

# Derecho de separación: momento en el que se pierde la condición de socio. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021

**Pedro Marques da Gama**

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

**Iciar de Lorenzo Rodríguez-Inciarte**

Asociada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE CORPORATE

<b>I. Introducción</b>	<b>118</b>
<b>II. Planteamiento de la cuestión</b>	<b>119</b>
<b>III. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021</b>	<b>120</b>
1. Antecedentes	120
2. Solución dada por el Tribunal Supremo. Teoría del reembolso	121
3. Voto particular. Teoría de la recepción	122
<b>IV. Algunas consideraciones</b>	<b>123</b>
1. Consecuencias derivadas de la teoría del reembolso	123
2. Consecuencias derivadas de la teoría de la recepción	124
<b>V. Conclusión</b>	<b>125</b>

# Índice/



**Resumen:** La falta de previsión en la normativa aplicable en relación con el momento en el que el socio pierde la condición de tal tras el ejercicio del derecho de separación ha planteado muchos y muy distintos problemas en la práctica societaria, y ha dado lugar a que la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo en lo que va de año) se hayan tenido que pronunciar en diversas ocasiones en relación con esta cuestión.

En este artículo analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021, cuyos argumentos y conclusiones siguen las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021, que se pronuncian sobre el momento en el que el socio pierde la condición de tal tras el ejercicio del derecho de separación y exponemos las consecuencias prácticas que pueden tener dichos pronunciamientos.

**Abstract:** The lack of provision in the applicable regulations in relation to the moment in which a shareholder loses the status of shareholder after the exercise of the right of separation has raised many very different problems in corporate practice and has led to the courts (especially this year) having to issue judgments in relation to this issue on several occasions.

In this article, we analyse the Supreme Court Judgment of 15 January 2021, in which the reasoning and conclusions follow the Supreme Court Judgments of 2 February, 9 February and 24 February 2021, which decide on the moment in which the shareholder loses the status of shareholder following the exercise of the right of separation, and we set out the practical consequences that these judgments may have.



**Palabras clave:** Ley de Sociedades de Capital, derecho de separación, pérdida de la condición de socio.

**Keywords:** Companies Act, right of separation, loss of the status of partner.

# Derecho de separación: momento en el que se pierde la condición de socio. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021

## I. Introducción

Pocos artículos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”) han generado tanta controversia y discusión como el artículo 348 bis, que permite el ejercicio, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, del derecho de separación de un socio en caso de falta de distribución de dividendos. Se puede fácilmente apreciar dicha controversia si pensamos que, desde su entrada en vigor el 2 de octubre de 2011, la aplicación de dicho artículo ha estado más tiempo suspendida que vigente.

Con independencia de que el artículo 348 bis de la LSC establece la causa legal de separación que ha generado un mayor interés desde su introducción en la LSC, existen otras causas legales de separación previstas en el artículo 346 de la LSC, además de las causas de separación que los socios decidan establecer en estatutos, en los términos previstos en el artículo 347 de la LSC. Todos estos supuestos se ven afectados por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como se explicará en el apartado II de este trabajo, la regulación del derecho de separación no determina de manera expresa el momento en el que el socio separado pierde la condición de tal. Esta es una cuestión de una enorme importancia porque podrá, como veremos en este trabajo, desencadenar consecuencias muy diversas y con un impacto muy relevante en la vida de las sociedades, según se adopte una u otra de las teorías discutidas por la doctrina.

Nuestra jurisprudencia no ha sido particularmente abundante en esta cuestión, quizás porque la vigencia del artículo 348 bis de la LSC, que es la norma que más controversias judiciales podría generar, ha estado suspendida durante mucho tiempo.

Todo lo anterior pone de manifiesto la importancia de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021 (la “Sentencia”) que versa justamente sobre esta cuestión y que, además, ejemplifica las graves disparidades a las que pueden conducir las dos principales posturas defendidas por la doctrina en esta materia. Los argumentos de la Sentencia han sido igualmente compartidos por las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021.

En este trabajo analizaremos la Sentencia y trataremos de aportar algunas ideas sobre esta compleja cuestión que, pese al enorme avance que representa la Sentencia, todavía está, a nuestro juicio, lejos de una solución definitiva y coherente.

## II. Planteamiento de la cuestión

Antes de entrar en el análisis de la Sentencia, conviene realizar un breve repaso sobre la figura del derecho de separación en la legislación española.

