

## 1.7. Concursal civil

# Comentarios sobre la clasificación concursal del crédito de reembolso del socio separado, a propósito de las últimas aportaciones del Tribunal Supremo\*

## *Comments on the insolvency classification of the separate shareholder's credit for reimbursement, in the light of the latest Supreme Court decisions*

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

*Profesora ayudante Doctor Derecho mercantil UCM*

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda la discusión sobre la clasificación concursal del derecho de reembolso del socio separado en el eventual concurso de la sociedad, con la perspectiva de las recientes aportaciones del Tribunal Supremo. A este respecto se traen a colación las propuestas de la doctrina y de la jurisprudencia menor. Finalmente se propone una solución cohonestándose la aplicación de las normas concursales con las normas societarias.

**ABSTRACT:** *This work deals with the discussion on the insolvency classification of the separate shareholder's right to reimbursement, in the eventual insolvency of the company, with the perspective of the recent contributions of the Supreme Court. In this respect, the proposals of the doctrine and minor case law are brought up. Finally, a solution is proposed in harmony with the application of insolvency and company rules.*

**PALABRAS CLAVES:** Crédito de reembolso del socio separado. Crédito subordinado. Crédito ordinario. Crédito extraconcursal.

**KEY WORDS:** *Separate shareholder reimbursement credit. Subordinated credit. Ordinary credit. Non-insolvency credit.*

---

\* Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre «Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia», cuyo investigador principal es la profesora Juana PULGAR EZQUERRA.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 4/2021, DE 15 DE ENERO, NÚM. 46/2021, DE 2 DE FEBRERO, Y NÚM. 64/2021, DE 9 DE FEBRERO Y EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.—III. CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REEMBOLSO DEL SOCIO SEPARADO: 1. CRÉDITO CONCURSAL: ¿SUBORDINADO U ORDINARIO?. 2. CRÉDITO EXTRACONCURSAL.—IV. CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

En el marco del concurso de acreedores de una sociedad de capital, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la clasificación concursal del crédito por la cuota de reembolso correspondiente al socio separado. Concretamente, abordó esta cuestión en tres ocasiones, a través de las sentencias 4/2021 de 15 de enero, 46/2021 de 2 de febrero, y 64/2021 de 9 de febrero, para lo que, con carácter previo, definió el momento a partir del cual pierde la condición de socio, quien ha ejercido su derecho de separación, con causa en el artículo 348 bis del Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (en adelante LSC), frente a una retención injustificada de beneficios<sup>1</sup>.

El Tribunal Supremo ha señalado en los casos señalados —con un extenso voto particular disidente— que el estatuto de socio en una sociedad de capital se mantiene hasta el reembolso efectivo de su aportación, y que su crédito no satisfecho al tiempo de declararse el concurso debe ser clasificado como subordinado si el socio separado fuese titular de más de un 10 % del capital social, ostentado directa o indirectamente, y concursal ordinario, en caso de no superar este umbral. En relación con el momento en que se extingue la condición de socio separado, hasta ahora se habían defendido en la doctrina —y aplicado alguna en la jurisprudencia menor— otras dos tesis, la de la comunicación y la de la comunicación recepticia. Por su parte, respecto a la calificación de este crédito, se había abogado tanto su naturaleza concursal ordinaria, como su carácter extraconcursal. Las sentencias del Tribunal Supremo objeto de este análisis, tal como se ha anticipado, asumen una tesis diferente.

Respecto a la última cuestión y con el fin de delimitar una solución lo más ajustada posible a la ley —sin perjuicio de sugerir si acaso, una solución de *lege ferenda*— en este trabajo, se abordarán críticamente las principales propuestas de la doctrina y de la jurisprudencia menor relacionadas con la clasificación concursal del crédito de reembolso del socio separado, exponiéndose con carácter previo, los antecedentes del caso y la aportación de la doctrina jurisprudencial reciente citada, así como el contrapeso de su voto particular<sup>2</sup>.

## II. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 4/2021, DE 15 DE ENERO, NÚM. 46/2021, DE 2 DE FEBRERO, Y NÚM. 64/2021, DE 9 DE FEBRERO, Y EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Estas tres sentencias traen su causa en similares antecedentes de hecho, consistentes en el ejercicio del derecho de separación de algunos accionistas por la no distribución de dividendos, en el siguiente orden: a) varios socios ejercieron su derecho de separación de la sociedad mercantil Manuel Rey S.A. Ferrol por

