



Trabajo Fin de Grado

**EL DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS Y
EL CONTROVERTIDO ARTÍCULO 348 BIS DE LA
LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL**

Autor

María Navarro Almela

Tutor

Dr. José Javier Rojas Martínez del Mármol

Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Elche
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Curso 2022/2023

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	HISTORIA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.....	8
III.	EL DERECHO DE SEPARACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	12
IV.	FUNDAMENTO Y CONCEPTO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.....	15
	A) Fundamento.....	15
	B) Concepto.....	18
V.	FUNCIONAMIENTO, EJERCICIO Y EFECTOS DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.....	22
	A) Artículos 346 y 347 lsc.....	22
	B) Nacimiento.....	22
	C) Funcionamiento.....	24
	D) Pérdida del status socii.....	25
	1. La tesis de la comunicación.....	25
	2. La tesis del pago o del reembolso.....	27
VI.	DERECHO DE SEPARACIÓN POR NO REPARTO DE DIVIDENDOS: ARTÍCULO 348 BIS LSC.....	29
	A) Historia del artículo.....	29
	B) Ámbito de aplicación.....	31
	C) Presupuestos para su ejercicio.....	32
VII.	DERECHO AL DIVIDENDO Y JURISPRUDENCIA DE INTERESES.....	33
VIII.	CONCLUSIONES.....	37
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	40
	A) Referencias bibliográficas.....	40
	B) Jurisprudencia.....	42

C) Legislación.....	43
D) Recursos web.....	45



ABREVIATURAS

LSC - *Ley de Sociedades de Capital*

LSA - *Ley de Sociedades Anónimas*

LSRL - *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*

SA - *Sociedad Anónima*

SL - *Sociedad Limitada*

TS - *Tribunal Supremo*

BOE - *Boletín Oficial del Estado*

BORME - *Boletín Oficial del Registro Mercantil*

SAP - *Sentencia de la Audiencia Provincial*

STS - *Sentencia del Tribunal Supremo*

STC - *Sentencia del Tribunal Constitucional*

ss. - *Siguientes*



I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo aborda una de las figuras mercantiles que más críticas e interpretaciones ha suscitado desde su introducción a nuestro ordenamiento jurídico: el derecho de separación del socio. Actualmente, este derecho se encuentra regulado en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Por realizar una previa aproximación al concepto de este derecho, diré que éste encuentra su razón de ser en la tutela de los socios minoritarios ante posibles abusos de la mayoría en el seno de las sociedades capitalistas.

La modificación de los contratos en derecho común se lleva a cabo mediante el consentimiento unánime de todos los que han participado en ellos.

Esta unanimidad se sustituye por un régimen de mayorías en las sociedades de capital, que hacen necesario proteger al socio minoritario frente a una modificación del contrato contra su voluntad por parte de la mayoría, lo que la ley ha extendido al supuesto de no reparto de dividendos.

Las tres formas fundamentales que recoge la ley de protección a este socio minoritario son el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones, la posibilidad de impugnar los acuerdos que sean contrarios al interés social, y el derecho del socio a separarse de la sociedad recuperando el valor justo de sus acciones o participaciones.

Este derecho de desvinculación actúa como garantía en favor de los socios minoritarios, pues les permite desvincularse de la sociedad en caso de que la mayoría adopte decisiones con las que no están de acuerdo y por las que puedan ver afectada su inversión.

De conformidad con la función de tutela asignada al derecho de separación, se considera comúnmente aceptado (aunque no hayan faltado matices al respecto) que el mencionado derecho constituye un derecho individual del socio, de carácter económico-patrimonial y de naturaleza imperativa que es inderogable o indisponible por la mayoría, e irrenunciable preventiva o anticipadamente por el socio¹.

¹ Empanza Sobejano, Doctor Alberto, El derecho de separación del socio en las modificaciones estructurales de la sociedad («Los conflictos de intereses en las sociedades y en las entidades no lucrativas. Modificaciones estructurales y Derecho de grupos», concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Ref.: DER 2015-69549-P)).

En cuanto a su evolución legislativa, fue por primera vez introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y permitía al socio desvincularse de la sociedad en el caso de que la mayoría adoptara la modificación esencial del contrato social, en concreto, que aprobara una modificación de este.

En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, la ley de 1953 se caracterizaba por ser una ley incipiente, que nacía por necesidad de comenzar a regular este tipo societario, que hasta ahora venía rigiéndose en su totalidad por el principio del derecho de la autonomía de la voluntad. Además, en su redacción no fue previsto un derecho de separación porque no se consideraba que las minorías en este tipo societario estuvieran en una situación de desventaja².

Sin embargo, llama la atención que no fuera hasta 1995, a través de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que se introdujera este derecho de separación para las sociedades de responsabilidad limitada.

Este último texto legal, en su exposición de motivos, justifica que con él se consigue una mayor tutela del socio minoritario.³

En la actualidad, para su ejercicio es necesaria la concurrencia de una serie de presupuestos, legales o estatutarios, contemplados en los arts. 346 y 347 LSC. Una vez concurren estos, la sociedad estará obligada a liquidar las participaciones o acciones sociales con las que cuente el socio que ha ejercitado el derecho y a reembolsarle su importe.

Es destacable, sin embargo, el carácter dispositivo que le confiere a este derecho el art. 347 LSC, el cual permite a las sociedades la exclusión de este por vía estatutaria. Es decir, no se trata de un derecho imperativo o de obligado cumplimiento por parte de la sociedad.

Por otra parte, uno de los artículos que más dudas ha suscitado respecto a esta figura es el artículo 348 bis LSC, que abordaremos más adelante de una manera más exhaustiva. Sin

² Por lo que se refiere a la tutela de la minoría, es menester recordar que la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1953 afirmaba incidentalmente que en la sociedad de responsabilidad limitada «no existe problema de defensa de minorías». (España. Exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. BOE-A-1995-7240).

³ Esta tutela es particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio. Este es el sentido de la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio, o del reconocimiento expreso del derecho a solicitar la separación de los liquidadores cuando hubieran transcurrido tres años desde la apertura del proceso liquidatorio sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación. (España. Exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. BOE-A-1995-7240).

embargo, es necesario realizar aquí una breve introducción sobre en qué consiste el mencionado precepto.

Este precepto regula el derecho de separación de los socios en caso de falta de distribución de dividendos. El artículo en su primer punto establece cuáles son los requisitos necesarios para conferir a los socios esta posibilidad de desvinculación de la sociedad. También regula la forma en que se debe realizar la comunicación a la sociedad para poder llevarla a cabo y el ámbito de aplicación.

El artículo en cuestión ha tenido una vida accidentada desde su introducción al marco legal de las sociedades de capital. Su entrada fue acordada en 2011, pero no fue hasta 2016 que inició su vigencia, teniendo lugar su última modificación en 2018, que trató de clarificar ciertos aspectos de la redacción primitiva.

De manera previa a exponer el fundamento y concepto del derecho de separación, realizaré una aproximación de la historia y evolución legislativa de este derecho, desde su incorporación por la LSA hasta la actualidad y también introduciré de manera breve dónde se encuentra regulado en el derecho comparado. Una vez expuestos, expondré en qué consiste el derecho de separación de manera general: en qué momento nace, su funcionamiento y una cuestión primordial para su entendimiento, así como para la resolución de los supuestos que puedan darse en la práctica societaria, la pérdida de la condición de socio o *status socii*. Seguidamente, dirigiré el trabajo hacia el análisis del artículo 348 bis LSC. Explicaré las causas de activación del derecho, cómo debe realizarse la comunicación a la sociedad, su ámbito de aplicación y el plazo para su ejercicio. Finalmente, expondré las conclusiones e introduciré mi valoración final.

II. HISTORIA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.

De manera previa a exponer detalladamente en qué consiste el derecho de separación de los socios y su fundamento jurídico, es necesario realizar una exposición sobre sus antecedentes históricos y cuál ha sido su evolución legislativa.

El derecho de separación se encuentra regulado en los arts. 346 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital⁴. Sin embargo, este derecho ya fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad.

Su primera aparición la encontramos en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951⁵. Dicho texto jurídico regulaba el derecho de separación en su artículo 85.4: “Cuando la modificación consista en el cambio de objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán el derecho de separarse de la Sociedad [...]. Este derecho habrá de ejercitarse en el plazo de tres meses, a contar de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil.”.

Este artículo introducía un presupuesto necesario que debía concurrir para que el socio pudiera ejercitar dicho derecho y pudiera separarse de la sociedad. Este presupuesto era la modificación del objeto social⁶.

La reforma de la LSA en 1989 continuó reconociendo dicho derecho en su artículo 147: “Art. 147. Sustitución del objeto social: 1. Cuando la modificación de los Estatutos sociales consista en la sustitución del objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán el derecho de separarse de la Sociedad. El derecho habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

Como se desprende de su redacción, el presupuesto bajo el cual puede ser ejercitado el derecho de separación fue modificado en la LSA de 1989. En esta se establece que los accionistas

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁵BOE-A-1951-7800. (s. f.). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1951-7800>

⁶ El profesor Nemesio Vara de Paz comenta que dicho cambio se produce cuando hay una sustitución completa de las actividades sociales previstas en los estatutos o, según doctrina mayoritaria, un cambio por la ampliación o reducción sustancial de esas actividades, cuya apreciación quedaba remitida para cada caso concreto a los Tribunales. Vara de Paz, Nemesio “El derecho de separación del socio en el caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades”. *Revista de derecho de sociedades*, nº 40, 2013, p. 79-106.

podrán separarse en caso de sustitución del objeto y no por su modificación, como ocurría en la LSA de 1951.

