

Revista Jurídica de Catalunya

Año 2021

Núm 4 - 2021

Segona Part. Estudis Pràctics

Dret mercantil

1. La fecha de efectos de la separación y la exclusión de socios (RAIMUNDO SEGURA y JORDI VERGONI)

Dret mercantil

1 La fecha de efectos de la separación y la exclusión de socios

RAIMUNDO SEGURA

Abogado. raimundo.segura@cuatrecasas.com

JORDI VERGONI

Abogado. jordi.vergoni@cuatrecasas.com

ISSN 1575-0078

**Revista Jurídica de Catalunya 4
Octubre 2021**

Sumario:

- I. Introducción
- II. El derecho de separación del socio
- III. La exclusión del socio
- IV. Comentarios sobre las recientes sentencias del Tribunal Supremo en materia de separación
- V. Conclusiones

RESUMEN:

La separación o exclusión del socio implica el desarrollo de un proceso que culmina con su desvinculación de la entidad mercantil. Sin

ABSTRACT:

The withdrawal or exclusion of the shareholder involves the development of a process that culminates in the dissociation of the shareholder

embargo, no ha sido pacífico el momento exacto en el que el socio deja de ostentar tal condición en el seno de la sociedad. En este artículo, se pretenden exponer las principales corrientes doctrinales sobre esta cuestión, así como el apoyo normativo y jurisprudencial con el que cuentan.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de capital - Socios - derechos de socios - separación y exclusión de socio

from the company. However, it has not been peaceful the determination of the specific moment at which the shareholder ceases to be such. This article aims to set out the main doctrinal trends, as well as their regulatory and case-law support.

KEYWORDS: Company - shareholder - shareholders' rights - shareholders' withdrawal and exclusion

I. INTRODUCCIÓN

Ni la Ley de Sociedades de Capital ni su legislación complementaria regulan el momento preciso en el que se pierde la condición de socio en virtud del ejercicio del derecho de separación o a causa de la exclusión, en una sociedad de capital. Consecuentemente, diversos autores se han manifestado al respecto ofreciendo posibles alternativas para superar esta laguna legal, todas ellas parcialmente insatisfactorias hasta la fecha.

En este artículo se tratará de exponer las principales tendencias doctrinales y analizar la más reciente jurisprudencia sobre la materia a fin de subrayar la incertidumbre que esta cuestión está suscitando.

En cuanto a la separación, la doctrina señala dos posibles momentos concretos para encuadrar la pérdida de la condición de socio: (i) cuando la sociedad recibe la comunicación de la voluntad de separarse por parte del socio; o bien, (ii) en el momento en que se abona al socio el valor razonable de sus acciones o participaciones.

Respecto de la exclusión, el debate se centra en: (i) el momento en que se adopta el acuerdo de la junta general que aprueba la exclusión del socio; (ii) la fecha de la resolución judicial que declara válida la exclusión, cuando proceda; o (iii) el momento del pago de la correspondiente liquidación al socio excluido.

Si bien es patente el silencio que se guarda, sobre este punto, en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital que regula la separación y exclusión de socios, semejante laguna legal no parece poder ser resuelta tampoco acudiendo al resto del ordenamiento jurídico. Esta circunstancia, junto con la imposibilidad de encontrar una solución pacífica aplicando las reglas de interpretación normativa previstas en el artículo 3 del Código Civil¹⁾, se traduce en una notable inseguridad jurídica y una gran incertidumbre en la práctica.

La cuestión, sin embargo, no es baladí para ninguno de los afectados. Al no obtener una respuesta cierta en nuestro cuerpo normativo, la práctica conservadora aconseja la asistencia «*ad cautelam*» del socio separado o excluido a todas las juntas que se celebren hasta el pago de su cuota de liquidación²⁾. En la práctica, este método no complace ni al socio ni a la sociedad, toda vez que la voluntad del socio, una vez ejercitado el derecho de separación, es desvincularse por completo de la sociedad y recibir el valor razonable de sus acciones o participaciones; mientras que la sociedad quiere seguir el curso ordinario de los negocios sin un socio, aparentemente desvinculado, que participe en sus juntas y cuyo voto todavía pueda incidir en el devenir de la sociedad.

En el ámbito del derecho de separación, el panorama se ha visto modificado por la reciente emisión de varias sentencias emanadas del Tribunal Supremo que parecen arrojar luz a la controvertida cuestión. Hasta esas fechas, ninguna sentencia del Tribunal Supremo se había

pronunciado directamente sobre este asunto, pero, en el corriente año, el Tribunal Supremo ha querido poner fin al debate y revertir la incertidumbre del panorama actual con las sentencias números 4/2021, de 15 de enero de 2021; 46/2021, de 2 de febrero de 2021; 64/2021, de 9 de febrero; y 102/2021, 24 de febrero de 2021, que serán objeto de un apartado independiente en el presente artículo. Anticipamos ya, sin embargo, que pudiendo ser los referidos fallos técnicamente sostenibles, no resuelven los evidentes problemas prácticos que se derivan de su aplicación.