no distribución de dividendos en el 11 de noviembre de 2011; b) por sentencia firme de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 21 de marzo de 2014, se reconoció este derecho de separación y se condenó a la sociedad a reembolsar a los socios el valor razonable de las acciones de las que eran titulares; c) en octubre de 2014 un auditor nombrado al efecto por el Registro Mercantil de La Coruña efectuó la valoración; esta valoración fue impugnada judicialmente por la sociedad (sin estar resuelto este proceso a la fecha en que la Audiencia dictó la sentencia recurrida en casación); d) en noviembre de 2016 se declaró el concurso voluntario de la sociedad —transcurriendo, por tanto, más de cinco años desde la fecha de ejercicio del derecho de separación hasta la declaración del concurso, tal como advierte el voto particular que acompaña cada una de estas sentencias— procediendo los socios a comunicar sus créditos provenientes del ejercicio del derecho de separación aún no reembolsado a efectos de que fuera calificado como crédito ordinario; e) ante la calificación como crédito subordinado por parte de la administración concursal, atendiendo al carácter de personas especialmente relacionadas con el deudor de sus titulares, los socios (en la sentencia 4/2021, los herederos del primitivo socio) interpusieron incidente concursal que fue desestimado por el juez del concurso; f) la Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por los socios, calificando el crédito de reembolso como ordinario contingente sin cuantía propia, y el de intereses como subordinado; g) la concursada interpuso recurso de casación, considerando que la condición de socio se pierde al notificarse a la sociedad el ejercicio del derecho de separación y que el socio pasa a ser titular de un derecho de reembolso y no de un derecho de crédito; h) finalmente, como se sabe, el Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación, casando y anulando las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña —Sección 4.<sup>a</sup>— y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de dicha localidad, el cual a su vez había acogido el criterio sostenido por la administración concursal.

En relación con el momento en que se pierde la condición de socio, el Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, las distintas circunstancias con las que se podría asociar dicha pérdida, a saber: comunicación del socio a la sociedad; recepción por parte de la sociedad de dicha comunicación; abono o consignación del reembolso. Tras citar el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, como el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en los que se prevé que el socio queda separado de la sociedad cuando tiene lugar el reembolso o la consignación de este valor, alude el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales en el que se establece que el derecho de separación es «eficaz desde el momento en el que se notifique a la sociedad». Reconociendo la inexistencia de jurisprudencia —menor— uniforme que hubiese resuelto expresamente la cuestión, más la falta de solución expresa en la LSC<sup>3</sup>, así como la inconveniencia de extrapolar la solución del artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, por la singularidad debida a la carga personal que supone la prestación de servicios por el socio, la Sala ha entendido que, tras activarse el proceso de separación con la comunicación del socio a la sociedad —constituyéndose un primer eslabón en la cadena, al que le seguirán una serie de actos debidos por la sociedad y no actos potestativos— para que se produzcan los efectos propios de la separación debe liquidarse la relación societaria, lo que no ocurre sino cuando se le paga al socio el valor de su participación. Mientras tanto, el socio lo sigue siendo, manteniendo la titularidad de los derechos inherentes a su condición.

Por lo que respecta a la fecha en la que nace el crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación, y que no ha sido tenido en cuenta por la Au-

diciencia según la parte recurrente, el Tribunal Supremo deduce —frente a la falta de solución específica en la LSC— de los artículos 347.1, 348.2 y 348 bis que coincide con la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio. En este momento, al que también debe referirse la valoración de la participación, el titular de este derecho de crédito ostenta todavía la cualidad de persona especialmente vinculada con el deudor, por lo que debe considerarse su crédito como subordinado.

En lo atinente al argumento de la parte recurrente de excluir a este crédito de la masa del concurso por considerarlo extracontractual, la Sala distingue entre el derecho al reembolso de la cuota de participación tras el ejercicio del derecho de separación —objeto de la litis— y el derecho del socio a recibir el patrimonio resultante de la liquidación en la proporción correspondiente a la participación en el capital social. Advierte el Tribunal Supremo que, si bien ambos derechos tienen una naturaleza similar, sin embargo, no es del todo idéntica. En efecto, en el segundo caso, tras la liquidación, y conforme los principios configuradores del tipo social —específicamente los mecanismos de protección o tutela previstos para los acreedores— la satisfacción del socio solo puede tener lugar después del pago de todos los créditos de terceros que mantienen vínculos con la sociedad y, por tanto, debe quedar al margen del procedimiento concursal. En cambio, el derecho al reembolso del socio separado, en tanto ha nacido con la comunicación a la sociedad —aunque no esté consumado, porque se consuma con el reembolso— y es anterior a la declaración del concurso, sí es concursal. Entiende el Tribunal Supremo que la aportación del socio a la sociedad —y sin perjuicio de los derechos políticos que le confiere— le convierte en un inversor con derecho a percibir rendimientos económicos y, en su caso, a la devolución de las cantidades aportadas. Luego si el socio ha ejercitado su derecho de separación antes de la declaración del concurso de la sociedad, el derecho al reembolso de su cuota debe ser clasificado dentro del concurso, correspondiéndole la clasificación de crédito subordinado, conforme el artículo 92.5 en relación con el artículo 93.2.1 de la Ley 22/2003 Concursal (en adelante LC).

El Tribunal Supremo reconoce que, el crédito de reembolso en cuanto supone una recuperación de la inversión efectuada, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad y, por tanto, no cabe considerarlo como una excepción a la subordinación, conforme el artículo 92.5 de la LC en su redacción conforme la Ley 38/2011. Atendiendo, además, al cumplimiento del requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor, en la forma prevista en el artículo 93.2.1 LC) y, asumiendo que la condición de acreedor ordinario —con derechos de voto en el convenio— conduciría a la paradoja de convertir en árbitro de los destinos de la sociedad a quien se quiere separar, se sostiene la naturaleza concursal y subordinada del crédito del socio que se separa.

