

**EN TORNO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN AD NUTUM.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011**

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* POR PACTO ESTATUTARIO.—III. EL TRATAMIENTO GENERALIZADO DE LA CUESTIÓN EN EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.—IV. LOS ANTECEDENTES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* Y LAS PROPUESTAS EXISTENTES AL EFECTO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012/1492) resuelve acertadamente uno de los problemas clásicos de nuestro Derecho de Sociedades, a saber, la viabilidad o no del derecho de separación *ad nutum* de un socio, es decir, sin la alegación de justa causa, pronunciándose a favor de la licitud de la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada que expresamente preveía lo siguiente: *Se reconoce a los socios el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento*.

La respuesta casacional viene dada por la demanda de impugnación de acuerdos sociales a instancia del socio que pretendía separarse, que fueron acordados en el seno de la sociedad cuyos estatutos contenían el mencionado derecho de separación *ad nutum*, denegando dicho derecho de separación.

En primera instancia fue desestimada la demanda por sentencia de 19 de julio de 2006, del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Santa Cruz de Tenerife, contra la que se alzó el socio quien vio reconocidas sus pretensiones en virtud de la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de mayo de 2007 (PROV 2007/287763).

Contra dicha sentencia se interpuso por la sociedad el correspondiente recurso de casación cuyo fallo dio origen a la meritada sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, alegándose por la sociedad, en dicho recurso de casación, que la sentencia de apelación vulneraba el artículo 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que si bien este admite que los estatutos configuren causas de separación diferentes a las que enumeraba el artículo 95 de la citada Ley, exige su concreción y determinabilidad a fin de evitar comportamientos caprichosos y oportunistas, lo que no cumple la separación *ad nutum*, afirmándose que este tipo de derecho de separación se opone a los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, que únicamente la admite en el caso del artículo 30.3 de la Ley reguladora, y a la regla de la mayoría regulada en el artículo 53 de la propia Ley, al igual que vulnera el artículo 1256 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, después de exponer el tratamiento de la cuestión en las sociedades mercantiles personalistas y en la sociedad civil, así como tras hacerse eco de la polémica doctrinal existente sobre la materia, termina reconociendo la validez del derecho de separación *ad nutum*, mediante la siguiente argumentación (FJ Segundo 2. Valoración de la Sala):

«Pues bien, nuestra respuesta a la cuestión planteada debe partir necesariamente de la literalidad del precepto, que en modo alguno veta la posibilidad de configurar como causa estatutaria de separación la decisión unilateral del socio, ya que el derecho de separación reconocido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

1. Por un lado, cumple la función de intensa tutela del socio y de la minoría frente al carácter vinculante de determinados acuerdos de singular trascendencia adoptados por la mayoría a la que se refiere la Exposición de Motivos —supuestos que se contemplan en el art. 95 de la Ley [hoy 346, Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010/1792 y RCL 2010/2400)]—.
2. Por otro, constituye una manifestación de la afirmada, en la propia Exposición de Motivos, flexibilidad del régimen jurídico de la Ley que permite que “la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias”, de tal forma que, si bien razones prácticas son determinantes en la realidad de la sustancial uniformidad de los estatutos sociales, el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada —hoy 28 de la Ley de Sociedades de Capital— admite las cláusulas atípicas.

33. A lo expuesto, a fin de dar puntual respuesta a los motivos del recurso, añadiremos que:

1. En este extremo no cabe entender como límite de la libertad autonORMATIVA de los particulares el carácter cerrado de las sociedades de responsabilidad limitada, constitutivo de un principio configurador que solo quiebra excepcionalmente, dado que la posibilidad de separación de los socios en cualquier momento —cláusula de puerta abierta— está expresamente admitida por la Ley —incluso subordina la validez de las cláusulas de prohibición de transmisión voluntaria de participaciones al reconocimiento de la facultad de separación en cualquier momento (art. 30.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital)—.
2. El ejercicio del derecho de separación previsto de forma clara y contundente en los estatutos, en modo alguno ignora el “principio mayoritario”, ya que el mismo no es apto para impedir el ejercicio por los socios de los derechos individuales atribuidos por la Ley o por los estatutos.
3. La admisión de las cláusulas de separación *ad nutum* no supone vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil (LEG 1889/27), ya que no deja al arbitrio de uno de los socios la validez y eficacia del contrato de sociedad, dado que se limitan a facultar al socio, no ya por el contrato de sociedad, sino por los estatutos, para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida, se declaró en la sentencia 428/2002, de 3 de mayo (RJ 2002/3673), en tesis aplicable para la decisión de la presente controversia, si bien dictada en aplicación de la Ley de 17 de julio de 1953 (RCL 1953/909/1065), que “no existe fundamento ni causa que lo justifique, para entender prohibido o contra

legem que en un contrato de duración indefinida, se fijen en los estatutos sociales, a parte de la obligación de la permanecida en la sociedad durante un plazo o periodo determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad, como separarse alguno de los socios permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que está otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir, como se sostiene por la parte recurrente, que las disposiciones de los artículos del estatuto, faltan por una parte a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato”.

4. A efectos de reconocer el libre ejercicio del derecho de separación *ad nutum*, la cláusula estatutaria que de hecho transcribe los términos en los que se expresa el artículo 30.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no adolece de inconcreción ni indeterminabilidad.
5. Finalmente, este litigio no tiene por finalidad controlar si el concreto precepto estatutario se ajusta a las previsiones o requisitos reglamentarios en relación con aspectos puramente formales referidos al modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma y plazo para el ejercicio del derecho de separación, contenida en el segundo párrafo del artículo 96.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para el caso de que los estatutos establezcan causas de separación distintas a las previstas en la ley, sino sobre la eficacia de un acuerdo frontalmente contrario a los estatutos inscritos cuya nulidad ni tan siquiera se ha interesado por la recurrente.

2.5. Desestimación del motivo.

34. *Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar los motivos examinados y con ellos el recurso de casación».*

Ya hemos adelantado nuestra coincidencia con el fallo de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011 (1). Es decir, consideramos plenamente válida la configuración estatutaria del derecho de separación *ad nutum* en una sociedad de capital, lo cual no deja de ser un nuevo reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad en nuestro Derecho de Sociedades, en detrimento de una postura institucionalista de la cuestión en apoyo de los llamados principios configuradores del tipo social (2), sin que en estos momentos nos dedi-

(1) Igualmente con opinión favorable sobre el fallo de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, se manifiesta LORA-TAMAYO VILLACIEROS, «El derecho de separación *ad nutum* a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.

Asimismo, vid. LUCEÑO OLIVA, «¿Existe el derecho de separación sin causa en la SRL? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *Diario La Ley*, núm. 7826, Sección Tribuna, 27 de marzo de 2012, año XXXIII.

(2) Sobre la contraposición entre la autonomía de la voluntad societaria y la visión institucionalista societaria, ya nos pronunciamos a favor de la primera en REDONDO TRIGO, «Las restricciones a la libre transmisibilidad en las adquisiciones indirectas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 726 págs. 2371-2397.

Por otro lado, sobre el derecho de separación y filialización de actividades, vid. REDONDO TRIGO, «La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia

quemos al análisis pormenorizado de los argumentos en *pro* y en contra de dicha postura, los cuales han sido en extensión detallados por la doctrina mercantilista.

Así son las condiciones o presupuestos del mencionado derecho de separación *ad nutum*, el asunto que ahora nos llama la atención; es decir, la concreción del ejercicio del referido derecho ha de ser —a nuestro juicio— una de las cuestiones de necesario análisis para admitir la viabilidad del concreto derecho de separación sin justa causa; modulación del referido ejercicio, propio, por otro lado, de las posibilidades que ofrecen los artículos 224 y 225 del Código de Comercio, 1705 y 1706 del Código Civil, aunque con carácter previo sea conveniente exponer la discusión que ha venido existiendo acerca del derecho de separación *ad nutum* para poder entender los requisitos que pudieran predicarse en el ejercicio del mismo, conforme a las exigencias de la buena fe.

II. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* POR PACTO ESTATUTARIO

Como reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, y según hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, la viabilidad del derecho de separación *ad nutum*, lejos de aceptarse con claridad en nuestra doctrina, no ha estado exenta de un activo debate.

En primer lugar, se hace necesario advertir que la regulación positiva actual del problema que nos ofrece el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital supone una unificación —en términos generales— del régimen del derecho de separación para los tipos de las sociedades capitalistas sobre la base de la regulación que hiciera en su día la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo que ha sido tildado de una auténtica extralimitación del Texto Refundido (3).

De esta forma, el referido artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital regula la cuestión:

«Artículo 347. *Causas estatutarias de separación.*

1. *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 ejercitarse el derecho de separación y el plazo de su ejercicio.*
2. *Para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de estas causas de separación será necesario el consentimiento de todos los socios».*

Recientemente BRENES CORTÉS (vid. *op. cit.*) en relación con la admisibilidad del derecho de separación *ad nutum*, resume la cuestión doctrinal y su opinión del siguiente modo: «A esta cuestión un sector de la doctrina, sobre la base del fundamento legal que le proporcionaba el derogado artículo 30.3 LSRL (actual art. 108.3 TRLSC), ha defendido una postura favorable a la lícita configuración

del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 730, págs. 1165-1188.

(3) Vid., sobre el particular, BRENES CORTÉS, «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el Derecho de Sociedades», en *Revista de Sociedades*, num. 37/2011-2. Editorial Aranzadi.