Respecto del derecho de exclusión, como más adelante se detallará, debemos remontarnos a los años 2007 y 2013, en los que el Tribunal Supremo se pronunció directamente sobre esta cuestión, en nuestra opinión, de forma más acertada, aunque en gran medida contradictoria con la solución propuesta para los casos de separación.

II. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO

Sin ánimo de dar una definición exacta, el derecho de separación podría ser descrito como la facultad que asiste al socio de desvincularse de la sociedad, por su propia voluntad, en determinados supuestos tasados en la ley o regulados en los estatutos sociales.

La regulación primaria del derecho de separación se recoge en la Ley de Sociedades de Capital y su ejercicio debe cumplir las reglas establecidas en el Título IX, Capítulo I y III. Procede destacar que, a pesar de que estos artículos regulan de manera inequívoca la forma de iniciar el ejercicio del referido derecho, no existe regulación que determine el momento exacto en el que el socio deja de ostentar tal condición en el seno de la sociedad.

Como primera aproximación para resolver esta cuestión, se podría partir del artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital, en tanto dispone que cada acción o participación social confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en la propia ley y en los estatutos sociales. En consecuencia, para precisar el momento concreto de la efectiva separación del socio, se deberá atender al instante en el que el socio deja de ostentar la titularidad de dichas acciones o participaciones sociales. Sin embargo, como se detallará más adelante, tal instante es de difícil determinación y el silencio del legislador ha operado como catalizador de distintas posturas doctrinales.

Ante la controversia generada por esta cuestión, la doctrina ha descrito los distintos momentos en los que puede culminar la desvinculación del socio en el marco del derecho de separación: cuando la sociedad recibe la comunicación de la voluntad de separarse por parte del socio, o cuando se abona o consigna el valor razonable de las acciones o participaciones sociales del socio. Además, un pequeño sector de la doctrina añade a los anteriores el momento en el que el socio comunica a la sociedad su voluntad de separarse. Sin embargo, dado que el carácter recepticio de dicha comunicación es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, dicha postura no parece tener recorrido y, por lo tanto, no será comentada en el presente análisis.

Como punto de partida, se debe destacar que el derecho de separación se configura como una facultad que asiste al socio como medida de defensa de la minoría, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a aquél, siempre que se reúna determinada condición, sin que sea necesaria la aceptación de la sociedad³⁾.

La principal consecuencia de su ejercicio es la activación de un procedimiento que debe ejecutar la sociedad de forma inexcusable, quedando obligada a desarrollar las sucesivas fases del referido procedimiento hasta el pago de la correspondiente cuota de liquidación (a saber, información al socio sobre el valor de sus acciones o participaciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción de capital o de adquisición de las

acciones o participaciones sociales afectadas), con independencia de que el pago efectivo se demore en el tiempo⁴.

En otras palabras, ejercitado el derecho de separación, éste se considera irrevocable y no puede quedar cancelado ni condicionado en virtud de una decisión de la mayoría y, para gran parte de la doctrina, tampoco en virtud de ulteriores manifestaciones del propio socio⁵.

Para los autores partidarios de la teoría de la recepción⁶, el carácter recepticio e irrevocable del derecho de separación es concluyente para determinar que la recepción de la comunicación del socio por parte de la sociedad implicaría, por sí sola, la pérdida de la condición de socio, aunque éste no haya sido todavía reembolsado.

En efecto, una vez la sociedad recibe la comunicación del socio, el mecanismo que se activa *per se* provoca su desvinculación, convirtiéndose el socio en un mero acreedor de la sociedad, en tanto ésta deba abonarle el valor razonable de las acciones o participaciones sociales que ostente⁷.

Es pacífico que, de adoptarse esta teoría de la recepción, una vez recibida la comunicación por la sociedad, el socio separado no puede ya acudir a las juntas que se celebren con posterioridad. De hacerlo, estaría incurriendo en actos contrarios a los que son propios de una persona que ha ejercido un derecho irrevocable, precisamente, para desvincularse de la sociedad⁸, acudiendo a votar todos los acuerdos societarios, pretendidamente, con los mismos derechos políticos y económicos que un socio vinculado⁹. Por el contrario, al considerarse al socio separado como un mero acreedor, carecería de legitimidad para acudir a las juntas generales en defensa de sus intereses crediticios.

Los defensores de esta postura, a la que nos sumamos con matices, consideran que el socio está suficientemente protegido mediante los mecanismos que garantizan la satisfacción del valor razonable¹⁰. Sin embargo, dichos mecanismos suponen una disminución notable de derechos respecto a un socio efectivo, no siendo esta solución suficiente bajo el criterio tuitivo de la minoría que rige en el derecho de separación. Además, el hecho de otorgar el título de acreedor al socio separado no parece ser la solución completa, pues, no queda definido quién ostentará la titularidad formal de las acciones o participaciones sociales afectadas en la situación interina que se crea hasta que se formalice su compra en autocartera o la reducción del capital para devolverle al socio separado sus aportaciones.

La doctrina de los actos propios no se vería vulnerada, en cambio, cuando el socio separado pueda votar, única y exclusivamente, en aquellas juntas generales en las que se adopten acuerdos cuyo contenido fuera de índole económica, con el único fin de salvaguardar sus intereses respecto de la percepción de la cuota de liquidación que está legitimado a recibir, limitándose, pues, a procurar preservar la solvencia y liquidez de la sociedad, en defensa de su derecho de cobro.