Voto particular del magistrado Juan María DÍAZ FRAILE.

El voto particular discrepa del criterio mayoritario con los siguientes fundamentos. En lo que respecta al momento en que se pierde la condición de socio, en primer lugar, recuerda que «es comúnmente admitida la idea de que en esta materia (...) nuestra legislación de sociedades adolece de una laguna» y que esta laguna ha dado lugar a una dispersión de criterios tanto en la doctrina como en las Audiencias Provinciales, que han oscilado entre las dos alternativas reflejadas en el criterio mayoritario de la Sala y la que se propone desde la discrepancia. Tras reconocer que hasta el momento la jurisprudencia de la Sala no se había

pronunciado directamente sobre la cuestión debatida, el magistrado lamenta que la Sala mayoritariamente no haya considerado la jurisprudencia recaída en otros temas conexos con el objeto de la litis —así, naturaleza jurídica del derecho de separación del socio, ratio del artículo 348 bis LSC (...), la referida al momento en que se produce la pérdida de la condición de socio en los casos de exclusión— porque ello constituía un camino más seguro.

Con la perspectiva de estos temas omitidos en la sentencia, como de los antecedentes del procedimiento —sobre los que se resalta el transcurso de cinco años desde la fecha de ejercicio del derecho de separación y la fecha de la declaración del concurso— en este voto se establece que el socio separado pierde su condición en el momento de su declaración de voluntad recepticia, con los siguientes argumentos: el derecho de separación del socio tiene carácter potestativo, esto es «atribuye a su titular la facultad o potestad jurídica de modificar o extinguir una relación jurídica previa en virtud de una declaración de voluntad unilateral (recepticia y tempestiva), de un modo similar a como operan los derechos de opción»; su mero ejercicio provoca una mutación objetiva en el patrimonio del socio, de forma que salen de este las participaciones o acciones, y son reemplazadas por un crédito por el valor razonable de las mismas<sup>4</sup>, sin que sea posible que coexistan simultáneamente; este desprendimiento da lugar a su «transmisión forzosa» y a una correlativa «adquisición forzosa» —si bien la sociedad deudora puede optar por comprar en régimen de autocartera o reducir el capital—; la declaración unilateral recepticia del socio tiene así eficacia traslativa de su participación social (acciones o participaciones), sin que se requiera ningún otro acto ulterior para su entrega o traspaso, y sin perjuicio de que la liquidación de la relación jurídica entre el socio y la sociedad acontezca en un momento posterior, con el abono efectivo del crédito.

En combinación con lo dispuesto en los artículos 90 y 91 de la LSC —precisa el magistrado disidente— la pérdida de la titularidad de las acciones o participaciones, derivada de la declaración recepticia del socio en la forma descripta, conlleva la pérdida de su condición de socio. En contrapartida, el crédito de reembolso existe desde que se ejercita este derecho de separación mediante su comunicación a la sociedad y es exigible desde que queda fijado el valor razonable por acuerdo entre la sociedad y el socio o, en su defecto, por los arbitradores acordados, o por el experto independiente designado por el registrador mercantil<sup>5</sup>. Luego, el ulterior pago de la cuota de reembolso así fijada tiene que ver sobre todo con la liquidación de la relación societaria, y no con la modificación de esta relación que opera desde el ejercicio potestativo del derecho de separación del socio. Con este ejercicio —consumado a través de su declaración recepticia— se pierden los derechos inherentes a la condición de socio, no siendo posible su conservación —al menos sin generar una importante inseguridad jurídica— durante el período que media entre la comunicación y el reembolso<sup>6</sup>.

Considera el magistrado que esta tesis es la más claramente compatible con la jurisprudencia recaída hasta el momento en relación con la exclusión de socios y que debió tenerse en cuenta en la litis, dados los puntos de contacto y elementos comunes entre el régimen jurídico de la separación y la exclusión. En efecto, respecto de la exclusión del socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento del capital, el artículo 352.2 de la LSC exige además del acuerdo social una resolución judicial firme, si el socio no está conforme con la exclusión acordada. La jurisprudencia dictada a propósito de esta norma ha fijado el carácter constitutivo de esta resolución, tanto en lo que respecta al momento en que ha de valorarse la participación, como al momento en el que el socio deja

de serlo, añadiendo que la exigencia de dicha resolución supone que se «difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y todos los derechos que lleva consigo...». Interpreta el magistrado disidente que este diferimiento implica aplazar o retrasar los efectos — no adelantarlos respecto del momento del pago— y ello en relación con un hito temporal que es la fecha del acuerdo social. Por tanto, en caso de no ser necesaria la resolución judicial —fuera del supuesto previsto en el artículo 352.2 LSC— no habría aplazamiento, y el socio perdería su condición en el momento del acuerdo de exclusión, sin más diferimiento. Desde esta interpretación, se abunda en las razones al rechazo de la conclusión de la Sala.