El Tribunal Supremo concreta en su sentencia núm. 438/2010 de 30 de junio ⁷ que el legislador de 1989 trató de clarificar el alcance de la fórmula “cambio de objeto” utilizada en la Ley de 1951, reconociendo el derecho sólo en los supuestos de “sustitución”.

Dicha sentencia continúa explicando que, se entiende que ha tenido lugar una sustitución del objeto social cuando “se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de las actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos.”.

La sentencia mencionada dio lugar a un posterior pronunciamiento del TS. En la STS 102/2011 de 10 de Marzo ⁸ se concreta que “La sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta - conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra - sino relativa, atendiendo como razón identificadora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella”.

Es decir, el socio ingresa en una sociedad y condiciona su permanencia a que se desarrollen las actividades que constan descritas en el objeto social en el momento de su entrada en la sociedad. Si dichas actividades son modificadas, de tal forma que se modifique la finalidad del objeto social, es probable que el socio desee ejercitar su derecho de separación.

Hasta ese momento, el derecho de separación únicamente había sido contemplado para las sociedades capitalistas. Es en 1995 cuando también fue introducido en el régimen de las sociedades limitadas.

⁷ STS 438-2010, 30 de Junio de 2010.

⁸ STS 102-2011, 10 de Marzo de 2011.

Lo destacable de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995⁹, fue que, a diferencia de la LSA que únicamente contemplaba presupuestos concretos para el ejercicio de este derecho, es que reguló también ciertas causas de separación legales, ampliadas en comparación con la LSA, pero como novedad introdujo la posibilidad de ampliar dichas causas por la vía estatutaria.

Seguidamente la Ley de Sociedades Profesionales 2/2007, de 15 de marzo¹⁰, introdujo en su articulado la posibilidad de separación para esta forma societaria. Este texto normativo permitía la separación en caso de concurrencia de las causas legales o estatutarias establecidas, pero también en caso de justa causa.

Actualmente, el derecho de separación se encuentra regulado por el 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 realiza la misma separación entre causas legales y causas estatutarias que la LSRL. La novedad de la LSC, sin embargo, radica en su artículo 348 bis, el cual ha sido objeto de suspensión y de modificaciones durante su vida y que tantas críticas ha suscitado.

Este artículo regula un nuevo supuesto por el cual el socio puede separarse de la sociedad en caso de falta de distribución de dividendos.

Fue introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 25/2011, de 1 de agosto. Pero no fue hasta el 31 de diciembre de 2016 que inició su vigencia.

En su redacción original, el artículo disponía: “1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles; 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios; 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas”¹¹.

⁹ España. BOE-A-1995-7240 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

¹⁰ España. BOE-A-2007-5584 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

¹¹ España. BOE-A-2010-10544 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Tras sucesivas suspensiones, se modifica por la Ley 11/2018¹², que introduce un importante apartado por el cual la causa de separación puede ser suprimida o modificada por voluntad de la mayoría.

MERCEDES POLO entiende que esta es la primera modificación trascendental a la que se somete el art. 348 bis: “la previsión expresa del carácter renunciable del derecho de separación mediante cláusula estatutaria acordada por unanimidad”¹³.

Esta supuso una división en la doctrina en la medida en que el derecho de separación, como derecho individual del socio, era difícilmente concebible como un derecho susceptible de ser considerado como derogable por parte de la mayoría.

En la redacción vigente, esta causa de separación puede quedar inoperante en caso de disposición estatutaria en contra y también se prevé la posibilidad de alterar los presupuestos para que se active su ejercicio, siendo necesario en ambos casos el consentimiento unánime, a menos que se le reconociera al socio que no hubiera votado a favor de la supresión o modificación el derecho a separarse de la sociedad.



¹² BOE-A-2018-17989 Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

¹³Curto Polo, Mercedes “La esperada reforma del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio (de los notarios también)*, nº 71, 2019.

III. EL DERECHO DE SEPARACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Italia

En Italia es reconocido el *Diritto di recesso* por el artículo 2.437 del Codice civile ¹⁴.

De manera similar al derecho español, en el artículo mencionado, el legislador introduce una enumeración de aquellos casos en los que el socio puede desvincularse de la sociedad, por ejemplo:

- “a) la modificación del objeto social, cuando permita un cambio significativo en la actividad de la sociedad ¹⁵;
- b) la transformación de la sociedad;
- d) la revocación del estado de liquidación;
- e) la eliminación de una o varias de las causas de separación previstas en el apartado siguiente o en los estatutos;
- f) la modificación de los criterios de determinación del valor de la acción en caso de retirada;
- g) la modificación de los estatutos en lo relativo al derecho de voto o de participación”.

Además, cabe resaltar que el socio, en atención a este artículo, “tiene derecho a retirarse, para la totalidad o parte de sus acciones”. Es decir, puede desvincularse de la sociedad de manera parcial si así lo desea.

De acuerdo con SÁENZ GARCÍA (1990)¹⁶, la introducción del derecho de separación en la LSA 1951 estuvo fuertemente influenciada por el Código de Comercio italiano de 1882, que incorporó esta figura como elemento corrector en la superación de la teoría de las *bases esenciales*, de manera que se pudieran conciliar los intereses de la mayoría y la minoría. ¹⁷

¹⁴ Stato, D. Z. P. I. E. (s. f.). *Normattiva*. <https://www.normattiva.it>

¹⁵ Al igual que ocurría en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se reconoce el derecho de separación por modificación del objeto social.

¹⁶ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., “El objeto social en la sociedad anónima”, Madrid, Civitas, 1990, p. 307

¹⁷ Paredes, R. P. (2023). La Separación Del Socio En La Ley De Sociedades De Capital. *Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.*

Portugal

El artículo 240 del Código de sociedades portugués estipula: “1. Un socio puede renunciar a la sociedad en los casos mencionados en la ley y en la Escritura de Constitución y también cuando, contra el voto expreso del socio

(a) la sociedad decida un aumento de capital a suscribir total o parcialmente por terceros, la modificación del objeto social, la ampliación de la sociedad, el traslado del domicilio social al extranjero, la reanudación de la actividad de la sociedad disuelta;

(b) cuando exista justa causa para la exclusión de un socio, la sociedad no decide excluirlo ni promover su exclusión judicial”.

Es decir, al igual que en el Derecho español, se permite su separación por la concurrencia de causas legales o causas estatutarias.

Sin embargo, es importante destacar que el artículo también estipula: “[o] contrato de sociedades não pode (..) nem admitir a exoneração pela vontade arbitraria do socio” (El contrato de sociedad no puede (...) admitir la baja por la voluntad arbitraria del socio).

Es decir, el Código portugués no reconoce un derecho de separación *ad nutum* o voluntario al socio, como sí se reconocía en las sociedades personalistas en España, antes de su unificación en la LSC.

Francia

Francia también incorpora el conocido como “droit de retrait” en los artículos 1844.7 y 1844.8 de su Código Civil¹⁸. De manera similar a la legislación española, el código francés permite al socio separarse en dos situaciones específicas:

En primer lugar, en caso de modificación de los estatutos, siempre que dicha modificación afecte de manera específica a los derechos del socio.

Y, en segundo lugar, cuando existan graves motivos que justifiquen la salida del socio de la sociedad.

En todo caso, la separación debe ser en caso de que concurra justa causa, de lo contrario, el socio podría llegar a ser responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y a los demás socios.

¹⁸ Francia. Código Civil.

EEUU y Gran Bretaña

Lo común a ambos países es que “jurisprudencia y doctrina han elaborado el concepto de opresión de la minoría con la finalidad de permitir al socio la recuperación del valor de su inversión en los supuestos de comportamientos de la mayoría tachados como intolerables” (Vilata Menadas, 2017)¹⁹.

Respecto a la doctrina anglosajona, concretamente elabora una tipología de conductas reputadas como asesoras, como actuaciones de la mayoría tendentes a limitar los ingresos de los socios minoritarios, dirigidas a apropiarse de los activos sociales y de las oportunidades de negocio de la sociedad o mecanismos dirigidos a privar a los minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos (Vilata Menadas, 2017).



¹⁹ Vilata Menadas, S, A vueltas con el derecho al dividendo. *LA LEY mercantil*, Sección Sociedades, Editorial Wolters Kluwer, nº 40, 2017.

IV. FUNDAMENTO Y CONCEPTO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.

A) Fundamento.

Como se ha comentado con anterioridad, la LSA fue la primera en regular este derecho y fue en 1995 cuando pasó también a ser de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada.

Por ello, para explicar el fundamento del derecho de separación, se hace necesario distinguir primeramente la fundamentación que tiene el derecho de separación en las sociedades capitalistas y la que tiene en las sociedades personalistas.

