

Trabajo Fin de Grado

La pérdida del *status socii* y la posibilidad de
enervar la eficacia de la declaración de separación

Autor

Daniel Híjar Gistas

Directora

María Gállego Lanau

Facultad de Derecho

2021

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
1.	Objeto del trabajo.....	5
2.	Justificación del interés del tema escogido	5
3.	Metodología.....	6
II.	CUESTIONES PREVIAS.....	6
1.	Fundamento del derecho de separación.....	6
2.	Caracterización jurídica de la separación del socio.....	8
III.	REQUISITOS MATERIALES: CAUSAS DE SEPARACIÓN.....	10
1.	Causas reguladas en la Ley de Sociedades de Capital.....	10
2.	Causas reguladas en la Ley de Modificaciones estructurales	12
3.	Causas estatutarias	12
IV.	REQUISITOS FORMALES: PLAZO Y FORMA.....	13
V.	EFICACIA DE LA SEPARACIÓN.....	14
1.	Introducción.....	14
2.	Tesis de la comunicación y de la recepción.....	15
2.1	Breve explicación de las dos tesis.....	15
2.2	Argumentos esgrimidos para defender la tesis de la recepción.....	18
2.2.1	El artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales.....	18
2.2.2	Nacimiento del derecho de crédito y Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019...	19
2.2.3	Naturaleza del derecho de separación.....	20
2.2.4	Concurrencia en un mismo patrimonio de acciones y el derecho de crédito por la venta de dichas acciones.....	20
2.2.5	Inescindibilidad de las acciones y los derechos del socio.....	21
2.2.6	Elemento temporal del derecho de separación.....	22
2.2.7	Aplicación analógica de jurisprudencia de la exclusión del socio.....	23
3.	Tesis del reembolso.....	24
3.1	Breve explicación de la tesis del reembolso.....	24
3.2	Argumentos esgrimidos para defender la tesis del reembolso.....	25
3.2.1	El proyectado Código de Sociedades Mercantiles de 2002 y el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014.....	25
3.2.2	Protección del socio minoritario.....	26

4. Oportunidad de colmar la laguna sobre la eficacia del derecho de separación con la transposición de la Directiva 2019/2121.....	19
VI. POSIBILIDAD DE ENERVAR LA EJECUCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE SEPARACIÓN.....	31
1. Concepto y especial vinculación con el art. 348 Bis LSC.....	31
2. Argumentos a favor y en contra de enervar la eficacia de la declaración de separación en función del momento en el que se produce la pérdida de la condición del socio.....	31
2.1 Argumentos a favor de la posibilidad de enervar la ejecución de la separación.....	31
2.2 Argumentos en contra de la posibilidad de enervar la ejecución de la separación.....	33
3. Posibilidad de enervar la eficacia de la declaración de separación si se aprecia un ejercicio abusivo.....	34
VII. CONCLUSIONES.....	36
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	38

LISTADO ABREVIATURAS

Art./arts: Artículo/artículos

BOE: Boletín Oficial del Estado

Cc: Código Civil

RD: Real Decreto

ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

LME: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

LSP: Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales

LSLyP: Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

1. Objeto del trabajo

El objeto de este trabajo va a ser reflexionar sobre la eficacia del derecho de separación, en concreto sobre el momento exacto en el que, una vez emitida la declaración de separación, el socio de tener dicha condición, y por tanto pierde los derechos y deberes inherentes a esta posición jurídica.

El derecho de separación del socio es un instrumento de protección del socio minoritario discrepante, que le permite abandonar una sociedad cuando la mayoría toma decisiones esenciales sobre la marcha de la sociedad sin su conformidad. Sin embargo, esta institución no está regulada correctamente, pues no se dice nada en la legislación respecto a la pérdida del *status socii* tras ejercer el derecho de separación.

Por ello la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas en esta cuestión, que desde luego tiene gran importancia, pues determinar el momento en el que se pierde el *status socii* tiene efectos sobre la posición jurídica del socio a lo largo de este proceso de separación. En este trabajo expondré los principales argumentos en los que se apoyan las diferentes tesis y también mi punto de vista, en el que me decantaré por una de ellas.

Además, como cuestiones relacionadas con la eficacia de la separación y que encuentro de gran interés, se incluyen en el trabajo otros aspectos del derecho de separación: por una parte, la posibilidad de enervar la ejecución de la declaración de separación; y, por otra parte, una reflexión sobre el ejercicio abusivo del derecho de separación y su relación con el deber de lealtad a la sociedad y de buena fe.

2. Justificación del interés del tema escogido

Determinar en qué momento se pierde la condición de socio tiene importantes efectos para la sociedad y para el socio que se desvincula de ella. Pese a la importancia de esto, nada se dice ni en la Ley de Sociedades de Capital ni en ningún otro lugar del ordenamiento jurídico.

Además, es una materia de actualidad, pues hasta enero de 2021 el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre este aspecto del derecho de separación, lo que había causado

un caos jurisprudencial en las Audiencias Provinciales, que respondían de diferentes maneras a la pregunta de cuándo se pierde el *status socii*.

Por tanto, creo que, a pesar de la complejidad de este tema, es necesario abordar esta laguna jurídica de nuestro ordenamiento y ofrecer una respuesta personal.

3. Metodología

La metodología de este Trabajo de Fin de Grado se ha basado en la lectura, análisis e interpretación bibliográfica. Para ello, he estudiado las principales obras sobre el derecho de separación en España, tanto desde una perspectiva del derecho de separación en general como de la eficacia de la separación en particular, y sobre todo he analizado los autores más importantes de las dos principales teorías que hay al respecto de la eficacia de la separación. Además, también he leído la reciente jurisprudencia al respecto, lo que me ayudó a asentar los conocimientos que había adquirido tras la lectura de las obras doctrinales.

Una vez finalizada esta tarea, me dispuse a elaborar los diferentes apartados que componen este trabajo, y por último redactar las conclusiones a las que he llegado.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. Fundamento del derecho de separación

El contrato de sociedad es un contrato plurilateral y especial en el que la principal obligación de los socios es efectuar sus aportaciones para formar un patrimonio conjunto destinado a la realización de una actividad que sirve de objeto a dicha sociedad. Una vez efectuadas las aportaciones al capital social, en principio, los socios no pueden desistir del contrato de sociedad y pedir la restitución de lo aportado, pues significaría dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de uno de los contratantes, lo que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 1256 Cc¹.

Sin embargo, de este contrato de sociedad surge una persona jurídica con vocación de permanencia en el tiempo. Esto supone que debe reconocerse un derecho al socio que le faculte para desistir unilateralmente del contrato, en consonancia con el principio general

¹ TORRES RUIZ, J. “La separación del socio por justa causa” en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, González Fernández, M.ª B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 790.

del derecho según el cual en los contratos que no poseen una duración determinada, nadie puede quedar obligado de forma indefinida. Además, se considera justo que cuando la confianza se frustra, se admita la posibilidad de poner fin a la relación de manera unilateral². De este conflicto de intereses surge lo que el Tribunal Supremo define como “un derecho potestativo cancelatorio concedido a todos los socios, a fin de que puedan poner término al vínculo societario; [...] Se trata pues de una denuncia libre, que tiene su fundamento en la inadmisibilidad de las vinculaciones perpetuas, incompatibles con la libertad personal ”³.

El derecho de separación, instituto sobre el que versa este trabajo, es un derecho que puede ser reconocido legalmente o de manera convencional que faculta al socio para que, si se cumplen determinadas circunstancias, abandone de manera voluntaria y unilateral la sociedad que pertenece, sin provocar la disolución de esta⁴.

El contrato de sociedad en cuyo marco se encuentra este derecho, funciona mediante la mecánica de adopción de acuerdos sociales, que se pueden aprobar con el voto de la mayoría. Existen argumentos de peso que justifican que la regla de la mayoría sea la utilizada para la toma de decisiones en las sociedades de capital, que se resumirían en razones operativas (sería ineficiente que un único socio pudiera obstaculizar la toma de decisiones positivas para la sociedad) y en razones de desincentivar motivaciones perversas⁵, es decir, otorgar un derecho de veto a un único socio favorecería la existencia de situaciones que pueden atentar contra el interés social. Sin embargo, la toma de decisiones por mayoría y no por unanimidad provoca la existencia de supuestos en los que se tomen decisiones de gran importancia a pesar de la oposición de la minoría.

Es necesario, por tanto, y es este el fundamento del derecho de separación, un derecho del socio minoritario discrepante, que de otra manera se vería atado a una sociedad dirigida por la dictadura de la mayoría y que se dirige en contra de sus intereses. Tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en que es un instrumento jurídico que permite al

² DÍEZ PIAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, Editorial Civitas. Madrid, 1996, pp. 905-907.

³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 17 de febrero de 1993 (Roj: STS 19864/1993 - ECLI:ES:TS:1993:19864).

⁴ BRENES CORTÉS, J. *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 26.

⁵ FARRANDO MIGUEL, I., *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, 1998. p. 54

socio apartarse de la sociedad ante modificaciones estatutarias estructurales o ante decisiones esenciales de la sociedad que no cuentan con su conformidad.

Si aparecen los requisitos necesarios para que surja este derecho, el ejercicio de este derecho está supeditado a la voluntad del socio discrepante exclusivamente. Este derecho es, por tanto, inderogable, pues se entiende que la tutela de este socio minoritario es una razón de orden público.