En relación con la calificación concursal del crédito, la disidencia comparte el criterio mayoritario de incluirlo en el concurso, asumiendo la distinción entre el derecho del socio que ha ejercido su derecho de separación antes de la declaración del concurso y el derecho a la cuota de liquidación del socio no separado, que no surge hasta que se liquida la sociedad y, por tanto, es posterior a todos los acreedores sociales. No obstante, entiende el magistrado disidente que la mayoría posicionada en el reconocimiento de la condición de socio hasta el reembolso no ha extraído las consecuencias que se derivan de la asunción de este planteamiento. Considerando que la pérdida de esta condición se produce en el momento de la recepción por la sociedad de la comunicación de la voluntad de separarse del socio, no procedía aplicar la regla del artículo 92.5 LC en relación con el artículo 93.2.1.º LC, que autoriza a calificar un crédito como subordinado a aquellos cuyos titulares sean personas especialmente relacionadas con el deudor; entre los que se incluyen a los socios —titulares, directos o indirectos, de al menos un 10% del capital social si la sociedad declarada en concurso no tuviera valores admitidos a negociación en un mercado secundario— por cuanto esta calidad, la de socio, se debería haber considerado extinguida desde aquella recepción.

### III. CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REEMBOLSO DEL SOCIO SEPARADO

El Tribunal Supremo ha debido abordar la fijación del momento en que se pierde la condición de socio, debido a su incidencia en la clasificación concursal del crédito de reembolso derivado del ejercicio del derecho de separación, tras la declaración del concurso de la sociedad. En efecto, esta clasificación varía según se resuelva que el socio conserva su posición hasta el momento del reembolso, o se sostenga que se pierde con anterioridad. Relacionado con lo anterior, debía definirse el momento en el que nace para el socio el derecho al reembolso de sus acciones. Se ha visto cómo el Tribunal Supremo reconociendo el *status socii* hasta el reembolso y distinguiendo el derecho a recibir el patrimonio resultante de la liquidación —que solamente surge con la aprobación del balance final de liquidación y del proyecto de reparto del haber social con la determinación concreta de la cuota que corresponde a los socios, quedándose al margen del procedimiento concursal—, del derecho al reembolso, aboga por la naturaleza subordinada de este último, revelando con ello cierta preocupación a favor de los acreedores sociales<sup>7</sup>. Concretamente, considera a este respecto que concurren los requisitos subjetivos y objetivos en el momento en que la sociedad recibió la comunicación de separación, a saber: por una parte, el socio resulta ser una persona especialmente relacionada con el concursado, persona jurídica, por su participación igual o superior al 10%, conforme *ex* artículo 93.2.1 y, por otra,

entiende que la aportación inicial del socio tiene una finalidad análoga a un préstamo, por lo que no cabe la exclusión de la subordinación, según lo autoriza el artículo 92.5 LC.

Por su parte, el magistrado disidente parece inclinarse a favor de la naturaleza ordinaria del crédito principal, debido a que al tiempo de la declaración del concurso debía considerarse extinguida la condición de socio, anudada a la recepción de la declaración. Como se ve, la disidencia comparte el criterio de la mayoría de incluir el crédito del reembolso del socio separado en el concurso<sup>8</sup>, aunque apartándose de la clasificación atribuida por el Tribunal Supremo en este ámbito<sup>9</sup>.

Frente a esta naturaleza concursal atribuida en el ámbito del Tribunal Supremo al crédito de reembolso del socio separado, algunas voces en la doctrina han planteado la naturaleza extraconcursal de este derecho de crédito, sosteniéndose que, si bien se mantiene la condición de socio hasta el momento del reembolso, se trata de un crédito anticipado de la cuota de liquidación, que debe cohonestarse con las normas societarias, y su realización está supeditada a que se garantice el cobro de los acreedores sociales<sup>10</sup>. Veamos concretamente las razones de uno y otro lado.

#### 1. CRÉDITO CONCURSAL: ¿SUBORDINADO U ORDINARIO?

Un sector de la doctrina defiende que el crédito por el principal de la deuda del socio saliente debería ser considerado como subordinado en el concurso de la sociedad<sup>11</sup>, no solo porque su condición de socio se mantiene hasta el reembolso, sino porque, incluso aunque se considere que el socio ha perdido su condición con anterioridad al concurso —esto es, con la declaración recepticia— el momento relevante para la determinación de una persona como especialmente relacionada con el deudor es el nacimiento del crédito<sup>12</sup>, tal como lo ha resuelto el Tribunal Supremo en el caso que se comenta<sup>13</sup>. A este respecto, se asume que si el fundamento del crédito de la persona especialmente relacionada con el concursado es la posición que le proporciona el conocimiento de la situación del deudor, sería contrario a la tutela del crédito que pudiera eludirse esta calificación en base a que ha perdido esta condición con anterioridad a la declaración del concurso.

Junto a este requisito subjetivo, para esta postura se cumple asimismo el requisito objetivo, debido a que considera que se está ante un crédito de naturaleza análoga al préstamo, tal como exige el artículo 92.5 de la LC —hoy artículo 281.2.3 TRLC<sup>14</sup>—, atendiendo a la función económica de los fondos aportados al capital, sin que, por tanto, quepa la aplicación de la excepción prevista en el citado artículo para atribuirle naturaleza ordinaria al crédito de reembolso por el principal de la deuda<sup>15</sup>.

