt scheme. The legislative development of section 93.2-3.º of the Spanish Insolvency Law is also discussed together with the settled view amongst academics in relation to this provision. Finally, we propose an alternative to the existing interpretation.

KEYWORDS: Insolvency, shared shareholders, specially-related party, subordination, section 93.2-3.º of the Spanish Insolvency Law.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las múltiples novedades que se introdujeron en el Derecho concursal español con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), fue la clasificación como subordinados de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor. En este respecto, dentro de las personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, la redacción

original del artículo 93.2-3.º LC incluía a «*las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios*».

No trataremos el qué entiende la Ley Concursal por grupo de sociedades a efectos de subordinación, pues esta cuestión ya ha sido ampliamente tratada y expresamente solucionada por la propia Ley (en particular, por la disposición adicional sexta, introducida por el artículo único, ordinal 114, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre)¹. Lo que se pretende analizar es el significado del inciso final «*y sus socios*» que ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales y, desde la aprobación de la Ley Concursal, de dos modificaciones legislativas.

Así, a pesar de que han sido clarificados algunos de los puntos oscuros de esta norma, todavía hoy se sigue discutiendo acerca de quiénes son exactamente esos «*socios*» a los que el legislador ha querido considerar como personas especialmente relacionadas con la sociedad deudora. La cuestión no es baladí, pues la calificación de un crédito como subordinado implica (además de otros efectos negativos) su relegación al último lugar de cobro en la liquidación ex arts. 92-5.º y 158 LC². En el marco de ese debate, el presente trabajo tiene por objeto plantear una serie de reflexiones sobre este precepto legal con el ánimo de contribuir, en la medida de lo posible, a aclarar su alcance.

II. LOS ANTECEDENTES

1. El Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993

La norma que se analiza tiene su primer antecedente en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993³. El Anteproyecto, en su disposición adicional 12ª, proponía introducir un nuevo capítulo en la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas (en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada la cuestión se regularía por remisión) con una elaborada disciplina en materia de postergación legal de créditos⁴.

¹ Sobre el concepto de grupo de sociedades en el Derecho concursal, *vid.* SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Cizur Menor, 2013, pgs. 53-64; y EMBID IRUJO, J.M.: «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto del grupo en el ordenamiento español», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 30, 2008, pg. 29.

² Sobre los efectos de la subordinación, *vid.* Ferré Falcón, J.: *Los créditos subordinados*, Cizur Menor, 2006; SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *op. cit.*, pgs. 257-263; y CURTO POLO, M., ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005, pg. 3537 y ss.

³ *Vid.* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1.675, de 25 de junio de 1993.

⁴ En este respecto, *vid.* ROJO, A.: «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 618, 1993, pgs. 1.487-1.512.

Básicamente, se proponía que, en caso de crisis de la sociedad, se viesan subordinados los créditos de sus socios y administradores, así como los créditos de otras sociedades pertenecientes a su mismo grupo. En particular, por lo que se refiere a las relaciones intragrupo, se proponía introducir en la Ley de Sociedades Anónimas un nuevo artículo 312.1 con la siguiente redacción: «*En caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación, los créditos de sociedades pertenecientes al mismo Grupo que la sociedad deudora quedarán postergados de pleno derecho*».

No obstante, en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de diciembre de 1993 se suprime la disciplina sobre postergación de derechos de créditos⁵.

2. Los Anteproyectos de Ley Concursal de 1995 y 2000

El siguiente antecedente de la norma analizada es la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995⁶ elaborada por la Comisión General de Codificación, que encomendó la ponencia al Profesor D. Ángel Rojo Fernández del Río, Catedrático de Derecho Mercantil y especialista en Derecho concursal que ya intervino en la preparación del *no nato* Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y del mencionado Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993.

En concreto, la Propuesta de Anteproyecto calificaba como legalmente postergados «*los créditos de que fuera titular persona especialmente relacionada con el deudor*» (*vid.* art. 126-3.º de la Propuesta). Asimismo, calificaba como persona especialmente relacionada del deudor persona jurídica a «*las sociedades que formen parte del mismo grupo de empresas que la sociedad deudora*» (*vid.* art. 127.2-3.º de la Propuesta).