La SAP Barcelona, de 11 diciembre de 2014, introduce esta distinción, en su fundamento de derecho tercero que menciona, a su vez, la STS 796/2011, de 15 de noviembre²⁰, la cual realiza una explicación de cuál es la razón del derecho de separación en función de la estructura societaria ante la que nos encontremos.

Primeramente, en las sociedades personalistas, el derecho de separación del socio fue calificado como un derecho *ad nutum* o unilateral del socio. La RAE define el término *ad nutum* del siguiente modo: «*Cuando se trata de contratos de duración indefinida, por no haberse pactado un plazo determinado para su determinación, con o sin previsión de prórrogas o renovaciones, la doctrina jurisprudencial admite la resolución o desistimiento unilateral, por decisión “ad nutum”, tanto más si hay en la relación una impronta de confianza -“personae intuitu” [...]*» (STS, 1.ª, de 2-VI-2009, rec. 2550/2004)²¹.

Cabe pensar que el reconocimiento de un derecho de separación voluntario puede entrar en conflicto con el art. 1256 CC: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Sin embargo, en línea con la sentencia STS 216/2013, 14 de Marzo de 2013, esto no ocurre, puesto que el ejercicio del derecho de separación no afecta a la validez o cumplimiento del contrato social, dado que “se limita a facultar al socio, [...], para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida”²².

²⁰ STS 796-2011, 15 de Noviembre de 2011.

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [4 de abril de 2023].

²² STS 216/2013, 14 de Marzo de 2013.

Asimismo, el TS en su sentencia núm. 796/2011 en su fundamentación de derecho segunda establece una distinción de por qué el derecho de separación debe ser o no reconocido en función del tipo de estructura social.

Respecto a las sociedades colectivas o comanditarias, comienza exponiendo que se hace necesario el reconocimiento de este derecho en la medida que el contrato de sociedad no establezca una duración determinada: “28. En consideración a lo previsto en el artículo 1705 del Código Civil, según el que “[l]a disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio”, y en el 224 del Código de Comercio, a cuyo tenor “[e]n las Compañías colectivas o comanditarias por tiempo indefinido, si alguno de los socios exigiere su disolución, los demás no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que lo proponga”, se afirma que en las sociedades de duración indeterminada de base contractual y estructura personalista, la repugnancia del sistema a las vinculaciones permanentes, es determinante de que se reconozca a los socios la facultad -que debe ejercitarse dentro de los límites de la buena fe-, de separación *ad nutum*.”.

Continúa exponiendo: “29. Por el contrario, tratándose de sociedades de estructura corporativa y capitalista, el principio de estabilidad del capital, como regla, impide a los socios la desinversión y rescate de su aportación, sin que su vinculación con la sociedad pueda calificarse de permanente dada la posibilidad de transmitir a terceros su posición e intereses en la sociedad”.

Y en atención a las sociedades de responsabilidad limitada: “30. Finalmente, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, el primer párrafo del artículo 96.1 de la Ley reguladora de tales sociedades - aplicable al caso por razones temporales²³ - según el que “[l]os estatutos podrán establecer causas distintas de separación a las previstas en la presente ley”, ha sido interpretado por un sector doctrinal en el sentido de que el carácter híbrido que deriva de su estructura corporativa por un lado y cerrada por otro, permite regular concretas causas de separación, pero no la separación “sin causa” [...]”.

El ejercicio del derecho de separación *ad nutum* pues se ha admitido tanto legal como doctrinalmente en materia de sociedades de responsabilidad limitada, si bien se discutió sobre su aplicación a las sociedades anónimas, dado el carácter capitalista de estas. No obstante,

²³ A esta sentencia es de aplicación la normativa previa a la LSC, aspecto que comentaremos más adelante.

actualmente este derecho puede ejercitarse también en todas las sociedades de capital conforme la LSC²⁴.

Perales Viscasillas señala que: “el reconocimiento del derecho de separación en nuestras leyes de capital se produjo cuando la regla de la unanimidad pasó a ser la regla de la mayoría”.²⁵

Para entender esta afirmación es necesario traer a colación lo estipulado por los arts. 198 y ss. y el art. 248.1 LSC.

El art. 198 LSC nos dice que para la mayoría de asuntos en las sociedades de responsabilidad limitada será necesaria una mayoría ordinaria para la adopción de acuerdos sociales. Sin embargo, el art. 199 LSC introduce una excepción a esta norma general: “Por excepción a lo dispuesto en artículo anterior: a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”. En estos supuestos se exige la concurrencia de una mayoría reforzada.

También, en las SL los estatutos pueden exigir otro tipo de porcentaje favorable superior al estipulado por la ley, sin llegar a la unanimidad (art. 200 LSC).

Respecto al art. 248.1 LSC, referido a las sociedades anónimas: “1. En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión”.

Por tanto, la adopción de acuerdos en las sociedades de capital encuentra un límite: la regla de la unanimidad. Es decir, a pesar de que la ley permita que, por ejemplo, en el caso de las sociedades anónimas, puedan estipularse mediante estatutos unas mayorías reforzadas, nunca podría imponerse la necesidad de alcanzar la unanimidad para la adopción de acuerdos, puesto que es lógico que esto podría conllevar a un bloqueo de la sociedad.

La relación que lo expuesto guarda con el derecho de separación reconocido a los socios es evidente: la posibilidad de que se produzca un abuso de la mayoría.

En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 esta posibilidad ya fue contemplada y por eso se “reconoció autónomamente el derecho de separación del socio, en los casos en los que la mayoría impone una modificación esencial del contrato social. Así pues, el derecho de separación

²⁴ SAP B 8246/2014.

²⁵ Castells, A., Morales, J. R., Codina, J., Vega, L., Albert, D., Seijo, J. M., Recalde Castells, A., Castañer Codina, J., Rodríguez Vega, L., Vázquez Albert, D., & Fernández Seijo, J. M. (2017). *Principales reformas del Derecho mercantil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

se configura históricamente como la contrapartida a la posibilidad de que la mayoría modifique elementos esenciales del contrato social”.

Es decir, el derecho de separación se configura como una medida de protección para los socios minoritarios en cuanto pueden ver sus intereses mermados por acuerdos adoptados por la mayoría de los socios y en los cuales ellos no tienen posibilidad de intervención. Teniendo en cuenta que estos intereses se entienden que son los que inicialmente determinaron su entrada en la sociedad.

Por tanto, podemos motivar que el fundamento originario que dio lugar al nacimiento de separación de los socios es la necesidad de evitar que la mayoría societaria tomara el control de la sociedad de tal forma que diera lugar a conductas indeseables para los socios minoritarios²⁶.

FARRANDO²⁷ expone que, a pesar de que esto sea el fundamento originario del derecho de separación, hay que tener en cuenta que este derecho ha seguido hasta la actualidad, lo cual se debe a una serie de motivos: i) a la prevención de que determinadas decisiones realizadas *manu militari* por la mayoría puedan llegar a retraer la inversión en sociedades de capital o, como mínimo incrementar los costes de negociación para realizarla, y ii) a la necesidad de evitar que, en caso de mercados restringidos, la confrontación entre intereses o las diversas opiniones de los **socios** solo pueda canalizarse a través de remedios judiciales»

Es decir, también se debe tener en consideración que es un derecho que contribuye a la evitación de perjuicios económicos por abuso de la mayoría y de la vía judicial.

B) Concepto.

Hemos comentado que el derecho de separación implica una desvinculación del socio de la compañía y, a través de su ejercicio, la sociedad se ve en la obligación de reembolsar al socio el valor de sus participaciones.

Para aclarar el concepto de derecho de separación, creo que es de utilidad en este punto realizar una distinción entre esta figura y la compraventa de participaciones o acciones.

²⁶ Mendizábal, C. A., Castilla, F. G., Artigas, F. R., & Miguel, I. F. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital: (Real Decreto-ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011 y Real Decreto-ley 9/2012)*. Aranzadi, 2012.

²⁷ Farrando Miguel, I.: *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1998

Aunque son figuras jurídicas completamente distintas, encuentran su parecido en que ambas llevan intrínseca la transmisión de la propiedad de las acciones o participaciones del socio. Sin embargo, el destino de éstas varía en función del instrumento utilizado.

Respecto a la compraventa, se trata de una transacción frecuente en el ámbito de las sociedades mercantiles y consiste en la transmisión de los derechos que un socio tiene sobre unas participaciones o acciones a otro a cambio de un precio.

Esta operación puede tener lugar en cualquier momento, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legal o estatutariamente establecidos. Por ejemplo, pueden haberse establecido limitaciones como el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente a los socios restantes.

Como sabemos, la transmisión de la acción o participación comporta una modificación subjetiva del contrato de sociedad, lo cual exige un consentimiento de las partes para poder llevarlo a cabo.

En las sociedades capitalistas, la transmisión de la cualidad de socio se caracteriza por ser un proceso más libre y sencillo, en contraposición a las sociedades personalistas, que encuentran más limitaciones.

Con anterioridad a la unificación de las legislaciones²⁸, se entendía que el derecho de separación no podía ser reconocido para las sociedades más corporativas, como las sociedades anónimas, puesto que dado este carácter capitalista, primaba el principio de estabilidad del capital. En estas sociedades se optó por permitir la transmisión de la propiedad de las acciones a terceros, para evitar su vinculación permanente a la sociedad²⁹.