La Audiencia Provincial de La Coruña en los antecedentes de los casos que se comentan, por el contrario, estimó —en nuestra opinión acertadamente— inaplicable este requisito objetivo, por cuanto la aportación al capital social, cuyo reembolso reclama la actora, no es equivalente a un préstamo o acto análogo, pues el mismo, el derecho de crédito, «no deriva de una entrega a la sociedad de ninguna cosa fungible o dinero para usar de ella y devolver otro tanto de la misma especie o calidad, en los términos del artículo 1740 del Código Civil, sino del ejercicio de un derecho societario a la separación por falta de reparto de beneficios...»<sup>16</sup>. Tras señalar que la redacción del artículo 92.5 podría ser más clara —observación que compartimos y lamentamos no haya sido del todo



mejorada en el 281.2.3 TRLC— considera la Sala que «por actos de análoga o similar finalidad podrán considerarse comprendidos aquellos realizados a efectos de financiación, sobre los que late un propósito similar al del otorgamiento de un préstamo, ahora bien, difícilmente encaja en tal calificación jurídica, que ha de ser restrictiva, el crédito del socio al reembolso de su participación en la sociedad, cuando precisamente no quiere mantenerse ligado a la misma y ejercita su derecho de separación...»<sup>17</sup>. Por lo anterior concluyó esta Audiencia que la calificación concursal que corresponde al crédito por reembolso del socio separado —estando su cuantía judicialmente impugnada, y disponer el artículo 87.3 LC, que los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda— es la de crédito ordinario por el principal y subordinado por los intereses, por aplicación de la excepción prevista a la subordinación en el propio artículo 92.5 de la LC<sup>18</sup>.

## 2. CRÉDITO EXTRACONCURSAL

La doctrina ha propuesto esta clasificación por dos motivos: la aplicación de la excepción prevista en el artículo 92.5 de la LC, por una parte y, por otra, la necesaria coordinación entre la normativa societaria y concursal, con el fin de evitar que el socio separado reciba un mejor trato en sede concursal, que el que le hubiese correspondido en defecto de concurso.

Se descarta que el crédito de reembolso del socio sea asimilable a un préstamo de financiación a la sociedad concursada, porque lo que el socio recibe tras su aportación al capital son acciones o participaciones por valor equivalente, y no un correlativo derecho de crédito. Así las cosas, resultaría aplicable la excepción a la subordinación de los créditos prevista en el artículo 92.5 de la LC, que manda a excluir otras posiciones crediticias distintas al préstamo o con análoga finalidad<sup>19</sup>.

Por otra parte, se observa que la aplicación estricta y literal del artículo 92.5 LC, que conduciría a clasificar el crédito del socio como ordinario —tal como concluyó la Audiencia— tendría como resultado mejorar el crédito de restitución del socio en el marco de un concurso de acreedores, respecto de un escenario societario ajeno a este<sup>20</sup>. En efecto, los socios verían satisfecha su cuota de liquidación derivada de la liquidación parcial de su posición en la sociedad, con anterioridad a la satisfacción de los acreedores, en oposición a lo previsto en el artículo 391.2 de la LSC que expresamente prohíbe a los liquidadores satisfacer la cuota de liquidación a los socios, sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o de su consignación. Frente a esta paradójica solución, se advierte la necesidad de coordinar la aplicación de las normas concursales con las normas societarias y, en tanto no se acometa una reforma en este ámbito en el TRLC<sup>21</sup>, se propone de *lege ferenda* que el crédito de reembolso del socio separado —de naturaleza y origen societario— en un escenario concursal sea considerado extraconcursal, excluido de la masa pasiva del concurso, y satisfecho a la conclusión de este<sup>22</sup>.

No escapa a quienes proponen este tratamiento respecto del crédito de reembolso del socio que ha ejercido su derecho de separación —en el caso por falta de reparto de dividendos— podría conllevar el riesgo de que la sociedad utilice estratégicamente la solicitud del concurso para minimizar o impedir que el socio minoritario se libere de su cautividad social, retrasando el pago de su participación social<sup>23</sup>. Sin embargo, se estima que es un riesgo poco probable en



la práctica, debido a los costes y a las consecuencias reputacionales asociadas al concurso<sup>24</sup>. Es más, se ha sostenido que la propia cuestión de la clasificación del crédito de reembolso sería en última instancia irrelevante, porque si se trata de proteger los intereses de los acreedores, cualquiera sea la posición del socio saliente en el concurso, se podrían aplicar los mecanismos de tutela de los acreedores de sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en supuestos de reducción de capital social por devolución del valor de acciones y participaciones, por cuanto la separación al igual que la reducción del capital supone una despatrimonialización de la sociedad<sup>25</sup>.