Además de lo anterior, resulta cuanto menos controvertido el hecho de otorgar el título de mero acreedor al socio separado, toda vez que el mismo sigue ostentando la titularidad de las acciones o participaciones sociales objeto de liquidación. Considerando que la finalidad perseguida por la norma al regular el derecho de separación es la de proteger los derechos del socio minoritario, resulta contradictorio que se desampare al socio minoritario convirtiéndolo en un mero acreedor, desprotegiendo así su figura al privarle durante el periodo que media hasta el efectivo reembolso de sus aportaciones, de los derechos de información, asistencia y voto en las juntas y de impugnación de los actos sociales que puedan perjudicarlo.

Por su parte, los defensores de la teoría del reembolso sostienen que el socio separado, con la comunicación de separarse de la sociedad, deviene titular de un derecho concreto a percibir

la liquidación del valor razonable de las acciones o participaciones sociales de las cuales es titular. Dicho derecho, en cuanto es un interés jurídicamente protegido, no es un derecho de tercero sino de socio¹¹⁾. Además, una vez que el socio emite su declaración de separarse, si bien se concreta una cierta decadencia del vínculo social, éste no llega a romperse.

Téngase en cuenta que, para estos autores, la situación puede demorarse durante varios años, mediante procedimientos judiciales o arbitrales, sin que durante ese periodo interino el vínculo social deje de existir, manteniendo el socio la plenitud de derechos económicos (por ejemplo, el derecho a percibir dividendos) y políticos (como el derecho de información, el de asistencia a la Junta, el voto e impugnación de acuerdos), pero condicionados a los fines del procedimiento de liquidación del valor de la participación del socio separado. Todo ello está en consonancia con el análisis de la doctrina alemana más representativa, desarrollado por CERDÁ¹²⁾, concluyendo dicho autor que, de no haber previsión expresa en los estatutos sociales, el socio que ha ejercitado el derecho de separación debe asistir «*ad cautelam*» a las Juntas que se celebren, si bien «*no puede ejercitar de manera abusiva el derecho de voto*», oponiéndose a acuerdos sociales que no puedan perjudicar los intereses patrimoniales de dicho socio. Lo anterior parece acorde con la doctrina de los actos propios ya comentada.

Atendiendo a los fines del negocio jurídico, PEINADO¹³⁾, también defensor de la teoría del reembolso, considera que la salida de un socio cuando se separa debe ir ligada a dos elementos esenciales: (i) a que dicho socio deje de ser el propietario de las acciones o participaciones sociales; y (ii) a que dichas acciones o participaciones sociales entren en el dominio de la sociedad para su posterior amortización. En consecuencia, dicho autor considera que estamos frente a un negocio traslativo y, por este motivo, aplica de manera analógica a este negocio jurídico las notas esenciales de la compraventa. Ello desemboca en la necesidad de que exista un precio determinado o determinable, elemento esencial de la compraventa que no estaría satisfecho, ya que el precio todavía no es cierto en el momento de la recepción de la comunicación de separación del socio. Consecuentemente, las reglas de la transmisión no se verían colmadas hasta que no existiera certidumbre en el precio y, como resultado de ello, el socio seguiría siendo propietario de las acciones o participaciones sociales hasta percibir su valor.

En oposición y defendiendo la teoría de la recepción, ROJI considera que no estamos frente a un negocio jurídico traslativo¹⁴⁾, ya que el socio no quiere vender las acciones o participaciones sociales, sino separarse del contrato social por razones que normalmente no son patrimoniales (por ejemplo, un cambio de objeto social). Por consiguiente, según este autor, la certidumbre del precio no sería un requisito indispensable.

Resumidas las tesis doctrinales anteriores, cabe destacar que nuestro ordenamiento ya da respuesta a una situación similar. En efecto, el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales estipula explícitamente que el ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad a las exigencias de la buena fe, «*siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad*».

Si la aplicación del referido artículo fuese extensiva a todas las sociedades de capital, cualquier duda en el ámbito que nos ocupa quedaría despejada. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en las recientes sentencias que analizaremos a continuación, ha rechazado de plano su aplicación generalizada, debido a la iliquidez de las participaciones sociales de las sociedades profesionales y a las diferencias que existen en cuanto a la naturaleza de ambos tipos sociales.

Por último, el derecho proyectado revela que el legislador tenía en mente la teoría del reembolso al redactar el artículo 152 del proyectado Código de Sociedades Mercantiles de 2002 y el artículo 271-23 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En concreto, se estipulaba que el socio quedará separado o excluido en el día que tenga lugar «*el reembolso o*

la consignación del valor de las partes sociales de que fuera titular». Sin embargo, el derecho proyectado por sí solo no puede resolver el debate existente, si bien arroja algo de luz acerca de las intenciones del legislador.