Pero la Propuesta de Anteproyecto de 1995 no llegaría a ser definitivamente revisada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. En su lugar, el Gobierno decidió constituir una Sección especial para la reforma concursal en el seno de la Comisión General de Codificación a

⁵ Para una valoración de las razones que condujeron finalmente a la no incorporación de la postergación de los derechos de crédito a la Ley, *vid.* MASSAGUER, J.: «La infracapitalización: la postergación de los créditos de los socios», en AAVV, *La reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, pgs. 941 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.: «Insuficiencia del capital social y postergación legal de créditos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXIV, Madrid, 1995, pgs. 145 y ss.; y PAZ-ARES, C.: «La infracapitalización una aproximación contractual», *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº extraordinario, 1994, pgs. 253-269.

⁶ *Vid.* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1.768, de 15 de febrero de 1996

la que encomendó la elaboración de una nueva Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal. La nueva Sección especial entregó el 17 de noviembre de 2000 al Ministerio de Justicia un Anteproyecto de Ley Concursal. Este nuevo texto, tras ser revisado por la Secretaría General Técnica del Ministerio y sometido a los preceptivos informes, fue aprobado como Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros el 5 de julio de 2002 y remitido ulteriormente al Congreso de los Diputados.

En cualquier caso, el Proyecto que llegó al Congreso de los Diputados recogía el concepto ya anticipado por el Anteproyecto de 1995 de postergación — aunque ahora se hablaba de subordinación— de los créditos de las sociedades del grupo de la sociedad concursada por considerarlas personas especialmente relacionadas con ésta. En particular, el artículo 92.2-3.º del Proyecto establecía que *«se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica [...] las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso»*.

Y es en el trámite parlamentario cuando se incorpora un nuevo supuesto de persona especialmente relacionada con la sociedad concursada mediante la adición del inciso final *«y sus socios»*⁷. Con esa redacción, la norma fue aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

3. La redacción original del artículo 93.2-3.º LC

Como se ha indicado, el inciso *«y sus socios»* que se introdujo en la redacción original del artículo 93.2-3.º LC fue objeto de múltiples críticas⁸. En particular, las críticas se centraban en la indeterminación del posesivo *«sus»* y en la desmesurada extensión subjetiva del precepto.

En relación con el posesivo *«sus»*, algunos autores apuntaban que no estaba claro a qué socios se refería el inciso final del artículo 93.2-3.º LC, si a los socios de cualquier sociedad del grupo de la concursada, a los socios de la sociedad matriz-cabecera del grupo o a los socios de la propia sociedad concursada⁹.

⁷ En concreto, el inciso se introduce en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Ley Concursal que fue hecho público el 24 de marzo de 2003 (www.congreso.es). Debe señalarse que ningún grupo parlamentario había presentado enmiendas en este sentido.

⁸ Vid. GARRIDO GARCÍA, J. M.ª: «Comentario al art. 93 LC: personas especialmente relacionadas con el concursado», en ROJO, A. / BELTRÁN, E. (dir.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pg. 1679; y PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «De la clasificación de los créditos», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. / SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pg. 539.

⁹ Que se refiriese a los socios de la propia sociedad concursada carecería de sentido, pues ese es el ámbito del artículo 93.2-1.º LC, que califica como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a *«los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el*

Por su parte, la extensión subjetiva del artículo 93.2-1.º LC se consideró desmesurada ya que, en una interpretación literal del precepto, cualquier socio de una sociedad del grupo de la concursada, con independencia de cuál fuera su participación en dicha sociedad, debería ser calificado en el concurso como persona especialmente relacionada con la sociedad deudora. Tal extensión subjetiva sería contraria a la lógica más elemental. No tendría sentido cualificar los requisitos para que los socios de la propia concursada sean considerados personas especialmente relacionadas con ésta (así lo hace el artículo 93.2-1.º LC al requerir de éstos una participación significativa¹⁰) y, sin embargo, no aplicar esos mismos criterios restrictivos para considerar como persona especialmente relacionada con la sociedad concursada a los socios de las sociedades de su grupo.

4. La reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2009

Con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, se introdujo el siguiente inciso final al artículo 93.2-3.º LC: «*siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado*».

Al incluir el reenvío al artículo 93.2-1.º LC y, en consecuencia, restringir la subordinación a los créditos de aquellos socios que tuviesen una participación significativa, se respondía a la crítica doctrinal relativa a la desmesurada extensión subjetiva que podría implicar una interpretación literal de la redacción original del precepto. Sin embargo, seguía sin despejarse la duda de a qué socios en concreto se refería el artículo 93.2-3.º LC.

momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera» (el subrayado fue introducido por el Real Decreto-ley 3/2009).