La regulación del derecho de separación viene recogida en el Capítulo I y III del Título IX de la LSC. Este marco normativo establece las causas que dan lugar al derecho de separación, los requisitos para el ejercicio de dicho derecho, así como el procedimiento para la valoración de las participaciones o acciones del socio o accionista para el pago del correspondiente reembolso.

El derecho de separación se configura como un derecho individual del socio a darse voluntariamente de baja de la sociedad cuando concurra alguna de las causas previstas en la LSC o en los estatutos, teniendo como consecuencia la pérdida de la condición de socio.

Como hemos señalado en el apartado I anterior, uno de los grandes problemas que plantea el derecho de separación, y que ha sido analizado ampliamente por la doctrina y, recientemente por la jurisprudencia, es la determinación del momento en el que se pierde jurídicamente la condición de socio, una vez ejercitado el derecho de separación. La LSC no se pronuncia en este aspecto, aunque el procedimiento regulado en la misma hace referencia a varios momentos o hitos en los que podría verificarse esa pérdida de la condición de socio.

En este sentido, la doctrina ha mantenido tres posturas diferenciadas sobre esta cuestión: (i) un sector doctrinal que defiende que es la comunicación a la sociedad de la voluntad del socio de separarse la que determina la pérdida de la condición de socio (teoría de la declaración); (ii) otros autores (Aguilera Ramos<sup>1</sup>, Farrando Miguel<sup>2</sup> y Fernández de Córdova Claros<sup>3</sup>) defienden que se produce a partir del momento en que la sociedad recibe la declaración de voluntad del socio de ejercitar su derecho de separación (teoría de la recepción); y (iii) una tercera postura (Brenes Cortés<sup>4</sup>) que defiende que la comunicación es solamente un presupuesto de ejercicio del derecho de separación, que se consuma con el abono o consignación del reembolso del valor de su participación en la sociedad (teoría del reembolso).

La elección de una u otra postura tendrá importantes consecuencias prácticas y de gran trascendencia para la vida de la sociedad y del socio saliente, cuestiones que serán objeto de análisis en el presente trabajo.

---

1 AGUILERA RAMOS, A., "El derecho de separación del socio". *Derecho de Sociedades de responsabilidad Limitada*, tomo II, Madrid, 1996, pg. 1015.

---

2 FARRANDO MIGUEL, I., *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, pg. 104.

---

3 FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., "Separación y exclusión..." op. cit. pg. 510. Indica el autor que la declaración del socio sobre su voluntad de separarse tiene naturaleza recepticia, produciéndose la pérdida de la condición de socio una vez que la sociedad conoce la voluntad de aquel en dicho sentido.

---

4 BRENES CORTÉS, J., "¿En qué momento se consolida el derecho de separación del socios en una SRL?". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 715/2006 pg. 9.

### III. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021

#### 1. Antecedentes

A modo resumen, la Sentencia resuelve una disputa relativa al ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos recogido en el artículo 348 bis de la LSC. Este caso es muy interesante y complejo porque la sociedad en cuestión solicitó el concurso de acreedores después del ejercicio por parte de varios socios minoritarios de su derecho de separación y, por lo tanto, cabe apreciar las implicaciones de ello en un contexto concursal, es decir, el tratamiento que merece en el concurso el crédito del socio saliente resultante del ejercicio del derecho de separación.

Según la Sentencia, los socios minoritarios notificaron a la sociedad con fecha 11 de noviembre de 2011 el ejercicio de su derecho de separación, de conformidad con lo previsto en el artículo 348 bis de la LSC. Por sentencia firme de 21 de marzo de 2014 se declaró el derecho de separación de los socios minoritarios y se condenó a la sociedad a reembolsar a los socios minoritarios el valor razonable de sus participaciones sociales.

A falta de acuerdo entre las partes en relación con el valor razonable de las participaciones sociales, el Registro Mercantil de La Coruña designó a un auditor de cuentas para que informara sobre la referida valoración, que se llevó a cabo con fecha 14 de octubre de 2014. La valoración del auditor de cuentas fue impugnada judicialmente por la sociedad, sin que a fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso de apelación se hubiera resuelto dicho procedimiento.

Por auto de 14 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña declaró el concurso voluntario de la sociedad.