Las diferentes Audiencias Provinciales nos han brindado, hasta la fecha, resoluciones dispares en las que se defienden ambas teorías, si bien el Tribunal Supremo no se había pronunciado directamente sobre la cuestión. Sin embargo, a principios de este año, el Tribunal Supremo ha dictado cuatro sentencias que imponen la teoría del reembolso, que no puede quedar exenta de crítica, dados los evidentes problemas prácticos que su aplicación genera.

III. LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO

La exclusión se configura como la facultad de extinguir el vínculo societario con un determinado socio de la sociedad, por decisión de los demás socios que continúan formando parte de ella. De este modo, la exclusión se produce por voluntad de la sociedad y no por la voluntad del socio, por lo que se podría afirmar que no se da en esta figura el carácter tuitivo del socio minoritario que sí encontramos en el derecho de separación.

A diferencia del derecho de separación, en la decisión de exclusión no existe tanto desarrollo doctrinal. Esto es debido a que, tal como detallaremos más adelante, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la fecha de efectos de la exclusión, pudiendo considerarse que existe una jurisprudencia consolidada.

Dadas las similitudes existentes entre la exclusión y el derecho de separación, algunos autores como, por ejemplo, FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁵⁾, consideran que los argumentos esgrimidos en relación con el derecho de separación que ha sido objeto de análisis en el apartado inmediatamente anterior, también son predicables de la exclusión. Por este motivo y en aras de la brevedad, nos remitimos íntegramente a dicho apartado en los aspectos señalados.

No obstante, en el derecho de separación, el proceso de «actos debidos» por parte de la sociedad se inicia con la declaración del socio separado, mientras que en la exclusión comienza con la decisión de la propia sociedad, mediante la adopción del correspondiente acuerdo (o, en su caso, la sentencia firme que declare la validez de la exclusión). La principal diferencia que se puede inferir de lo anterior es que, en este caso, la doctrina de actos propios del socio no sería de aplicación, toda vez que el socio excluido no ha realizado ninguna actuación para desvincularse de la sociedad. Por lo tanto, se podría entender que el socio excluido sí podría acudir a las juntas celebradas con posterioridad a su exclusión, sin incurrir en una actuación contradictoria.

Como ya hemos apuntado, respecto del derecho de exclusión sí que existe una tendencia jurisprudencial marcada desde hace años por nuestro Alto Tribunal, el cual -pese a las referidas similitudes entre ambas figuras y en contra de lo que recientemente ha sostenido respecto de la separación- se inclina hacia la pérdida de la cualidad de socio desde que se adopte el acuerdo de exclusión del socio o, en su caso, desde la sentencia que confirme dicha exclusión.

Nos referimos a las sentencias del Tribunal Supremo números 345/2013, de 27 de mayo y 776/2007, de 9 de julio, en las cuales el Tribunal determina que el socio deja de ostentar dicha condición con la firmeza de la resolución judicial que haga efectiva la exclusión, en caso de que este tuviera una participación significativa en el accionariado de la sociedad¹⁶⁾. En cambio, si el socio no ostenta tal participación significativa en el accionariado de la sociedad (más del 25%), se entiende que la condición de socio la perdería desde que se adopta el acuerdo de exclusión.

Pese a ello, recientemente, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha dictado una resolución en la que ignora la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, sembrando de nuevo la duda sobre el momento de efectividad de la exclusión¹⁷⁾. En contra de esta postura, en el voto particular incluido en las recientes sentencias del Tribunal Supremo números 4/2021, de 15 de enero; 46/2021, de 2 de febrero; y 64/2021, de 9 de febrero; aun cuando su objeto es la determinación de la fecha de efectos del derecho de separación, se argumenta su similitud con la exclusión y se nos recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo acertadamente vincula el momento de efectividad de la exclusión con la efectividad de la firmeza de la correspondiente resolución judicial (cuando deba haberla).

A resultas de lo anterior, pese a las dudas suscitadas por la doctrina y por la mencionada resolución de la Dirección General de Seguridad Pública y Fe Pública, parece que el Tribunal Supremo ha dejado encauzado el camino para determinar que la fecha de efectos de la exclusión es la de adopción del correspondiente acuerdo de la Junta General o, en su caso, la de la firmeza de la sentencia que confirme dicha exclusión.

IV. COMENTARIOS SOBRE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE SEPARACIÓN

El año 2021 ha comenzado con noticias más que reseñables en el ámbito jurisprudencial referentes al derecho de separación. Si bien con anterioridad no disponíamos de ninguna sentencia que se pronunciara directamente sobre la materia, a la fecha de este artículo llevamos nada menos que cuatro sentencias en las que se determina el momento concreto en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercitado el derecho de separación: sentencias del Tribunal Supremo 4/2021, de 15 de enero; 46/2021, de 2 de febrero; 64/2021, de 9 de febrero; y 102/2021, 24 de febrero de 2021; siendo ponente, en las cuatro, el magistrado D. Pedro José Vela Torres.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo es idéntico en las cuatro sentencias referidas, hecho esperable dada la identidad de magistrados de la Sala y la similitud de la cuestión controvertida.

En síntesis, las sentencias acogen la teoría del reembolso, si bien las tres primeras cuentan con un voto particular muy desarrollado del magistrado Juan María Díaz Fraile, que defiende la teoría de la recepción.