Asimismo y con carácter general, vid. SEQUERIA MARTÍN, «Derecho de separación y exclusión del socio», en *Revista de Sociedades*, núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi.

estatutaria de una separación *ad nutum*, incluso para supuestos distintos al que concretamente se contempla en la citada norma. Consideramos más acertado entender que, en atención al especial fundamento al que responde el supuesto de hecho contemplado en aquella disposición (proteger al socio frente al cierre total de la sociedad evitando, mediante el reconocimiento del derecho a separarse sin invocar causa alguna, que quede vinculado indefinidamente a la sociedad), no parece que dicha disposición pueda ser invocada como argumento legal, de alcance general, en favor de la viabilidad de la configuración del derecho de separación como facultad ejercitable *ad nutum*. También puede argumentarse en defensa de esta posición que, al igual que acontece en las sociedades personalistas, en las que no cabe excluir el derecho de denuncia/ separación por el carácter intransmisible de la cuota del socio sin consentimiento de los restantes socios, de modo que si esa intransmisibilidad desapareciera podría eliminarse ese derecho por no existir el peligro de que el socio quede vinculado indefinidamente a la sociedad, en las sociedades capitalistas la regla general es la trasmisibilidad de las partes sociales, la separación debe aparecer sometida, en todo caso, a la concurrencia de justa causa.

Creemos que, en última instancia, las causas deberán quedar claras para evitar problemas en su día; o se establecen en los estatutos de la fundación o para la incorporación en los estatutos deben cumplirse los requisitos de toda modificación de estatutos.

El artículo 347 TRLSC establece además que para que las causas de separación consagradas estatutariamente tengan los efectos deseados deberán cumplirse en los estatutos una serie de requisitos expresamente establecidos. En primer lugar, deberá determinarse el modo en que habrá de acreditar su existencia, lo que debe entenderse en el sentido de que si la causa de separación es una circunstancia personal, corresponde al socio que la invoque demostrar su existencia. En segundo lugar, la forma del ejercicio del derecho y el plazo en que debe ejercitarse. A nuestro juicio, debe entenderse cumplida la primera exigencia, siempre que se haga mención a cualquier sistema que permita acreditar que se ha ejercido el derecho de separación por el socio. Por lo que respecta al plazo, se ha defendido que no debe seguirse necesariamente lo previsto en el artículo 348.2 TRLSC, que establece el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación, si bien se reconoce que el artículo 205.2.^o del RRM también lo reproduce de forma genérica para tales situaciones».

Asimismo, BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO (4) desestiman la anterior posibilidad, razonando lo siguiente: «Nuestro análisis ha de partir de la naturaleza del derecho de separación, y esta no es otra que la de un derecho individual del socio, de ejercicio facultativo y de índole resolutoria, cuyo nacimiento depende precisamente de la concurrencia de la causa. Si la separación pudiera ejercitarse sin la asistencia de un motivo habilitante, es decir, si se constituyera como utilizable *ad nutum*, la cláusula estatutaria que la estableciera contravendría el principio consagrado en el artículo 1256 del Código Civil, por cuya virtud, “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. No contradice esta afirmación la disposición estatutaria condicionalmente prevista en el artículo 30.3 de la LSRL para el caso de prohi-

(4) BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO, «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi Editorial, 1998, pág. 88.

bición de la transmisión voluntaria *inter vivos* de participaciones sociales, pues el fundamento legitimador de esa norma excepcional se encuentra en el principio dogmático proscriptor de las vinculaciones opresivas» (5).

Otros autores como RUEDA PÉREZ (6), ALONSO ESPINOSA (7), SOLER DORDA (8), FAJARDO GARCÍA (9), ECHEBARRÍA SAÉNZ (10), LEÑA FERNÁNDEZ y RUEDA PÉREZ (11) y FARRANDO MIGUEL (12) ya defendieron en su día tal posibilidad mediante el recurso al argumento del artículo 15.2 de la Ley 12/1991, de 19 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico que recoge la posibilidad del ejercicio del derecho de separación *ad nutum* en las agrupaciones constituidas por tiempo indefinido, aunque sometiendo el ejercicio del mismo a las exigencias del artículo 225 del Código de Comercio y de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil. Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO admite también la validez de la referida cláusula estatutaria de separación *ad nutum*, incluso para las sociedades capitalistas de duración determinada (13). Igualmente, BATALLER GRAU (14), en un estudio sobre el particular, concluyó opinando lo siguiente: «En segundo lugar, tampoco hay ningún obstáculo en admitir como causa de disolución estatutaria la disolución por denuncia unilateral de las sociedades constituidas por tiempo indefinido (art. 224 C. de Co.). No estimamos que su inclusión en los estatutos de una sociedad limitada suponga la derogación del principio mayoritario, ni que el desarrollo del régimen de separación y exclusión impidan que se pacte como causa de disolución».

Como se ha encargado de distinguir la doctrina mercantilista, resulta necesario tener en cuenta que lo dilucidado en la presente sentencia del Tribunal

(5) Entre otros autores que han rechazado la validez de las cláusulas estatutarias de separación *ad nutum*, también podemos citar: DE LA CÁMARA, *Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, pág. 491; GARRIDO PALMA, «El derecho de separación del socio», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, AA.VV., Madrid, 1998, págs. 118 a 121; URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. 4.º, Madrid, 2.ª ed, 2007, pág. 49; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia, 2010, pág. 1901; CARBAJO CASCÓN, «Sociedades de Responsabilidad Limitada. ¿Separación libre y voluntaria de socios?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 685, 2004.

(6) RUEDA PÉREZ, «Separación y exclusión de socios», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1995, págs. 339 y 340.

(7) ALONSO ESPINOSA, «La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 4, 1995, pág. 26.

(8) SOLER DORDA, «Separación y exclusión de socios», en *La Notaría. La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada*, vol. II, Barcelona, 1995, págs. 180 y 181.

(9) FAJARDO GARCÍA, *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Valencia, 1996, págs. 70 y 71.

(10) ECHEBARRÍA SÁENZ, «El derecho de separación del socio en la SRL. Comentario a la STS de 10 de febrero de 1997», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997, pág. 399.

(11) LEÑA FERNÁNDEZ y RUEDA PÉREZ, *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Granada, 1997, págs. 46 a 48.

(12) FARRANDO MIGUEL, *El derecho de separación del socio en la Ley de sociedades anónimas y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, págs. 81 y 82.

(13) FERNÁNDEZ DEL POZO, «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por justa causa en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», en *Revista de Derecho de Sociedades*. Editorial Aranzadi, núm. 26, 2006, pág. 282.

(14) BATALLER GRAU, «La aplicación de las causas de disolución específicas de las sociedades personalistas a la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm 231, enero-marzo de 1999, pág. 119.

Supremo, de 15 de noviembre de 2011, es un derecho de separación *ad nutum* pactado en los estatutos sociales, lo que es distinto al reconocimiento *per se* del derecho de desistimiento *ad nutum* en las sociedades de capital, pero sin pacto estatutario.

En este sentido, resulta bastante esclarecedor ÁLFARO ÁGUILA REAL (15) en su crítica a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6340), cuando razona lo siguiente: «La Resolución y los autores en los que se apoya tendrían razón si lo que tratáramos de sostener es la necesidad de reconocer *ex lege* un derecho de separación *ad nutum* en la sociedad de responsabilidad limitada, esto es, sin pacto contractual al respecto. Al que pretendiera sostener tal cosa, podría objetársele que la voluntad del legislador no ha sido esa, sino justamente la contraria: reconocer un derecho legal de separación *ad nutum* solo en un caso excepcional como es el de que los estatutos sociales prevean la intransmisibilidad absoluta de las participaciones (art. 30.3 LSRL). Pero nadie pretende tal cosa. La pregunta no es la de si los socios de una sociedad limitada tienen un derecho de separación libre. Ya sabemos que la respuesta es negativa. La pregunta es si los socios de una sociedad limitada *pueden pactar* un derecho de separación libre. Y esta pregunta ha de contestarse como todas las que se preguntan por los límites a la libertad contractual: señalando de qué norma imperativa o de qué precepto moral o del orden público se deduce la prohibición de una cláusula semejante. Y en este punto, el artículo 30.3 solo permite extraer un argumento en contra de que se estén franqueando dichos límites cuando se incluye un derecho de separación libre en los estatutos de una sociedad limitada con el consentimiento de todos los socios. El hecho de que el legislador haya exigido que se atribuya tal derecho a los socios en un caso (en lo que ahora interesa es bastante irrelevante en qué caso) es una prueba irrefutable en el sentido de que *el legislador no considera contrario a los límites generales de la autonomía privada* —y, para el caso, a los principios configuradores de la sociedad limitada— *un pacto estatutario semejante*.

Una observación marginal sobre los principios configuradores del tipo a los que se refiere el artículo 12.3 LSRL parece necesaria. Es muy dudoso que sean algo más que una forma de referirse a las normas imperativas que permiten reconocer un *tipo societario*, pero, en todo caso, son principios referidos al tipo societario y no a cada una de las instituciones jurídicas presentes en un tipo societario. Por tanto, limitarán la autonomía privada cuando esta deforme el tipo legal hasta hacerlo irreconocible y no simplemente cuando una cláusula estatutaria parte —aunque sea radicalmente— de la concepción del legislador reflejada en una norma dispositiva reguladora de una institución concreta porque la autonomía privada puede configurar una sociedad limitada de tal forma que se aproxime mucho a

(15) ALFARO AGUILA REAL, «*In dubio, contra libertatem*: cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en la doctrina de la Dirección General de Registros», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 23, 2004, Aranzadi Editorial, págs. 248 y 249.

Vid., también —con carácter general sobre el tema— los trabajos siguientes de este mismo autor: «Modelo de cláusula estatutaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, 1996, Aranzadi Editorial; «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1996, núm. 222, págs. 1079-1141; «La terminación por denuncia ordinaria de los contratos de “Joint Venture” de duración indeterminada», en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Tomo I, Editorial Temis, 2007.

una sociedad de personas o —en otra dirección— a una sociedad anónima y, una comprensión estricta de los principios configuradores conduce, necesariamente, a impedir tales configuraciones en contra de muchas decisiones expresas del legislador en el sentido de la legitimidad de tales aproximaciones a otros tipos legales».