2. Caracterización jurídica de la separación del socio

Con la declaración de separación del socio se abre un proceso que terminará con el reembolso de la cuota que le corresponde del haber social, y que finalizará con la extinción del puesto de socio, no sin antes haber amortizado su cuota social y consiguiente reducción del capital social. De esta manera, la doctrina entiende el ejercicio de este derecho como una suerte de liquidación parcial de la sociedad.

Así las cosas, según Brenes Cortés los elementos configuradores del derecho de separación, que delimitan este instituto y lo diferencian de otras figuras jurídicas similares, son tres: 1) separación voluntaria y unilateral de la sociedad; 2) subsistencia de la sociedad; 3) extinción del “puesto” de socio y reducción del capital social.

El primer elemento, la separación sujeta a la voluntad unilateral del socio discrepante, es una nota característica de este derecho, que diferencia el derecho de separación del socio de otras figuras como podría ser la exclusión forzosa del accionista, por ejemplo.

Desde la notificación del ejercicio del derecho de separación, surge un derecho adquirido por el socio, que culminará con el reembolso de su capital social. Las actuaciones posteriores son actos debidos por la sociedad. Se entiende por tanto que una vez ejercitado en forma y de manera tempestiva el derecho de separación, se generan auténticos deberes de la sociedad, sin la dependencia de un suceso exterior (art. 1113 Cc) ni mucho menos de la voluntad de la compañía o de sus administradores, pues esto generaría un derecho ilusorio por parte del socio⁶. En definitiva, la separación no necesita para producir los efectos que le son propios de la aceptación de la sociedad, ni expresa ni tácitamente.

⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La eficacia de la separación y exclusión de socios”, *Blog jurídico El almacén de derecho*, 3 de noviembre de 2020, accesible en <https://almacenederecho.org/la-eficacia-de-la-separacion-y-exclusion-de-socios>

Para los juristas que se posicionan a favor de la tesis de la notificación⁷ o de la recepción⁸, este momento será en el que el sujeto emisor de la declaración de separación dejará de ser socio de la empresa. En posteriores capítulos de este trabajo se describirán los argumentos a favor y en contra de esta posición, así como los argumentos a favor y en contra de las otras posiciones que existen.

El segundo elemento configurador de la separación del accionista es la subsistencia de la sociedad de la que se separa. El ejercicio del derecho de separación no supone la extinción de la persona jurídica ni el cese de las actividades que constituyen el objeto social de esta. Por esto, se afirma comúnmente que este instituto satisface tanto el interés del socio como el interés de la propia sociedad, pues halla en el derecho de separación una solución que permite a la sociedad asegurar su continuidad.

El tercer y último elemento configurador es la extinción del “puesto” de socio mediante la restitución de la inversión aportada. En definitiva, el último elemento que caracteriza este derecho es, lógicamente, el objetivo perseguido por el socio cuando emite la declaración de separación, es decir, la efectiva separación mediante el reembolso de su parte del capital social. Este elemento permite diferenciar el derecho de separación de otros negocios jurídicos como la mera sustitución de su puesto mediante la transmisión de las acciones o participaciones sociales.

La sociedad deberá enfrentarse a un proceso de reducción de capital o deberá adquirir la titularidad de las acciones o participaciones en régimen de autocartera, siguiendo el régimen de los artículos 358 y 359 LSC, respectivamente.

Existen diversos métodos regulados por el ordenamiento para la valoración de las acciones o participaciones cuyo titular se separa. El primer método atiende a la voluntad de las partes, es decir, al valor razonable acordado entre el titular de las acciones o participaciones y la sociedad. Si esto no fuera posible, el valor razonable será fijado por la persona o personas que las partes elijan de común acuerdo. Si tampoco se pusieran de acuerdo en quién debe fijar el valor, esta persona que fijará el valor razonable de las acciones o participaciones será designada por el Registrador Mercantil del domicilio social, a solicitud de cualquiera de ambas partes. Sin embargo, si la sociedad es cotizada,

⁷ La tesis de la notificación es aquella posición defendida por los autores que argumentan que el momento de la separación del socio es cuando realiza la notificación a la sociedad.

⁸ Por otra parte, los autores de la tesis de la recepción entienden que el socio se separa cuando la sociedad recibe dicha declaración de separación.

el valor que deberá ser reembolsado es el precio medio de cotización del último trimestre, por lo que en estos casos se reduce la discrecionalidad.

El reembolso deberá ser realizado en el plazo de dos meses, siendo el *dies a quo* el del informe de valoración (art. 356.1 LSC), debiéndose consignar la cantidad reembolsada si el socio no la reclamase.

III. REQUISITOS MATERIALES: CAUSAS DE SEPARACIÓN

Ya hemos dejado claro que el derecho de separación surge ante determinadas decisiones tomadas por la mayoría, contrarias al interés del socio minoritario. Ahora es necesario enumerar las causas que facultan al socio a separarse.

1. Causas reguladas en la Ley de Sociedades de Capital

El primer grupo de causas de separación se encuentran recogidos en el Capítulo 1 del Título IX de la Ley de Sociedades de capital, concretamente en los artículos 346 y 348 bis de este cuerpo legal.

En primer lugar, el ordenamiento jurídico mercantil faculta al socio a separarse cuando no hubiere votado a favor del acuerdo por el que se sustituya o modifique sustancialmente el objeto social (art 346.1.a) LSC). En palabras del Tribunal Supremo, este precepto se debe aplicar en supuestos en los que la sociedad introduzca en su objeto social realidades económico-jurídicas distintas a las que poseía hasta entonces, pero no sería aplicable en supuestos de mera concreción de las actividades que venía realizando o en supuestos que el objeto social no sea trascendente ⁹.

Continuando con las causas legales recogidas en la Ley de Sociedades de Capital, el art. 346.1.b) LSC permite al socio separarse cuando no hubiere votado a favor del acuerdo que establezca la prórroga de la sociedad. Además, también podrá separarse cuando no hubiere votado a favor del acuerdo de reactivación de la sociedad (art. 346.1.c) LSC) y cuando se creen, se modifiquen o se extingan anticipadamente la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 346.1.d LSC). Esta última causa se puede eliminar por vía estatutaria.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 30 de junio de 2010 (STS 3538/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3538)

Además, existe un supuesto regulado en el art. 346.2 LSC que solo es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. Esta causa se establece para los casos en que se modifique el régimen de transmisión de las participaciones sociales.

Por último, la Ley 25/2011¹⁰ introdujo una nueva causa de separación, creándose de esta manera el art. 348 bis LSC, que regula el controvertido derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. Este artículo establece que si a partir del quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, no se han distribuido por lo menos el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles, siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores, el socio que hubiera hecho constar en acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos repartidos tendrá derecho a separarse.

Sin embargo, aunque se den los requisitos anteriores, no podrá ejercerse este derecho cuando el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivalga, al menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles en el referido periodo.

Esta causa de separación es susceptible de ser eliminada por vía estatutaria, mediante acuerdo que cuente con el consentimiento de todos los socios, o mediante acuerdo que faculte al socio que discrepe de la eliminación de esta causa a separarse. Además, este artículo no se aplica en determinadas sociedades en base al apartado 5 del artículo 348 bis LSC, la Disposición Adicional 11ª LSC en su redacción dada por el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, y el art. 16.12 LSLyP¹¹.

También debe tenerse en cuenta que, a consecuencia de la pandemia generada por la COVID-19, el legislador suspendió el derecho de separación de los socios hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 40.8 RD-Ley 8/2020 según redacción dada por el RD-Ley

¹⁰ Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas

¹¹ En concreto, el art. 348 bis LSC no se aplica a las sociedades cotizadas, a las sociedades en concurso o precurso, o las sociedades anónimas deportivas (art. 348 bis. 5 LSC); tampoco se aplica a las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades de pago, las entidades de dinero electrónico, las sociedades financieras de cartera y sociedades de cartera mixtas definidas en el Reglamento (UE) 575/2013, las sociedades financieras de cartera definidas en el art. 34 del Real Decreto 309/2020 y las sociedades mixtas de cartera definidas en el Reglamento (UE) 575/2013; por último, no tienen reconocido este derecho los socios trabajadores de las sociedades laborales (art. 16.2 LSLyP).

25/2020) para no agravar la situación actual de muchas sociedades, permitiéndoles la retención del dividendo¹². Además, se prohibió que las sociedades con 50 o más trabajadores acogidos a un ERTE repartiesen dividendos, pese a haber obtenido beneficios, añadiendo que a efectos del cómputo de los “tres ejercicios anteriores con beneficios” del art. 348 bis.1 LSC, no se tomaría en consideración este ejercicio (RD-Ley 18/2020 y RD-Ley 24/2020).

2. Causas reguladas en la Ley de Modificaciones Estructurales.

El artículo 346.3 de la LSC establece que en supuestos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación, y nos remite a la regulación que al respecto se establezca en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME).

Si nos dirigimos a la LME, observamos que hay tres supuestos en los que se confiere al socio este derecho de separación. Por una parte, tenemos el caso de que un socio no vote a favor del acuerdo que apruebe la transformación de una sociedad (art.15 LME). Por otra parte, también se reconoce este derecho a separarse a los que votaron en contra (ya no es a los que no votaron a favor) del acuerdo de fusión transfronteriza con domicilio resultante en un Estado Miembro de la Unión Europea distinto de España (art. 62 LME) o del acuerdo de traslado de domicilio social al extranjero (art. 99 LME).