Respecto a la separación, en primer lugar, implica una ventaja clara para el socio, pues le permite vender las acciones a un precio objetivo sin necesidad de buscar a un comprador.

Por ejemplo, en sociedades pequeñas, es muy frecuente que se den situaciones en las que varios socios llevan a cabo un abuso de la mayoría frente al socio minoritario. Es en este momento, cuando el socio minoritario encuentra dificultades a la hora de querer salir de la sociedad, por no poder vender sus participaciones, momento en el que se activa la protección del socio, que es el fundamento del derecho de separación.

²⁸ LSA y LSRL en la LSC.

²⁹ STS 216/2013, Rec 1053/2010.

Siguiendo con el ejemplo, el socio minoritario, si no fuera por el derecho de separación, se vería compelido a soportar dicha situación y, más teniendo en cuenta que es difícil encontrar un comprador que desee ingresar en ese tipo de sociedad.

Como contrapartida, el ejercicio de este derecho comporta una situación forzosa para la sociedad, pues se ve obligada a pagar al socio el importe de las participaciones o acciones sociales con las que éste cuente.

En resumen, mientras que el derecho de separación se refiere al derecho de los accionistas a separarse de la empresa y vender sus acciones en circunstancias específicas, la compraventa de acciones se refiere a una transacción financiera entre dos accionistas interesados en las acciones de la empresa.

Para hacer más ilustrativa esta distinción, creo que es conveniente traer a colación la situación actual de la empresa Ferrovial, que ha trasladado su domicilio social a Países Bajos.

Una de las causas legales de separación contempladas en el art. 346.3 LSC es la del traslado del domicilio social al extranjero³⁰.

El derecho de separación implica la desvinculación de la sociedad y que sea esta misma la que adquiera las acciones o participaciones del socio separado. El precio de reembolso que la compañía ha ofrecido a los socios que desean separarse es de 26,0075 euros por acción.

Esto es lo que pretendían en un momento inicial los socios que estaban en contra del acuerdo de fusión y por consiguiente el traslado del domicilio social al extranjero. Sin embargo, tras el anuncio de esta medida, las acciones de la compañía Ferrovial S.A. aumentaron su valor en el mercado

³⁰ Art. 346.3.: “En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”.

³¹ Este derecho, diseñado como un mecanismo de protección de los socios, está recogido en los artículos 346 a 349 de la Ley de Sociedades de Capital, y contempla que en caso de que la sociedad resultante de un proceso de fusión inversa como este **no sea española, los accionistas pueden ejercitar su derecho de separación** sobre aquellas acciones que tuvieran inscritas hasta cinco días antes de celebrarse la junta general. Esta norma es aplicable en este caso porque **Ferrovial S.A. será absorbida por Ferrovial Internacional SE (FISE)**, que estará domiciliada en los Países Bajos.

De Elena, V., “Los accionistas díscolos ganan más si venden ahora en bolsa que si se separan.” *La Información*, 2023. En <https://www.lainformacion.com/empresas/derecho-separacion-ferrovial-paises-bajos/2884419/> (Consulta: 14/06/2023).

Actualmente, cotizan a 28,8700 euros por acción³², precio superior al que acordaron con la compañía al comunicar que deseaban ejercitar su derecho de separación.

Ante esta situación, los accionistas ven que ejercitar la separación supondría perder una oportunidad de ganancia superior, pues podrían vender sus acciones en el mercado a un precio de 27,9000 euros por acción.

En resumen, lo que vemos que puede suponer una ventaja para determinados socios que poseen participaciones sociales en empresas de pequeña envergadura, puede considerarse una desventaja en sociedades cotizadas que cuentan con una gran cantidad de interesados en poseer sus acciones.



³² IBEX 35 | Precios y cotizaciones de hoy | BME Exchange. (s. f.). BME Exchange. <https://www.bolsasymercados.es/bme-exchange/es/Mercados-y-Cotizaciones/Acciones/Mercado-Continuo/Precios/ibex-35-ES0SI000005> (Consulta: 14/06/2023).

V. FUNCIONAMIENTO, EJERCICIO Y EFECTOS DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.

A) Artículos 346 y 347 LSC.

Como ya se ha ido avanzando en los anteriores epígrafes, la actual redacción de la LSC reconoce al socio la posibilidad de ejercitar un derecho de separación, de "salida", bajo la concurrencia de una serie de causas legales y estatutarias

Las causas legales vienen reguladas en el artículo 346 LSC, a saber.

“1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes:

- a) Sustitución y modificación sustancial del objeto social.
- b) Prórroga de la sociedad.
- c) Reactivación de la sociedad.
- d) Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.

2. En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

3. [...]”.

Como vemos, se hace necesario, que el socio se oponga al acuerdo que adopte la causa de separación.

Asimismo, el artículo 347.1 LSC enuncia que los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la presente ley. En este caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio.

B) Nacimiento.

Una vez expuesto donde viene regulado este derecho, se ha necesario pasar a determinar o al menos intentar dilucidar en qué momento nace este derecho.

La ley no hace eco de ello pues no menciona en qué momento se produce, si desde el momento en que tiene lugar la entrada del socio en la sociedad o desde el momento en que se adopta el acuerdo bien sea uno de los contemplados en el art. 346 LSC o una causa estatutaria.

La sentencia TS 4/2021, de 15 de enero³³, introduce unos conceptos interesantes acerca de esta cuestión. Esta nos habla de un derecho «abstracto» y de un derecho «concreto».

"El derecho abstracto de separación, como un derecho en potencia o expectante, nace en el momento de la constitución de la sociedad, o de la incorporación del socio, *ministerio legis*, por estar expresamente prevista en la ley para el caso de la eventual concurrencia de las causas tipificadas normativamente (arts. 346 y 3348 LSC). También podrá surgir en los casos expresamente previstos en los estatutos (art. 347 LSC).

Es decir, el derecho de separación nace desde el mismo momento en que se adquiere la condición de socio o, dicho de otra forma, desde que se constituye la sociedad, en el caso de socios originarios, o desde que se produce su incorporación a la sociedad, para socios no originarios.

Y, este derecho se transforma en un derecho «concreto» en caso de adopción del acuerdo social que constituya la causa legal o estatutaria del mismo, siempre que el socio se haya opuesto a ese acuerdo. Este derecho «concreto» de separación nace desde la aprobación del acta de la junta en que se adoptó el acuerdo.

Este fundamento ya había sido introducido por el TS en la sentencia 32/2006, de 23 de enero³⁴, al decir que el derecho de separación "nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación [...]".

En esta línea, es necesario traer a colación el art. 6.2 del Código Civil: "La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros".

También, debe valorarse en este punto, y hago referencia al apartado anterior, el fundamento del derecho de separación. Como se ha comentado con anterioridad este nace con voluntad de proteger a aquellos socios minoritarios de posibles abusos de la mayoría a la hora de adoptar acuerdos sociales. Por lo tanto, si bien el derecho en un primer momento se trata de un derecho "abstracto de separación" convendría puntualizar que es la potencial conducta abusiva de la mayoría la que da lugar al nacimiento de este derecho, que puede asimilarse a la voluntad que tuvo el legislador de proteger al socio en situación de desventaja al introducir este derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

³³ STS 4-2021, 15 de Enero de 2021.

³⁴ STS 32-2006, 23 de Enero de 2006.

Por último, esta última sentencia mencionada explica que: "derecho adquirido" es el de separación que no sólo se ha manifestado o exteriorizado como se dice la sentencia, como una suerte de propósito, sino que se ha ejercitado (el mismo principio inspira, por ejemplo, la regla del inciso final del artículo 11 del CCom)³⁵.

C) Funcionamiento.

Para explicar el funcionamiento del derecho de separación me remito al art. 348 LSC³⁶.

A grandes rasgos, para que pueda ser ejercitado, en primer lugar, es necesario que el acuerdo que ha dado lugar a la creación de la causa de separación sea publicado en el BORME.

Seguidamente, el socio deberá comunicar a la sociedad por escrito su voluntad de separarse en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo.

El ejercicio de este derecho activa un proceso del que se derivan una serie de actuaciones que son obligatorias para la sociedad: "información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones"³⁷.

Es decir, "este derecho que surge en el socio minoritario provoca una obligación en la sociedad, consistente en repartir dividendos si existen beneficios legalmente repartibles, o devolver el valor de las participaciones sociales al socio implicado si éste lo exige"³⁸.

Respecto a los efectos que tiene para la sociedad el ejercicio del derecho, por lo que a la valoración y amortización de las acciones o participaciones del socio se refiere, son dos, en función de cómo desee la sociedad proceder.

³⁵ Actualmente, este artículo se encuentra derogado por la disposición derogatoria de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Ref. BOE-A-2022-14580

³⁶ Artículo 348 LSC. Ejercicio del derecho de separación: "1. Los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, los administradores podrán sustituir la publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo; 2. El derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación".

³⁷ STS 46/2021, 2 de Febrero de 2021.