Asimismo, ECHEBARRÍA SÁENZ (vid., *op. cit.*, pág. 397) en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/935), es de la opinión que: «...en esta tesitura, se podría concluir que no se admite una cláusula general de libre denuncia *ad nutum*, sin pacto estatutario que lo justifique y que la tipificación de las causas de separación modera el libre juego de los principios generales de la teoría general de los contratos que encuentran concreción expresa en el Derecho de sociedades positivo».

En esta sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997, se falló respecto del derecho de separación voluntaria que aunque la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no reconocía el mismo, este se venía aplicando por aplicación de lo dispuesto en el artículo 225 del Código de Comercio, por remisión al mismo, según la Disposición Final primera de la citada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, lo que permitía su aplicación, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1985 (*RJ* 1985/183), que dispuso lo siguiente: «*Que el origen de las actuaciones de las que trae causa el recurso, es la separación de un socio —actual recurrente— de la sociedad mercantil de responsabilidad limitada que figura como recurrente, supuesto no contemplado en la vigente ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y tres (RCL 1953/909, 1065 y NDL 28559), ni tampoco en los Estatutos sociales de la misma, de trece de septiembre de mil novecientos sesenta y siete —cuyo artículo veintiuno se refiere solamente a la enajenación de participaciones sociales— siendo de aplicar la normativa general del artículo doscientos veinticinco del Código de Comercio, como hicieron los Juzgadores de instancia, aplicación aceptada por las partes litigantes que nada cuestionaron al respecto, ni se debate en casación».*

En sentido análogo, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997, se pronunció del siguiente tenor:

«*No resulta admisible que por la circunstancia de que el derecho de separación voluntaria de un socio no aparezca regulado de manera expresa en la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, su aceptación pondría en peligro la existencia y estabilidad del mundo societario, ni admisible, tampoco, la afirmación tajante de no ser supletorio el artículo 225 del Código de Comercio en esa cuestión, toda vez que atendiendo a la Disposición Final primera de la Ley de 17 de julio de 1953 —en las sociedades limitadas que se rijan por disposiciones especiales se aplicarán, con carácter supletorio, las normas de esta Ley, y, en su defecto, las del Código de Comercio, comunes a toda clase de sociedades—, no puede descartarse que el referido precepto pudiera ser aplicable por vía de analogía».*

De igual forma y bajo la aplicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/3673), estimó la validez de una cláusula estatutaria en virtud de la cual los socios podían separarse de la sociedad sin necesidad de justificar causa alguna, transcurrido un periodo de tiempo desde la constitución de la sociedad, razonando al respecto lo siguiente:

«*En el último motivo, y al amparo también del número 4 del artículo 1692 de la LECiv, se denuncia infracción de la sentencia recurrida de los artículos 1256 y*

1261.3 del Código Civil cuando en el contrato de sociedad deja al arbitrio de una de las partes contratantes la validez y cumplimiento del contrato, permitiendo adoptar decisiones sin causa que afectan a la propia validez del contrato.

El motivo ha de desestimarse, en cuanto no existe fundamento ni causa que lo justifique, para entender prohibido o contra legem que en un contrato de duración indefinida se fijen en los estatutos sociales, aparte de la obligación de la permanecida en la sociedad durante un plazo o periodo determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad, como separarse alguno de los socios permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que está otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir, como se sostiene por la parte recurrente, que las disposiciones de los artículos del estatuto faltan, por una parte, a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato, y de otra parte, que esta facultad carece de causa, pero como se ha explicado en el anterior motivo, el fundamento del establecimiento en las normas sociales del ejercicio de la facultad de separarse, siempre que haya transcurrido los tres años desde la constitución de la sociedad y se haya anunciado a la misma en el plazo de seis meses previsto en los Estatutos, es coherente con la duración indefinida pactada».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/22969), pronunciándose sobre el recurso de nulidad de un arbitraje de equidad dispuso que:

«En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima, siendo el objeto del arbitraje el derecho de reparación de uno de los socios, debiendo entenderse por tal el derecho del accionista a separarse de la sociedad anónima a cambio del reembolso por parte de la sociedad de sus acciones (con la consiguiente reducción del capital social por el valor de las acciones correspondientes al socio separado). Su origen se encuentra en la doctrina italiana, teniendo su fundamento en una remota reminiscencia de la concepción contractualista de la sociedad anónima y siendo un mecanismo de defensa de la minoría contra los excesos de la mayoría. Nada impide que una sociedad anónima adquiera las acciones de las que es titular un accionista, las amortice y reduzca el capital social. Tiene, eso sí, que haber acuerdo del accionista que se separa, de la sociedad anónima y del resto de los accionistas. Y, de no existir ese acuerdo por oponerse la sociedad anónima, es cuando realmente surge el derecho de separación del socio, es decir, el derecho del accionista a imponer a la sociedad anónima el reembolso de sus acciones separándose de la misma. En principio, la regla general en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206) es que los accionistas de la sociedad anónima no son titulares de un derecho de separación, es decir, que no pueden cuando les venga en gana, les interese o lo consideren imprescindible, imponer a la sociedad el reembolso de sus acciones separándose de la misma. Tan solo excepcionalmente se concede el derecho de separación al accionista cuando concurre alguno de estos tres supuestos: modificación de los estatutos sociales consistente en la sustitución del objeto (art. 147), cambio de domicilio social consistente en transferirlo al extranjero (art. 149, núm. 2) y transformación de una sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones (art. 225, núms. 2 y 3). Se trata de una regulación de ius cogens o derecho necesario, pero solo de mínimos, ya que sería nula la norma estatutaria o el acuerdo societario que privara al socio

de su derecho de separación o lo redujera respecto a los tres supuestos previstos legalmente. Pero nada impide, sino que, por el contrario, el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas lo permite, que en los estatutos sociales se añadan otras causas que den origen al derecho de separación del accionista además de las recogidas legalmente (aunque referida a una sociedad de responsabilidad limitada y aplicando la vieja y derogada Ley de 17 de julio de 1953 (RCL 1953/909/1065), es de reseñar la sentencia del Tribunal Supremo, número 428/2002, de 3 de mayo de 2002 (RJ 2002/3673) en la que se declara la validez y eficacia de un pacto estatutario que concede a alguno de los socios un derecho de separación de la sociedad una vez transcurrido un plazo de tres años desde su constitución y sin que tenga que concurrir alguna otra circunstancia más que el transcurso del tiempo). De ahí que igualmente sea válida la previsión estatutaria de someter esta materia —derecho de separación del socio— a un arbitraje de equidad. Debe predicarse la arbitrabilidad por la disponibilidad de la materia».

Por otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido oportunidad de establecer su doctrina —variante y criticable— sobre la materia. En este sentido, cabe destacar la mencionada *ut supra* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6340), que impidió la inscripción de la siguiente cláusula estatutaria que recogía un derecho de separación en los siguientes términos:

«Artículo vigésimo quinto: El derecho de separación, en los casos previstos legalmente —y en estos Estatutos—, corresponderá a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo que dé lugar a dicho derecho o cuyo voto fuera en contra, en blanco o nulo, así como a los que no hubieran asistido a la Junta General en que se hubiera adoptado dicho acuerdo. Además, en cualquier momento de la vida de la sociedad, cualquier socio titular de una participación en el capital social superior al quince por ciento e inferior al cincuenta por ciento, podrá solicitar a la sociedad su separación de la compañía. A tal efecto, y para ejercitarse su derecho el socio comunicará su intención al órgano de Administración. El órgano de Administración convocará en el plazo de un mes junta general con la finalidad de determinar el valor real de las participaciones del socio que ha solicitado la separación. En el supuesto de no existir acuerdo sobre la valoración de las participaciones del socio que ha solicitado la separación, esa valoración se realizará por la persona elegida voluntariamente por el socio que pretende separarse y la sociedad; y a falta de acuerdo por el que determine un auditor designado por el Registrador Mercantil; la retribución del experto será satisfecha por la sociedad. La separación solicitada por el socio deberá ejecutarse en el plazo de tres meses a contar desde la fecha en la que el experto emita su informe sobre la valoración de la compañía. Si el pago de la totalidad o parte del precio estuviera aplazado será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado».

Siendo el razonamiento de la meritada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003, el siguiente:

«La cuestión, por tanto, ha de centrarse en el margen de que disponga la autonomía de la voluntad a la hora de configurar esas causas estatutarias de separación. Cabría sostener que no resulta admisible que esa flexibilidad del régimen legal al permitir que la autonomía de la voluntad de los socios pueda conformar el régimen jurídico del derecho de separación a sus específicas necesidades y conveniencias