3. Causas estatutarias

El artículo 347 de la LSC establece que se pueden introducir nuevas causas de separación en los estatutos. La inclusión de estas causas estatutarias requiere unanimidad, es decir, el consentimiento de todos los socios.

Un sector de la doctrina admite la inclusión de una causa de separación por justos motivos¹³. Otros autores han defendido incluso la inclusión de una causa de separación *ad nutum*, si bien es un sector minoritario de la doctrina¹⁴. Sin embargo, otros autores

¹² No es la primera vez que se suspende la aplicación de este precepto. Debido a la difícil situación que atravesaban las sociedades españolas en el momento de su aprobación, sur suspendido desde junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014, prorrogándose posteriormente esta suspensión hasta el 31 de diciembre de 2016.

¹³ En este sentido, MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Entre el abuso de la mayoría y el de la minoría en la política de distribución de dividendos: a propósito del nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 55, 2019, soporte electrónico

¹⁴ A favor de estas causas de separación *ad nutum*, FARRANDO MIGUEL, I., *El derecho de separación del socio... op. cit.*, p. 81

entienden que no serán admisibles causas de separación que no obedezcan a motivos graves o cualificados, dada la trascendencia que el derecho de separación tiene para la conservación de la sociedad¹⁵.

IV. REQUISITOS FORMALES: PLAZO Y FORMA

El ejercicio del derecho de separación en las sociedades de capital se ejerce tal y como regula el art. 348 LSC y los arts. 205 y 206 del Reglamento del Registro Mercantil.

El acuerdo del que nazca el derecho de separación debe publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, aunque este requisito puede ser sustituido por una comunicación por escrito a los socios que no votaron a favor en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas en las que todas sus acciones sean nominativas. El plazo regulado para el ejercicio de este derecho en el art. 348 LSC es de un mes desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.

En el caso del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, el plazo para ejercitar este derecho es de un mes desde la junta general ordinaria de socios cuya celebración hubiera originado este derecho, y este ejercicio deberá consistir en una declaración dirigida al órgano de administración de la sociedad.

Por otra parte, si la causa de separación es una causa introducida por vía estatutaria, el plazo y forma habrá debido ser regulado cuando se modificaron los estatutos para regular esta causa, así que tendremos que atenernos en este caso a los propios estatutos para el ejercicio de la separación.

Como método de garantía de este derecho se optó por supeditar la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo que origina el derecho de separación a unas determinadas exigencias. De esta manera, el acuerdo no será inscrito a no ser que incluya: o la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación en el plazo pertinente; o que la sociedad ha procedido bien a una reducción de capital, bien a adquirir las participaciones sociales o acciones de los socios que han ejercitado el derecho de separación en autocartera.

¹⁵ ALONSO LEDESMA, C., “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios” en *Revista de Derecho mercantil*, n° 287, 2013, págs. 89-128.

V. EFICACIA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

1. Introducción

El principal objeto de este trabajo no es sino un intento de colmar la mayor laguna jurídica relativa a este instituto: ¿cuándo podemos entender que un socio pierde dicha condición tras su declaración de separación? Nada se dice en nuestro ordenamiento jurídico respecto al exacto momento en el que se pierde el *status socii* en la separación de las sociedades de capital. Sin embargo, determinar este momento es de gran importancia.

En primer lugar, es importante determinar cuál es la posición del socio en el proceso que empieza con la emisión de la declaración de separación y que finaliza con el reembolso de su parte del capital social. ¿Es un mero acreedor de la sociedad, que todavía le debe el valor de sus acciones o participaciones? ¿Sigue siendo socio hasta que finaliza todo este proceso, con el conjunto de derechos que lleva aparejada esta condición?

Además, determinar el momento de la eficacia de este derecho tiene importancia para otra serie de cuestiones: ¿tiene derecho a seguir asistiendo a las juntas? ¿tiene derecho de impugnación de los acuerdos? ¿debe cobrar dividendos, de acordarse la distribución de estos?

Por otra parte, en caso de que la sociedad entre en concurso o proceda a la disolución, la naturaleza del crédito que posee el socio separado varía según el momento que entendamos que pierde su condición de socio.

Según la posición que adoptemos respecto a la pregunta de cuál es el momento en que se pierde el *status socii*, responderemos de una manera u otra a todas estas cuestiones.

Por resumir, tres son las tesis desarrolladas por la doctrina, que en realidad se podrían agrupar en dos: tesis de la comunicación o y tesis de la recepción, por un lado, y tesis del reembolso por otro.

2. Tesis de la comunicación y tesis de la recepción

2.1 Breve explicación de las dos tesis

Los autores que se sitúan a favor de la tesis de la comunicación defienden que la condición de socio se pierde en el momento en el que este emite la declaración que incluye su voluntad de separarse.

Sin embargo, el sector doctrinal que apoya la corriente de la tesis de la recepción entiende que esta condición no se pierde hasta que la sociedad reciba dicha declaración.

Me parece apropiado sintetizar estas dos posiciones en una sola, pues la proximidad temporal que existe entre la comunicación de la declaración y la recepción de esta hace que las dos posiciones tengan un fundamento parecido y compartan consecuencias a efectos generales, aunque con matices. En este trabajo, hablaré de la tesis de la recepción como principal contraargumento a la tesis del reembolso, sin perjuicio de mencionar a la tesis de la comunicación si considero necesario establecer algún matiz o apunte.

Importantes autores han respaldado la tesis de la recepción en la doctrina mercantilista española (Farrando, Rodas¹⁶, Alfaro Aguila-Real¹⁷). Sin ir más lejos, Farrando afirma taxativamente, sin ningún atisbo de duda, que “la fecha en la que la sociedad recibe la declaración de separación también determina el momento en que, sin perjuicio de la revocación a la que antes hacíamos referencia, el socio pierde esta condición y por tanto no podrá ejercer los derechos inherentes a la misma¹⁸. Argumenta Farrando, con gran claridad, que resulta ilógico hacer participar en la vida social (asistencia a juntas, voto, entre otros) y en la vida económica (reparto de dividendos, por ejemplo) a quién ha manifestado su voluntad de desvincularse de la sociedad, ejerciendo legítimamente un derecho a la separación reconocido legal o estatutariamente.

Esta tesis simplifica, desde mi punto de vista, el proceso de separación, pues no existe prácticamente un lapso temporal relevante (en la tesis de la comunicación directamente no hay lapso temporal) en el que el socio se encuentre en una situación intermedia, una

¹⁶ RODAS PAREDES, P., “*La separación del socio en la Ley de sociedades de Capital*”, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 114.

¹⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., ¿Cuándo deja de ser socio un socio que se separa?, *Blog Derecho Mercantil España*, 18 de enero de 2021, accesible en <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/2021/01/cuando-deja-de-ser-socio-un-socio-que.html> [consultado el 23/01/2021].

¹⁸ FARRANDO MIGUEL, I., *El derecho de separación del socio...op. cit.*, p. 157.

situación en la que siga siendo socio, pero se ha separado. Es decir, si aceptamos la tesis de la recepción no es necesario que entremos a discutir que derechos y deberes conforman esta situación intermedia, por eso comienzo este párrafo afirmando que esta tesis simplifica sobremanera el proceso de separación.

Sin embargo, esta simplificación del proceso puede tener efectos negativos sobre el socio separado, pues al perder dicha posición jurídica de socio puede verse en una situación de indefensión, pues su posición sería como acreedor de la sociedad, perdiendo toda clase de derechos políticos y económicos. Fernández del Pozo¹⁹ plantea varias hipótesis en las que la pérdida inmediata de los derechos inherentes a la condición de socio puede volverse en contra del socio separado. Por ejemplo, la sociedad podría, mediante la adopción de acuerdos sociales en los que no puede asistir o votar, tomar decisiones que perjudiquen su legítimo derecho, como la distribución desenfrenada de dividendos.

Ante una laguna jurídica de esta importancia, cabría pensar que la jurisprudencia trataría de resolver el problema que el legislador ha creado al no especificar legalmente cuál es el momento en que la eficacia de la separación tiene lugar.

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 322/2006, de 23 de enero²⁰, declaró que, desde la notificación del ejercicio del derecho de separación, surge un derecho adquirido por el socio, que culminará con el reembolso de su capital social, y que las actuaciones posteriores son actos debidos por la sociedad, no pudiendo esta revocar el acuerdo que había dado lugar a este derecho de separación. Esta sentencia parece reforzar la tesis de la recepción y de hecho muchos autores la han utilizado como argumento para defender esta tesis, pero no entra a resolver claramente el momento en que se pierde el *status socii*.

Hasta el 15 de enero de 2021 el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre esta cuestión, y de hecho en esta sentencia existe un voto particular, que apoya la tesis contraria a la que se adhiere la mayoría de la Sala.

En el caso que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo 3/2021²¹, de 15 de enero, tres socios son declarados separados por sentencia firme de 21 de marzo de 2014, por falta de

¹⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La eficacia de la separación y exclusión...”, *op. cit.* consultado en recurso electrónico.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 23 de enero de 2006 (Roj: STS 72/2006 - ECLI: ES:TS:2006:72).