¹⁰ Sobre la racionalidad del requisito de participación significativa del artículo 93.2-1.º LC, *vid.* CURTO POLO, M. / ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La subordinación del crédito...», *op. cit.*, pgs. 3553-3555; y VILLANUEVA, B.: «Alternativa a la automática subordinación de los créditos de los titulares de participaciones significativas en el concurso», en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Madrid, 2012, pgs. 15-18.

5. La reforma introducida por la Ley 38/2011¹¹

Y llegamos así a la Ley 38/2011 que no pasó por alto el precepto que nos ocupa. En un intento de aclarar la cuestión pendiente relativa a la concreción de los socios afectados, esta Ley añadió el adjetivo «*comunes*» al concepto de «*sus socios*».

Así, la redacción vigente del artículo 93.2-3.º LC califica como personas especialmente relacionadas a «*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.º de este apartado*».

III. EL CONCEPTO DE «SOCIOS COMUNES»

1. El estado de la cuestión

Desde la aprobación de la nueva redacción, muchos son los autores que han aportado su punto de vista interpretativo sobre el significado de la expresión «*socios comunes*». Algunos han entendido que el término «*comunes*» implica que el socio que se subordina tiene que ser socio tanto de la sociedad concursada como de otra sociedad de su grupo¹². Para otros, lo relevante es que el socio lo sea de dos sociedades del grupo, sin que necesariamente sea socio de la sociedad concursada¹³.

También se ha discutido cómo aplica a los «*socios comunes*» la remisión al requisito de participación significativa del artículo 93.2-1.º LC. Unos han interpretado que, debiendo el socio serlo de dos sociedades del grupo, ha de

¹¹ Además de la reforma descrita este apartado, la Ley 38/2011 introdujo un inciso al artículo 92-5.º LC que, aunque no es objeto de análisis en el presente trabajo, es relevante apuntar por lo que luego se señalará. Este nuevo inciso excluye de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor que se considerarán subordinados los «*créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican*». Sobre este respecto, *vid.* SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *op. cit.*, pgs. 253-257; y FUENTES, M.: «Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo: (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 28, 2013, pgs. 404-406.

¹² *Vid.*, entre otros, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en PRENDES, P. / MUÑOZ PAREDES, A. (dir.): *Tratado judicial de la insolvencia*, tomo II, Cizur Menor, 2012, pg. 394; y SÁNCHEZ-CALERO, J. / FUENTES, M.: «La reforma concursal y los grupos de sociedades», en ROJO, A. / BELTRÁN, E. (dir.): *En torno a la reforma concursal: Congreso Concursal y Mercantil Salamanca 2012*, Cizur Menor, 2012, pg. 250 y ss.

¹³ *Vid.* ALONSO LEDESMA, C.: «Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.): *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid, 2012, pg. 343.

tener una participación significativa en ambas sociedades para ser considerado persona especialmente relacionada¹⁴. Por su parte, aquellos que interpretaban que el socio debía serlo tanto de la concursada como de otra sociedad del grupo, entendían también que, para ser calificado como persona especialmente relacionada, éste debía poseer en ambas entidades una participación significativa¹⁵. Finalmente, algunos autores han defendido con criterio que se debe hacer una interpretación integradora y entender que, debiendo el socio serlo tanto de la concursada como de otra sociedad del grupo, es la participación significativa en la otra sociedad del grupo la relevante para calificarle como persona especialmente relacionada con el deudor, siendo indiferente la participación que el socio tenga en la sociedad concursada¹⁶.

2. Revisión crítica de las principales aproximaciones doctrinales

Esta disparidad de interpretaciones pone de manifiesto que la cuestión dista mucho de estar clara. Los propios autores que defienden la interpretación restrictiva que exige que el socio, para ser considerado persona especialmente relacionada con el deudor, tenga una participación significativa, tanto en la sociedad concursada como en otra sociedad del mismo grupo, señalan que ello implicaría una reiteración normativa, ya que estos socios serían calificados de todos modos como persona especialmente relacionada con el deudor por aplicación del artículo 93.2-1.º LC¹⁷.