Los socios minoritarios comunicaron a la administración concursal su crédito derivado del ejercicio del derecho de separación y solicitaron que se calificara como ordinario, al entender que la condición de socio se pierde en el momento de ejercicio del derecho (teoría de la recepción). Por tanto, en el momento de la declaración de concurso de la sociedad ya no eran socios de la sociedad, ni ostentaban vinculación alguna con la misma. La administración concursal incluyó el derecho de crédito de los socios minoritarios en la lista de acreedores como subordinado, considerando que los socios minoritarios salientes seguían siendo socios de la sociedad en el momento de declaración del concurso.

Los socios minoritarios impugnaron la lista de acreedores y el juez del concurso desestimó la demanda, declarando que el crédito debía ser calificado como subordinado, porque los socios minoritarios seguían siendo socios de la sociedad cuando fue declarado el concurso. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial<sup>5</sup> estimó el recurso de apelación y declaró (i) ordinario el principal del crédito y (ii) subordinado el crédito derivado de los intereses devengados, considerando, tal y

---

5 Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de enero de 2018.

como fue argumentado por los socios minoritarios, que la condición de socio se pierde con el ejercicio del derecho de separación.

## 2. Solución dada por el Tribunal Supremo. Teoría del reembolso

El Tribunal Supremo no comparte el criterio de la Audiencia Provincial y opta por la teoría del reembolso, defendiendo que “para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, de la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, [...] debe haberse liquidado la relación societaria, y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición”.

El Tribunal Supremo<sup>6</sup> rechaza la teoría de la recepción que había sostenido el mismo tribunal en su sentencia 32/2006, de 23 de enero, al considerar que “de ahí no cabe inferir sin más que sea ese el momento en el que se pierde la condición de socio, porque el mencionado pronunciamiento se refería a los requisitos de ejercicio del derecho, no a su consumación”.

El Tribunal Supremo defiende que el crédito ha de ser calificado como subordinado, puesto que, cuando nació el derecho de crédito proveniente del derecho de separación, los socios minoritarios todavía tenían la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, en los términos previstos en la Ley Concursal.

En relación con la naturaleza concursal del crédito de los socios minoritarios, el Tribunal Supremo analiza las diferencias, a estos efectos, entre el crédito resultante del ejercicio del derecho de separación (reembolso) y el crédito procedente de la cuota de liquidación. En relación con el crédito derivado del reembolso, el Tribunal Supremo sostiene que “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”. Así las cosas, si la recepción de la comunicación del derecho de separación es anterior a la declaración de concurso, el crédito es concursal y tendrá la clasificación que proceda según las normas concursales. A diferencia de ello, el derecho del socio a su cuota de liquidación en el supuesto de la disolución de la sociedad como consecuencia de la liquidación concursal no es propiamente un crédito concursal susceptible de ser clasificado como tal. El Tribunal Supremo fundamenta este criterio en que si se “calificara como subordinado se daría la paradoja de que se le daría mejor trato al socio que si la sociedad no hubiera entrado en concurso”. Por lo tanto, la cuota de liquidación queda al margen del concurso y se pagará únicamente cuando quede remanente social, una vez pagados todos los acreedores concursales, incluyendo los subordinados.

En resumen, según el Tribunal Supremo, el socio mantiene los derechos y obligaciones inherentes a tal condición hasta el momento en que se le paga el valor de

---

6 El Tribunal Supremo sigue igualmente el criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) 239/2011 de 8 de julio y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) 194/2015 de 16 de abril.

su participación. No obstante, el derecho de crédito resultante del reembolso nace cuando la sociedad recibe la notificación ejercitando el derecho de separación, y ese es, además, el momento que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la valoración de las participaciones del socio saliente.

### **3. Voto particular. Teoría de la recepción**

El Magistrado D. Juan María Díaz Fraile emite un voto particular respecto de la Sentencia y defiende, con los argumentos que señalaremos más adelante, que la fecha en la que se debe hacer efectiva la separación del socio es la fecha en la que la comunicación del socio de su voluntad de ejercer el derecho de separación llega a la sociedad (lo que hemos denominado como la teoría de la recepción) o, a más tardar, la fecha de la sentencia firme que declara el derecho de separación.