³⁸ Aguilar Jara, I., & Bustos Contell, E. Análisis práctico del derecho de separación de socios regulado en la LSC art.348 bis. *Actum Mercanti e Contable*, nº 47, 2019.

En este sentido, encontramos la sentencia 4/2021, de 15 de enero³⁹, expone: “Desde el lado pasivo del crédito (de la sociedad) la particularidad que ofrece esta singular forma de ejercicio del poder de disposición del socio sobre sus participaciones o acciones es que la ley permite al deudor una suerte de alternatividad en la configuración de la «causa jurídica», comercial (compra en régimen de autocartera) o estatutaria (reducción de capital forzosa). Por ello el «crédito» por el importe del valor razonable que surge a favor del socio puede serlo «en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amorticen» (art. 356.1 LSC (EDL 2010/112805)). Pero lo relevante a los efectos de la litis es que, en cualquiera de ambos casos, opte la sociedad por la adquisición o se aplique la regla legal supletoria de la reducción forzosa del capital, el socio separado se desprende de las participaciones o acciones y adquiere en su lugar un crédito por el precio de la venta o por el reembolso/restitución de su aportación (en ambos casos por el valor razonable)”.

Es decir, la sociedad cuenta con dos posibilidades a partir del momento en que se genera ese crédito a favor del socio: compra en régimen de autocartera o reducción de capital forzosa.

En contraposición, para el socio hay una consecuencia única y directa y es que se desprende de ellas y adquiere en su lugar un derecho de crédito por importe del valor razonable.

D) Pérdida del status socii.

La LSC no hace referencia al momento en que se produce la pérdida de la condición de socio o *status socii*. Ante la falta de regulación legal, la doctrina científica se ha posicionado y podemos distinguir dos posiciones doctrinales fundamentalmente:

1. La tesis de la comunicación.

Los defensores de esta tesis entienden que "la pérdida de la condición del socio como consecuencia de la separación se produce a partir del momento en que la sociedad recibe la declaración de voluntad del socio de desvincularse de la compañía, justamente por su carácter de negocio jurídico unilateral recepticio y el carácter potestativo del derecho de separación conforme a la teoría general civil. Y ello, aunque no se haya hecho efectivo todavía el reembolso al socio del valor de su acción o participación toda vez que se entiende que el reembolso es un mero acto debido a cargo de la sociedad (artículo 1.113 del Código Civil)"⁴⁰.

³⁹ STS 4/2021, de 15 de enero

⁴⁰ Fernández Del Pozo, L. (2020). Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión. *LA LEY Mercantil*, 75.

Es decir, desde el mismo momento de su ejercicio, esto es desde la comunicación a la sociedad de la voluntad de separarse de la sociedad, el socio pierde los derechos inherentes a su condición.

El Magistrado D. Juan María Díaz Fraile, en la STS 4/2021, de 15 de enero, ya citada pero muy ilustrativa en la materia, se muestra favorable a esta tesis al afirmar: en primer lugar, que el socio separado se desprende de las acciones o participaciones y obtiene en su lugar un crédito por el valor razonable de estas; en segundo lugar, los derechos derivados del status socii vienen determinados por la condición de titular legítimo de cada participación social o de cada acción (art. 91 LSC), por tanto, si se deja de ser titular legítimo, se produce la pérdida de este status; en tercer lugar, hace referencia a “la idea de inescindibilidad o imposibilidad de disociación de los derechos que conforman la posición jurídica del socio, la cual se compone de un conjunto de derechos y facultades que forman un todo orgánico [...]. De tal forma que no cabe transmitir derechos, facultades o situaciones jurídicas vinculadas inherentemente a la condición de socio sin transmitir la acción o participación de que derivan.”.

Lo expuesto lo resume en que: “una vez incorporado al patrimonio del socio el crédito de reembolso del valor razonable de sus participaciones o acciones, con la correspondiente salida del mismo patrimonio de estas, ante la imposibilidad de su coexistencia simultánea y durante todo el periodo intermedio entre el ejercicio del derecho y la efectividad del pago o consignación del crédito (más de cinco años en este caso), este último hecho en combinación con lo dispuesto por el art. 91 LSC (EDL 2010/112805), determina que en el momento en que nace aquel derecho de crédito por la concurrencia de la causa legal de separación (acuerdo social habilitante y voto contrario del socio) y del ejercicio del derecho potestativo de separación mediante la declaración de voluntad recepticia (una vez recibida), el socio pierde su condición de tal, pues esta condición le venía atribuida por la titularidad de las participaciones sociales o acciones, que ha dejado de ostentar.”⁴¹.

⁴¹ Este razonamiento también puede ser utilizado para determinar cuál es el momento en que debe producirse la valoración de las acciones o participaciones. Las acciones y participaciones deben valorarse conforme a los estados financieros del momento de pérdida de la condición de socios. Ante la laguna legal que deja la LSC, se acude por analogía a la LSP para la cual “el derecho de separación es eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad”. (Jdo. de Primera Instancia e Instrucción Cáceres núm 1, S 24-11-2020, nº 116/2020, rec. 416/2019).

En síntesis, considera el momento de la comunicación es el momento determinante y se respalda en sentencias como: sentencia 776/2007, de 9 de julio⁴², sentencia 345/2013, de 27 de mayo⁴³; las cuales hacen referencia al art. 352 LSC.

Sin embargo, esto implica un aspecto importante a tener en cuenta y es que no existe una situación intermedia durante la cual los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio siguen teniendo eficacia, hasta el momento del reembolso, por lo tanto, el socio queda en una posición de acreedor hasta que se produzca el pago.

Lo cuestionado de esta tesis y como bien anuncia FERNANDEZ DEL POZO en este artículo, es que esto supone dejar al socio que ejercita el derecho en una situación de vulnerabilidad frente a la sociedad, pasando a tener una "condición de acreedor", que pasa a ser la única que le asiste para defenderse. Este autor ejemplifica esta situación de indefensión mencionando aquellos casos en los que la sociedad pueda llevar a cabo pactos de descapitalización de la sociedad o de distribución extravagante de beneficios, lo que conlleva una ineficacia de la institución jurídica en sí misma.

2. La tesis del pago o del reembolso.

En contraposición, otros autores sostienen que no es hasta el momento del pago o del reembolso que el socio pierde su *status*. Es obvio que durante este periodo la relación entre el socio y la sociedad va a deteriorarse. Pero, el socio no va a tener la condición de acreedor, sino de socio, pero al cual se le reconoce un "derecho concreto a la liquidación de sus participaciones"

Esta es la tesis mayoritaria en la doctrina italiana y alemana, la tesis del pago o del reembolso. "Quienes sostienen esta última tesis defienden que el único efecto inmediato que deriva de la recepción de la declaración de separación es la apertura de un proceso liquidativo que culminará, en su caso, con la amortización de las acciones del socio o socios que se separan, reducción del capital y, finalmente, inscripción del acuerdo en el que tiene causa el ejercicio de este derecho. No obstante, tal comunicación resulta inidónea para desencadenar por sí sola la variación del capital que conlleva la culminación del expediente de separación.

⁴² STS 776-2007, 9 de Julio de 2007.

⁴³ STS 345-2013, 27 de Mayo de 2013.

Dicho de otra forma: “la declaración de separación no tiene como consecuencia la cesación automática e inmediata de la condición de socio, pero desde que aquella tiene lugar el vínculo social queda afectado entrando en una fase de decadencia” (Del Pozo, 2020).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto en sentencias recientes y se posiciona a favor de esta tesis⁴⁴. En la STS 46/2021, de 2 de Febrero de 2021: “Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad no basta con ese primer eslabón, sino que 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 (EDL 2010/112805))”⁴⁵.

En este caso, el socio no se situaría en una posición de vulnerabilidad frente a la sociedad. La resolución emitida por el Jdo. de lo Mercantil de Barcelona⁴⁶, se pronuncia a este respecto: “Esta tesis, además, considera que es la más consecuente con el criterio tuitivo de la minoría que está en el origen de la regulación del derecho de separación”.

En esta resolución, el juzgado justifica la utilización de esta tesis al relacionarla con el fundamento del derecho de separación del socio. Como se ha comentado con anterioridad, en esencia, el derecho de separación nace con la voluntad de proteger al socio minoritario en situaciones de abuso y de inseguridad.

Por ello, es la tesis seguida por la jurisprudencia y defendida por un gran número de autores, ya que entienden que es la que casa con la voluntad del legislador cuando introdujo este derecho a nuestro ordenamiento jurídico.

También, es interesante destacar que una de las ventajas que se extraen de estas tesis, es que durante el período que transcurre entre la comunicación y el reembolso de las participaciones o acciones, el socio tiene la posibilidad de “arrepentirse” y “la sociedad puede remover la causa de la existencia del derecho mediante un acuerdo «rectificadorio» o «revocatorio»”.

⁴⁴ STS 4/2021, de 15 de enero.

⁴⁵ STS 46/2021, 2 de Febrero de 2021.

⁴⁶ Jdo. de lo Mercantil Barcelona núm 6, S 30-09-2021, nº 707/2021, rec. 286/2020.