A nuestro modo de ver, esta doctrina acierta con sus razones en la clasificación del crédito de reembolso del socio saliente en el concurso de la sociedad. Sin embargo, entendemos que la cuestión de la calificación del crédito mantiene su relevancia, porque en algunos casos, estos mecanismos no garantizarán la tutela efectiva de los acreedores, y en otros, puede resultar incierta su activación. En efecto, en las SRL, la admisión de la responsabilidad del socio puede tener una eficacia limitada en favor de los acreedores sociales, por cuanto conforme el artículo 331.2 de la LSC, tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social, sin alcanzar, por tanto, la plusvalía que se hubiese satisfecho<sup>26</sup>. Por lo que respecta a las SA, es posible que algunos acreedores no tengan conocimiento efectivo de la reducción acordada, perdiendo con ello la oportunidad del ejercicio tempestivo de su derecho de oposición. Junto a lo anterior, también es posible que el socio no haya recibido el reembolso, ni se haya convocado la junta general de reducción de capital para amortizar las acciones o participaciones. Y si, además, con carácter previo, antes del reembolso, pero después del ejercicio del derecho de separación del socio, se ha solicitado o declarado el concurso es posible que los mecanismos de protección a los acreedores no se lleguen a activar<sup>27</sup>.

Por lo anterior, parece que no es aconsejable obviar la clasificación del crédito del socio que ha ejercido su derecho de separación. Como se ha visto, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión asignándole una posición subordinada, dejando así entrever una preocupación por la protección de los acreedores sociales. Sin embargo, en nuestra opinión el Alto Tribunal no justifica con base en el derecho positivo el rechazo de la excepción prevista en el artículo 92.5, de tal manera que no ha delimitado una solución con fuerza suficiente a favor de la tutela de los acreedores sociales, que prevenga soluciones distintas en situaciones análogas.

En definitiva, frente a la falta de coordinación entre las normas societarias y concursales, y mientras no se acometa una reforma legislativa, en el concurso de la sociedad de capital, sigue siendo relevante sostener de *lege ferenda* la naturaleza extraconcursal del crédito de reembolso de quien previamente ha ejercido su derecho de separación en una sociedad de capital.

#### IV. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo ha abordado la clasificación concursal del crédito por la cuota reembolso correspondiente a un socio saliente en el concurso de la sociedad. Conforme se ha visto, para la mayoría de los miembros de la Sala de lo Civil, Sección Primera, el crédito por la cuota de participación debe reconocerse como subordinado en el concurso de la sociedad. El voto particular, por su parte, estima que el principal por el crédito con causa en la cuota de reembolso debería admitirse como ordinario.

Hasta estas sentencias, la doctrina y alguna jurisprudencia menor habían mantenido otras posturas, incluso llegándose a plantear que la propia clasificación del crédito de reembolso podría ser irrelevante, si se tienen en cuenta los mecanismos de tutela a los acreedores aplicables en supuestos de reducción de capital cualquiera sea la posición del socio saliente en el concurso.

En nuestra opinión, la cuestión de la clasificación concursal del derecho de reembolso sigue siendo relevante porque, en algunos casos, los mecanismos previstos en la LSC para proteger a los acreedores frente a la reducción de capital no garantizarán su tutela efectiva, y en otros resultará incierta su activación. Concretamente, entendemos que una interpretación sistemática entre las normas societarias y concursales, aconseja excluirlo del concurso y clasificarlo de *lege ferenda* como extraconcursal. Fuera de esta interpretación sistemática, la aplicación estricta de las normas concursales conduciría a clasificar el crédito del socio como ordinario, mejorando así su posición en el marco de un concurso respecto de un escenario societario ajeno a este, con el consiguiente quebrantamiento de la norma societaria que expresamente prohíbe satisfacer la cuota de liquidación de los socios, sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos, o de su consignación.

## V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS núm. 134/2016 de 4 de marzo
- STS núm. 239/2018 de 24 de abril
- STS núm. 588/2018 de 23 de octubre
- STS núm. 4/2021 de 15 de enero
- STS núm. 46/2021 de 2 de febrero
- STS núm. 64/2021 de 9 de febrero
- APA Coruña núm. 11/2018 de 15 de enero

## VI. BIBLIOGRAFÍA:

- ALONSO LEDESMA, C. (2020). Comentario al artículo 283, en Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E., (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, T. II, Madrid: Sepín, 617-628.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2022). Algunas consideraciones sobre la pérdida de la condición de socio capitalista como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación y la clasificación concursal del crédito de reembolso. A propósito de algunas sentencias del Tribunal Supremo, *RDBB* núm. 166, 139-170.
- ARIAS VARONA, J. (2020). Comentario al artículo 282, en Pulgar Ezquerro, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, 2.ª ed., T. I, Madrid: La Ley, 1393-1400.
- BRENES CORTES, J. (2018). Clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa *ex* artículo 348 bis LSC. A propósito de la Sentencia de La Audiencia Provincial de La Coruña (núm. 12/2018, de 15 de enero 2018), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 29, versión digital, 1-21.
- (2019). *El nuevo régimen jurídico del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*. Granada: Comares.