En esta línea de argumentación, debe tenerse en cuenta la diferenciación que ha querido hacer el legislador con la nueva redacción introducida por la Ley 38/2011 del artículo 92.5.º LC, en el que ha incluido tanto a los socios a los que se refiere el apartado 1.º del artículo 93.2 LC como a los que se refiere su apartado 3.º como sujetos que únicamente verán subordinados en el concurso del deudor «*los préstamos o actos con análoga finalidad*». Así, carecería de sentido que este artículo se remitiese a ambos apartados si lo que pretendía el legislador con la coetánea modificación al artículo 93.2-3.º LC era restringir su aplicación a los mismos supuestos a los que se refiere el artículo 93.2-1.º LC.

Por su parte, si se entendiese que cualquier socio que tenga una participación relevante en dos sociedades del grupo de la concursada debe ser calificado como persona especialmente relacionada con el deudor aunque no tenga participación ninguna en la sociedad concursada, se podría llegar al absurdo de considerar que un inversor con participación significativa (pero minoritaria) en

¹⁴ De nuevo, ALONSO LEDESMA, C.: «Créditos contra la masa...», *op. cit.*

¹⁵ De nuevo, SÁNCHEZ-CALERO, J. / FUENTES, M.: «La reforma concursal...», *op. cit.*

¹⁶ Vid. SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *op. cit.*, pg. 213.; y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Guía legislativa de la ley Concursal: texto comparado y comentado según reforma de la Ley 38/2011*, Barcelona, 2011, pgs. 341-342.

¹⁷ Vid. FUENTES, M.: *op. cit.*, pg. 401.

dos «sociedades proyecto»¹⁸ integradas en un gran grupo de sociedades es persona especialmente relacionada con la sociedad matriz de dicho grupo respecto de la que no tiene participación ni influencia de ningún tipo¹⁹.

Y este razonamiento, aunque de forma más restringida, se podría aplicar a quienes entienden que, con tener una participación significativa en una sociedad del grupo y una participación cualquiera en la sociedad concursada, el socio debe ser considerado persona especialmente relacionada con el deudor. En el ejemplo anterior, si el socio de las sociedades proyecto tuviese además una acción de la matriz cotizada del grupo, sería igualmente considerado como persona especialmente relacionada de ésta. Sin perjuicio de lo anterior, es innegable que la mencionada interpretación integradora es la más coherente de las expuestas en atención al tenor literal del artículo 93.2-3.º LC y a la interpretación restrictiva —pero lógica— que la norma merece por tratarse de una disposición sancionadora.

IV. ENSAYO DE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

1. Bases para una interpretación alternativa

Cabría otra interpretación lógica, integradora y —si se quiere— restrictiva del precepto que nos ocupa. ¿Por qué no entender que el adjetivo «*comunes*» aplica a todas las personas que enuncia previamente el artículo 93.2-3.º LC? Es decir, que los socios que, por tener una participación significativa, deben ser considerados como personas especialmente relacionadas con la sociedad deudora son única y exclusivamente los comunes a todas y cada una de las sociedades del grupo de la concursada (entre las que, obviamente, se incluye la propia sociedad concursada).

¿Y quiénes son los socios comunes a las sociedades del grupo de la concursada? Los socios de la sociedad dominante de la sociedad deudora. Sociedad dominante que no tiene que ser necesariamente la matriz del grupo en sentido amplio, sino cualquier sociedad que tenga el control —directo o indirecto— de la concursada (y, en su caso, de otras sociedades dependientes), conformado así éstas un grupo en sentido estricto²⁰.

¹⁸ Sociedades constituidas por los promotores y/o inversores de proyectos determinados con el objeto de llevar la ejecución y explotación de éstos a cabo.

¹⁹ En este sentido, pero respecto de la redacción anterior del artículo 93.2-3.º LC, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «De la clasificación de...», *op. cit.*

²⁰ En la actualidad, el artículo 42 del Código de Comercio establece que será calificada como dominante la sociedad que «*ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*», que se calificarán como dependientes. No obstante, es relevante apuntar que la recientemente publicada propuesta de nuevo Código Mercantil de la Comisión General de Codificación (hecha pública el 20 de julio de 2013 en www.mjusticia.gob.es) reformula el concepto de dominación, utilizando el criterio de poder de dirección como elemento clave para la consideración de grupo. Así, la propuesta de Código Mercantil establece que, cuando una

Por lo anterior y por lo que a continuación se explica, a nuestro juicio, por aplicación del artículo 93.2-3.º LC sólo cabría considerar como persona especialmente relacionada con el deudor a aquellos socios que posean una participación significativa (la del artículo 93.2-1.º LC) en la sociedad dominante de la concursada, y ello con independencia de que tengan o no en la propia sociedad concursada una participación directa²¹.