VI. DERECHO DE SEPARACIÓN POR NO REPARTO DE DIVIDENDOS: ARTÍCULO 348 BIS LSC.

Desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 348 bis LSC ha tenido una vigencia llena de obstáculos. Por una parte, la inexactitud en su redacción y la introducción de ciertos conceptos que dejan lugar a dudas, ha provocado un aluvión de críticas e interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, las situaciones que ha atravesado el país desde su incorporación a la LSC, han influido en su vigencia, siendo objeto de suspensiones (la más reciente provocada por la COVID-19).. También, son destacables las modificaciones que se han realizado en el precepto con tal de aclararlo y evitar las valoraciones contradictorias.

En este apartado, trataré de comentar los aspectos más relevantes sobre este artículo tan controvertido.

A) Historia del artículo.

El artículo 348 bis introducía una nueva causa de separación: la falta de distribución de dividendos. Fue incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 25/2011, de 1 agosto. Corta fue su vigencia, pues fue suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014⁴⁷, la cual se extendió hasta el 31 de diciembre de 2016⁴⁸, cuando finalmente entró en vigor.

La motivación que encontró el legislador para su incorporación fue combatir la opresión a las minorías y la asfixia financiera a la que se veían estas sometidas por la continua negativa por parte de los socios mayoritarios al reparto de dividendos.

Sin embargo, no fue la figura del derecho de separación lo criticado, sino su laxa redacción: “1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles”⁴⁹.

⁴⁷ Se suspende la aplicación hasta el 31 de diciembre de 2014 por la disposición transitoria añadida por el art. 1.4 de la Ley 1/2012, de 22 de junio. Ref. BOE-A-2012-8406.

⁴⁸ Ref. BOE-A-2014-9133. La disposición final primera amplía, ante su inminente finalización, la *vacatio legis* prevista en la disposición transitoria del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, respecto al derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

⁴⁹ Ref. BOE-A-2010-10544

Como vemos, la redacción original establecía como único requisito para ejercitar la separación que la sociedad no hubiera distribuido un tercio de los beneficios referidos a un único ejercicio (el anterior).

La Magistrada Fachal Noguera critica esta redacción y la tacha de laxa en el sentido de que el precepto no tenía en consideración que es necesaria la “persistencia en la negativa al reparto a lo largo de varios ejercicios sociales”, puesto que este es el factor determinante para valorar que se está produciendo un abuso de la mayoría, que es, en definitiva, el fundamento del derecho de separación⁵⁰.

Como se ha comentado, el derecho de separación se configura como una garantía en favor del socio minoritario para protegerlo de los mencionados abusos. En consecuencia, lo criticado por la autora es que configuraba un derecho demasiado accesible.

Fue modificada su redacción por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que acotó la amplitud que el precepto tenía en su redacción inicial, al imponer que “tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al 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”⁵¹.

En cuanto al primer apartado del precepto, destacar cuáles son los principales cambios producidos entre la redacción original y la última mencionada:

En primer lugar, la cuantía del dividendo no repartido se aminora, pasando de un tercio de los beneficios obtenidos a un veinticinco por ciento.

En segundo lugar, se tiene en consideración la reiterada insuficiencia del reparto. En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona nº 878/2020, de 22 de mayo⁵², en sede de impugnación de acuerdos sociales, pues no cabe apreciar que exista abuso si no consta que la sociedad se ha opuesto de forma reiterada y contra el criterio de la minoría a repartir dividendos, o que se esté

⁵⁰Fachal, N. N. Límites y limitaciones al derecho de separación por negativa al reparto de dividendos: en especial, el deber de lealtad del socio. *Actum Mercantil & Contable*, 2022.

⁵¹ Este precepto es de aplicación a todas las Juntas Generales cuya celebración tuviere lugar a partir del 30 de diciembre de 2018.

⁵² SAP Barcelona 878-2020, 22 de Mayo de 2020.

distribuyendo de forma subrepticia el beneficio obtenido por la sociedad en forma de remuneración del órgano de administración.

Por otra parte, es destacable la disponibilidad de la norma, tal como afirma el apartado 2 del artículo estudiado: “2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo”. Es decir, se permite la exclusión del derecho siempre y cuando concurra el voto favorable por unanimidad o bien por mayoría, pero reconociendo el derecho al socio que emitiera un voto adverso.

B) Ámbito de aplicación.

El legislador excluye expresamente del ámbito de aplicación de este artículo a los siguientes tipos de sociedad: sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación; cuando la sociedad se encuentre en concurso; la sociedad que haya comunicado al juzgado la apertura de negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; la sociedad que haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal; y Sociedades Anónimas Deportivas.

También, quedan excluidas las Sociedades Laborales⁵³, respecto a los socios trabajadores; tampoco a entidades de crédito, a los establecimientos financieros de crédito, a las empresas de servicios de inversión a las que les resulte de aplicación el Reglamento (UE) n.º 575/2013.⁵⁴

Por tanto, el artículo será de aplicación a las sociedades no cotizadas. Sin embargo, y como MERCEDES POLO destaca, “el legislador español ha introducido ciertas exclusiones atinentes a la situación económica de la sociedad, a fin de lograr su objetivo de compatibilizar la legítima expectativa de obtención de dividendos del socio con la viabilidad económica de la empresa, y tratar con ello de superar las críticas que había suscitado el precepto en su redacción anterior”. Es por ello, por lo que introduce como supuestos de exclusión de este derecho a las

⁵³ Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

⁵⁴ Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (EDL 2013/105008),

sociedades que se encuentran en concurso o que han comunicado al juzgado la apertura de negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación.

Es decir, aunque la sociedad se pudiera encontrar en el ámbito de aplicación del precepto por tratarse de una sociedad no cotizada, es una situación en la que entran en conflicto los intereses del socio con la viabilidad de la empresa.

Esta exclusión no entra, a priori, en conflicto con el fundamento del derecho de separación, el abuso de la mayoría, en la medida en que se anteponen los intereses de la sociedad, asegurar su viabilidad. Podríamos ver que se trata de una justificación objetiva, que no responde a la voluntad de los socios.

C) Presupuestos para su ejercicio.

En cuanto a los presupuestos para su ejercicio, MERCEDES POLO distingue entre subjetivos, formales, temporales y objetivos.

En cuanto a los subjetivos, sólo los socios o accionistas podrán ejercitar este derecho, pues son los que cuentan con el *status socii*.

Con objetivo formal se refiere a que el socio que desee ejercitar el derecho de separación deberá hacer constar su desacuerdo respecto a la insuficiencia de dividendos reconocidos, tal y como enuncia el artículo en su apartado 1.

Los presupuestos temporales es que es necesario que para su ejercicio hubieren transcurrido cinco ejercicios desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil⁵⁵.

Y, por último, objetivos: que la junta general no acordara la distribución de al menos el veinticinco por ciento de dividendos obtenidos durante el ejercicio anterior y que la sociedad hubiere obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores.

⁵⁵ “Por otro lado, la inscripción en el Registro Mercantil, que ha de considerarse como *dies a quo* para el cómputo de los cinco años, no solamente será la de la constitución originaria de la sociedad, sino también la causada por ciertas modificaciones estructurales operadas sobre sociedades ya constituidas de las que surge un nuevo ente social, como ocurre en los supuestos de fusión o de escisión con constitución de nuevas sociedades que caen bajo el ámbito de aplicación”. Curto Polo, Mercedes, “La esperada reforma del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”, Revista Cuadernos de Derecho y Comercio (de los notarios también), nº 71.

VII. DERECHO AL DIVIDENDO Y JURISPRUDENCIA DE INTERESES.

La sociedad se constituye por la voluntad de una o más personas y persigue un fin social concreto, estipulado en el momento de su constitución. Ese contrato social, como todo contrato, presenta unos elementos esenciales necesarios para su perfeccionamiento, consentimiento, objeto y causa⁵⁶.

Entendemos que el objeto social es la propia actividad que va a desarrollarse para obtener los beneficios.

En cuanto a la causa, esta es ilustrada por el art. 1665 CC al afirmar: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. Esta última parte del precepto, “*con ánimo de partir entre sí las ganancias*”, determina el *affectio societatis* del contrato social, que es el ánimo de lucro, generalmente.

Paz-Ares distingue entre un fin próximo, que es el objeto social, es decir, la actividad que se ha programado desarrollar para la consecución del fin común, que es el ánimo de lucro⁵⁷.

Asimismo, el art. 29 LSRL de 1953 definía: “Los socios tendrán derecho a los beneficios repartibles en la proporción correspondiente a sus respectivas participaciones sociales”.

Y, el artículo 93 LSC reconoce el derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.

Por tanto, podemos observar una voluntad clara del legislador de reconocer al socio que se constituye en sociedad la participación en los beneficios obtenidos, en el excedente generado por la actividad societaria.

Sin embargo, cabe preguntarse si ese derecho a participar en las ganancias, también puede entenderse como un derecho absoluto del socio para exigir a la sociedad el reparto de las mismas.

Como sabemos, el socio percibe el dividendo en caso de que la Junta General adopte el correspondiente acuerdo sobre el reparto. En caso contrario, el excedente obtenido durante el ejercicio tendrá otro destino, por ejemplo, podrá optar por destinarlo a reservas.

⁵⁶ En algunos contratos, también la forma se configura como elemento esencial.