llegue al extremo de admitir un ejercicio del mismo absolutamente potestativo, del mismo modo que esa libertad a la hora de conformar el régimen de transmisibilidad de las participaciones por actos inter vivos topa con la prohibición de su práctica libertad (art. 30.1 de la Ley [RCL 1995/953]); esa misma limitación, que puede calificarse como uno de los principios configuradores del tipo social, actuaría como límite a la autonomía de la voluntad (cfr. art. 12.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); chocaría también con la exigencia del propio artículo 96 de establecer “causas de separación”, lo que parece implicar la necesidad de determinar qué concretas razones justifican la misma en cuanto derecho excepcional que es, dirigido fundamentalmente a proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad —objeto, plazo de duración, transformación, etc.— bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia —transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc.—; tampoco casa esa libertad con las exigencias de la misma norma en lo tocante al necesario desarrollo de los supuestos, sea a la hora de justificar su existencia, forma y plazo de ejercicio; por último, supone un evidente riesgo tanto para los acreedores como para la propia sociedad. Para los primeros por cuanto la garantía que les brinda el artículo 103.1 de la Ley no parece compensarles la que supondría el mantenimiento del patrimonio íntegro de la sociedad, y para esta por cuanto un ejercicio abusivo de ese derecho con la necesaria reducción del capital —el legislador ha ligado indisolublemente la separación o exclusión de socios con la reducción de capital correspondiente (art. 102)— pueden abocarla a la disolución (art. 103.2), efecto que podría tener como causa la sola voluntad de uno de los socios, quebrantando así uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento (cfr. art. 1256 del CC [LEG 1889/27]). No faltan, ciertamente, argumentos que aportar a favor de la solución contraria, y así: No parece que el pacto de libre separación rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 1255 y 1258 del CC), pero siempre surgirá el escollo del artículo 12.3 de la Ley especial; el artículo 255 del Código de Comercio (LEG 1885/21), situado en la rúbrica dedicada a la “disolución y liquidación de Compañías”, aplicable a toda clase de sociedades, admite la separación del socio “por su voluntad”, si bien impone que no impida la conclusión del modo más conveniente a los intereses comunes de las negociaciones pendientes, solución en línea con la de los artículos 1705 y 1796 del Código Civil para la sociedad civil, pero sobre la que ha de prevalecer la normativa especial del tipo social; el artículo 15.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril (RCL 1991/1149), de Agrupaciones de Interés Económico, admite que, aparte de en los casos pactados, cabe la separación por justa causa, entendiendo por tal en el caso de haberse constituido por tiempo indefinido la voluntad de hacerlo comunicada a la sociedad con una antelación mínima de tres meses, si bien esta figura asociativa está más próxima en materia de responsabilidad o sustitución de sus miembros a la sociedad colectiva que a la de responsabilidad limitada, y, más en concreto, el artículo 30.3 de la propia Ley especial, con réplica similar en el artículo 9 de la Ley de Sociedades Laborales (RCL 1997/701/1765), admite la validez de las cláusulas que prohibían la transmisión voluntaria de las participaciones sociales si los estatutos reconocen el derecho de los socios a “separarse de la sociedad en cualquier momento”, derecho este que no aparece necesariamente condicionado al establecimiento de aquella prohibición. Forzando la interpretación de las normas, pudiera plantearse la admisibilidad de un derecho estatutario de libre separación sin necesidad de causa específica, pero que habría de ir acompañado de las necesarias cautelas tanto en procedimientos como en plazos, al modo que las adopta el legislador cuando expresamente lo re-

conoce, para evitar que con su ejercicio se cause un daño a la sociedad y terceros relacionados con ella sin darles la oportunidad de adoptar medidas que les pongan a cubierto de sus efectos, algo que en el caso planteado brilla por su ausencia».

Según hemos señalado, destaca el meritorio comentario que de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003, hiciera en su día ALFARO AGUILA REAL, quien concluye con acierto al respecto y tras una crítica a cada uno de los argumentos de la referida resolución, lo siguiente (16):

- «1.^a La cláusula estatutaria que atribuye a uno, varios o todos los socios un derecho de separación libre —sin necesidad de alegar motivos— es perfectamente válida. No hay ninguna norma ni principio configurador de la sociedad limitada que lo prohíba. En particular, el artículo 1256 del Código Civil no tiene nada que ver con una cláusula que permite a un socio salir de la sociedad de duración indefinida sin necesidad de justificar los motivos por los que lo hace. El reconocimiento excepcional de un derecho de separación *ad nutum* por el legislador como requisito de validez del pacto por el que se prohíbe la transmisión de las participaciones de una sociedad limitada es un argumento impecable respecto a la voluntad de la ley de no considerar contrarias al artículo 1255 del Código Civil o al 12.3 LSR_L las cláusulas estatutarias que otorguen un derecho de separación libre a los socios.
- 2.^a La cláusula de separación *ad nutum* protege eficazmente a los socios minoritarios frente a conductas o estrategias expropiatorias por parte de los socios mayoritarios, por lo que su prohibición perjudica a los socios minoritarios de una sociedad limitada. El socio mayoritario siempre puede disolver la sociedad.
- 3.^a La eventual reducción de capital y —en casos extremos— disolución de la sociedad, no es “daño” inconsentido para los demás socios y, dado que la sociedad no tiene ningún “interés” distinto del de los socios, ninguna autoridad puede sustituir a los propios socios en la valoración de la conveniencia o no de incluir una cláusula semejante. Los terceros no merecen una protección mayor o distinta frente a la reducción de capital resultante del ejercicio del derecho de separación a la que disfrutan de acuerdo con la Ley en todos los demás casos de reducción voluntaria del capital social».

Pese a que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003, negare pues el derecho de separación *ad nutum* en los términos del debate resuelto por la misma, no es menos cierto que con su razonamiento final (17) se pretendía dejar la solución del problema en función de las cautelas que en su caso se adoptasen, lo que permitió la

(16) Vid. ÁLFARO AGUILA REAL, *In dubio, contra libertatem...*, págs. 254 y 255.

(17) (...) *Forzando la interpretación de las normas, pudiera plantearse la admisibilidad de un derecho estatutario de libre separación sin necesidad de causa específica, pero que habría de ir acompañado de las necesarias cautelas tanto en procedimientos como en plazos, al modo que las adopta el legislador cuando expresamente lo reconoce, para evitar que con su ejercicio se cause un daño a la sociedad y terceros relacionados con ella sin darles la oportunidad de adoptar medidas que les pongan a cubierto de sus efectos, algo que en el caso planteado brilla por su ausencia.*

admisibilidad de una cláusula estatutaria con dicho fin por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011/415) (18), donde se analizó la validez de una cláusula «de salida» de los socios que rezaba lo siguiente:

«Los socios que por cualquier causa deseen salir, total o parcialmente, del capital social de la sociedad, podrán vender su participación a la propia sociedad de una o varias veces. La sociedad estará obligada a comprar las participaciones ofrecidas conforme a las siguientes reglas:

- a) Las solicitudes de venta deberán notificarse durante el segundo trimestre natural de cada año mediante carta dirigida al Órgano de Administración, indicando claramente las participaciones que desean venderse.
- b) Los acuerdos de compra se adoptarán en Junta General de socios convocada al efecto, que se celebrará a lo largo del tercer trimestre natural del mismo año. Si fueran varias las peticiones se acumularán todas ellas y se resolverán conjuntamente.
La adquisición de las participaciones por la propia sociedad se llevará a cabo mediante la correspondiente reducción de capital social conforme a lo establecido en el artículo 40.1.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- c) La Junta General de socios podrá limitar el montante máximo anual de adquisiciones a un cinco (5) por 100 del capital social. Con carácter excepcional, podrá también impedir la amortización cuando concurran razones económicas que objetiva y razonablemente lo justifiquen y siempre que se adopte el acuerdo con el voto favorable de, al menos, la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social.
- d) Si fueran varias las solicitudes y la suma de todas ellas superara el límite máximo de adquisiciones establecido, la compra correspondiente a cada socio se obtendrá prorrateando las solicitudes formuladas. Los excesos de participación no adquiridos serán considerados, sin necesidad de nueva solicitud, al año siguiente y así sucesivamente hasta que la venta se complete o hasta que el solicitante retire la petición. Igual procedimiento se aplicará en caso de que solo se plantee una solicitud de venta que supere ese límite.
- e) Si dentro de un mismo año coincidieran peticiones pendientes de completar provenientes de solicitudes de años anteriores y peticiones del año en curso, deberán prorratearse todas (las nuevas y las viejas) tomándose como valor de la sociedad el de la última valoración.
- f) El precio de las participaciones será el que resulte, según la valoración de la empresa, en vigor en el momento de ofertar las participaciones fijado conforme a lo establecido en el apartado 6.1 anterior.
- g) Salvo acuerdo contrario entre el Órgano de Administración y los vendedores, el precio de las participaciones vendidas cada año será satisfecho en el

(18) Vid. los comentarios a esta resolución en: IBÁÑEZ ALONSO, «Posible admisión de una cláusula de separación *ad nutum* en una SRL y sistema de valoración de las participaciones. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades*, núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.; CAMPINS VARGAS, «¿Puerta abierta a la libre fijación de estatutos del precio de las participaciones? A propósito de la RDGRN de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades*, núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.

último trimestre del mismo, la escritura pública de compraventa se otorgará en el momento de efectuarse el pago».

El razonamiento aducido para su validez fue precisamente el establecimiento de ciertas cautelas en la cláusula estatutaria, al decirse que:

«*Esta consideración sirve especialmente para enjuiciar la única cuestión a la que debe ceñirse el presente recurso (cfr. el art. 326 de la LH [RCL 1946/886]), la relativa a la admisibilidad o inadmisibilidad de la cláusula sobre valoración de las participaciones del socio saliente en un caso como el presente, que no puede entenderse incluido en el supuesto normativo del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pues en la cláusula estatutaria debatida se configura una especie de separación ad nutum, aunque limitada y articulada a través de un derecho del socio a transmitir sus participaciones y el correlativo deber por parte de la sociedad de adquirirlas, si bien con determinadas cautelas para salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución). Por otra parte, se trata de un derecho que se atribuye a los socios además de la facultad de transmitir sus participaciones a otros socios —libremente— o a terceros —con las limitaciones y las disposiciones sobre la valoración de participaciones previstas en los mismos Estatutos, no cuestionadas en este expediente—.*

Por todo ello, no cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, toda vez que no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 1255 y 1258 del CC [LEG 1889/27] y 12.3 de la Ley de Responsabilidad Limitada). Asimismo, se trata de una disposición estatutaria cuyo acceso al Registro Mercantil tiene claro apoyo en la norma del artículo 175.2, letra “b”, introducida por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero (RCL 2007/526). A tal efecto, debe concluirse que dicha cláusula, interpretada en relación con las relativas al régimen estatutario de transmisión inter vivos de las participaciones, no menoscaba la razonable posibilidad de transmitirlas; antes bien, comporta para el socio la facultad adicional de imponer potestativamente a la sociedad el deber de adquirirlas por un valor determinable mediante un sistema que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho —cfr. arts. 1 y 57 del C. de Co. (LEG 1885/21) y 7, 1258, 1287 y 1291 del CC—. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias».