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 15 de enero de 2021 (Roj: STS 3/2021 - ECLI: ES:TS:2021:3)

distribución de dividendos, concretamente, y tal y como está regulado el derecho de separación, se insta a la sociedad a que reembolse el valor del capital social de las acciones de dichos socios. Desafortunadamente esta sociedad es declarada en concurso de acreedores el 14 de noviembre de 2016, y el conflicto surge cuando la administración concursal califica el crédito de subordinado y los que fueran socios lo califican de crédito ordinario. Para calificar el crédito es esencial determinar en qué momento se pierde la condición de socio y aunque para la Audiencia Provincial este momento es el ejercicio del derecho de separación, el Tribunal Supremo se suma a la tesis del reembolso (a excepción del voto particular del Magistrado Díaz Fraile).

Para la posición doctrinal que estamos analizando ahora, la tesis de la recepción, nos resulta interesante no la opinión de la mayoría de la sala, sino el voto particular, del magistrado Díaz Fraile, que apoya esta teoría. Este magistrado destaca varios hechos que a mi parecer son de gran importancia, y que refuerzan en gran manera el argumento de que la tesis de la recepción es más conveniente.

Cabe destacar que en esta sentencia se trata el derecho de separación con causa en el art 348 bis LSC, es decir, por sequía de dividendos, pero los argumentos traídos a colación valen para argumentar la separación por cualquier causa.

A esta Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021 le han seguido varias parecidas, en las que la Sala debía juzgar en qué momento se pierde la condición de socio. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 46/2021, de 2 de febrero²², juzga un caso prácticamente igual al de la anterior sentencia, y obviamente el criterio mayoritario sigue optando por la tesis del reembolso y existe un voto particular de Díaz Fraile defendiendo lo contrario que el resto de la Sala.

Como vemos, parece que la jurisprudencia del Alto Tribunal parece no apoyar la tesis de la recepción. Sin embargo, existen argumentos para defender que el socio pierde el *status socii* en el momento en el que la sociedad recibe la declaración de separación, y los voy a exponer a continuación.

²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 2 de febrero de 2021 (Roj 2021\377 - ECLI:ES:TS:2021:259)

2.2 Argumentos esgrimidos para defender la tesis de la recepción

2.2.1 El artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales

Si bien en la legislación no se dice nada en cuanto a la eficacia del derecho de separación en las sociedades anónimas o limitadas, si nos dirigimos al art. 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales nos encontraremos, textualmente, que el derecho de separación ejercitado por los socios profesionales será eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad.

De esta manera, se podría pensar que cabría aplicar este precepto analógicamente, o que el legislador se ha posicionado en esta cuestión mediante la promulgación de este artículo. Por otra parte, otros autores defienden que esta solución no es extrapolable a estos casos por las grandes diferencias entre la aportación de un socio profesional y un socio en las sociedades de capital. En este sentido, para la mayoría del Tribunal Supremo esta solución no es aplicable a esta materia, debido a la iliquidez de la participación de un socio profesional, que no supone una aportación directa en el capital social, diferencia que justificaría diversos regímenes jurídicos en la regulación del derecho de separación.²³

Sin embargo, para el magistrado Díaz Fraile, se podría aplicar en estos supuestos. Justifica la aplicación analógica admitiendo que existen diferencias entre sociedades profesionales y las que estamos tratando ahora, pero argumenta que estas diferencias no se relacionan con el momento de eficacia del derecho de separación, sino que estas diferencias solo han servido para justificar la admisión de la separación cuando la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido. Por tanto, sería incorrecto invocar la unánime doctrina sobre el momento en que se pierde la condición de socio, cuando la corriente doctrinal que advierte estas diferencias lo hace con relación a la admisión de una causa específica. Estando de acuerdo con este argumento, sigo teniendo mis dudas respecto a la utilidad de la solución dada por el art. 13.1 LSP a estos casos, si bien podría ser un indicador de la voluntad del legislador.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 15 de enero de 2021 (Roj: STS 3/2021 - ECLI: ES:TS:2021:3)

2.2.2 Nacimiento del derecho de crédito y Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019

El derecho de separación también puede ser observado desde el punto de vista de la contabilidad, para así tener una visión más amplia de esta institución. Para entender el derecho de crédito surgido por el ejercicio de derecho de separación desde un punto de vista contable, es esencial la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019.

Esta resolución establece que se deberá reconocer un pasivo por un importe equivalente al valor razonable de las acciones o participaciones de los socios que se separan, con cargo a una partida de fondos propios. En este sentido, queda más que demostrado que el derecho de crédito surge con la declaración de separación.

Es más, esta afirmación es compartida por la totalidad de la Sala del Tribunal Supremo: “Al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones. Pero de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que resaltó la sentencia 32/2006, de 23 de enero”²⁴.

Otro argumento utilizado a favor de que el derecho de crédito nace con el ejercicio del derecho de separación, siguiendo con la opinión de la Resolución del ICAC, es que la sentencia que declara el derecho de separación en los casos en los que la sociedad no lo reconoce, contiene una condena al pago del importe del valor fijado.

Este pago no se debe entender como requisito de perfeccionamiento del derecho de separación, o como causa de extinción de la vinculación entre socio y sociedad, sino que debe entenderse este pago como cumplimiento de una obligación debida por la sociedad. Es decir, debemos disociar la extinción de la relación jurídica (emisión de la declaración de separación) con la liquidación de esta relación jurídica (pago del reembolso y extinción del derecho de crédito. En base a esto, el pago de la deuda surgida del derecho de

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 15 de enero de 2021 (Roj: STS 3/2021 - ECLI: ES:TS:2021:3)

separación no constituye un presupuesto para que este derecho produzca efectos, es decir, la eficacia de la declaración de separación no está sujeta al cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad, lo que iría en contra de la esencia de este derecho.

2.2.3 Naturaleza del derecho de separación

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero²⁵, queda fuera de toda duda que el derecho de separación es un derecho potestativo, una “potestad jurídica de modificar o extinguir una relación jurídica previa en virtud de una declaración de voluntad unilateral”.

Esto significa que dicha sentencia establece que los acuerdos son ejecutivos e implican que los administradores los han de llevar a cabo. Como dice Álvarez Royo-Villanova²⁶, esta sentencia afirma que desde este momento existe un derecho de reembolso consolidado al margen de actuaciones posteriores de la sociedad, aunque aún no esté determinado.

Que existan varias actuaciones no implica necesariamente que la condición de socio no se pierda hasta que ocurra la última de ellas, pues esto supondría dejar en manos de la sociedad la efectividad de un derecho del socio, lo que se presta a la aparición de maniobras fraudulentas (insolvencia provocada, desviación de bienes, etc.)²⁷.

2.2.4 Concurrencia en un mismo patrimonio de acciones y el derecho de crédito por la venta de dichas acciones

El ejercicio de esta potestad genera una mutación en la situación patrimonial del que fuera socio, mutación consistente en la salida de su patrimonio de las acciones o participaciones y la entrada de un crédito por el valor razonable de ellas.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 23 de enero de 2006 (STS 72/2006 - ECLI:ES:TS:2006:72)

²⁶ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Derecho de separación y subordinación del derecho de reembolso en la STS de 15 de enero de 2021”, 22 de febrero de 2021, accesible en <https://almacendederecho.org/derecho-de-separacion-y-subordinacion-del-derecho-de-reembolso-en-la-sts-de-15-de-enero-de-2021> [consultado el 10/05/2021].

²⁷ MUÑOZ PAREDES, A., “¿Cuándo dejo de ser socio si me separo?”, *Blog Affectio Societatis*, 14 de marzo de 2018, accesible en <http://www.legaltoday.com/blogs/sociedades/blog-affectio-societatis/cuando-dejo-de-ser-socio-si-me-separo#> [consultado el 17/12/2020].

En este sentido, existen similitudes con las opciones de venta²⁸ y las cláusulas *tag along*²⁹, en el sentido de que se produce una mutación patrimonial por decisión unilateral del socio y, tal y como hemos dicho, se produce una subrogación entre la propiedad de las acciones participaciones y el crédito por el valor de estas que entra en el patrimonio.

Por tanto, si esta mutación patrimonial se produce con el ejercicio del derecho de separación, y se reconoce un crédito por el valor de estas acciones desde este mismo momento, las acciones o participaciones también habrán salido del patrimonio del socio en este momento, y junto a ellas todos los derechos y obligaciones inherentes a la posición de socio.

Tal y como argumenta Díaz-Fraile, para que entre en un patrimonio un derecho de crédito por el valor de la propiedad de estas acciones o participaciones, ha tenido que salir este derecho de propiedad, ya que “no pueden existir simultáneamente en el mismo patrimonio el crédito de reembolso y las participaciones o acciones”.

Por tanto, si aceptamos que no pueden existir simultáneamente un derecho de crédito por unas acciones o participaciones y las propias acciones o participaciones en un mismo patrimonio, y admitimos también que el derecho de crédito surge en este momento, tal y como establece la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas indudablemente tenemos que apoyar la tesis de la recepción.

2.2.5 Inescindibilidad de las acciones y los derechos del socio

El argumento anterior, que defiende que no pueden coexistir en un mismo patrimonio un derecho de crédito por el valor de unas acciones y las propias acciones, se conecta con el art. 90 y 91 LSC.

EL art. 90 LSC ha sido interpretado por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo 601/2020, de 12 de noviembre)³⁰ como la regla que establece la inescindibilidad de los derechos que conforman la posición de socio, de manera que no cabe transmitir la

²⁸ Las opciones de venta son derechos a vender una acción o participación a un precio determinado y antes de una determinada fecha.