Para llegar a esta conclusión, el Magistrado hace uso de, entre otros que consideramos menos relevantes a los efectos de este análisis, los siguientes argumentos:

- (i) El artículo 348 bis de la LSC procura proporcionar al socio minoritario una vía de escape de la sociedad frente al “imperio despótico de la mayoría”. Y esa vía de salida podría frustrarse si la efectividad del derecho de separación se alarga demasiado en el tiempo, máxime cuando depende de un acto de la sociedad como es el pago del valor de las participaciones. Es decir, el retraso entre el ejercicio del derecho y su efectividad puede dejar vacío de contenido el derecho (si pensamos en el caso de la reactivación de la sociedad o la obligación de realizar prestaciones accesorias fácilmente percibimos que el tiempo corre en contra del socio saliente).
- (ii) El carácter potestativo del derecho de separación, que atribuye a su titular la facultad de modificar o extinguir una relación jurídica previa en virtud de una declaración de voluntad unilateral (y recepticia).
- (iii) El ejercicio del derecho de separación da lugar al nacimiento en el patrimonio del socio de un crédito por el valor razonable de sus participaciones o acciones, lo que necesariamente implica la salida de las participaciones o acciones de su patrimonio, por lo que el socio pierde su condición de tal (pues tal condición venía atribuida por la titularidad de las participaciones o acciones que ha dejado de ostentar). La coexistencia en el patrimonio del socio de un crédito de reembolso por el valor de las participaciones y de las mismas como activo autónomo es difícilmente justificable desde un punto de vista jurídico y económico.
- (iv) El derecho de separación es un derecho adquirido, pleno, y no un mero derecho expectante o condicionado, que no puede ser perjudicado por

la sociedad mediante la revocación del acuerdo social que lo originó. Y ello ha sido expresamente admitido por la sentencia 32/2206 del Tribunal Supremo.

- (v) La comunicación del derecho de separación es el momento que ha de tomarse de referencia para fijar el valor razonable de la participación del socio.
- (vi) La interpretación respecto de la jurisprudencia en relación con el derecho de exclusión (que comparte régimen legal con el derecho de separación en el Capítulo III del Título IX) permite deducir que, en los casos en los que no es necesaria la resolución judicial prevista en el artículo 352 de la LSC, el momento de la efectividad de la exclusión coincide con el momento a que ha de venir referida la valoración de la participación, no con el de su pago o reembolso.

## **IV. Consideraciones sobre la teoría del reembolso y la teoría de la recepción**

### **1. Consideraciones a la teoría del reembolso**

Como hemos señalado, el Tribunal Supremo ha optado en la Sentencia por la denominada teoría del reembolso, interpretando así que la condición de socio se pierde con el pago por la sociedad al socio del valor de su participación.

Esta interpretación plantea, como principal inconveniente, el de determinar si el socio que ha ejercitado el derecho de separación, pero que no ha recibido el valor de su participación, conserva todos los derechos y obligaciones propios de un socio. El Tribunal Supremo no llega a concretarlo, pero entendemos que esta postura podría generar dificultades prácticas, en la medida en que el interés del socio se habrá disociado del interés social, por ejemplo, ¿podría el socio separado asistir a las juntas y ejercitar su derecho de voto? Parece que sí podría, pero en ese caso, ¿podría también impugnar acuerdos sociales (cuando estos fueran anulables)? Y si la sociedad aprobara un reparto de dividendos, ¿tendría derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales? Siguiendo lo expuesto por el Tribunal Supremo debemos entender que sí. Pero, ¿y si el reparto se produce con cargo a reservas constituidas con anterioridad al ejercicio del derecho de separación? El socio estaría siendo remunerado por esas reservas dos veces, mediante la percepción de dividendos y mediante el pago del reembolso (a menos que se le descontara de la valoración del precio de su participación el importe de las reservas repartidas). En definitiva, según la teoría del reembolso cabe entender que el socio mantiene todos sus derechos y obligaciones intactos, y que, por lo tanto, el socio tendría, entre otros, el derecho a impugnar los acuerdos y a participar de las ganancias sociales, sin limitaciones.