Las «cautelas» para los acreedores y la sociedad que la Dirección General de los Registros y del Notariado da por buenas para admitir la separación *ad nutum*, son las siguientes:

«*Entre tales reglas, se dispone: a) Que la adquisición de las participaciones por la propia sociedad se llevará a cabo mediante la correspondiente reducción de capital social; b) Que la Junta General de socios podrá limitar el número máximo anual de adquisiciones a un cinco por ciento del capital social; y c) Que, excepcionalmente, podrá también impedir la amortización cuando concurren razones económicas que*

objetiva y razonablemente lo justifiquen, siempre que se adopte el acuerdo con el voto favorable de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. Asimismo, se establece que el precio de las participaciones será el que resulte según la valoración de la empresa que haya de tenerse en cuenta en el momento de la oferta de venta. A tal efecto, se pacta en los mismos Estatutos que, cada dos años, la Junta General aprobará la forma de valorar y una valoración de las participaciones sociales, tomando como base la media de los beneficios obtenidos durante los últimos cuatro ejercicios y el valor de los bienes inmuebles propiedad de la sociedad».

En realidad, en cuanto a la tutela para los acreedores, la Dirección General de los Registros y del Notariado no exige más que la aplicación de los requisitos legales del derecho de separación que de por sí conllevan la necesaria protección de acreedores (art. 347 de la Ley de Sociedades de Capital), es decir, que medie la correspondiente reducción de capital o adquisición derivativa de participaciones sociales (art. 358 de la Ley de Sociedades de Capital). Aunque sí que resultan innovadoras la concreción estatutaria de las cautelas tendentes a la protección de la sociedad para evitar con el mecanismo del derecho de separación *ad nutum*, un ejercicio del referido derecho contrario a la buena fe, como son la limitación del número máximo de adquisiciones dentro de una anualidad y el condicionante del ejercicio a que no existan razones económicas y objetivas que desaconsejen el mismo. Como tendremos ocasión de analizar posteriormente, a nuestro juicio, la exigencia de las referidas cautelas por parte del Centro Directivo suponen, a nuestro juicio, una desnaturalización del derecho de separación *ad nutum*, para acercarlo a un derecho de separación con justos motivos, lo que deja entrever la falta de buena acogida de este tipo de cláusulas en el ámbito registral.

Por último, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2012 (*RJ* 2012/4793), declara la validez de la siguiente cláusula estatutaria sobre la base de la libertad con que el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales regula el derecho de separación. El debate incomprendible —a nuestro juicio— se había suscitado porque el Registrador consideraba que la referida libertad legal no permitía que el derecho de separación pudiera modularse en los estatutos de una sociedad profesional al cumplimiento de un plazo de preaviso de dos meses.

La cláusula estatutaria analizada fue la siguiente:

«Artículo 17. Separación voluntaria.

Los socios podrán separarse de la sociedad en cualquier momento. El ejercicio de este derecho deberá realizarse, en todo caso, dentro de los términos de la buena fe y materialmente, mediante comunicación dirigida al Órgano de Administración social que, en caso de Consejo de Administración, se entenderá al Presidente o Secretario del mismo. Este preaviso deberá ser realizado con un plazo no inferior a dos meses, periodo durante el cual, el socio peticionario deberá continuar cumpliendo con sus obligaciones sociales y profesionales en el seno de la sociedad, salvo dispensa del Órgano de Administración. En los supuestos contemplados en el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio podrá separarse inmediatamente sin necesidad de respetar los plazos aquí establecidos.

En dicho supuesto, la sociedad procederá a la adquisición para su amortización, vía reducción de capital, o bien para su colocación entre los restantes socios profesionales o nuevos socios profesionales, debiendo abonar al contado, al socio

separado, el valor teórico contable de sus participaciones sociales, salvo acuerdo mayoritario el Consejo de Administración autorizando otro mayor».

El razonamiento del Centro Directivo para admitir el referido plazo de preaviso, fue: «*Indudablemente, este derecho de separación, legalmente establecido, es de ius cogens, pero tal carácter no impide toda modalización de su ejercicio. Así —y aparte la previsión legal que contiene el mismo art. 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales de necesario ajuste del ejercicio del derecho de separación a las exigencias de la buena fe—, no debe rechazarse la previsión estatutaria de cautelas como la constituida por la cláusula de preaviso cuestionada en el presente caso, toda vez que contribuye a salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución), y tampoco puede estimarse contraria al fundamento del derecho de separación ad nutum que se establece en interés del socio profesional. En este sentido, no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, ni implica para el socio una vinculación excesiva o abusiva, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho —cfr. arts. 1 y 57 del C. de Co. y 7, 1258, 1287 y 1291 del CC—.*

En conclusión, esperemos que el reconocimiento que realiza esta sentencia del Tribunal Supremo del derecho de separación *ad nutum* pactado estatutariamente se consolide en un futuro, ya que no supone más que una clara aplicación de lo establecido en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital, viniendo el propio Ordenamiento Jurídico a ofrecer las suficientes garantías al respecto (v. gr., reducción de capital), buena fe y preaviso. Ello implica un claro apoyo a la autonomía organizativa de la sociedad por sus propios socios, lejos del intervencionismo administrativo excesivamente tuitivo al que asistimos en muchos casos en nuestro Derecho de Sociedades.

III. EL TRATAMIENTO GENERALIZADO DE LA CUESTIÓN EN EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA

La problemática relativa a los requisitos de ejercicio del desistimiento unilateral del contrato sin necesidad de alegar justa causa, ha sido tratada en extensión por nuestra doctrina, para cuyo análisis en detenimiento nos remitimos. Basta, por el momento y a estos efectos, exponer tanto doctrinal (19) como jurisprudencialmente ha sido tradicional la exigencia de los requisitos de la buena fe y el carácter tempestivo de la denuncia, con recurso al conocido argumento para su permisión general, por la prohibición de vinculación perpetua existente en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Pese a ello, queremos incidir en lo anterior, buena fe y preaviso como reglas generales en el ejercicio del desistimiento unilateral sin justa causa del contrato, han de ser, a nuestro juicio, los pilares sobre los que ha de construirse la admisibilidad de tal posibilidad, con carácter general, más allá de las especificaciones concretas legislativas que en otros ámbitos pudieren existir.

(19) Vid. KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, 1997; con extensión en referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema.

Es decir, los artículos 57 del Código de Comercio y 7 y 1258 del Código Civil nos ofrecen el marco general de contemplación del requisito de la buena fe en esta materia, el cual es objeto de concreción por nuestro legislador en los artículos 224 del Código de Comercio y 1705 y 1706 del Código Civil, que consideramos aplicables al caso enjuiciado por esta sentencia del Tribunal Supremo, bien mediante el llamamiento directo que se realiza en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, bien mediante el recurso al procedimiento analógico previsto en el artículo 4.2 del Código Civil.

Esta buena fe conceptualizada por el legislador en los dictados de los mencionados artículos 224 del Código de Comercio y 1705 y 1706 del Código Civil, tanto en la concepción objetiva como subjetiva de la misma, implica una concreción del supuesto vinculante al órgano judicial decisor, en su caso, del debate propuesto, por mucho que, efectivamente, reconozcamos que la enumeración de los supuestos de mala fe, que realiza el artículo 1706 del Código Civil, lo sea a título ejemplificativo; lo que no quiere decir que al amparo del carácter meramente enumerador del referido artículo 1706 del Código Civil podamos construir un *corpus casuístico* de supuestos que puedan ser considerados de buena o mala fe, si el objetivo de dicha construcción doctrinal fuera la creación de trabas al principio de autonomía de la voluntad *ex artículo 1255 del Código Civil* —mediante la imposición de condicionantes estatutarios a la denuncia— que en este caso tiene su reflejo en el asunto analizado en el permiso que el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital confiere al libre establecimiento estatutario por acuerdo unánime de socios del derecho de separación *ad nutum* en una sociedad de responsabilidad limitada.

Pero quizás nos adelantemos con lo anterior mostrando nuestra opinión al efecto, por lo que consideramos que es mejor en este estadio preferir mostrando como con carácter general tanto en nuestro Ordenamiento Jurídico, como en los de nuestro entorno, se huye de lo que podríamos llamar «casuística de la buena fe» en cuanto a su entendimiento como presupuesto de ejercicio del desistimiento unilateral *ad nutum* del contrato.

A nuestro juicio y sobre este particular resultan acertadas las reflexiones que en su día hiciera GIRON TENA (20) cuando afirmara lo siguiente: «...Desde el punto de vista de fondo, esta causa de disolución no es objeto de ningún requisito positivo. Negativamente el Código de Comercio exige que no haya mala fe y de los dos clásicos ejemplos de la misma —hacer un lucro que no obtendría la continuidad y no estar las cosas íntegras—, recoge solo el primero. El segundo supuesto parece que no se ha estimado, dada la regla de continuidad transitoria, hasta acabar los negocios pendientes que dispone el artículo 225.

Aquellos supuestos provienen del Derecho romano, parece que a través de POTHIER. La tendencia evolutiva ha ido, de una parte, a dejar la regla de buena fe sin ninguna exemplificación (21) y, de otra, a precisar el tiempo de ejercicio para dar una previsión y seguridad, dada la importancia que para los consocios tiene

(20) GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. *Sociedades Colectivas y Comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 635.

(21) GIRON TENA se refería (vid. nota núm. 55, pág. 635, *op. cit.*) a dicha tendencia legislativa, diciendo lo siguiente: «En el Derecho alemán desaparece hasta la mención y la trae la doctrina de la regla general, aplicable al ejercicio del derecho de denuncia, en los distintos supuestos que se dan en el Derecho positivo. Vid. HUECK, pág. 363, y WESTERMANN, cit., pág. 400. Igualmente, en el artículo 2285 del Código Civil italiano, dado que las posibilidades de la práctica no son ya los elementales supuestos económico-sociales romanos».

normalmente la vinculación patrimonial del negocio —frecuentemente completa—. Así, se tiende o a un preaviso, o a un periodo —antes del fin de ejercicio o coincidiendo con cada ejercicio y, a veces, amparando el precepto específico con una norma general de que la denuncia no sea intempestiva—. Con los antecedentes expresados creemos que el supuesto de lucro con la denuncia, del artículo 224, es un ejemplo y una presunción, pero no un único caso de mala fe.