²⁹ Las cláusulas *tag along* o derecho de acompañamiento son un derecho de protección de los accionistas minoritarios, que otorga la capacidad a estos de enajenar su parte del capital social, cuando un socio mayoritario decide enajenar su participación accionaria, en las mismas condiciones que este.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 12 de noviembre de 2020 (STS 3639/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3639)

acción o participación y conservar después algún derecho que estas participaciones o acciones otorgaban.

Además, el art. 91 LSC, junto a la idea de imposibilidad de existencia simultánea del crédito por el valor de las acciones o participaciones y las propias acciones o participaciones en el mismo patrimonio, determinan que en el momento que dicho derecho de crédito surge, se pierde la condición de socio.

Una vez establecido que las acciones salen del patrimonio del socio cuando emite la declaración de separación, todos los derechos que estas acciones otorgaban al socio inevitablemente salen también, y por tanto deja de ser socio en este momento.

Por lo tanto, esta mutación patrimonial que se produce cuando se recibe la declaración de separación, tiene una importancia esencial para la determinación del momento de la pérdida del *status socii*.

2.2.6 Elemento temporal del derecho de separación

En ocasiones, la demora provocada por la judicialización de la separación puede provocar que, si no defendemos que el socio deja de serlo cuando la sociedad recibe la declaración de separación, el contenido de este derecho de separación puede quedar vacío y producir situaciones de injusticia para el socio minoritario.

El magistrado Díaz Fraile recuerda la *ratio legis* de la institución, e invocando la STS 873/2011, afirma que es un instrumento del socio minoritario frente al “imperio despótico de la mayoría”³¹. Por tanto, debemos interpretar este derecho de la manera que atendamos a los intereses de las dos partes, pero siempre defendiendo a la parte presuntamente débil, que será el socio separado.

En la STS 3/2021, el magistrado que realiza el voto particular explica la importancia del elemento temporal del derecho de separación, y que una demora de la efectividad de este derecho puede dejar vacío de contenido dicho derecho: “el elemento temporal de la efectividad del derecho de separación, su proximidad en el tiempo a la declaración de voluntad exteriorizada y comunicada, es un elemento esencial de este mecanismo de garantía legal del socio minoritario. Es fácil observarlo si pensamos en determinados ejemplos, como en el caso de que la causa de la separación sea un acuerdo social de

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 7 de diciembre de 2011 (Roj: STS 9284/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9284)

prórroga por uno, dos, tres, cuatro o más años de la duración inicialmente fijada para la vigencia de la sociedad. ¿Qué sería del derecho de separación en un caso como el presente en el que han transcurrido más de cinco años desde el ejercicio del derecho sin que se haya producido todavía el pago o consignación del precio/reembolso?”³².

Desde mi punto de vista, este argumento es demoledor si lo conectamos con la causa de prórroga o reactivación de una sociedad, que faculta al socio a separarse. ¿Qué sentido tiene reconocer este derecho al socio minoritario, si tras ejercerlo sigue siendo socio durante los años en los que la sociedad mantiene su actividad, siendo esta la causa por la que el socio se quiere separar? En estos casos, el derecho de separación perdería completamente su finalidad y quedaría vacío de contenido.

Además, este argumento de la importancia del elemento temporal del derecho de separación también se puede conectar con la causa de inclusión de prestaciones accesorias, causa que la propia Sala Primera del Tribunal Supremo ha entendido como una situación similar a la del socio profesional en las sociedades profesionales³³.

2.2.7 Aplicación analógica de jurisprudencia de la exclusión del socio

El derecho de separación del socio y la exclusión del socio son dos instituciones similares y guardan elementos comunes (valoración de acciones o participaciones, reembolso, protección de acreedores, etc.).

Por tanto, a falta de doctrina jurisprudencial sobre el momento exacto en el que se pierde la condición de socio tras ejercer el derecho de separación, puede ser útil descubrir cuando se pierde la condición de socio en la exclusión, y ver si podríamos aplicar la misma solución.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 776/2007, de 9 de julio³⁴, que cita la Sentencia del Tribunal Supremo 351/2003, de 9 de abril de 2003³⁵, establece que en los casos en los que es necesaria resolución judicial firme, esto es, en los casos en los que se excluye a un socio con una participación de al menos del veinticinco por ciento, y este no

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 15 de enero de 2021 (Roj: STS 3/2021 - ECLI: ES:TS:2021:3)

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 14 de marzo de 2013 (STS 1050/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1050)

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 9 de julio de 2007 (STS 5668/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5668)

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 9 de abril de 2003 (STS 2485/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2485)

se conforme con esta exclusión ni haya sido condenado a indemnizar a la sociedad, dicha resolución judicial firme sirve para dar eficacia al acuerdo de exclusión del socio. Es decir, esta sentencia del propio Tribunal Supremo está reconociendo que, en los supuestos de exclusión en los que no es necesaria la sentencia judicial, el acuerdo de la junta general produce efectos. Por otra parte, dicha doctrina fue reiterada por la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 345/2013, de 27 de mayo³⁶, que confirmaba que los derechos del socio se pueden ejercitar hasta la firmeza de la resolución judicial que declare la exclusión. Lógicamente, cabe pensar que si en estos casos (exclusión de un socio con una participación igual o mayor del veinticinco por ciento) la eficacia se produce con la resolución judicial firme que declare válido el acuerdo de la junta general, en los casos en los que no sea necesaria esta resolución judicial firme, el acuerdo de la junta general será el requisito de eficacia.

Por lo tanto, si entendemos que exclusión y separación del socio son instituciones con elementos comunes, y por tanto la doctrina jurisprudencial de una se debería aplicar a la otra, esto nos debería llevar a razonar que la declaración de separación del socio produce efectos por sí misma³⁷.

Además, la mencionada STS 776/2007, de 9 de julio, establece que “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”.

3. Tesis del reembolso

3.1 Breve explicación de la tesis del reembolso.

Una vez analizada la tesis de la recepción, debemos analizar la opción contraria, la tesis del reembolso. Para el sector jurisprudencial y doctrinal que defiende la tesis del reembolso, la condición de socio tras ejercer el derecho de separación tan solo se pierde cuando la sociedad procede a reembolsar el valor razonable de las acciones o participaciones pertenecientes al socio separado. Esta es la posición apoyada por la más

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 27 de mayo de 2013 (STS 2888/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2888)

³⁷ Esto no es una cuestión pacífica. En sentido contrario, la Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 5 de junio de 2020 defiende que el acuerdo de exclusión no basta por sí solo para excluir al socio, y que hasta que no se produce el reembolso mantiene el *status socii*.

reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la doctrina mercantilista española, autores como Brenes³⁸ o Gállego³⁹, se han posicionado a favor de esta tesis.

Si admitimos el momento de pago como requisito de eficacia del derecho de separación, entendemos que la declaración de separación solo es el inicio de un proceso que culminará con la separación del socio y adquisición de las acciones o participaciones en autocartera o reducción del capital social. Por tanto, dicha expresión de la voluntad del socio solo provocará que el vínculo social entre en una fase de decadencia, pero no lo extinguirá por completo por sí sola.

La tesis de la recepción presentaba como ventaja la inexistencia de una situación intermedia de complicada definición, pero tenía como desventaja menor protección respecto al derecho al reembolso de sus acciones o participaciones resultante del derecho de separación.

Ahora nos encontramos todo lo contrario. La tesis del reembolso presenta la ventaja de que el socio se encuentra protegido por todos los derechos inherentes a esta condición hasta que se produzca el reembolso, lo que en ocasiones puede prolongarse durante muchos años. Es decir, deberá ser convocado a las juntas, tendrá derecho a voto, al reparto de dividendos, derecho de impugnación y demás derechos que corresponden al resto de los socios y que tenía antes de producirse la declaración de separación.

3.2 Argumentos esgrimidos para defender la tesis del reembolso

3.2.1 El proyectado Código de Sociedades Mercantiles de 2002 y el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014

En la Ley de Sociedades de Capital, no se regula expresamente la eficacia del derecho de separación, esto es, el momento en el que se produce la pérdida de la condición de socio. Sin embargo, en los trabajos preparatorios para aprobar los frustrados Código de Sociedades Mercantiles de 2002 y el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, el legislador sí que regulaba esta cuestión.

³⁸ BRENES CORTÉS, J., *El derecho de separación... op. cit.* p. 452.

³⁹ GÁLLEGO LANAU, M., “¿Es posible enervar la eficacia de la declaración de separación emitida por falta o insuficiencia de dividendos?” en *La Ley Mercantil*, nº 71, 2020, soporte electrónico.

En concreto, el proyectado Código de Sociedades Mercantiles de 2002 decía en su artículo 152 que “el socio quedará separado de la sociedad el día en que tenga lugar el reembolso o la consignación del valor de las partes sociales de que fuera titular”.

Por su parte, el anteproyecto de Ley de Código Mercantil contenía un apartado titulado “Eficacia de la separación y exclusión”, en el que establecía que: “El socio separado o excluido de la sociedad a partir del momento del reembolso o de la consignación del valor de la parte social de la que fuera titular. Sin el consentimiento del socio excluido no podrá hacerse el reembolso o consignación antes de que hayan transcurrido dos meses desde la adopción del acuerdo o su notificación fehaciente.”