⁵⁷ Ibáñez García, I. “Regulación actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas. (Un cambio de paradigma)”, Revista práctica de Derecho, n° 251, 2021, p. 4.

La SAP Barcelona nº 163/2005⁵⁸ sostiene que el derecho al dividendo se trata de un derecho individual de los socios. Además, hace visible la necesidad de distinguir entre un derecho abstracto y un derecho concreto, siendo el derecho abstracto aquel que existe desde que se constituye la sociedad o el socio se incorpora a ella y que legitima al socio para exigir que, una vez aprobadas las cuentas anuales y con ellas la aplicación del resultado al pago de dividendos estos se distribuyan de acuerdo con la regla legal o la convenida estatutariamente. Mientras que el derecho concreto es el que nace una vez aprobadas las cuentas y la aplicación del resultado al reparto de dividendos.

Es decir, el derecho concreto al dividendo se encuentra condicionado a que la Junta General adopte tal acuerdo de repartición. “El derecho al dividendo es, pues, un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996 EDJ 1996/7379) que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la junta general”. (GARCÍA, E., 2010)⁵⁹.

Por consiguiente, para que surja tal derecho concreto es necesario que la Junta General adopte tal decisión de repartir el excedente obtenido⁶⁰.

Así pues, la junta general es soberana en orden a la adopción o no del acuerdo de reparto de dividendos, pero no puede “negarse sistemáticamente a repartir las ganancias arrojadas por los balances, porque ello iría contra la finalidad perseguida por los socios al constituirse en sociedad” (Ibáñez García, I.)⁶¹.

Sin embargo, con la actual redacción del art. 348 bis LSC, el socio tiene la facultad de ejercitar el derecho de separación, a pesar de que el acuerdo que niegue la repartición haya sido

⁵⁸ AP Barcelona, sec. 15ª, S 13-04-2005, nº 163/2005, rec. 128/2003.

⁵⁹García García, E. *La invocación del abuso de derecho en los litigios en materia societaria*. Boletín de Mercantil El Derecho, El Derecho Editores, 2010.

⁶⁰ “Por lo anterior, nos planteamos la conveniencia o no de que la normativa societaria prevea el reparto de beneficios entre los socios como mecanismo para proteger los derechos de la minoría, tal y como hace el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. En nuestra opinión, esta previsión es contraria al principio de soberanía de la junta general para adoptar las decisiones que estime más convenientes para el devenir de la sociedad, por lo que no debería verse compelida a repartir beneficios si considera que no es beneficioso para el interés social, fijando únicamente como límite el potencial abuso en que podría incurrir la mayoría societaria con esa decisión (15)”. Zarzalejos Toledano, I. *Derecho de los socios a participar en las ganancias sociales*. LA LEY Mercantil, Sección Sociedades, nº 48, 2018.

⁶¹ Ibáñez García, I. “Regulación actual del «derecho al dividendo» ...” cit., p.7.

adoptado por la Junta cumpliendo con los requisitos legales y estatutarios establecidos. Surge en este sentido otro debate y es que, cabe plantearse si a la junta se le priva de cierta soberanía y de capacidad de decisión a los socios mayoritarios⁶².

Como hemos comentado, el derecho de separación nace con una voluntad de protección a aquellos socios que se encuentran bajo el yugo de la mayoría. Sin embargo, realmente, este abuso se perpetúa cuando se adoptan acuerdos contra el reparto de dividendos de manera reiterada o cuando se estén distribuyendo de otra forma, por ejemplo, mediante la retribución a los administradores.

Por tanto, debe ser una conducta reiterativa para que pueda ser tachada de abuso, de lo contrario no podría considerarse que la minoría se encuentra en una situación de desventaja.

No obstante, el art. 348 bis no entra a aclarar qué se entiende por abuso o por conducta opresiva, dando lugar a la interpretación e incluso a disputas en el seno de la sociedad, porque puede dar lugar a que los socios que deseen el reparto de dividendos utilicen este derecho para salirse de la compañía sin tener que alegar mayor causa que haber votado a favor del reparto y que la sociedad se haya negado a ello.

Por consiguiente, vemos que se otorga una protección mayúscula a los socios, lo cual puede incluso dar lugar a que sea la sociedad la parte reprimida.

Se hace necesario traer a colación en este punto del análisis el art 227.1 LSC que estipula que «Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad»⁶³.

Es decir, ya no solo los socios deben cumplir con su deber de buena fe, sino que los administradores deben obrar velando por el interés social y abogar por un buen funcionamiento de la misma.

⁶² Cáceres Cárceles, C. “El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el art. 348 bis de la LSC”. *Derecho de los Negocios*, N° 263/264, Sección Temas de hoy, 2012.

⁶³ “Siguiendo con nuestra línea explicativa, es necesario concretar el alcance del mejor interés de la sociedad, cuyo ámbito de aplicación varía atendiendo a las clásicas teorías contractualista o institucionalista tradicionalmente enfrentadas. Con carácter general, la tesis contractualista, seguida mayoritariamente por la doctrina española y, en general, por el modelo continental europeo, parte de la consideración de que el interés social debe ser entendido como el interés común de los socios, en tanto que firmantes del contrato de sociedad. Esta tesis ha contrastado tradicionalmente con la tesis institucionalista o pluralista, donde el interés social se identifica con el interés de la empresa, de manera que no sólo englobaría los intereses de los socios, sino también de otros grupos de intereses implicados en la empresa y afectados por sus decisiones y actuaciones (stakeholders)”. González Pachón, L., “Algunas reflexiones en torno a la preconcursalidad y los deberes de los administradores societarios”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N° 31, 2019, págs. 321-332.

En este sentido, GALLEGO LANAU se plantea la cuestión de si existen límites al ejercicio del derecho de separación del art. 348 bis LSC cuando se compromete la viabilidad económica-financiera de la sociedad. Entiende que es el deber de fidelidad del socio el que puede actuar como límite, en el sentido de que los socios al constituirse en sociedad, “adquieren la obligación de desarrollar un comportamiento que no sea perjudicial para los intereses sociales” (GALLEGO LANAU, 2020)⁶⁴.

Por lo tanto, teniendo en consideración el deber de fidelidad del socio, se entiende que este no debería ejercer este derecho “en los casos en que la decisión de reserva de los beneficios viene claramente exigida por el interés de la sociedad, por ejemplo, ante situaciones de grave liquidez o insolvencia inminente” (GALLEGO LANAU, 2020)⁶⁵.



⁶⁴ Gallego Lanau, M., “¿Es posible enervar la eficacia de la declaración de separación emitida por falta o insuficiencia de dividendos?”, *LA LEY*, nº 71, 2020, p. 7.

⁶⁵ Gallego Lanau, M., “¿Es posible enervar la eficacia ...?” cit., p. 7.

VIII. CONCLUSIONES.

El derecho de separación del socio ha sido ampliamente discutido por doctrina y jurisprudencia desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico. Sus sucesivas redacciones han planteado dudas interpretativas y, en consecuencia, las sociedades mercantiles se enfrentan a situaciones de inseguridad jurídica por la redacción que este ha venido presentando.

El motivo principal por el que un individuo desea constituirse en sociedad es el de obtener beneficios por el desarrollo de la actividad económica. Si esto no ocurre porque es frustrado por la mayoría societaria, el socio es lógico que desee desvincularse de la sociedad con el objetivo de refugiar su inversión en otro activo que le remunere adecuadamente.

La voluntad con la que nace el derecho de separación y, en concreto, por falta de distribución de dividendos, es la de servir de instrumento de protección a los socios minoritarios ante las situaciones de asfixia financiera a la que se veían sometidos por parte de la mayoría ante la recurrente negativa al reparto de dividendos, ya que esto genera una frustración del interés originario del socio de constituirse en sociedad, el ánimo de lucro.

Sin embargo, me surgen ciertas dudas una vez realizado un análisis sobre los preceptos que regulan este derecho y me hacen ver que su redacción no solo es escasa, sino que genera demasiada inseguridad jurídica.

En primer lugar, es cierto que el derecho de separación tiene la voluntad de proteger a la minoría. Sin embargo, como cualquier derecho debe ser juzgado desde dos puntos de vista distintos, que en este caso son: desde el punto de vista de la sociedad y desde el punto de vista del socio.

Imaginemos el caso de una sociedad limitada, compuesta por tres socios con una participación social equitativa, del 33% cada uno. Puede darse la situación de que dos de ellos cuenten con la retribución como administradores y no estén interesados en el reparto de dividendos, a diferencia del socio restante que espera que el acuerdo de repartición se adopte. Los dos socios que también cuentan con el cargo de administradores se niegan ejercicio tras ejercicio al reparto de dividendos, dejando al tercer socio en una situación de desventaja y sin posibilidades para recuperar su inversión. Además, al tratarse de una sociedad pequeña sería difícil que el tercer socio perjudicado encontrara comprador para sus participaciones sociales. En este caso, el derecho de separación del socio cumple a la perfección su voluntad de protección

de la minoría pues faculta al socio para su ejercicio y la sociedad se ve en la obligación de comprar a un valor razonable sus participaciones.