Cabe destacar que se tenían altas expectativas respecto de la primera sentencia del Tribunal Supremo que dirime una cuestión tan controvertida durante años como es el momento de efectos del derecho de separación del socio. Sin embargo, el Alto Tribunal ha considerado que un folio y medio y una somera argumentación eran suficientes para pronunciarse acerca del primer motivo de la casación: «*el momento en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercitado el derecho de separación*».

En suma, la mayoría de la Sala no considera que la solución pase por la aplicación del artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, ya que estima que no es extrapolable a las sociedades de capital por las grandes diferencias existentes entre ambos tipos sociales tales como la iliquidez de las participaciones sociales en las sociedades profesionales y la gran importancia que reviste en las sociedades profesionales la prestación accesoria obligatoria de trabajo.

Asimismo, la Sala apoya su interpretación en la corriente doctrinal, que entiende que, mediante la comunicación del socio ejercitando el derecho de separación se activa un procedimiento que la sociedad debe ejecutar como actos debidos y no como condiciones potestativas, sin bastar esa mera comunicación para liquidar la relación societaria, pues, la extinción del vínculo societario precisa que éste se liquide y ello únicamente tiene lugar

cuando se paga al socio el valor de su participación.

Otro punto destacable de estas sentencias es el momento en que se devenga el crédito de reembolso. La Sala determina que lo que se desprende de los artículos 347.1, 348.2 y 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital es que este nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio ejercitando su derecho de separación, coincidiendo con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que destacó la sentencia del mismo Tribunal, número 32/2006, de 23 de enero.

A la luz de estos argumentos, si bien prevalece la teoría del reembolso, sigue habiendo dudas sobre el acierto de la decisión tomada, puesto que en las tres primeras sentencias citadas se pronuncia un voto particular con el que se defiende la teoría de la recepción, sobre la base de un análisis más pormenorizado y argumentado que las sentencias mismas.

En efecto, el magistrado D. Juan María Díaz Fraile consideró necesario pronunciarse en contra del criterio de la mayoría, mediante un voto particular, basándose fundamentalmente en la «*coherencia interna de la doctrina jurisprudencial elaborada hasta ahora*». En este sentido, en el Fundamento Jurídico cuarto, el magistrado que emite el voto particular destaca la *ratio legis* del precepto regulador del derecho de separación y su naturaleza jurídica que, jurisprudencialmente, se ha venido definiendo como un instrumento de defensa del minoritario frente al «*imperio despótico de la mayoría*»¹⁸⁾. En esencia, según su exposición, esta *ratio* es importante para comprender que el elemento temporal de la efectividad del derecho de separación y su proximidad en el tiempo a la declaración de voluntad exteriorizada y comunicada por el socio separado es un elemento esencial de este mecanismo de garantía legal de los minoritarios.

No podemos estar más de acuerdo con esta opinión, si bien, parece que el magistrado que emite el voto particular comentado, al acoger la teoría de la recepción como la *ratio legis* del derecho de separación, no tiene en cuenta que la causa de las dilaciones que perturban el derecho de separación es, precisamente, la lentitud de los procesos judiciales.

Nótese que las situaciones existentes que han subsistido durante años son aquellas conflictivas en las que existen procedimientos judiciales que demoran irrazonablemente el proceso de separación hasta que se resuelven, bien porque se ponga en duda la existencia del derecho de separación o su válido ejercicio por el socio; bien porque se cuestione la valoración de la participación realizada por el experto independiente designado. En consecuencia, no parece del todo acertado que se trate de solventar un problema causado por las dilaciones judiciales mediante pronunciamientos jurisprudenciales que generan situaciones de larga interinidad en las Sociedades.

En el Fundamento Jurídico quinto, el magistrado que emite el voto particular se pronuncia sobre la modificación jurídica que se deriva del derecho de separación. De acuerdo con su tesis, la recepción de la comunicación del socio en la que éste manifiesta su voluntad de separarse, hace nacer en el patrimonio del socio un crédito por el valor razonable de las acciones o participaciones que reemplaza en el patrimonio del socio el lugar que ocupaban sus acciones o participaciones, dada la imposibilidad de que coexistan ambos elementos patrimoniales (crédito y acciones o participaciones).

Parece lógico pensar que no pueden coexistir en el patrimonio de una persona el derecho de crédito al reembolso y las acciones o participaciones sociales que deben reembolsarse. Sin embargo, no se nos explica quién ostentaría, hasta que se pague la correspondiente cuota de liquidación, la titularidad formal de las acciones o participaciones afectadas, dado que no cabe la posibilidad de dejarlas sin titular transitoriamente hasta la fecha de su efectivo reembolso. En este sentido y sólo a modo de ejemplo, en una operación de compraventa de la sociedad, el comprador debería abonar el precio de todas y cada una de las acciones o

participaciones, incluyendo las del socio separado, que seguirían siendo de su titularidad, al menos formalmente y, por tanto, aun habiendo ejercitado el derecho de separación, estaría legitimado a recibir su parte del precio.