2. Los «socios no externos» como *insiders* de la sociedad deudora

Para entender la interpretación alternativa planteada en el presente trabajo debemos remontarnos a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal presentada por la Sección Especial de Derecho Concursal de la Comisión General de Codificación el 29 de mayo de 2010 y que fue el germen de la Ley 38/2011. La Propuesta de Anteproyecto no utilizaba la expresión «socios comunes», sino que hacía referencia a «socios no externos». [«Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios no externos, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1º de este apartado»].

El concepto «socio externo» (en contraposición al de «socio no externo») es clásico en la doctrina de los grupos de sociedades²². Sin embargo, y aunque ha sido utilizado por el legislador²³, esta figura carece de definición en el Derecho español. Pese a ello, como se ha dicho, el concepto ha sido ampliamente utilizado por los autores para referirse a los socios minoritarios de las sociedades dependientes integradas en un grupo de sociedades. Así, por ejemplo, PAZ-ARES, C. señala que los socios externos son aquellos que, en contraposición a los internos —«cuyo interés es maximizar el beneficio del grupo»—, están «normalmente apartados de la gestión» y su «interés consiste en maximizar el rendimiento de la sociedad en la que han hecho sus inversiones»²⁴. Por igual, MARTÍNEZ MACHUCA, P. afirma que «el concepto de socio externo se ha establecido para englobar, con carácter general, a los socios minoritarios de las sociedades dependientes, cuyos perjuicios no

sociedad ejerza el poder de dirección sobre otra, haya o no control en sentido estricto, la primera será calificada como dominante (*vid.* art. 291-2 PCM) y ambas conformarán grupo (*vid.* art. 291-1 PCM).

²¹ En una línea de interpretación similar, aunque en el marco de una argumentación distinta, *vid.* FERRÉ FALCÓN, J.: *op. cit.*, pg. 558.

²² En este sentido, en relación con la Propuesta de Anteproyecto presentada por la Comisión General de Codificación, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, F.: *Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal*, 2010, pg. 223.

²³ En el artículo 45.4 del Código de Comercio se prevé que en «el balance consolidado se indicará en una partida específica del patrimonio neto, con denominación adecuada, la participación correspondiente a los socios externos o intereses minoritarios del grupo».

²⁴ *Vid.* PAZ-ARES, C.: *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª edic., 1.º vol., Cizur Menor, 2006, cap. 54, pg. 1484.

siempre quedan compensados por las ventajas que lleva consigo para tales sociedades su pertenencia al grupo»²⁵.

Asimismo, resulta de especial interés la definición de socio externo que hizo la frustrada Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles²⁶ y que ha rescatado la Propuesta de nuevo Código Mercantil. Ambos textos establecen que «*en las sociedades dependientes se consideran socios externos los que no tengan participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante*». Y aunque, como ha sido señalado²⁷, quizá esta manera de delimitar la figura de socio externo podría dar lugar a equívocos —por referirse a un hecho negativo («...*que no tengan participación...*»)—, lo relevante en esencia es que el legislador busca otorgar un trato diferenciado a cada parte implicada en atención a su vinculación con el núcleo de poder de la sociedad.

En esta línea de razonamiento, debe señalarse que la doctrina ha coincidido desde el inicio en que lo que pretende el artículo 93 LC es otorgar un tratamiento diferenciado —por subordinado— a los llamados *insiders* de la sociedad deudora²⁸. La doctrina ha calificado como *insiders* del deudor (persona jurídica) a aquellos sujetos que, por tener una especial relación con éste, son susceptibles de ser mejores conocedores de su situación o ejercer cierta influencia sobre él, e incluso, como recientemente se ha señalado, a aquellos sujetos que tengan un interés empresarial relevante en el deudor²⁹.

Por lo anterior, entendemos que cuando el legislador decidió sustituir el término «*socios no externos*» por «*socios comunes*» no pretendía modificar el sentido del precepto, sino reemplazar un concepto jurídico indeterminado en nuestro

²⁵ Vid. MARTÍNEZ MACHUCA, P.: *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, 1999, pg. 157.

