
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 15 DE ENERO DE 2021

(CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REEMBOLSO TRAS EL EJERCICIO POR UN SOCIO DE UN DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ART. 348 BIS LSC)

¿Cuándo deja de ser socio, pérdida del status socii, un socio que se separa? Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021 que en el momento en el que se le paga su cuota de liquidación.

El Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, en su reciente **STS 4/2021, de 15 de enero**, ha dictado sentencia acerca de la posición del socio que ha ejercitado su derecho de separación en la sociedad que posteriormente es declarada en concurso y la calificación que debe tener su crédito de reembolso.

Se pronuncia por primera vez de forma directa sobre el momento en que debe entenderse perdida la condición de socio de una sociedad de capital como consecuencia del ejercicio del derecho de separación. Una cuestión que suscita amplio debate, controversia y división entre la doctrina, la jurisprudencia, y hasta resoluciones contradictorias de la anteriormente denominada DGRN (ahora DGSJFP, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).

El derecho de separación se regula en los arts. 346 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), permitiendo al socio de una sociedad de capital desvincularse de la misma, recuperando el valor razonable de su inversión, siempre y cuando se produzcan determinadas circunstancias expresamente previstas en la ley o en los estatutos, e.g. en la adopción por la sociedad de un acuerdo que cambie su objeto social, o bien con el no reparto de dividendos en determinadas circunstancias ex art. 348 bis LSC.

La importante litigiosidad que está generando el art. 348 bis LSC evidencia las múltiples cuestiones de índole dogmática y práctica que reviste el instituto de la separación del socio. El ejercicio del derecho de separación suele devenir en un proceso largo y complejo, y la LSC (tras las sucesivas reformas del derecho de separación) no regula en qué momento de este proceso hay que entender que el socio ha perdido su condición ni cuál es su estado jurídico durante dicho período, cuestiones de gran importancia en la práctica societaria.

Ante la laguna legal, doctrinalmente se han venido considerando tres posibles momentos en los que cabría entender que el socio ha perdido tal condición:

a) *Teoría de la declaración*: cuando comunica a la sociedad su voluntad de separarse; con lo que la posterior sentencia es declarativa no crea ni modifica estado.

b) *Teoría de la recepción*: cuando la sociedad recibe dicha comunicación.

c) *Teoría del reembolso*: cuando la sociedad abona o consigna el reembolso de la cuota del socio; es decir, cuando el socio recibe la liquidación de su participación.

La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, por su parte, se encontraba dividida recientemente entre las resoluciones que habían optado por la teoría de la declaración (SAP Coruña de 28 de marzo de 2018); de la recepción (SAP Barcelona de 20 de junio de 2019, caso “BON PREU”); o las que han optado por la del reembolso (SSAP de Cádiz de 16 de abril de 2015, de Castellón de 26 de enero de 2017, y de Málaga de 9 de mayo de 2018).

La STS 186/2014, de 14 de abril, ya dictaminó en el supuesto concreto de una sociedad profesional, atendiendo a la literalidad del art. 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales (“LSP”): *“los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad”*. No obstante, no existía hasta la fecha ninguna resolución expresa del Tribunal Supremo que resolviera esta cuestión con carácter general.

En esta primera sentencia al respecto, **STS 4/2021, de 15 de enero, el Alto Tribunal señala que el momento en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercitado el derecho de separación es “cuando se paga al socio el valor de su participación”**.

La Sala Primera argumenta que el Código de Sociedades Mercantiles de 2002 (así como el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014) fijaba como procedente el tercer criterio la teoría del reembolso y, en cambio, que la Ley de Sociedades Profesionales fija el *“momento en que se notifique a la sociedad”*. Y añade que no hay jurisprudencia al respecto (cita y descarta las SSTS 23 de enero de 2006 y la de 14 de abril de 2014). En cuanto a la solución del art. 13.1 LSP, en vez de realizar una interpretación auténtica y acorde con la doctrina mercantilista mayoritaria en España, la descarta con la siguiente argumentación: ***“no consideramos que la solución del art. 13.1 LSP sea generalizable o extrapolable a las sociedades de capital, por la singularidad de la sociedad profesional que se refleja en la iliquidez de las participaciones, puesto que la participación de los socios profesionales constituye, no ya una parte del capital social, sino una participación de trabajo que se atribuye en atención a las cualidades personales del socio”***.

Remarca así el Tribunal Supremo al elegir la teoría del reembolso, siguiendo a la doctrina mayoritaria italiana y a parte de los tratadistas españoles, que ***“para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, 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 (art. 93 LSC)”***.

CONCURSAL: Calificación del crédito como concursal y su clasificación como subordinado

En cuanto a la cuestión concursal la sentencia analiza si estamos ante un crédito de naturaleza concursal o extraconcursal. Para resolver la cuestión, el Alto Tribunal distingue entre el derecho del socio de la sociedad liquidada y el del socio que ejerce su derecho de separación, todo ello en virtud del art. 348 LSC. En este caso, el Tribunal Supremo determina que “*si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal*”.

Consideraciones del Alto Tribunal:

- i) la comunicación del derecho de separación que se produce con anterioridad a la declaración de concurso, aunque la separación no esté consumada, entonces el crédito del socio separado es concursal.
- ii) la condición de socio no se pierde de forma automática cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.
- iii) En el momento en el que el crédito proveniente del derecho de separación nace (cuando la sociedad recibió la comunicación de separación) su titular todavía tenía la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor.