- (2021). Eficacia de la declaración de separación, pérdida de la condición de socio y clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC. A propósito de las SSTS núm. 4/202, de 15 de enero, núm. 46/2021, de 2 de febrero y 64/2021, de 9 de febrero), *RDS* núm. 62, versión digital.
- CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F., GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, M. (2021). El tratamiento concursal del crédito de reembolso derivado del derecho de separación del socio de la sociedad de capital: ¿una cuestión finalmente resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 4/2021, de 15 de enero, *La Ley Insolvencia*, núm. 1, versión digital, 1-15.
- CURTO POLO, M. (2019). *La protección del socio minoritario: (especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-CRUCES, J.A. (2021). La liquidación de la posición de socio y la solvencia de la sociedad, en González Fernández, B., (Dir.) *El derecho de separación y la exclusión de socios en las sociedades de capital*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 1739-1778.
- GARRIDO, J.M.<sup>a</sup> (2006). Personas especialmente relacionadas con el concursado, en Beltrán Sánchez, E., Rojo Fernández Río, A., y otros (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. 1, Civitas, 1669-1680.
- PRENDES CARRIL, P. (2021). El derecho de separación del socio por no distribución de dividendos. El crédito concursal de reembolso. (Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 4/2021, de 15 de enero), *La Ley Insolvencia*, núm. 1, versión digital, 1-8.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2017). Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (Solvency Test), *RDBB* núm. 147, 139-176.
- (2018). Separación y exclusión de socios: clasificación concursal del crédito de reembolso, en Gutiérrez Gilsanz, A. (Dir.). A.A. V.V., *Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital*, Madrid: Wolters Kluwer, 270-295.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (2018). *La separación como alternativa al reparto de dividendos en las sociedades no cotizadas (art. 348 bis)*. Pamplona: Aranzadi.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2019). *El derecho de separación por falta de distribución de dividendos en las Sociedades de Capital*. Madrid: Marcial Pons.
- VEIGA COPO, A. B. (2006). Los créditos subordinados en la Ley Concursal, *RDBB*, núm. 102, 9-69.

## NOTAS

<sup>1</sup> Este artículo, como se sabe, ofrece una salida al socio minoritario frente a una retención injustificada de beneficios. La norma —al hilo de la intermitencia de su vigencia y de sus sucesivas reformas (la última ha modificado los apartados 1 y 4 por el artículo 5.1 del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños ambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores)— ha sido objeto de numerosas aportaciones doctrinales, así, entre otras: (BRENES CORTÉS, 2019); (ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, 2019); (CURTO POLO, (2019); (RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, 2018); (PULGAR EZQUERRA, 2017).

<sup>2</sup> Sobre la otra cuestión que ocupa al Tribunal Supremo, esta es, el momento en que se pierde la condición de socio, puede consultarse nuestra aportación: (ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 2022).

<sup>3</sup> Aunque esto lo recuerda expresamente al abordar el segundo motivo de casación relativo al momento en el que debe valorarse el derecho al reembolso.

<sup>4</sup> El crédito se subroga en el lugar que en el patrimonio del socio ocupaban las participaciones o acciones.

<sup>5</sup> El magistrado puntualiza que una vez nacido el derecho de separación concreto —lo que acontece frente a un acuerdo social que constituya su causa legal o estatutaria, con la oposición del socio que pretende la separación— constituye este un derecho adquirido por el socio que la sociedad no puede revocar dejando sin efecto el acuerdo social que lo originó. El contenido de este derecho adquirido se concreta en el derecho de crédito por el valor razonable de las participaciones o acciones del socio separado, en concepto de precio o de reembolso de las que se vayan a amortizar, y es exigible a la sociedad una vez recibido el informe de valoración.

<sup>6</sup> Señala el magistrado disidente que la tesis del pago además de generar inseguridad jurídica es incoherente con la tesis del carácter inescindible de los derechos que «como mínimo» ostentan todos los socios —conforme *ex* artículo 91 LSC— por cuanto algunos derechos, así el derecho a participar del patrimonio resultante de la liquidación o la participación en las ganancias, son difícilmente admisibles durante el período intermedio entre el nacimiento del crédito y su efectivo pago, y otros, como el derecho de voto, puede revelar un interés no paralelo al del resto de los socios. Y si resulta que no cabe reconocer sin fisuras los derechos mínimos al socio durante esta etapa, ello es un claro indicio de que tampoco se conserva la cualidad de socio.

<sup>7</sup> En efecto, el Tribunal Supremo considera que la asunción de la condición de acreedor ordinario, con derecho de voto en el convenio, conduciría a la paradoja de convertir en árbitros de los destinos de la sociedad a quien se quiere separar. Cfr. fundamento de derecho sexto párrafo 3. A este respecto hay que señalar que este supuesto de subordinación legal, como los demás, constituye un instrumento jurídico que opera en interés de los restantes acreedores del deudor. Cfr., entre muchos, (VEIGA COPO, 2006, 11).

<sup>8</sup> Asumiendo así la distinción entre el derecho del socio que ha ejercido su derecho de separación antes de la declaración del concurso y el derecho a la cuota de liquidación del socio no separado, que no surge hasta que se liquida la sociedad y, por tanto, es posterior a todos los acreedores sociales.

<sup>9</sup> Por cuanto para la disidencia, la condición de socio, en tanto persona especialmente relacionada con el deudor, se debería haber considerado extinguida desde la declaración recepticia. Se añade en el voto disidente que la tesis de la declaración recepticia, a su vez, es más acorde con el principio de autonomía de la voluntad, con el carácter de «agrupación voluntaria de personas» ínsito a toda sociedad, y con el correlativo «derecho a no estar asociado».