²⁶ Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles preparada por la Comisión General de Codificación, aprobada el 16 de mayo de 2002 y publicada el 2 de noviembre de ese año. Sobre este texto prelegislativo, vid. ROJO, A.: «La Propuesta de Código de Sociedades mercantiles», en AA.VV., *Fernando Sánchez Calero. Jurista y universitario ejemplar*, Madrid, 2012, pgs 49-76.

²⁷ Vid. EMBID IRUJO, J.M.: «La regulación de los grupos en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», en *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, I, Madrid, 2007, pgs. 404-405; Id., «Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el Ordenamiento jurídico español», en ALONSO LEDESMA, C. / ALONSO UREBA, A. / ESTEBAN VELASCO, G. (dir.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, Madrid, 2011, tomo II, pgs. 413-445, en particular pgs 431-442.

²⁸ Sobre los *insiders* del deudor, vid. IGLESIAS, J. L. / VAQUERIZO, A.: «Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005, pg. 3753 y ss.; y CURTO POLO, M. / ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La subordinación del crédito...», *op. cit.*, pgs. 3543-3550.

²⁹ Vid. VILLANUEVA, B.: *op. cit.*, pg. 17.

Derecho por un adjetivo —«*comunes*»— que tuviese el mismo efecto pretendido.

Así, como hemos defendido, los socios que tengan una participación significativa en la sociedad dominante de la concursada serán los (indirectamente) comunes a las sociedades del grupo del deudor; y, aunque sin tener una participación significativa (directa) en la sociedad concursada —frente a los del artículo 93.2-1.º LC— ni ser parte de su grupo —frente a los del primer inciso del artículo 93.2-3.º LC—, por disfrutar de una especial relación con el núcleo de poder de la sociedad concursada, merecerán la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor.

3. A modo de conclusión

A nadie se le escapa que la interpretación propuesta se aparta de las realizadas hasta el momento que, si bien con diferentes matices, consideraban únicamente las participaciones directas que en una u otra sociedad pudiera tener un socio para calificarlo de común y, de cumplir los requisitos de relevancia, de especialmente relacionado con la sociedad concursada. Obviamente, la aproximación que se hace en el presente trabajo supone abandonar el criterio de participación directa para centrarse en un concepto más amplio, como sería el de socio significativo de la sociedad dominante de la concursada que, en definitiva, lo que mantiene es una relación indirecta con el deudor.

Por ello conviene aclarar que con este planteamiento no se pretende caer en el reduccionismo y afirmar que, a los efectos de determinar quién es y quién no es persona especialmente relacionada con el deudor, se deben tener en cuenta tanto las participaciones directas como las indirectas que el socio tenga en la sociedad concursada, pues ello implicaría introducir un cálculo diabólico para determinar qué socios cumplen indirectamente con los porcentajes de capital que señala el artículo 93.2-1.º LC. Lo que se propone es hacer un tratamiento diferenciado del concepto «socio significativo de la sociedad concursada», que es el que trata el artículo 93.2-1.º LC, del de «socio significativo de la sociedad dominante de la concursada», que es el que entendemos trata el inciso «socios comunes» del artículo 93.2-3.º LC.

El planteamiento expuesto otorga racionalidad a la mencionada diferenciación que introdujo el legislador con la nueva redacción del artículo 92-5.º LC. A nuestro juicio, que el artículo 92-5.º considere que, en relación con los socios de los apartados 1.º y 3.º del artículo 93.2, únicamente se subordinarán sus «*préstamos o actos con análoga finalidad*» (y no otro tipo de créditos) es acorde con la idea de que lo que pretendió el legislador con las modificaciones introducidas en este respecto por la Ley 38/2011 era otorgar un tratamiento diferenciado a aquellos sujetos que, sin formar parte del grupo de la sociedad

concurrada, por su capacidad de información e influencia en ésta, están más próximos a los acreedores internos que a los externos.

Con todo, lo innegable es que la cuestión sigue sin estar clara para la mejor doctrina. Es cierto que, si la interpretación que se propone en el presente trabajo es correcta, ganaría en argumentos de aprobarse el esperado Código Mercantil (pues en él se define la figura del socio externo). Sin embargo, hasta entonces y en cualquier caso, una aclaración de la norma sería recomendable *de lege ferenda*.

* * *