Como puede observarse, tanto el Código de sociedades mercantiles de 2002, como el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, se inclinaban por la tesis del reembolso. Por lo tanto, queda claro que la voluntad del legislador es optar por la tesis del reembolso como solución a este problema, y es previsible que si en un futuro se regula definitivamente el momento en que produce efectos el derecho de separación, este momento será cuando se reembolse al socio separado el valor razonable de sus acciones o participaciones.

3.2.2 Protección del socio minoritario

La *ratio legis* del derecho de separación es la protección del derecho minoritario. Por tanto, la situación de indefensión en la que se encuentra el socio separado en la tesis de la recepción es un problema, pues dicho socio sigue teniendo gran interés en las decisiones de la sociedad, y en cambio no tendría ningún poder de decisión en la marcha de la sociedad.

La situación jurídica en la que se encuentra el socio durante el proceso que comienza con la declaración de separación era, hasta hace poco, un asunto muy controvertido en la jurisprudencia, pues hay sentencias de Audiencias Provinciales que se inclinan por posiciones diferentes, y no había jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la STS 3/2021, de 15 de enero, indicó cual era la posición del Tribunal Supremo en esta materia.

Recordemos que en este supuesto que resuelve la STS 3/2021, tres socios son declarados separados por sentencia en 2014, por falta de distribución de dividendos, y se insta a la sociedad a que reembolse el valor de las acciones de dichos socios. esta sociedad entra en

concurso de acreedores y el conflicto surge cuando la administración concursal califica el crédito de subordinado y los que fueran socios lo califican de crédito ordinario. Para calificar la naturaleza del crédito es esencial determinar en qué momento se pierde la condición de socio.

La Sala argumenta que la recepción por la sociedad de la comunicación de separación desencadena un proceso en el que se acordará el valor de las participaciones, se producirá el reembolso de la cuota que le corresponde en el haber social, y que finalizará de forma con la extinción del puesto de socio.

Sin embargo, si bien la comunicación de la voluntad unilateral de separarse genera este proceso, solo el reembolso del valor de las acciones o participaciones es el hecho que produce efectos extintivos entre la sociedad y el socio separado, siendo para la mayoría de la sala este el momento en el que se pierde la condición de socio, manteniendo durante todo el proceso los derechos y deberes inherentes a la condición de socio.

Es decir, para los partidarios de las tesis del reembolso, así es como se debe entender el proceso que desencadena el ejercicio derecho de separación, y por tanto el socio mantiene los derechos inherentes a esta condición hasta que se produce el reembolso. De hecho, las posteriores sentencias del Tribunal Supremo en esta materia (STS 46/2021, de 2 de febrero, 64/2021, de 9 de febrero y 102/2021, de 24 de febrero) han seguido la misma línea, inclinándose porque la pérdida del *status socii* se pierde con el reembolso.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2021, de 24 de febrero⁴⁰ se ha pronunciado apoyando la tesis del reembolso y reconociendo al socio todos estos derechos durante este íterin o fase de decadencia que se abre con la declaración de separación.

En este caso, el socio se separó por causa de modificación del objeto social, si bien *ad cautelam* participó en el aumento de capital que se acordó tras haber ejercitado este derecho. Tras esto, la sociedad acuerda escindirse y traspasar un sector de su actividad a una sociedad limitada, de la que al socio separado le corresponde un seis por ciento de esta sociedad.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 24 de febrero de 2021 (Roj: STS 630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:630)

Así las cosas, se celebra una junta de esta sociedad limitada a la que el socio separado quiere asistir, pero los socios mayoritarios se lo impiden alegando que ya se ha separado y que ha perdido los derechos del socio ya. En la primera instancia se desestima la demanda, pero tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo defienden que todavía poseía los derechos del socio y que esta condición no se pierde hasta el reembolso. Y para defender esta tesis, la tesis del reembolso, y defender que el socio separado, tiene la condición jurídica de socio durante todo el proceso de separación y que le corresponden los derechos de asistencia y voto, el Tribunal Supremo se remite a las tres sentencias que recientemente había emitido esta Sala inclinándose por la tesis del reembolso, con circunstancias muy similares, que son las Sentencias 4/2021 de 15 de enero, 46/2021, de 2 de febrero, y 64/2021, de 9 de febrero.

También me parece interesante, respecto a esta sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021, la opinión que da Amanda Cohen Benchetrit en una obra sobre los derechos del socio⁴¹, pues fue la jueza que resolvió este asunto en primera instancia, y si bien se inclinó finalmente por la doctrina de la recepción, admite que tenía argumentos para defender la tesis del reembolso también. A favor de esta última, por ejemplo, habla del art. 356 TRLSC, que al tratar del reembolso establece que “dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, los socios afectados [...]”. Por tanto, podría pensarse que para el legislador los socios lo siguen siendo incluso después de separados, mientras no haya concluido esta fase de decadencia.

Además, la Sentencia 239/2011, de la Audiencia Provincial de Castellón⁴², de 8 de julio, introduce un argumento a favor de la tesis del reembolso que me parece interesante. Obviamente repite la frase emitida por todos los que apoyan esta tesis, que la separación solo abre un proceso que culminará con la separación, pero también establece puntos interesantes, como que “Admitir que pese a seguir siendo socio – lo que es innegable-, no puede intervenir en la marcha mercantil, y por ello, no ostenta legitimación, para impugnar los acuerdos supondría una relegación a una especie de limbo económico y jurídico de incierto final”.

⁴¹ COHEN BENCHETRIT, A., “Ejercicio del derecho de separación y concreción del momento en que se pierde la condición de socio: problemas prácticos”, en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, González Fernández, M.ª B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 1013-1033.

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3) de 8 de julio de 2011 (SAP CS 919/2011 - ECLI:ES:APCS:2011:919)

En este punto estoy completamente de acuerdo con la Audiencia Provincial de Castellón, en el sentido de que es incontestable que la tesis de la recepción adolece del defecto que supone dejar al socio en una situación de indefensión al no tener ningún control sobre parte de su patrimonio, si se le impide participar en la vida social y económica de la sociedad, especialmente cuando el reembolso se está produciendo en muchos casos varios años después de la separación. Tal y como dice la mencionada sentencia, “sigue teniendo un interés objetivo en la marcha de la sociedad, en la medida en que del grado de solvencia y liquidez de la misma puede depender la efectiva satisfacción de su derecho a la percepción del valor de las participaciones.”

No obstante, aunque el TS ha concluido que el socio que ha ejercido su derecho a separarse solo deja de serlo en el momento en que se le abona lo que en virtud del derecho de reembolso le corresponde, también ha establecido que para la fijación del importe de dicho reembolso se debe estar a la fecha de la recepción de la notificación del socio. Esto es, el socio puede asistir y votar en la junta, percibir dividendos, etc., pero como su derecho de reembolso se calcula en relación al momento en que su notificación se recibe por la sociedad, durante el lapso de tiempo entre la recepción de la comunicación y el reembolso no participa en las pérdidas. Y este lapso temporal puede ser muy dilatado (por ejemplo, en las STS citada de 24 de febrero de 2021, pasan diez años hasta que se declara judicialmente la separación). Como ha apuntado la doctrina, esta asimetría puede ser considerada ilógica y peligrosa⁴³.

4. Oportunidad de colmar la laguna sobre la eficacia del derecho de separación con la transposición de la Directiva 2019/2121

La Directiva de la Unión Europea 2019/2121, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que trata sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, promete influenciar en la conceptualización del derecho de separación en el derecho europeo y servir de guía a los ordenamientos jurídicos que no tengan regulada satisfactoriamente esta institución (por ejemplo, España). Esta Directiva incluye los arts. 86 decies, (transformación transfronteriza), 126 bis (fusión transfronteriza) y 160 decies (escisión transfronteriza), creando una institución similar a la del derecho de

⁴³ ALCOVER GARAU, G., “De nuevo sobre el derecho de separación del socio. Comentario Crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 102/2021, de 24 de febrero y 104/2021, de 25 de febrero”, *La Ley Mercantil*, nº 80, mayo 2021, soporte electrónico

separación al socio en los casos en los que haya votado en contra de alguna de las tres operaciones anteriores.

A mi juicio, la transposición de esta Directiva puede ser la ocasión para modificar el régimen de separación previsto en la LSC.

En este sentido, Fernández del Pozo establece una propuesta para regular el contenido concreto del derecho de separación⁴⁴, y delimitar la posición en la que se encuentra el socio separado durante este proceso. Parte la tesis del reembolso, pero introduciendo ciertos matices, pues le reconoce a la recepción por la sociedad de la declaración de separación ciertos efectos sobre la posición jurídica del socio que se separa.

Propone que los dividendos y otras distribuciones realizadas al socio separado o excluido se considerarán entregas a cuenta del precio de reembolso y disminuirán por tanto el importe de dicho reembolso.

También propone que el socio conserve el derecho de asistencia a juntas, derecho de voto, derecho de información y derecho de impugnar los acuerdos sociales, pero siempre que ejerza estos derechos de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Le atribuye al socio separado la carga de la prueba de la buena fe y establece el abuso de derecho en los casos en los que el ejercicio de sus derechos políticos no esté destinado a la conservación de su derecho de reembolso.

Siguiendo con la propuesta de Fernández del Pozo, en su regulación establece que en caso de concurso de la sociedad tras la declaración de separación solo se considerará al socio separado como acreedor a partir del momento de reembolso, y en ningún caso se calificará este derecho de reembolso como crédito subordinado si la fecha de referencia es anterior a la de declaración del concurso.