En relación con lo anterior, con carácter general en el Derecho de la Contratación, y en el marco del proceso de armonización del Derecho Privado europeo, el artículo 57.2 del Proyecto de Pavía simplemente establece que: «*Si en los contratos de ejecución continua o periódica las partes no han fijado término final, cada una de ellas puede poner fin al contrato mediante una comunicación dirigida a la otra parte con un preaviso que sea conforme a la naturaleza del contrato, a la costumbre o la buena fe*» (22).

En el artículo 6:109 PECL, análogamente se dispone que: «*Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso razonable*» (23). Sin embargo, el Draft Common Frame of Reference (24) no regula la cuestión.

En los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, donde su artículo 5.1.8 establece que: «*cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable antelación*».

Idéntica inobservancia de cualificaciones o especificaciones del requisito de la buena y del preaviso a los que antes hemos hecho referencia, se observan también en el artículo 2.285 del Código Civil italiano y en el § 723 del BGB, en los casos de denuncia unilateral sin justa causa del contrato de sociedad.

Como también recoge GÁLVEZ CRIADO (25) en el Derecho francés, el Proyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones (Texto de la Chancellerie), en su artículo 130 establece que: «*A menos que la ley disponga otra cosa, cuando el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido [o por una duración manifiestamente excesiva], puede ser resuelto en todo momento por una y otra parte, salvo reserva de un plazo de preaviso suficiente. Salvo abuso, la resolución unilateral no conlleva la responsabilidad del contratante que ha tomado la iniciativa*». Siendo el artículo 1134.1 del Anteproyecto Catala del siguiente tenor: «*Las partes pueden, en las condiciones de su convención, del uso o de la ley, reservarse la facultad de retractarse o acordarla una de ellas*».

Al hilo de estas corrientes armonizadoras es donde llegamos a la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (26), cuyo artículo 1121.2 dispone que: «*Si las relaciones obligatorias fueren de duración indefinida, y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por*

(22) Vid. AA.VV., *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Profesor José Luis de los Mozos y De los Mozos*, vol. I y II, Dykinson, 2004.

(23) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual europeo. Edición de Ole Lando y Hugh Beale)*, Colegios Notariales de España, 2003, edición española.

(24) Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

(25) GÁLVEZ CRIADO, «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, págs. 516 y 517.

(26) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

cualquieras de las partes hecha de buena fe». Sobre el mismo, coincidimos con GÁLVEZ CRIADO (27), que reproduce la opinión de DÍEZ-PICAZO (28), quien razona lo siguiente: «El ejercicio de esta facultad aparece, sin embargo, condicionada por las exigencias de la buena fe y por los usos de los negocios (art. 1258). Tales exigencias impiden, por un lado, una denuncia del contrato que se produzca antes de que transcurra el tiempo mínimo necesario para que la relación produzca los efectos que le son propios. Por otra parte, pueden imponer un preaviso, con un margen razonable anterior a la denuncia o al receso».

En suma, la evolución del Derecho Patrimonial, a la que estamos asistiendo, no ha llevado a introducir otros requisitos a la denuncia unilateral del contrato *ad nutum*, más allá que los que tradicionalmente han venido siendo presupuesto para el mismo, como es la buena fe y el preaviso correspondiente, lo cual, a nuestro juicio, son los verdaderos presupuestos del caso enjuiciado en la presente sentencia del Tribunal Supremo, requisito de la buena fe general conforme con la exemplificación de los artículos 224 y 225 del Código de Comercio, así como de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil, sin que seamos de la opinión de que sea necesario una construcción estatutaria del derecho de separación *ad nutum* reconocido en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que tal aspiración pudiera suponer desvirtuar propiamente el carácter *ad nutum* de la separación pactada por los socios unánimemente en estatutos para acercarla a una denuncia con justos motivos (art. 1707 del CC).

IV. LOS ANTECEDENTES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* Y LAS PROPUESTAS EXISTENTES AL EFECTO

Como hemos puesto de manifiesto, el problema que ahora nos ocupa, es decir, cómo ha de ejercitarse el derecho de separación *ad nutum* ha sido abordado —por ejemplo, por el Centro Directivo— desde la necesaria adopción de una serie de cautelas con el objeto de que el procedimiento de separación no sea contrario a la buena fe, que con carácter general observamos en los artículos 57 del Código de Comercio y 7 y 1258 del Código Civil.

Pues bien, las características de este procedimiento ya fueron objeto de tratamiento en las Fuentes del Derecho romano, de ahí que una exposición de dicha problemática histórica resulte más que conveniente para poder entender el modelo de ejercicio del reconocido derecho de separación (29).

GAYO, en el Comentario III de las Instituciones [151], nos dice lo siguiente: «*La sociedad perdura mientras los socios perseveran en este sentido; pero cuando uno de ellos renuncia a ella, esta se disuelve. Cuando uno renuncia a la sociedad con la intención de lucrarse él solo de alguna ganancia próxima, por ejemplo, si mi consocio en todos los bienes, al ser instituido heredero por otra persona, renuncia a la sociedad para lucrarse el solo con la herencia, está obligado a repartir esta ganancia conmigo, siendo así que si tiene otra ganancia no buscada al hacer la*

(27) Vid. *op. cit.*, pág. 527.

(28) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 368.

(29) Vid., en este sentido, ARANGIO RUIZ, *La societá in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli, 2006, págs. 151 y sigs.; y con carácter general sobre la *actio pro socio*, vid. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Dykinson, 1992, págs. 230 y sigs.

renuncia, le pertenece exclusivamente a él. Yo, en cambio, obtengo para mí solo las ganancias posteriores a la renuncia del consocio» (30).

Como puede observarse, la reserva a la buena fe que GAYO hace para la denuncia del contrato de sociedad es inherente a la propia esencia del mismo, basado en la propia *affectio societatis* de sus integrantes.

Sobre el requisito de la intempestividad en la denuncia, el Digesto 17.2.14 recoge lo siguiente: «*Si se hubiese convenido entre los socios que no se divida la cosa común durante un cierto tiempo, no parece haberse convenido no abandonar la sociedad. Pero que ocurriría si se convino que no se disolviese: ¿valdrá acaso? Elegantemente escribió Pomponio que este convenio sería nulo, pues aunque no se conviniese, si se renuncia intempestivamente a la sociedad, se da la acción de socio, y si se convino en no abandonar la sociedad en cierto tiempo, y se renuncia antes, puede haber una razón para la renuncia, y no está obligado por la acción de socio el que renuncia por el hecho de que no se cumple una cierta condición bajo la cual se ha contraído la sociedad. Pues, ¿qué hacer cuando un socio resulta tan molesto y perjudicial que no sea fácil tolerar?* (Ulp. 30 Sab)».

Igualmente, el Digesto 17.2.64 (3) - (6) prevé que: «(3) Hemos dicho que la sociedad se extingue por el disenso; esto es así si todos disienten, pero ¿qué ocurre si solo uno renuncia? Escribió Casio que aquel que renunciase a la sociedad libera a sus socios respecto a sí mismo, pero él no se libera de ellos. Lo cual ciertamente ha de ser observado cuando la renuncia ha sido hecha con dolo, como si, habiendo contraído una sociedad de todos los bienes, renunciase después uno de los socios por haber correspondido una herencia; por ello si la herencia hubiera reportado algún perjuicio, afectará este tan solo al que renunció; en cambio el mismo estará obligado por la acción de socio a hacer común la ganancia. Mas si hubiese adquirido algo después de la renuncia, no habrá de ser hecho común, porque entonces tampoco puede cometerse ya el dolo. (4) Asimismo, si contraemos una sociedad para comprar una cosa y después quisieras comprarla tú solo y por ello hubieras renunciado a la sociedad para comprar tú solo, me quedarás obligado en la medida de mi interés; pero si hubieras renunciado por el hecho de no estar conforme con la compra, no quedarás obligado, aunque yo hubiese comprado porque en esto no hay fraude alguno; y así lo aprueba también Juliano. (5) Sin embargo, Labeón, post., escribió que si uno de los socios hubiese renunciado a la sociedad en un momento en el cual interesaba al socio que la sociedad no fuese disuelta, se expone aquel a la acción de socio; porque si compramos unos esclavos después de contraída la sociedad y luego renuncias cuando ya no es fácil vender los esclavos, en este caso quedarás obligado por la acción de socio a causa del perjuicio que me has causado. Proculo dice que esto es cierto si no existe un interés común de los socios de que la sociedad se disuelva, pues no siempre debe ser observado lo que interesa particularmente a uno de los socios, sino lo que es más conveniente a la sociedad; esto es así si no se ha convenido nada a este respecto al contraer la sociedad. (6) Asimismo el que contraiga una sociedad por un cierto tiempo, si renuncia a ella antes de tiempo,

(30) Texto original y traducción en Textos de Derecho Romano. RAFAEL DOMINGO (dir.), Editorial Aranzadi, 1998 (pág. 176). «*Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiatur et societati, societas solutus, sed plane si quis in hoc renuntiauerit societati, ut obueniens aliquod lucrum solus habeat, ueluti si mihi totorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiauerit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid uero aliud lucri fecerit, quod non captauerit, ad ipsum solum pertinet, mihi uero, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur.*»

libera al socio respecto a él, pero él no se libera respecto al socio; consiguientemente, si hubo alguna ganancia posterior, no tendrá parte en ella, pero si hubo perjuicios responderá igualmente en su parte, salvo que la renuncia se haya hecho por alguna necesidad. Cuando ha concluido el tiempo, el socio es libre para retirarse, porque puede hacerlo sin dolo».

En conclusión, de los textos romanos anteriores puede afirmarse que la denuncia unilateral del contrato de sociedad era libre salvo que la misma se hubiera realizado dolosamente, o bien, de forma intempestiva.