El Tribunal Supremo determina que se pierde la condición de socio con el pago del crédito de reembolso, que se devengaría con la comunicación, y resuelve asimismo sobre la **calificación del crédito que el socio separado tiene frente a la sociedad derivado del ejercicio de su derecho de separación en el ámbito concursal:**

- 1) La clasificación que corresponde en este caso es la de *crédito subordinado* del art. 92.5 antigua LC (actual 281.2.3 TRLC), en relación con el art. 93.2.1 LC (ex 283.1.1 TRLC).
- 2) El crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una *naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad* (ex art. 92.5 antigua LC en relación con el art. 93.2.1º (actualmente arts. 281.1.5º y 281.2 TRLC).

Se considera como **subordinado** ya que i) el tipo de crédito tiene naturaleza de préstamo puesto que “*el crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad*”, y ii) el socio separado, como titular del crédito, en el momento que comunica el derecho de separación todavía es considerado como persona “*especialmente relacionada con el deudor*”.

A su vez, la sentencia diferencia entre i) el crédito concursal subordinado que nace en el socio que ejercita el derecho de separación antes de la declaración de concurso y ii) el crédito extraconcursal que tendrán los restantes socios no separados a la cuota de liquidación una vez ejecutada la liquidación concursal. Asimismo, el crédito concursal

subordinado del socio que comunica la separación, será preferente al crédito extraconcursal del resto de socios. **La STS 4/2021, de 15 de enero, califica el crédito del socio que ha ejercitado el derecho de separación antes de la declaración de concurso como un crédito subordinado**, aplicando acertadamente justicia material al supuesto en concreto, frente al criterio del magistrado discrepante (DÍAZ FRAILE) que lo califica como crédito concursal ordinario.

Es preciso reseñar que la sentencia cuenta con un extensísimo voto particular y que, de momento, constituye un pronunciamiento aislado que no sienta jurisprudencia teniendo en cuenta que la resolución se dicta en el contexto excepcional de un concurso de acreedores, no siendo por ahora extrapolable como solución general para las sociedades de capital.

Voto particular

En el voto particular, el magistrado Excmo. Sr. Juan María DÍAZ FRAILE (Registrador de la Propiedad) sostiene con una extensa fundamentación que el momento de la pérdida de la condición de socio *“debería haber sido fijado en la fecha en que la comunicación del socio de su voluntad de ejercer el derecho de separación llegó a la sociedad o, a más tardar, en la fecha en que la sentencia que declaró el derecho de separación y condenó a la sociedad al pago de ese crédito devino firme”*, considerando en consecuencia que el crédito del socio ya separado no debería ser calificado como subordinado sino ordinario.

Con prolija argumentación señala que, por la separación el socio termina su relación obligatoria con la sociedad, calificando el derecho de separación como un derecho potestativo cancelatorio, y afirmando que el socio no puede tener un derecho al reembolso de su cuota de liquidación y seguir siendo socio a la vez al no ser compatible con el art. 91 LSC. Además, que el *“crédito de reembolso existe desde que se ejercita el derecho de separación”* porque es el que resulta de la *“extinción de la relación jurídica entre el socio y la sociedad, el pago de la cuota de reembolso no constituye presupuesto de eficacia del derecho”*. Asimismo, que la valoración de las acciones o participaciones ha de hacerse a la fecha de ejercicio del derecho, añade argumentos contables (*vide* Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas 5 de marzo de 2019), y que la regulación debe ser la misma para la separación y la exclusión, deduciéndose del art. 352 LSC *a sensu contrario* que el socio que tiene menos del 25 % queda excluido con la comunicación del acuerdo de exclusión.

Remarca que el art. 13 LSP recoge la regla general y no una excepción, y que si la sociedad se opone al ejercicio del derecho de separación debe aplicarse *mutatis mutandis* la doctrina de la resolución extrajudicial de un contrato sinalagmático (solución expresamente acogida por la STS 438/2010, de 30 de junio). Del mismo modo, que el socio no puede ser socio y acreedor de la sociedad a la vez en relación con el principio de inescindibilidad de los derechos del socio, y que la sociedad es un contrato y la solución de la fecha del ejercicio de separación como fecha de la pérdida de la condición de socio es también más acorde con el principio de autonomía de la voluntad.

En definitiva, de los argumentos señalados en la sentencia del Tribunal Supremo, así como del extenso voto particular emitido, nos encontramos ante una sentencia que será sin duda objeto de múltiples debates entre los profesionales del Derecho y con gran relevancia práctica en el ámbito mercantil y societario. Asimismo, es preciso indagar en las posibilidades que el Derecho Concursal ofrece para evitar un ejercicio torticero del derecho de separación en la inminencia de una situación de insolvencia. En todo caso, en aras de la seguridad jurídica, esperemos que sea el legislador el que regule y resuelva definitivamente la controversia dada las importantes implicaciones que conlleva.

Andrés Palomo Coca, Abogado Sénior
Departamento de Litigación. Fieldfisher JAUSAS.
Andres.Palomo@fieldfisher.com

El contenido de esta publicación es meramente informativo, sin que el interesado deba tomar una decisión basada en la misma; en tal caso debería solicitar asesoramiento jurídico específico adaptado a sus circunstancias concretas.