En el Fundamento Jurídico sexto, el magistrado que emite el citado voto particular distingue entre la extinción del vínculo societario y la liquidación (parcial) de la sociedad.

A la vista está que nos encontramos frente a dos figuras jurídicas distintas. La primera de ellas centra la controversia que analizamos y, en cuanto a la segunda, resulta pacífico que la liquidación del vínculo societario se perfecciona en el momento del reembolso. Continuando con lo anterior y en defensa de la tesis de que estos dos efectos se producen en distintos momentos, el magistrado hace alusión a algunos autores doctrinales que explican gráficamente esta distinción conceptual entre extinción del vínculo y liquidación del mismo, asimilándolo a la relación propia de un matrimonio que quiere poner fin a su unión, es decir, la sentencia de divorcio que determina la ruptura del matrimonio y la liquidación patrimonial posterior, destacando que las discrepancias que surjan sobre ésta no afectan al momento de la extinción del matrimonio.

A nosotros nos parece que este símil no es extrapolable al ejercicio del derecho de separación, ya que la sentencia de divorcio se pronuncia declarando la disolución del vínculo matrimonial, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, incluidos los patrimoniales; mientras que la sentencia que sanciona el derecho de separación únicamente lo declara procedente e inicia el procedimiento que hemos comentado anteriormente de «actos debidos» por parte de la sociedad, hasta concluir con el reembolso.

Finalmente, en el Fundamento Jurídico séptimo, el magistrado que emite el voto particular que comentamos hace un análisis muy razonable sobre la similitud de las dos figuras de desvinculación del socio: el ejercicio del derecho de separación y la exclusión, cuyo régimen legal básico es común. En este sentido, ya hemos visto que, respecto del derecho de exclusión, al menos jurisprudencialmente, se ha adoptado la teoría de la recepción. Pues bien tal como apunta el magistrado citado, existen múltiples elementos comunes de contacto entre ambas figuras, como así lo refleja el hecho de que estén reguladas bajo el mismo título IX de la Ley de Sociedades de Capital y, sobre todo, que en este Título se contenga el Capítulo III, que establece un régimen común en todo lo relativo al régimen de valoración y reembolso. Con ello, el magistrado entiende que se debería dar una respuesta coordinada en ambos casos sobre el momento en que se pierde la condición de socio, ya que las diferencias entre la exclusión y separación están fundamentalmente en sus causas, pero no en sus efectos.

V. CONCLUSIONES

El momento en que producen efectos el derecho de separación y la exclusión ha sido una de las principales preocupaciones de la doctrina mercantilista, por sus graves consecuencias, dado que genera desconcierto tanto para el socio separado o excluido como para la sociedad no poder determinar cuál es el estatus de un socio separado o excluido y actuar en consecuencia.

A lo largo de este artículo hemos expuesto las dos corrientes doctrinales principales: la teoría de la recepción y la teoría del reembolso. Si bien no había ninguna que predominase doctrinalmente en cuanto al derecho de separación, las recientes sentencias del Tribunal Supremo inclinan la balanza a favor de la tesis del reembolso.

En nuestra opinión, al hilo del voto particular comentado, siendo imperfectas ambas soluciones, la consistente en acoger la teoría del reembolso, es peor, por las incertidumbres que genera respecto a la situación del socio separado, durante el periodo que media desde que el socio se separa hasta que se le reembolsan sus aportaciones.

Acorde con lo anteriormente expuesto, el socio separado debería seguir acudiendo a las juntas generales que se celebren hasta la liquidación de su cuota, dado que hasta entonces seguiría ostentando la condición de socio y, conforme el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital, mantendrá todos los derechos inherentes a dicha cualidad, aunque se sostenga, sin apoyo normativo diferente de la genérica prohibición del abuso de derecho, que tales derechos de socio deberán ejercitarse al solo objeto de proteger el correspondiente crédito de reembolso. Se deja para la casuística y el sentido común determinar el derecho del socio al dividendo, su derecho de adquisición preferente, su derecho de preferente asunción o suscripción, su derecho a transmitir las acciones o participaciones afectadas, etc.

En cuanto al derecho de exclusión, hemos observado que ya existía una línea jurisprudencial cristalina, en la cual se acoge el criterio de que el socio deja de ostentar dicha condición con el acuerdo de exclusión o, en su caso, la sentencia firme que haga efectiva dicha exclusión por lo que, en este caso, el socio ya no podría acudir a las juntas que se celebran a partir de ese momento, ni gozaría de derecho alguno de socio distinto del crédito de reembolso.

Nos parece que esta solución –que el Tribunal Supremo no ha explicado suficientemente por qué es buena para los supuestos de exclusión, pero no para los de separación– es mucho más práctica que acoger la tesis del reembolso, ya que tiene la virtud de evitar prolongar una situación de problemática interinidad.

Por todo lo anteriormente expuesto –dado que pese a haber ya una clara línea jurisprudencial respecto de la fecha de efectos y las consecuencias que se derivan de ambas decisiones, su sentido es contradictorio– resulta ciertamente criticable la pasividad del legislador para colmar una laguna que ha suscitado tantas dudas en la doctrina desde su introducción en la Ley de Sociedades de Capital y cuya necesidad de regulación ha quedado sobradamente patente.