Sin embargo, la doctrina que defiende la teoría del reembolso argumenta que el vínculo social se vería afectado entrando en una fase de decadencia<sup>7</sup>, sin entrar a determinar en que se concretaría esta decadencia. A nuestro modo de ver, se podría, por ejemplo, sostener que el socio saliente quedaría despojado de todos los derechos económicos inherentes a la condición de socio, dado que, en cierta forma, el socio habría renunciado a dichos derechos a cambio del reembolso de su participación. Eso sí, se debería entender que mantiene los derechos políticos conforme a la teoría del reembolso, pues podrían resultar necesarios para proteger su derecho al cobro del valor de su participación. El reconocimiento del ejercicio de los derechos políticos plantea la dificultad de la falta de *afectio societatis* de quien ha declarado la voluntad de separarse de la sociedad. En todo caso, convendría que el legislador regulara este estadio intermedio, de manera que no cupiera duda sobre la situación en que se encuentra un socio que hubiera ejercitado su derecho de separación hasta que se produjera el pago de su participación.

## 2. Consideraciones a la teoría de la recepción

El Magistrado D. Juan María Díaz Fraile defiende en el voto particular la teoría de la recepción con diversos argumentos. Aunque pensamos que argumenta y sostiene su postura de forma sólida, podemos identificar algunos aspectos en sus argumentos que podrían plantear dificultades prácticas.

Por ejemplo, cuando el Magistrado dice que el crédito derivado del reembolso se integra en el patrimonio del socio en el momento del ejercicio del derecho de separación, no queda claro cómo se registraría ese activo en el balance del socio separado<sup>8</sup>.

Por otro lado, la referencia que el Magistrado realiza al derecho de separación como un “derecho adquirido” desde la recepción de la notificación plantea dudas en determinadas situaciones. En el ámbito societario existen muchos derechos que, existiendo jurídicamente, no pueden exigirse unilateralmente sin la aquiescencia de la sociedad (por ejemplo, el derecho a percibir dividendos). El Magistrado parece equiparar, en lo que se refiere a la unilateralidad de sus efectos, el derecho de separación y la renuncia al cargo de administrador. Las condiciones de administrador y socio son completamente distintas y despliegan efectos tan dispares que es discutible asemejar ambas situaciones en cuanto a los efectos que producen frente a la sociedad.

El Magistrado disidente plantea la posibilidad de que el socio que ha ejercitado su derecho de separación haga ejercicio de sus derechos políticos *ad cautelam*, lo cual no debería ser posible si aceptamos la teoría de la recepción.

Otro obstáculo a la teoría de la recepción es el efecto que la misma tiene sobre la posibilidad de la sociedad de revocar el acuerdo social que ha generado el derecho de separación del socio. Si mantenemos esta teoría, el derecho de la sociedad

---

7 BRENES CORTÉS, J., “¿En qué momento se consolida el derecho de separación del socios en una SRL?”. Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 715/2006 [BIB 2006/1289] pg. 9.

---

8 Conforme a los principios contables del devengo y prudencia, y con sujeción a la opinión de un contable, no parece que se pueda registrar ese activo en la contabilidad del socio, al no tener un valor razonable determinado.

de revocar sus acuerdos sociales se vería perjudicado, ya que el socio saliente ya hubiera dejado de ostentar esa condición y, por lo tanto, el acuerdo ya no produciría efectos frente a él, aunque el mismo fuera revocado.

## V. Conclusión

El artículo 348 bis de la LSC ha vuelto a entrar en vigor con fecha 1 de enero de 2021 después de haber estado suspendido durante el estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia Covid-19. Dada la situación económica que se prevé, creemos que volverá a haber pronunciamientos de tribunales en relación con este artículo y se plantearán las cuestiones expuestas en este trabajo. Viendo la relevancia que este artículo tendrá en la práctica, parece oportuno que el legislador se pronuncie expresamente sobre el momento en el que un socio pierde su condición de tal tras el ejercicio del derecho de separación y el régimen debido a la relevancia que tiene esta materia en la vida de una sociedad y en la protección del socio que se separa.

Hasta la Sentencia y las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021, había existido disparidad de criterios en la jurisprudencia respecto del problema planteado, lo que implicaba una situación de inseguridad jurídica que, entendemos, se irá despejando a la luz de las sentencias citadas pero que, en todo caso, debería ser subsanada por el legislador.

Desde un punto de vista práctico, se podría plantear regular esta cuestión en los estatutos de la sociedad, pero habría que comentarlo previamente con el Registro Mercantil para determinar si estas cláusulas serían inscribibles. Entendemos que, hasta que el legislador se pronuncie al respecto, la mejor alternativa podría ser entrar a regular esta cuestión en los pactos de socios.