Con posterioridad, POTHIER (31) se hace eco de los requisitos clásicos para admitir la denuncia en la sociedad pactada con duración indefinida y así propone igualmente que la misma sea hecha de buena fe y que no sea intempestiva. POTHIER expone que la denuncia es de mala fe cuando el socio la hace para apropiarse solo los beneficios que los socios esperaban obtener con la sociedad. El ejemplo con el que POTHIER ilustra lo anterior es el siguiente: Si dos libreros se hubiesen asociado para comprar juntos una biblioteca de la que podía sacarse mucha ganancia y antes de haberla comprado por cuenta de la sociedad uno de ellos, a fin de comprarla para sí y reportar solo el beneficio, hubiese intimado al otro que no quería continuar con la sociedad. Esa renuncia es de mala fe y no libra al que la hizo para con su consocio, quien puede pedir su parte en el beneficio. Más si este socio hubiese renunciado a la sociedad por no parecerle bueno el negocio para el que se asociaron, su renuncia será de buena fe y válida, estando la cosa en su integridad: en cuyo caso el otro socio no podrá pretender nada por razón de daños y perjuicios.

Asimismo, POTHIER también reconoce que para que la denuncia sea válida no ha de realizarse intempestivamente, es decir, que no sea hecha cuando las cosas han dejado de hallarse en su integridad, y cuando tiene la sociedad intereses en esperar un tiempo más oportuno para llevar a cabo el negocio para que se contrajo; como si en una sociedad de comercio quisiera un socio separarse, cuando la sociedad tiene intereses en guardar los géneros para venderlos en ocasión más favorable, advirtiendo además que para verificar si la renuncia es intempestiva o no ha de estar al interés común y no particular del que se opone a ella, a no ser que hubiese en el contrato de sociedad algún pacto que se opusiese a la denuncia.

La influencia de la tradición anterior se observa en nuestro Derecho Histórico y en nuestro Derecho Codificado, tanto en nuestra legislación mercantil como civil.

Así, la Ley 11 del Título 10 de la Partida 5.^a admitía la disolución por renuncia de cualquier socio, hecha saber oportunamente y convenientemente, pero distinguía entre las sociedades que tenía señalado término para su duración o que hubieran sido constituidas para un fin determinado de las que no reunían dichas circunstancias, siendo válida en el primer caso la renuncia, y solo lo era en el segundo caso con la condición de que el renunciante abonase a sus compañeros los daños y perjuicios que se le ocasionaran. La Ley 12 del mismo título y Partida, también regulaba la denuncia ejercitada de mala fe, lo que ocurría cuando el que la llevaba a cabo tenía el propósito de hacer suyo el beneficio común, y disponía dicha ley que el socio que fraudulentamente se separase de la sociedad o compañía por esperar una herencia o para obtener mayor ganancia, quedase obligado a dividirla

(31) POTHIER, *Tratado del contrato de sociedad*, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, págs. 150 y sigs.

con los socios, en el bien entendido supuesto de que las pérdidas o menoscabos ocurridos en el día de la separación solo eran del socio que se separaba, de la misma manera que las ganancias eran suyas exclusivamente.

En nuestro Código de Comercio, el artículo 224 regula lo que se ha venido en denominar denuncia ordinaria o disolución del contrato de sociedad colectiva concertado por tiempo determinado, la cual puede ejercitarse libremente o *ad nutum*, con gran semejanza a lo que con posterioridad haría el artículo 1706 del Código Civil.

De esta forma, el artículo 224 del Código de Comercio establece lo siguiente:

«Artículo 224.

En 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 entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía.

Mientras que los artículos 1705 y 1706 del Código Civil disponen que:

«Artículo 1705.

La 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 este de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios.

Artículo 1706.

Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen facultad para excluirle de la sociedad».

Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes.

En el análisis del entendimiento del requisito de la buena fe y con acogimiento de la ejemplificación que hiciera PAZ-ARES (32), resulta muy interesante lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1997 (*RJ* 1997/143), que explica lo anterior del siguiente modo:

«El hecho de que exista coincidencia entre el artículo 224 del Código de Comercio y el artículo 1706 del Código Civil, hace completamente inútil la larga discusión en que tanto la sentencia del Juzgado de Vera como la de la Audiencia Provincial de Almería se introducen para decidir si la sociedad, para la explotación de una oficina de farmacia, es una sociedad civil o mercantil. La existencia de un lucro no es decisiva, porque el lucro define también la sociedad civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil. Y cuando se trata de sociedad para

(32) PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, vol. II, pág. 1510; PAZ-ARES, C., Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, 1999, pág. 688.

el ejercicio de una actividad profesional y no mercantil, la sociedad debe calificarse como sociedad civil, aunque el problema es por completo intrascendente en estos momentos. Para el Juzgado de Primera Instancia de Vera la falta de buena fe y la pretensión del apoderamiento del lucro particular estribaría en que el demandado, “pretende que le sea adjudicada en exclusiva la oficina de farmacia en lugar de pedir que se disuelva la sociedad y se liquide el haber social con el resultante de lo obtenido en venta a un tercero ya sea de común acuerdo ambas partes o en subasta judicial”. El párrafo entrecomillado es perfectamente inadmisible desde el punto de vista del artículo 224 del Código de Comercio. Naturalmente la necesidad de partir los bienes que se obtengan en la liquidación de la sociedad no tiene nada que ver con buena o mala fe que motiva la denuncia o la facultad de disolver, puesto que, en el lucro obtenido, cada uno lleva su parte y en la disolución, cada uno recibe, también, su parte del haber, sin que ello tenga que producirse, por la venta de los bienes sociales a un tercero puesto que el artículo 1706 del Código Civil es perfectamente claro en el sentido de que la liquidación del haber social se rige por las reglas de la partición hereditaria. En ese sentido, no debe olvidarse que en la sociedad discutida en este pleito lo que estaba en sociedad era la explotación y no la titularidad administrativa que en ningún caso habría formado parte del haber social. Menos convincente es el razonamiento de la Audiencia, pues trata de ligar el hecho de una denuncia que contraviene la regla de la buena fe con el dato de que la disolución se haya pedido al poco tiempo de entrar en funcionamiento la sociedad. Lo que pasa es que esta no es una razón que tenga encaje en el artículo 224 del Código de Comercio, que solamente limita la disolución unilateral a los casos de falta de buena fe. Si una sociedad entre dos socios, porque estos se llevan mal, dura más o menos tiempo, no es un problema que ninguno de los preceptos hasta aquí citado pueda impedir. El precepto legal mencionado, como motivo de casación, ha sido además mal aplicado, porque la consecuencia de una violación de la buena fe en la petición de disolución no es nunca el que la disolución quede impedita. La conclusión que debe extraerse es la que Garrigues extrae del artículo 224 del Código de Comercio, que es la de que se debe excluir la sociedad respecto del socio que pidió la disolución, entregando a este lo que sea su parte en el haber social. Es notorio que esta solución, única que los preceptos citados ligan a la disolución pedida de esta manera, resulta imposible en la sociedad de un solo socio, de manera que tampoco en este caso puede quedar impedida. La cita de la sentencia de 27 de junio de 1985 (RJ 1985/3626), que hace la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vera y que acepta la Audiencia Provincial de Almería, no sirve absolutamente para nada en el punto que a nosotros nos ocupa. C. Paz-Ares, al comentar el artículo 1706 al ilustrar otros supuestos semejantes al que el Código alude (apropiarse para sí solo el lucro que debía ser común) señala lo siguiente: a) Es de mala fe la renuncia hecha con ánimo de perjudicar a los consocios y con absoluta falta de consideración en relación con sus intereses. b) Ha de juzgarse de mala fe la renuncia que, en términos generales, resulte contraria a los actos propios. c) Ha de enjuiciarse rigurosamente la denuncia que pretende ejercitarse en el periodo inicial de la vida de la sociedad, sobre todo cuando aún no ha transcurrido un lapso de tiempo para amortizar o tener la oportunidad de amortizar las inversiones realizadas, aunque parece razonable entender que esta circunstancia no puede ser opuesta por aquel consocio al que se restituyen sus inversiones, pues no puede olvidarse que la disolución, aunque se produzca por la voluntad unilateral, lleva aparejada la liquidación y, como consecuencia de ello, la división del haber social. d) Se considera también de mala fe la denuncia o renuncia cuando se producen circunstancias especiales que la convierten en desleal o abusiva, de los consocios. A conclusiones parecidas conduce la sentencia de 7

de diciembre de 1988, recaída en el caso que puede llamarse del “Bar Magril’s” de Bañolas (Gerona). La sociedad se inició en la Semana Santa de 1980 y el acto de renuncia se produjo en 1983 y fue acogido por el Tribunal que corroboró la disolución al no estimar el recurso de casación. Para esta sentencia, “la buena fe a que alude el Código al tratar de la disolución de la sociedad, no viene a coincidir con la del contenido genérico y generalizado que pudiera recoger algunas otras normas del ordenamiento civil...”, sino que tiene un sentido significativo específicamente singular en la disolución de sociedades y dicho sentido tiene un aspecto negativo que destaca el recurrente, esto es, como contrapuesto por exclusión al concepto de mala fe que define el artículo 1706, y conviene señalar, asimismo, que cualquier otra interpretación conduce inevitablemente al absurdo. Pretender que la “apropiación del lucro que debería ser común” de que el precepto habla, se refiere a cualquier lucro que la sociedad pueda producir a lo largo de toda su existencia, es hacer inviable toda pretensión de disolución y convierte a la sociedad en una sociedad perpetua y el socio que quería separarse de ella se verá vinculado durante toda su vida y durante toda la vida de sus herederos, lo que no puede ser admisible. Se comprende así, que el artículo 224 del Código de Comercio y el 1706 del Código Civil solo se puedan aplicar si en un determinado momento la sociedad tenía a la vista operaciones especiales que deberían producir para todos los socios un lucro también especial. Por ello, no puede aplicarse cuando la marcha de la sociedad es la ordinaria y los lucros a obtener son también los ordinarios o comunes».