Por último, propone que, a falta de pacto en contrario, no se pueda revocar la eficacia de la declaración de separación.

Esta podría ser una solución satisfactoria, ya que minimiza los inconvenientes de la tesis del reembolso y establece mecanismos de protección del socio durante la fase de decadencia.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión” en *La Ley Mercantil*, nº 75, 2020, soporte electrónico.

VI. POSIBILIDAD DE ENERVAR LA EJECUCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE SEPARACIÓN

1. Planteamiento y especial vinculación de la cuestión con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de capital

Como hemos visto, el derecho de separación no es un acto neutro, sino que afecta a distintos intereses, entre ellos el de la sociedad, que queda obligada a restituir al socio el valor razonable de sus acciones o participaciones. En ocasiones, este reembolso puede suponer un grave quebranto económico para la sociedad, sobre todo si el socio que pretende separarse posee un porcentaje elevado del capital social. Ante esta tesitura, cabe plantearse si la sociedad puede echarse hacia atrás y revocar el acuerdo que ocasionó el nacimiento del derecho de separación.

Obviamente, de entre todas las causas de separación que hemos visto, donde más posibilidades existen de que se produzca esta situación es en el supuesto de separación por falta de distribución de dividendos. En estos casos, a la sociedad podría interesarle enervar la ejecución de la declaración de separación mediante la distribución de dividendos, anulando la causa por la que surgió el derecho de separación.

Esta cuestión se conecta con la que se ha estudiado anteriormente. Dependiendo del momento en el que se entienda que se produce la desvinculación efectiva del socio, podría defenderse la posibilidad de enervar la eficacia de su declaración.

2. Argumentos a favor y en contra de enervar la eficacia de la declaración de separación en función del momento en el que se produce la pérdida de la condición del socio

2.1 Argumentos a favor de la posibilidad de enervar la ejecución de la separación

Hay autores que afirman la posibilidad de que la junta general revoque su propio acuerdo cuando el perjuicio que representa para la sociedad la separación de los socios discrepantes sea mayor que la revocación del acuerdo. Por ejemplo, Brenes Cortés⁴⁵ defiende que los administradores pueden convocar a la junta general para que en vista del perjuicio que supone el reembolso de una parte del capital social, revoque el acuerdo en cuestión.

⁴⁵ BRENES CORTÉS, J. *El derecho de separación... op. cit.* p. 452.

Parte de la doctrina también defiende incluso la posibilidad de incluir en los acuerdos sociales condiciones resolutorias, es decir, condicionar la validez de los acuerdos sociales a que no se separen un determinado número de socios o que dicho acuerdo no provoque que se deba reembolsar una cifra determinada del capital social debido al derecho de separación⁴⁶.

Sin embargo, la mayoría de los autores defienden que esta revocación no puede ser oponible al socio que ejercitó el derecho de separación cuando era válido el acuerdo social que lo originó. Aun así, hay autores que argumentan que esto no causaría una desprotección para el socio discrepante, pues si no se reparten los dividendos podría seguir separándose, y si finalmente se reparten, obtendría los dividendos esperados.⁴⁷

En algunos casos, la aplicación del art. 348 bis LSC puede convertirse en un ejercicio abusivo de la minoría frente a la mayoría, pues la decisión de no repartir dividendos puede estar motivada por diferentes causas, y hay ocasiones en las que la economía de la sociedad exige no repartir dividendos⁴⁸. En estos casos, no existe abuso de la mayoría y el socio discrepante no se encuentra en una posición débil, por lo que resulta criticable facultar a este a desvincularse unilateralmente de la sociedad.

Por otra parte, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 preveía esta posibilidad, pues establecía la ineficacia de la separación si la sociedad dejase sin efecto el acuerdo social que originó la separación en un plazo de dos meses.

Es importante decir que la posibilidad de enervar la eficacia de la declaración de separación del socio se puede defender tanto desde la tesis de la recepción como desde la tesis del reembolso. En este sentido, Fernández del Pozo argumenta que “nada hay en la naturaleza de las cosas que vincule de manera inextricable la postura adoptada en relación

⁴⁶ FAJARDO GARCÍA, I.G., *El Derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Editorial Práctica de Derecho, 1996.

⁴⁷ GÁLLEGO LANAU, M., “¿Es posible enervar...?” op. cit. consultado en soporte electrónico.

⁴⁸ Véase GÁLLEGO LANAU, M., “¿Es posible enervar...?”, op. cit., que señala que ante supuestos de separación con base en el art. 348 bis LSC que ponen en grave perjuicio la supervivencia económica de la sociedad, se debe facultar a dicha sociedad para eliminar el presupuesto que causa la separación y de esta manera enervar la eficacia de la separación.

con los efectos de la separación/exclusión sobre la posición de socio y la viabilidad del derecho de arrepentimiento a falta de regulación estatutaria⁴⁹”.

Por ejemplo, Rodas Paredes establece que la declaración de separación permite determinar el momento exacto de la efectividad de la separación, “cuestión que no obsta para considerar válida la posibilidad de enervar la eficacia de la declaración del socio ”⁵⁰.

Sin embargo, es cierto que si entendemos que el socio lo sigue siendo hasta que se produzca el reembolso, será más fácil defender la posibilidad de enervar la eficacia de la declaración de separación.

2.2 Argumentos en contra de la posibilidad de enervar la ejecución de la separación

Existen argumentos de peso para negar la posibilidad por parte de la sociedad de negar la eficacia del derecho de separación mediante la revocación del acuerdo social que lo originó.

Por una parte, está la STS de 23 de enero de 2006⁵¹, que establece el carácter unilateral y recepticio de la declaración. Además, desde este momento existe un derecho de reembolso consolidado al margen de actuaciones posteriores de la sociedad, aunque aún no esté determinado. Por tanto, consideran que la declaración de separación abre un proceso automáticamente y que no es posible enervarla.

Por otra parte, cuando aparece la causa por la que surge el derecho de separación y el socio ejercita este derecho, hay autores que entienden que la posición de este socio separado es la de un tercero con un derecho de crédito, y por tanto no sería viable perjudicar los derechos ya adquiridos de este socio separado.

Debemos tener en cuenta la *ratio legis* del derecho de separación, la finalidad de la norma, que es otorgar al socio minoritario de un instrumento para separarse unilateralmente cuando ocurren determinados hechos o la sociedad toma determinadas decisiones de tal entidad que el legislador le permite abandonar dicha sociedad. Por tanto, si permitiéramos

⁴⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Una propuesta de reforma legislativa...” *op. cit.* consultado en soporte electrónico.

⁵⁰ RODAS PAREDES, P., “*La separación del socio...*” *op cit.* p. 114.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 23 de enero de 2006 (Roj: STS 72/2006 - ECLI: ES:TS:2006:72).

a la sociedad enervar la eficacia de la ejecución de la separación, se estaría vulnerando la unilateralidad que caracteriza al derecho de separación.

3. Posibilidad de enervar la eficacia de la declaración de separación si se aprecia un ejercicio abusivo

Después de plantearnos si es posible enervar la eficacia de la declaración de separación en base al momento en el que se produce la pérdida de la condición de socio, veremos ahora brevemente si el deber de fidelidad del socio, que deriva del principio general de derecho privado de buena fe, puede actuar como límite al ejercicio del derecho de separación. Esto es, se trata de ver si en determinadas circunstancias, el socio que ejerce su derecho de separación fundamentado en alguna de las causas legales o estatutarias previstas, actuando de forma aparentemente correcta, en realidad se está extralimitando

Para ello partimos del hecho de que, aunque el deber de lealtad solo está reconocido en la ley en el caso de los administradores, un gran sector de la doctrina como de la jurisprudencia defienden que los socios, tanto minoritarios como mayoritarios, también tienen un deber de lealtad con la sociedad y con el resto de los socios.

En ocasiones, negarse a apoyar medidas respaldadas por la mayoría y necesarias para la supervivencia económica, pueden ser contrarias al deber de lealtad, especialmente si estas medidas son inofensivas para el socio minoritario.

Sin embargo, también debemos tener en cuenta que no podemos obligar al socio a subordinar sus propios intereses al interés general de la sociedad, pues esto iría en contra del principio de libertad de contratación⁵².

De todas formas, si no toda la doctrina admite la existencia de un deber de lealtad, sí es consenso general que por lo menos existe un deber de obrar de buena fe.

Desde mi punto de vista, debemos situarnos en una postura intermedia, equilibrando ambos intereses, los del socio discrepante y los de la sociedad. De esta manera, un socio no puede obrar de mala fe con la sociedad, y reconozco un cierto deber de lealtad tanto como con la sociedad como con los socios. Pero también debemos tener en cuenta la regla de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule*, que otorga cierta libertad a

⁵² ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El ejercicio abusivo del derecho de separación”, en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, González Fernández, M.ª B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 818.

los socios, que pueden preferir obtener beneficios a corto plazo aun a riesgo de perjudicar la rentabilidad a largo plazo de la sociedad⁵³.

Una vez expuestos los deberes de los socios que pueden limitar el derecho de separación, es importante delimitar que supone abuso de derecho y que no, y por tanto fijar donde está el límite del derecho de separación.

Por una parte, es completamente lícito, por ejemplo, ejercer el derecho de separación tras no votar a favor de la continuidad de la sociedad si el socio discrepante prefiere el valor de la liquidación a la continuidad de la sociedad. El interés general de los socios rige en estos casos, que no tienen el deber de proteger la conservación de la sociedad.