Es cierto que las recientes sentencias del Tribunal Supremo arrojan algo más de luz sobre esta cuestión, pero, creemos que también lo es que su aplicación –en situaciones litigiosas de larga duración– genera más problemas de los que resuelve y, por lo tanto, aún queda un largo y sinuoso camino por recorrer para contestar todas las preguntas que desde hace décadas se vienen planteando al respecto.

FOOTNOTES

1

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. «*Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*», *Anuario de derecho civil*, 1963, pp. 465-670: «*Un ordenamiento no puede quedar reducido a las meras normas legales, sino que hay que acometer una labor detenida de investigación y análisis crítico para obtener, depurados y elaborados, unos criterios básicos de interpretación, utilizables tanto para entender como para aplicar todo el sistema jurídico*».

2

En la práctica, la asistencia «*ad cautelam*» podría prolongarse durante años. Véase, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.^a) número 310/2015, de 16 de abril, en

la que se resuelve la impugnación de la valoración de las participaciones sociales del socio cuya separación se instó a causa de unos acuerdos adoptados el 25 de julio del año 2000. Desde ese momento y hasta la resolución de la sentencia esto es, durante quince años, el socio separado acudía y participaba en todas las juntas «*ad cautelam*», incluso percibía dividendos «*en carácter compensatorio de la futura cuota liquidatoria*».

3

A este respecto, en la Sentencia del Tribunal Supremo número 32/2006, de 23 de enero de 2006, se sostiene que el derecho de separación es un derecho potestativo pleno, no un derecho en formación ni una expectativa de derecho, que no queda condicionado a la aprobación de la sociedad o a la ratificación ulterior del acuerdo social. De la misma forma se pronuncia BRENES, Josefa, en su obra «*¿En qué momentos se consolida el derecho de separación del socio en una SRL?*». Revista Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 715/2006. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2006: «*Por lo que respecta a la forma de la comunicación de la voluntad de separarse resulta comúnmente admitido entre la doctrina que se trata de una declaración unilateral y recepticia, que no necesita aceptación por parte de la sociedad, sino que surte los efectos que le son propios desde el momento en que llega a conocimiento de esta última (vid. entre otros, MOTOS GUIRAO, “La separación voluntaria...”, cit., p. 122; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El cambio de objeto social...”, cit., p. 179; BRENES CORTÉS, El derecho de separación del accionista, cit., p. 442; FAJARDO GARCÍA, El derecho de separación del socio..., cit., p. 77; BONARDELL LENZANO, “Separación y exclusión...”, cit., p. 804; AGUILERA RAMOS, “El derecho de separación...”, cit., pp. 1012 y 1014; MARTÍNEZ SANZ, La separación del socio..., cit., pp. 140 y 141). Así pues, esta caracterización determina que la compañía se encuentra obligada a reconocerlo sin más juicio que el derivado del cumplimiento de los presupuestos formales*».

4

En la Sentencia del Tribunal Supremo número 32/2006, de 23 de enero de 2006, se destaca que las disposiciones legales sobre el derecho de separación establecen verdaderas obligaciones para los administradores de la sociedad y no para el socio que ejercita su derecho de separación. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de A Coruña, en su Sentencia número 12/2018, de 15 de enero de 2018.

5

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de junio de 2019, para defender la tesis de la recepción, se sostiene que «*El derecho de separación, una vez ejercitado, no puede quedar al arbitrio ni de la sociedad ni del socio que lo ejercita ni de los demás socios*».

Asimismo, en la Sentencia 77/2018 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 9, de 1 de marzo de 2018, se establece que «*Tanto la SJM de San Sebastián de 30 de marzo de 2015 como la SJM n.º 9 de Barcelona, de 25 de septiembre de 2013 coinciden en que tal derecho de separación deberá ejercitarse por escrito, por cualquiera de los medios que acrediten su recepción y contenido, y dirigirlo a la sociedad, produciendo efectos desde el momento de la recepción, sin que se requiera la aceptación. Esta última resolución precisa, además, que una vez ejercitado el derecho de*

separación, es irrevocable lo cual no significa que el socio pierda en ese momento tal condición y los derechos que le son inherentes sino en el momento en el que la sociedad le pague el valor razonable de sus acciones o participaciones sociales».

6

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. «*La eficacia de la separación y exclusión de socios*», 3 de noviembre de 2020, <https://almacenederecho.org/la-eficacia-de-la-separacion-y-exclusion-de-socios>. En este artículo, Fernández del Pozo argumenta que el carácter recepticio del derecho de separación es defendido por autores como Aguilera, Farrando, Fernández de Córdova, Claros o Rojí, entre otros. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial número 4 de A Coruña 11/2018, de 15 de enero; 12/2018, de 15 de enero; y 113/2018, de 28 de marzo, abordan el debate sobre cuándo se pierde la condición de socio y llegan a la conclusión de que la separación ex artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se configura, en realidad, como una declaración de voluntad recepticia, lo que significa que será eficaz desde que se produzca la notificación a la sociedad: «*Determinado éste y notificado a la sociedad, por la misma se cuestionó tal valoración, pero ello no significa que la demandante conserve la condición de socio que lo convierta, por su porcentaje en el capital social, en persona especialmente vinculada con la concursada. De lo que realmente es titular, una vez ejercitado su derecho de separación, es de un crédito al reembolso del art. 356 de la LSC, que ya ha sido legalmente cuantificado, si bien hallándose su importe pendiente de impugnación, y no de un derecho de crédito a participar en los beneficios sociales vía art. 93 a) LSC, que no son compatibles*».