Recientemente, LORA-TAMAYO VILLACIEROS (vid., *op. cit.*) al comentar la sentencia del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa, expone la cuestión del siguiente modo: «El problema es que la regulación legal está plagada de conceptos jurídicos indeterminados, “buena fe”, “conclusión de operaciones pendientes”, “ejercicio intempestivo”, que habría que concretar al máximo, en una labor preventiva como nos corresponde a los notarios, para evitar la indeterminación y la litigiosidad en el ejercicio de un derecho que, precisamente, lo que pretende es una salida poco traumática y ágil de la sociedad. Por eso habría que poner toda nuestra imaginación y creatividad a trabajar en la redacción de estas cláusulas estatutarias para fijar entre otras cuestiones: 1) Plazos y procedimiento para su ejercicio: prohibición de salida hasta un tiempo después de la constitución o una ampliación de capital y procedimiento análogo al de la transmisión de participaciones o acciones; o preavisos a la sociedad, cuestión esta admitida recientemente por la DGRN en Resolución de 7 de febrero de 2012 para las sociedades profesionales. 2) Reglas de valoración de las participaciones, estableciendo un procedimiento sencillo, ágil y neutral para la determinación del valor razonable, teniendo en cuenta que ya la DGRN en Resolución de 2010 citada admite el carácter dispositivo de las reglas de valoración. 3) Posibilidad de aplazamientos por parte de la sociedad para el reembolso de la cuota del socio separado para evitar descapitalizaciones inmediatas; la posibilidad de salida parcial de la sociedad. En una separación en sentido estricto, parece que no cabría una salida parcial, sino que el derecho de separación debería suponer la salida total del socio. No obstante, podría utilizarse como un mecanismo protector a favor de la sociedad para evitar la descapitalización en caso de que lo solicitara un socio con una participación importante o varios socios simultáneamente, lo que dificultaría a la sociedad atender a la demanda. 4) Causas objetivas que permitan el rechazo de la salida en ese momento: la necesidad de un ofrecimiento previo para la compra al resto de los socios por el valor razonable; la posibilidad de negativa en caso de una coyuntura económica negativa que impidiera el reembolso por parte de la

sociedad, por ejemplo, atendiendo a resultados negativos de ejercicios anteriores o a unos mínimos resultados. 5) Procedimiento de mediación o arbitraje para la resolución de la controversia.

En definitiva, sí al derecho de separación *ad nutum*, pero no como cláusula simple que prevea la puerta abierta al socio sin más, sino con una adecuada concreción estatutaria de su ejercicio».

En nuestra opinión, cautelas como las que propone la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones expuestas, así como la construcción de cláusulas estatutarias con el contenido propuesto y descrito anteriormente, suponen una merma de la autonomía de la voluntad que se infiere no solo del principio establecido en el artículo 1255 del Código Civil, sino de la propia libertad con que queda configurado el derecho de separación *ad nutum* en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital. El establecimiento de las referidas cautelas supondría, a nuestro juicio, causalizar el derecho de separación desnaturalizándolo y acercándolo a la denuncia con justos motivos que recoge el artículo 1707 del Código Civil, máxime si cuando con la lectura del artículo 204 del Reglamento del Registro Mercantil puede mantenerse una posición tan protectora, ya que esta norma reglamentaria solo prescribe a los efectos de inscripción de la cláusula estatutaria en el Registro Mercantil el modo de acreditar la existencia de la causa (en este caso, por propia decisión unilateral del socio, previo acuerdo unánime de la totalidad de socios a la existencia estatutaria de esta posibilidad), la forma de ejercitarse este derecho de separación (procedimiento de notificación, por ejemplo) y el plazo para el ejercicio de este derecho (preaviso).

Otra cosa será el análisis del referido ejercicio del derecho de separación *ad nutum* que haya de realizarse para ver si este se ajusta a las exigencias de la buena fe generales (art. 57 del C. de Co. y arts. 7 y 1258 del CC) y a las especiales previstas para estos casos en nuestro Derecho General de Sociedades (arts. 224 y 225 del C. de Co. y arts. 1705 y 1706 del CC), sin que el referido análisis obligatorio pueda suponer más que lo que propiamente implica, es decir, la corrección en términos de buena fe del ejercicio del derecho y no la creación de un *corpus casuístico* de supuestos o ejemplos de buena o mala fe que se convierta en modelo estatutario para la inscripción de estas cláusulas en el Registro Mercantil, ya que otra vez más y con recurso al conocido tópico de las circunstancias del caso, serán estas las que tengan que ofrecer al intérprete la bondad o no del concreto ejercicio del derecho de separación *ad nutum* que se haya realizado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.
- *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Profesor José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vols. I y II, Dykinson, 2004.
- *Textos de Derecho Romano*. RAFAEL DOMINGO (dir.), Editorial Aranzadi, 1998.
- ALFARO ÁGUILA REAL: «Modelo de cláusula estatutaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, 1996, Aranzadi Editorial.
- «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1996, núm. 222.

- «*In dubio, contra libertatem:* cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en la doctrina de la Dirección General de Registros», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 23, 2004, Aranzadi Editorial.
 - «La terminación por denuncia ordinaria de los contratos de “Joint Venture” de duración indeterminada», en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Tomo I, Editorial Temis, 2007.
- ALONSO ESPINOSA: «La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 4, 1995.
- ARANGIO RUIZ: *La societá in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli, 2006.
- BATALLER GRAU: «La aplicación de las causas de disolución específicas de las sociedades personalistas a la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, enero-marzo de 1999.
- BRENES CORTÉS: «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el Derecho de Sociedades», en *Revista de Sociedades*, núm. 37/2011-2, Editorial Aranzadi.
- BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO: «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi Editorial, 1998.
- CAMPINS VARGAS: «¿Puerta abierta a la libre fijación de estatutos del precio de las participaciones? A propósito de la RDGRN de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades*, núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.
- CARBAJO CASCÓN: «Sociedades de Responsabilidad Limitada. ¿Separación libre y voluntaria de socios?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 685, 2004.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- DE LA CÁMARA: *Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid, 1998.
- ECHEBARRÍA SÁENZ: «El derecho de separación del socio en la SRL. Comentario a la STS de 10 de febrero de 1997», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997.
- FAJARDO GARCÍA: *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Valencia, 1996.
- FARRANDO MIGUEL: *El derecho de separación del socio en la Ley de sociedades anónimas y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia, 2010.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por justa causa en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Editorial Aranzadi, núm. 26, 2006.
- GÁLVEZ CRIADO: *El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil, Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*.
- GARRIDO PALMA: «El derecho de separación del socio», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, AA.VV., Madrid, 1998.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias, Madrid, 1976.
- HERNANDO LERA: *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*. Dykinson, 1992.

- IBÁÑEZ ALONSO: «Posible admisión de una cláusula de separación *ad nutum* en una SRL y sistema de valoración de las participaciones. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades*, núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.
- KLEIN: *El desistimiento unilateral del contrato*. Editorial Civitas, 1997.
- LANDO y BEALE: *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Partes I y II (*Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo*. Edición Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española).
- LEÑA FERNÁNDEZ y RUEDA PÉREZ: *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Granada, 1997.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS: «El derecho de separación *ad nutum* a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- LUCEÑO OLIVA: «¿Existe el derecho de separación sin causa en la SRL? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *Diario La Ley*, núm. 7826, Sección Tribuna, 27 de marzo de 2012, año XXXIII.
- PAZ-ARES, C.: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, vol. II.
- PAZ-ARES, C., Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, 1999.
- POTHIER: *Tratado del contrato de sociedad, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores*. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841.
- REDONDO TRIGO: «Las restricciones a la libre transmisibilidad en las adquisiciones indirectas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 726.
- «La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 730.
- RUEDA PÉREZ: «Separación y exclusión de socios», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, tomo I, 2.^a ed., Madrid, 1995.
- SOLER DORDA: *Separación y exclusión de socios. La Notaría. La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada*, vol. II, Barcelona, 1995.
- SEQUERA MARTÍN: «Derecho de separación y exclusión del socio», en *Revista de Sociedades*, núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi.
- URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN: «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. 4.^º, Madrid, 2.^a ed, 2007.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1985 (*RJ* 1985/183).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/3673).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1997 (*RJ* 1997/143).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/935).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012/1492).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/22969).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de mayo de 2007 (PROV 2007/287763).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6340).

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011/415).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2012 (*RJ* 2012/4793).

RESUMEN

*DERECHO DE SEPARACIÓN
AD NUTUM
BUENA FE*

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, se legitima una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada que permite el derecho de separación ad nutum; supuesto que ha de analizarse en cuanto a su ejercicio conforme a las exigencias de la buena fe, sin la exigencia de cautelas adicionales que pudieran suponer la desnaturización del derecho para hacerlo próximo a un caso de denuncia contractual con justos motivos.

ABSTRACT

*RIGHT TO DISMISS
AD NUTUM
GOOD FAITH*

The Supreme Court's ruling of 15 November 2011 finds that a clause of a private limited company's by-laws allowing the company the right to dismiss ad nutum is lawful. The right must be exercised pursuant to the requirements of good faith, yet additional precautionary measures could denature the right by forcing it into too close a resemblance to justified contract termination.

3. URBANISMO

LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y SUS ALTERNATIVAS A LA VISTA DE LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO Y SUS ORÍGENES.—II. LOS ANTECEDENTES Y MOTIVOS DETERMINANTES DE LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN QUE DIO LUGAR A LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011.—III. LAS CONSIDERACIONES MÁS RELEVANTES CONTENIDAS EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011 Y LAS POSIBILIDADES DE RECONOCIMIENTO REGISTRAL AUTÓNOMO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: 1. LOS CONTORNOS ADMINISTRATIVOS DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. 2. LA CONFIGURACIÓN CIVIL DEL APROVECHAMIENTO COMO OBJETO DE DERECHO Y LAS POSIBILIDADES DE SU RECONOCIMIENTO Y SUCESIVO REFLEJO REGISTRAL.