Por otra parte, sí sería abuso de derecho, según Álvarez Royo-Villanova, que el socio no vote a favor de la prórroga de la sociedad y se separe con el propósito de dañar a otros socios o para extraer de otro socio un valor que su participación no tiene.

Además, en algunos casos se puede apreciar abuso de derecho cuando el socio ejerce el derecho de separación por falta de reparto de dividendos a pesar de que la sociedad esté dispuesta a revocar el acuerdo social y repartir dividendos. Así lo establece la Sentencia de 12 de diciembre de 2018 de la Audiencia Provincial de Bilbao⁵⁴, en un supuesto en el que el socio ejerció el derecho válidamente, pero la sociedad estaba dispuesta a revocar la causa que originó el derecho de separación. Se argumenta que el socio en estos casos debe obrar conforme al principio de buena fe (arts. 7.1 Cc y 1258 Cc).

En el caso de la mencionada sentencia, la sociedad había repartido dividendos durante doce años, pero tras un bache económico que ponía en graves problemas a la sociedad, un año decidió no repartir dividendos. La Audiencia Provincial establece entonces un nuevo límite al derecho de separación: la supervivencia económica de la sociedad.

Como hemos dicho anteriormente, no existe un deber por parte de los socios minoritarios de velar por la supervivencia económica de la sociedad. Sin embargo, cuando no existe lo que la doctrina denomina opresión de la mayoría, el socio minoritario actúa contrario a las exigencias de la buena fe y además se pone en riesgo la conservación de la sociedad, podemos decir que existe abuso de derecho por parte del socio minoritario.

⁵³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El ejercicio abusivo...”, *op. cit.* p. 823.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4) de 18 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:APBI:2018:2223)

Esto se puede comprobar con que el art. 348 bis LSC se suspende cuando la situación económica general justifica la sequía de dividendos. Esto es así porque el legislador entiende que la desvinculación de la sociedad por falta de dividendos cuando la situación lo exige objetivamente constituye en muchos casos abuso del socio minoritario.

Esto puede solucionarse con diferentes mecanismos propuestos por la doctrina. Por una parte, subordinar el derecho de separación a la garantía de conservación de la solvencia a corto plazo de la sociedad, con base en la opinión técnica de un auditor imparcial, designado por el registrador mercantil.

Otra opción sería la aplicación de un test de solvencia, de modo que no se pueda proceder al reparto de dividendos si coloca a la sociedad en riesgo de insolvencia en un momento actual o en un futuro próximo⁵⁵.

VII. CONCLUSIONES

Las conclusiones que extraigo de este trabajo sobre la eficacia de la separación son las siguientes.

Existe una laguna jurídica en la Ley de Sociedades de Capital respecto al momento en el que se pierde la condición de socio una vez ejercido el derecho de separación, y tras analizar los argumentos sobre los que se apoyan ambas tesis, la tesis de la recepción me parece más lógica y correcta, y además creo que tiene mejores consecuencias para el socio que se separa.

Por una parte, me parece que resulta difícil de justificar la participación en la vida social y económica de la sociedad al socio que ha expresado la voluntad de separarse. Además, el elemento temporal del derecho de separación me convence, pues si el socio se separa y tarda en ocasiones más de un lustro en perder la condición de socio, el derecho de separación queda vacío de contenido.

Por otra parte, creo que cuando se ejercita el derecho de separación se produce una mutación en el patrimonio del socio, en el que entra un derecho de crédito y salen las

⁵⁵ PÉREZ MORIONES, A., “Acerca de la eficacia del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos” en *Derecho de sociedades: los derechos del socio*, González Fernández, M.^a B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 896.

acciones o participaciones, y con estas acciones o participaciones también salen los derechos inherentes a la condición de socio. Por tanto, este es el momento en el que se pierde el *status socii*.

Es cierto que existen inconvenientes para el socio minoritario si aplicamos esta tesis, pues, al perder los derechos de socio con la declaración de separación, queda en una posición muy débil durante la fase de decadencia, que acaba con el reembolso. Creo que es deber del legislador establecer mecanismos para proteger al socio minoritario durante todo este proceso, en vez de obligarle a ser socio hasta el reembolso.

En cuanto a la posibilidad de enervar la ejecución de la declaración de separación, me debo decantar por negar esta posibilidad.

Teniendo en cuenta que para mí el socio lo deja de ser cuando la sociedad recibe la declaración de la separación, me resulta complicado creer que la sociedad pueda enervar la ejecución de la declaración de separación, pues bajo mi punto de vista este ya sólo sería un tercero con un derecho de crédito, frente al que no se puede oponer la revocación posterior del acuerdo social que originó el derecho de separación.

Además, creo que la STS de 23 de enero de 2006 junto a la necesaria protección del socio minoritario justifican que se respete la declaración de separación ejercida cuando el acuerdo que la origina es completamente válido, aunque después sea revocado.

Por tanto, me inclino por descartar la posibilidad de enervar la ejecución de la separación, principalmente por ser partidario de la tesis de la recepción y porque creo que sería ir en contra de la *ratio legis* del derecho de separación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., “De nuevo sobre el derecho de separación del socio. Comentario Crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 102/2021, de 24 de febrero y 104/2021, de 25 de febrero”, *La Ley Mercantil*, nº 80, mayo 2021, soporte electrónico
- ALFARO AGUILA-REAL, J., ¿Cuándo deja de ser socio un socio que se separa?, *Blog Derecho Mercantil España*, 18 de enero de 2021, accesible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2021/01/cuando-deja-de-ser-socio-un-socio-que.html> [consultado el 23/01/2021].
- ALONSO LEDESMA, C., “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios” en *Revista de Derecho mercantil*, nº 287, 2013, págs. 89-128.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Derecho de separación y subordinación del derecho de reembolso en la STS de 15 de enero de 2021”, 22 de febrero de 2021, accesible en <https://almacenedderecho.org/derecho-de-separacion-y-subordinacion-del-derecho-de-reembolso-en-la-sts-de-15-de-enero-de-2021> [consultado el 10/05/2021].
- “El ejercicio abusivo del derecho de separación” en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, González Fernández, M.^a B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 811-840.
- BRENES CORTÉS, J., *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- COHEN BENCHETRIT, A., “Ejercicio del derecho de separación y concreción del momento en que se pierde la condición de socio: problemas prácticos”, en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, González Fernández, M.^a B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 1013-1033.
- DÍEZ PIAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, Editorial Civitas. Madrid, 1996, pp. 905-907.
- FAJARDO GARCÍA, I.G., *El Derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Editorial Práctica de Derecho, 1996.
- FARRANDO MIGUEL, I., *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La eficacia de la separación y exclusión de socios”, *Blog jurídico El almacén de derecho*, 3 de noviembre de 2020, accesible en <https://almacenederecho.org/la-eficacia-de-la-separacion-y-exclusion-de-socios> [consultado el 18/12/2020].

- “Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión” en *La Ley Mercantil*, nº 75, 2020, soporte electrónico.

GÁLLEGO LANAU, M., “¿Es posible enervar la eficacia de la declaración de separación emitida por falta o insuficiencia de dividendos?” en *La Ley Mercantil*, nº 71, 2020, soporte electrónico.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Entre el abuso de la mayoría y el de la minoría en la política de distribución de dividendos: a propósito del nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 55, 2019, soporte electrónico

MUÑOZ PAREDES, A., “¿Cuándo dejo de ser socio si me separo?”, *Blog AffectioSocietatis*, 14 de marzo de 2018, accesible en <http://www.legaltoday.com/blogs/sociedades/blog-affectio-societatis/cuando-dejo-de-ser-socio-si-me-separo#> [consultado el 17/12/2020].

PÉREZ MORIONES, A., “Acerca de la eficacia del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos” en *Derecho de sociedades: los derechos del socio*, González Fernández, M.^a B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 889-910.

RODAS PAREDES, P., “*La separación del socio en la Ley de sociedades de Capital*”, Marcial Pons, Madrid, 2013.

TORRES RUIZ, J. “La separación del socio por justa causa” en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, González Fernández, M.^a B. y Cohen Benchetrit, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 790.

Jurisprudencia

1. Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 17 de febrero de 1993 (Roj: STS 19864/1993 - ECLI:ES:TS:1993:19864).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 9 de abril de 2003 (STS 2485/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2485)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 23 de enero de 2006 (Roj: STS 72/2006 - ECLI: ES:TS:2006:72).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 9 de julio de 2007 (STS 5668/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5668)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 30 de junio de 2010 (STS 3538/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3538)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 7 de diciembre de 2011 (Roj: STS 9284/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9284)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 14 de marzo de 2013 (STS 1050/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1050)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 27 de mayo de 2013 (STS 2888/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2888)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 12 de noviembre de 2020 (STS 3639/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3639)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), de 15 de enero de 2021 (Roj: STS 3/2021 - ECLI: ES:TS:2021:3)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 2 de febrero de 2021 (Roj 2021\377 - ECLI:ES:TS:2021:259)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 24 de febrero de 2021 (Roj: STS 630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:630)

2. Sentencias de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3) de 8 de julio de 2011 (SAP CS 919/2011 - ECLI:ES:APCS:2011:919)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4) de 18 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:APBI:2018:2223)

3. Resoluciones

Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019. (BOE 11 de marzo de 2019)

Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 5 de junio de 2020 (BOE 30 de julio de 2020)