<sup>10</sup> Así: (PULGAR EZQUERRA, 2018, 295); (BRENES CORTES, 2018, 11), más recientemente: (BRENES CORTES, 2021).

<sup>11</sup> (PRENDES CARRIL, 2021, 6); (VEIGA COPO, 2006, 60); (GARCÍA-CRUCES, 2021, 1776).

<sup>12</sup> Como se sabe el crédito del socio estaba previsto como subordinado, en cuanto persona especialmente vinculada al concursado, en el artículo 92.5 de la LC —con las salvedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre llamadas a atemperar el rigor del automatismo de la subordinación— en las circunstancias indicadas en el artículo 93.2.1. (Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica). Actualmente esta última norma se corresponde con el artículo 283 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC). Ni antes ni ahora —tampoco la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, de reforma al texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedi-

mientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en adelante Ley 16/2022— el legislador ha establecido, a modo de regla general, el momento en que ha de valorarse la condición de persona especialmente relacionada con el deudor. Una parte de la doctrina entiende que ante el silencio legal parece adecuado reclamar la concurrencia de este carácter al menos al constituirse la relación crediticia, por ser la solución más conforme con la finalidad prevista en la norma. Cfr. (ALONSO LEDESMA, 2020, 621); (ARIAS VARONA, 2020, 1395 y sigs.). En contra de esta interpretación y a favor de emplear como referente temporal la declaración del concurso, o los dos años anteriores a esa fecha: (GARRIDO, 2006, 1674).

<sup>13</sup> En el mismo sentido véase: SSTs 134/2016, de 4 de marzo; 239/2018, de 24 de abril; 588/2018, de 23 de octubre, donde se establece que «la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (...) tiene más sentido que venga referenciada al momento en que surge el acto jurídico cuya relevancia concursal se trata de precisar (la subordinación del crédito), que en la posterior de la declaración del concurso». STS 588/2018, de 23 de octubre, fundamento de derecho segundo.

<sup>14</sup> La Ley 16/2022 ha mantenido incólume el contenido de este subapartado 3 del apartado 2.

<sup>15</sup> En las sentencias que se están comentando el Tribunal Supremo ha reconocido que el crédito de reembolso supone una recuperación de la inversión efectuada, y tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad por lo que no cabe en el régimen de excepción a la subordinación, según el artículo 92.5 en su redacción conforme la Ley 38/2011. En contra de equiparar el crédito de reembolso con un crédito semejante o similar a un préstamo o análoga finalidad, pero también en contra de aplicar la excepción a la subordinación, por conculcar, como se verá más adelante en el texto, las normas societarias: (BRENES CORTES, 2018, p.12); (PULGAR EZQUERRA, 2018, 293).

<sup>16</sup> Fundamento de derecho quinto, AP La Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 11/2018 de 15 de enero de 2018.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Cabe agregar que en este caso la Audiencia entendió que tampoco concurría ya en el acreedor demandante —socio saliente— la condición de persona especialmente relacionada con el deudor —presupuesto para la subordinación—, por cuanto interpretó que la condición de socio se había perdido con la notificación a la sociedad. A este respecto, la Sala precisa que tampoco obsta a esta pérdida la discusión sobre la valoración de las acciones, de tal manera que no habría razón para sostener que el acreedor conserva una condición que lo convierte, por su participación en el capital, en una persona especialmente vinculada con la concursada. Una vez ejercitado el derecho de separación, el socio saliente resulta titular —insiste la Audiencia— de un crédito al reembolso (art. 356 LSC), distinto e incompatible con el derecho a participar en los beneficios sociales, vía artículo 93 LC. Cfr. fundamento de derecho quinto. Valoración del Tribunal. SAP La Coruña núm. 12/2018, de 15 de enero.

<sup>19</sup> Cfr. (BRENES CORTES, 2018, 12); (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, 2021, 9).

<sup>20</sup> Cfr. (PULGAR EZQUERRA, 2018, 294; 2017, 19 y sigs.); (BRENES CORTES, 2018, 12).

<sup>21</sup> (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, 2021, 11). Tras la reciente reforma por Ley 16/2022 podrá pensarse ¿ha de esperarse otra reforma más? Se quiera o no, la cuestión sigue sin estar definida y pensamos que acabará por concretarse en el Derecho positivo, como una manifestación de la cada vez más estrecha relación entre el Derecho concursal y el Derecho societario. Nótese que la Ley 16/2022 ha recogido esta proximidad en sede preconursal, así por lo que respecta a la decisión de los socios sobre la aprobación del plan de reestructuración, ordena estar a lo establecido para el tipo legal que corresponda, y prevé para las sociedades de capital determinadas especialidades con el fin de acelerar el proceso y facilitar la consecución de un acuerdo favorable al plan. (cfr. art. 631 TRLC).

<sup>22</sup> (PULGAR EZQUERRA, 2017, 20)

<sup>23</sup> (PULGAR EZQUERRA, 2018, 295).

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Cfr. (GARCÍA-CRUCES, 2021, 1745 y sigs.).

<sup>27</sup> Cfr. (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, 2021, 10).