Sin embargo, imaginemos el supuesto de una sociedad que desea trasladarse a unas nuevas instalaciones. Para la consecución de este objetivo, la sociedad deberá dotarse de recursos económicos y financieros importantes. Para ello, opta por aumentar durante varios ejercicios no repartir dividendos y destinar el excedente a reservas, con el objetivo de tener estabilidad financiera, así como de asegurarse de no tener problemas para obtener financiación en caso de necesitarla. Supongamos que, ante estas premisas, socios que cuentan con una pequeña participación social deciden ejercitar su derecho de separación por falta de distribución de dividendos y todos se oponen al mismo acuerdo que adopta la no repartición. Si todos estos socios finalmente suman una gran parte del capital social, podría dar lugar no solo a la descapitalización de la empresa, sino que podría provocar entrar en una situación de concurso.

Es decir, la iniciativa de proteger al socio minoritario es acertada en la medida que este instrumento sea utilizado de manera prudente, bajo unas causas tasadas y bien definidas, de lo contrario, puede ser un instrumento utilizado para la descapitalización de la sociedad con lo que puede comprometerse su solvencia.

Además, es destacable que en caso de que esto ocurra en una sociedad, la minoría que, a priori, no tendría capacidad de decisión respecto a los acuerdos que se adoptan en el seno societario, ahora tendría la posibilidad de decidir sobre el futuro de la compañía.

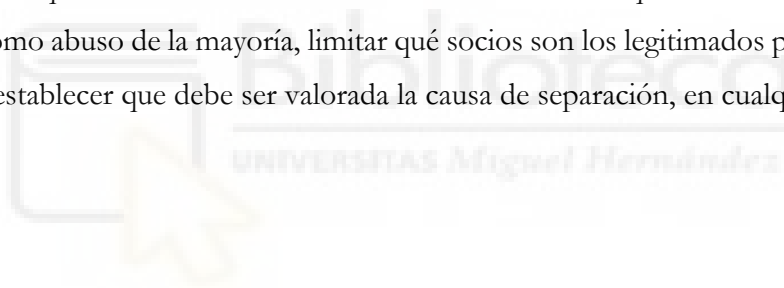
Por otra parte, me resulta cuanto menos sorprendente el hecho de que siendo un derecho que obedece a la intención de proteger frente a abusos de derecho, pueda ser excluido por vía estatutaria, en virtud del art. 347 LSC. Es cierto que el contrato social, como cualquier contrato de carácter privado, se rige, en esencia, por el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, a mi parecer el carácter dispositivo del derecho no lo veo acorde con la voluntad originaria del legislador al introducirlo en nuestro ordenamiento.

Asimismo, me planteo si el art. 348 bis LSC entra dentro de la previsión del art. 347 LSC, pues en el art. 348.2 bis LSC, se establece que será necesario el consentimiento de todos los socios para suprimir o modificar el derecho de separación por falta de distribución de dividendos. Entiendo que no entra, pese a que el art. 348.2 bis LSC y art. 347.2 LSC tienen la misma redacción, lo que les diferencia es que, en el caso de falta de distribución de dividendos, se podrá reconocer al socio que ha votado a favor del reparto el derecho a separarse.

Por otra parte, el precepto nada menciona acerca de qué tipo de socio pueden ser los facultados para el ejercicio de este derecho. Únicamente enuncia “Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo [...]”. Pero no especifica si debes contar con cierta antigüedad en la sociedad, con qué mínimo porcentaje de participaciones o acciones sociales debes contar, si debes haber votado en contra o a favor del acuerdo (dependiendo de cómo esté redactado en el orden del día de la Junta se deberá votar a favor o en contra), ni si debe presentar los motivos que justifiquen el por qué decide separarse.

En resumen, a mi parecer y en línea con lo que he comentado al principio de mis conclusiones, el derecho de separación del socio plantea dudas debido a la insuficiente precisión de su redacción.

Es cierto que el derecho de separación otorga estabilidad jurídica a aquellos que se ven sometidos al arbitrio de la mayoría y, la voluntad originaria del legislador al incorporar a nuestro ordenamiento este derecho es, cuanto menos, acertada y razonable. Sin embargo, debería limitarse, al igual que se hace en Gran Bretaña las conductas que son susceptibles de ser consideradas como abuso de la mayoría, limitar qué socios son los legitimados para hacer uso de este derecho y establecer que debe ser valorada la causa de separación, en cualquier caso.



IX. BIBLIOGRAFÍA

A) Referencias bibliográficas

Aguilar Jara, I., & Bustos Contell, E. Análisis práctico del derecho de separación de socios regulado en la LSC art.348 bis. *Actum Mercanti & Contable*, nº 47, 2019.

Cáceres Cárceles, C. “El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el art. 348 bis de la LSC”. *Derecho de los Negocios*, Nº 263/264, Sección Temas de hoy, 2012.

Castells, A., Morales, J. R., Codina, J., Vega, L., Albert, D., Seijo, J. M., Recalde Castells, A., Castañer Codina, J., Rodríguez Vega, L., Vázquez Albert, D., & Fernández Seijo, J. M. (2017). *Principales reformas del Derecho mercantil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Curto Polo, Mercedes “La esperada reforma del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio (de los notarios también)*, nº 71, 2019.

Emparanza Sobejano, Doctor Alberto, El derecho de separación del socio en las modificaciones estructurales de la sociedad («Los conflictos de intereses en las sociedades y en las entidades no lucrativas. Modificaciones estructurales y Derecho de grupos», concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Ref.: DER 2015-69549-P).

Fachal, N. N. Límites y limitaciones al derecho de separación por negativa al reparto de dividendos: en especial, el deber de lealtad del socio. *Actum Mercantil & Contable*, 2022.

Farrando Miguel, I.: El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Civitas, Madrid, 1998.

Fernández Del Pozo, L. Una propuesta de reforma legislativa sobre la pérdida del status socii en la separación y exclusión. *LA LEY Mercantil*, nº 75, 2020.

Gallego Lanau, M., “¿Es posible enervar la eficacia de la declaración de separación emitida por falta o insuficiencia de dividendos?”, *LA LEY*, nº 71, 2020, p. 7.

García García, E. *La invocación del abuso de derecho en los litigios en materia societaria*. Boletín de Mercantil El Derecho, El Derecho Editores, 2010.

González Pachón, L., “Algunas reflexiones en torno a la preconcursalidad y los deberes de los administradores societarios”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 31, 2019, págs. 321-332.

Ibáñez García, I. “Regulación actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas. (Un cambio de paradigma)”, *Revista práctica de Derecho*, nº 251, 2021, p. 4.

Mendizábal, C. A., Castilla, F. G., Artigas, F. R., & Miguel, I. F. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital: (Real Decreto-ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011 y Real Decreto-ley 9/2012)*. Aranzadi, 2012.

Paredes, R. P. (2023). *La Separación Del Socio En La Ley De Sociedades De Capital*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Sáenz García De Albizu, J.C., “El objeto social en la sociedad anónima”, Madrid, Civitas, 1990, p. 307

Vara de Paz, Nemesio “El derecho de separación del socio en el caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades”. *Revista de derecho de sociedades*, nº 40, 2013, p. 79-106.

Vilata Menadas, S, A vueltas con el derecho al dividendo. *LA LEY mercantil*, Sección Sociedades, Editorial Wolters Kluwer, nº 40, 2017.

Zarzalejos Toledano, I. *Derecho de los socios a participar en las ganancias sociales*. LA LEY Mercantil, Sección Sociedades, n° 48, 2018.

B) Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 438-2010, 30 de Junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 102-2011, 10 de Marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 796-2011, 15 de Noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 216-2013, 14 de Marzo de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 4-2021, 15 de Enero de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 32-2006, de 23 de Enero de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 46-2021, de 2 de Febrero de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 776-2007, de 9 de Julio de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º) núm. 345-2013, de 27 de Mayo de 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 8246-2014, de 17 de Julio de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 878-2020, de 22 de Mayo de 2020.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 163-2005, rec. 128-2003.

Sentencia de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Cáceres, núm. °, de 24 de Noviembre de 2020.

Sentencia de Juzgado de lo Mercantil Barcelona, núm 6, nº 707/2021, rec. 286/2020, de 30 de Septiembre de 2021.

C) Legislación.

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

España. Real Decreto – Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

España. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

España. Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas.

España. Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

España. Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

España. Exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

España. Disposición derogatoria de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

España. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

España. Disposición transitoria añadida por el art. 1.4 de la Ley 1/2012, de 22 de junio.

España. Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (EDL 2013/105008)

Italia. Stato, D. Z. P. I. E. (s. f.). *Normattiva*. <https://www.normattiva.it>

Francia. Código Civil.

D) Recursos web.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [4 de abril de 2023].

De Elena, V., “Los accionistas díscolos ganan más si venden ahora en bolsa que si se separan.” *La Información*, 2023. En <https://www.lainformacion.com/empresas/derecho-separacion-ferroviario-paises-bajos/2884419/> (Consulta: 14/06/2023).

IBEX 35 | *Precios y cotizaciones de hoy* | BME Exchange. (s. f.). BME Exchange. <https://www.bolsasymercados.es/bme-exchange/es/Mercados-y-Cotizaciones/Acciones/Mercado-Continuo/Precios/ibex-35-ES0SI0000005> (Consulta: 14/06/2023).