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia número 1176/2019, de 20 de junio de 2019, en la que estima más razonable considerar la fecha de efectos en el momento de su ejercicio, una vez es conocido por parte de la sociedad.

7

Sin embargo, el magistrado MUÑOZ PAREDES, Alfonso, en «*¿Cuándo dejo de ser socio si me separo?*», 14 de marzo de 2018, <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/sociedades/blog-affectio-societatis/cuando-dejo-de-ser-socio-si-me-separo-2018-03-14/>, muestra su oposición sobre este punto, ya que considera que su adopción supondría trasladar la efectividad de la separación a la sociedad, pudiendo ello dar pie a una actividad fraudulenta para negar el pago que le corresponde al socio separado. En consecuencia, según el citado autor, parece sin duda más garantista para los derechos del socio atender a un dato objetivo, como es el conocimiento por la sociedad de su voluntad de separarse.

8

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. «*Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*», *Anuario de derecho civil*, 1963, pp. 465-670. Díez-Picazo y Ponce de León fundamenta la doctrina de los actos propios como la frustración de un resultado conforme al estricto derecho civil, pero contrario a la equidad y a la buena fe, y el mecanismo utilizado consistía en conceder una «*exemptio*» frente a una «*actio*» civilmente fundada. Si bien este principio general del derecho no es sostenible de manera autónoma, es factible como derivación imprescindible e inminente del principio de

buena fe.

9

FARRANDO, Ignacio. «*El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*», Madrid: Civitas, 1998, pp. 158-159.

10

Esta misma postura es la defendida en la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 4 de junio de 2020, a lo que se añade que «*no cabe el ejercicio de otras facultades que la ley vincula a socios cuya afección social es incólume. Resulta del todo incongruente ejercer el derecho de desvinculación y pretender ejercer los derechos inherentes al socio vinculado*».

11

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. «*La eficacia de la separación y exclusión de socios*», 3 de noviembre de 2020, <https://almacenederecho.org/la-eficacia-de-la-separacion-y-exclusion-de-socios>. Véase también BRENES, Josefa en su obra «*¿En qué momentos se consolida el derecho de separación del socio en una SRL?*» Revista Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 715/2006. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2006, quien a su vez cita a BONARDELL LENZANO, «*Separación y exclusión...*», cit., p. 826, quien defiende que el socio separado ostenta un derecho de crédito pendiente de liquidación. En el mismo sentido, FAJARDO GARCÍA, *El derecho de separación del socio...*, cit., p. 80 y MARTÍNEZ SANZ, *La separación del socio...*, cit., p. 144.

12

CERDÁ, Fernando. «*El derecho de separación por falta de distribución de dividendos en los tiempos de la covid-19*».

13

PEINADO, Juan Ignacio, argumento expuesto en la ponencia Jornada Cátedra Garrigues - «*La STS de 15 de enero de 2021 sobre derecho de separación y calificación concursal del crédito del socio que se separa*».

14

Rojí, Jose María, argumento expuesto en la ponencia Jornada Cátedra Garrigues - «*La STS de 15 de enero de 2021 sobre derecho de separación y calificación concursal del crédito del socio que se separa*».

15

16

Sentencia del Tribunal Supremo número 345/2013, de 27 de mayo: *«Este carácter constitutivo de la resolución judicial no sólo debe determinar, como declaramos en aquella ocasión, que pueda ejercitar los derechos de socio hasta que se haga efectiva la exclusión con la firmeza de la resolución judicial, sino que la valoración de sus participaciones ha de referirse a ese momento, en que deja de ser socio. [...] En estos casos, en la reseñada sentencia de 776/2007, de 9 de julio (RJ 2007, 4960), expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia. Resulta una lógica consecuencia de lo anterior, que el valor razonable de las participaciones del socio excluido se refiera al momento en que deja de serlo, que coincide con la firmeza de la sentencia».*

17

En la resolución de 5 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, se determina que *«no puede entenderse que desde que la exclusión del socio ha sido confirmada por sentencia firme el socio haya quedado automáticamente convertido en un mero acreedor de la sociedad por la cuota de liquidación, pues tal efecto sólo se produce en el momento en que comienza el pago de dicha cuota liquidativa. [...] Por otro lado, la culminación del procedimiento de exclusión no queda al arbitrio del socio excluido, pues el artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital atiende también a los intereses de la sociedad, pues en caso de que aquel no reciba la cantidad correspondiente a su cuota de liquidación puede quedar liberada de su obligación de pago mediante la consignación de dicha en una entidad de crédito en la forma establecido en dicha norma».*

18

Sentencia del Tribunal Supremo número 873/2011, de 7 de diciembre.