

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065512

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 46/2021, de 2 de febrero de 2021

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2403/2018

**SUMARIO:****Sociedades. Derecho de separación de socio por no distribución de dividendos.**

En el derecho de separación de socio por no distribución de dividendos, la condición de socio no se pierde por la comunicación a la sociedad del ejercicio de este derecho sino que ello inicia un proceso que culmina con el pago correspondiente y extinción del vínculo entre el socio y la sociedad. La una vez separado el socio, sociedad reembolsará a los socios el valor razonable de su participación, valorado conforme al art. 353 de la Ley de Sociedad de Capital (LSC).

La recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición.

Respecto a la clasificación concursal del crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación, al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital. Pero cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación. Por tanto, es crédito subordinado el que corresponde al socio que ejercita su derecho de separación por su reembolso pues en ese momento era persona especialmente relacionada con la sociedad y el crédito por el reembolso que corresponde al socio que ha ejercitado su derecho de separación será concursal si la sociedad ha sido notificada de la misma antes de ser declarada en concurso. El crédito concursal del acreedor por el derecho a reembolso por ejercer la separación de la sociedad es subordinado por ser persona especialmente relacionada con la concursada y como un negocio de financiación al recuperar la inversión. El reembolso por separarse de la sociedad, determina que su satisfacción sólo pueda tener lugar después del pago de todos los créditos de los terceros que mantienen vínculos con la sociedad. La cuota de liquidación queda al margen del procedimiento concursal y se pagará, de quedar remanente para ello, después de la satisfacción de los acreedores concursales. Y ello, porque el derecho de crédito 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. Si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 1/2010 (TRLSC), arts. 92.3 y 5, 337, 348 bis, 353, 356 y 391.2.

**PONENTE:***Don Pedro José Vela Torres.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 46/2021

Fecha de sentencia: 02/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2403/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 28/01/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE A CORUÑA SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2403/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 46/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 2 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Manuel Rey S.A. Ferrol, representada por el procurador D. Jorge José Astray Suárez, bajo la dirección letrada de D. Juan Antonio Astray Suárez y D.<sup>a</sup> Matilde Platas Casteleiro, contra la sentencia núm. 12/2018, de 15 de enero, dictada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 640/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 412/2016, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña. Han sido partes recurridas D. Arsenio, representado por el procurador D. Jesús Ángel Sánchez Vila y bajo la dirección letrada de D. Alberto Pérez San Martín, y la Administración Concursal de Manuel Rey S.A. Ferrol, representada por el administrador concursal D. Benjamín, representante de Prendes & Caicoya, administradores concursales, S.L.P.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero. Tramitación en primera instancia**

1.- El procurador D. Jesús Ángel Sánchez Vila, en nombre y representación de D. Arsenio, interpuso demanda incidental concursal contra la mercantil en concurso Manuel Rey S.A. Ferrol y la administración concursal Prendes & Caicoya Administradores Concursales S.L.P. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que estimando la demanda incidental, se modifique el Listado de Acreedores y los créditos de Don Arsenio se reconozcan:

- El crédito relativo al derecho de separación como crédito condicional ordinario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89.3 de la LC.

- Y el crédito por intereses por una cuantía de CIENTO VEINTINUEVE MIL OCHENTA Y TRES EUROS CON 19 CENTIMOS (129.083,19)."

2.- La demanda fue presentada el 6 de marzo de 2017 ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña, donde se registró con el núm. 412/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- El procurador D. Jorge José Astray Suárez, en representación de Manuel Rey S.A Ferrol, contestó a la demanda incidental mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda.

4.- D. Benjamín, representante de Prendes & Caicoya Administradores Concursales S.L.P, contestó a la demanda incidental mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte resolución por la que se desestime la demanda incidental interpuesta, confirmando la calificación dada por esta Administración concursal, calificando el crédito por derecho de separación del actor, tanto por principal como por intereses de CONDICIONAL-SUBORDINADO de los arts. 87 y 92.5º LC. SUBSIDIARIAMENTE, si SSª lo considerara oportuno, de oficio, habida cuenta su naturaleza jurídica, califique el crédito derivado del derecho de separación del socio instante, tanto por principal como intereses, como CONDICIONAL-SUBORDINADO, de último grado. Todo ello con imposición de costas."

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"1. DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Jesús Ángel Sánchez Vila, en nombre y representación de Arsenio, frente a la mercantil en concurso MANUEL REY S.A. FERROL y su administrador concursal.

"2. DECLARAR que el crédito de reembolso por el ejercicio del derecho de separación ha de ser calificado como Contingente sin cuantía propia ( art. 87.3 LC) y Subordinado ( art. 92.5 LC).

"3. MANTENER la clasificación del crédito de intereses ex art. 576 LEC.

"4. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**Segundo. Tramitación en segunda instancia**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Arsenio.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 640/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de enero de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Con estimación del recurso de apelación interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña, dictándose otra en su lugar por mor de la cual se declara que el crédito de reembolso del actor por el ejercicio de su derecho de separación es contingente sin cuantía propia ( art. 87.3 LC) y ordinario ( art. 89.3 LC), así como subordinado el correspondiente a los intereses ( art. 92.3 LC), todo ello sin hacer especial condena sobre las costas devengadas en la alzada.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir."

**Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. Jorge Astray Suárez, en representación de Manuel Rey S.A. Ferrol, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone recurso de casación por el cauce del artículo 477.2.3º, por interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que regula el derecho de separación por falta de distribución de dividendos, (norma sin más de cinco años en vigor) en relación con el artículo 92.5º de la Ley Concursal que regula la clasificación de créditos subordinados, al haber considerado la sentencia recurrida que se pierde la condición de socio al notificar a la sociedad el ejercicio del derecho de separación, por cuanto considera que "de lo que realmente es titular es de un crédito al reembolso del art. 356 de la LSC, y no de un derecho de crédito del art. 93. a de la LSC.

"Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone recurso de casación por el cauce del artículo 477.2.3º, por interés casacional, por cuanto la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la aplicación del artículo 93.2.1º de la Ley Concursal, en relación con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que regula el derecho de separación por falta de distribución de dividendos, y el artículo 92.5º de Ley Concursal que regula la clasificación de los créditos subordinados, al no tener en cuenta que el momento para considerar a un socio de más del 10% como persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica y clasificar su crédito como subordinado hay que estar al momento del nacimiento del crédito; y cuando se ejercita siempre se tiene la condición de socio, y por lo tanto dicho crédito será siempre subordinado.

"Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone recurso de casación por el cauce del artículo 477.2.3º, por interés casacional y se denuncia la infracción del artículo 348 bis y 92.5 de la Ley Concursal en relación al artículo 356, apartado 3, artículo 337 y 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por cuanto considera que un crédito derivado del ejercicio por un socio de un derecho de separación del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no es un crédito extraconcursal y por lo tanto ha de ser excluido de la masa pasiva del concurso.

"Cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone recurso de casación por el cauce del artículo 477.2.3º, por interés casacional, se denuncia la infracción de los artículos 92.5º de la Ley Concursal que regula la clasificación de créditos subordinados, y se infringe asimismo el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital al haber considerado la sentencia recurrida que un crédito procedente de un derecho de separación derivado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, de un socio titular de más del 10% de capital social, es un crédito ordinario, al entender que no es equivalente a un préstamo o acto análogo, con infracción de lo dispuesto en el art. 92.5 de la Ley Concursal, solicitando se dicte doctrina sobre una norma que no lleva más de cinco años en vigor.

"Quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se interpone recurso de casación por el cauce del artículo 477.2.3º, por interés casacional, y se denuncia la infracción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, y los artículos 92.5º de la Ley Concursal que regula la clasificación de créditos subordinados, en relación al artículo 93.2.1 de la Ley Concursal al haber considerado la sentencia recurrida que un crédito procedente de un derecho de separación por no reparto de dividendos del referido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, no es subordinado por carecer el socio de la condición de persona especialmente relacionada, infringiendo el último inciso del artículo 93.2.1 de la Ley Concursal, por inaplicación del mismo, pues el socio separado sigue siendo hijo de la socia mayoritaria y administradora de la sociedad y por ello persona especialmente relacionada a cuyo crédito debe aplicarse la subordinación del artículo 92.5 de la Ley Concursal.

Este último inciso del artículo 93.2.1 de la Ley Concursal fue introducido por el artículo único apartado 1 número 4 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015, con vigencia desde 27 de mayo de 2015, por lo que aún no lleva 5 años en vigor."

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio del procurador y administrador concursal mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Manuel Rey S.A. Ferrol contra la sentencia n.º 12/2018, de 15 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 640/2017, dimanante del incidente concursal n.º 412/2016, de Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña".

**3.-** Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

**4.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de enero de 2021, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero. Resumen de antecedentes**

1.- Por sentencia firme de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 21 de marzo de 2014, se reconoció el derecho de separación por no distribución de dividendos de D. Arsenio, Dña. Gracia y Dña. Josefina, respecto de la sociedad Manuel Rey S.A. Ferrol. Y se condenó a la sociedad a reembolsar a los mencionados socios el valor razonable, conforme al art. 353 de la Ley de Sociedad de Capital (LSC), de las 3.200 acciones de las que eran titulares el 11 de noviembre de 2011.

2.- El Registro Mercantil de A Coruña designó auditor de cuentas para elaborar el informe sobre el valor razonable de las precitadas acciones. El cual, en cumplimiento del encargo conferido, valoró las 1.400 acciones pertenecientes a D. Arsenio en 1.263.654,70 €. La comunicación de la referida valoración se llevó a efecto el 14 de octubre de 2014.

3.- Dicha valoración fue impugnada por la sociedad demandada en un procedimiento judicial que, a la fecha en que la Audiencia Provincial dictó la sentencia recurrida en casación, todavía no había concluido.

4.- El 14 de noviembre de 2016 fue declarado el concurso voluntario de Manuel Rey S.A. Ferrol.

5.- En dicho concurso, D. Arsenio impugnó la lista de acreedores, en la que se le había reconocido un crédito por importe de 1.263.654,70 €, como crédito de reembolso, con la clasificación de contingente subordinado; y un crédito por intereses por importe de 80.315,99 €, con la clasificación de subordinado. Pretendió que el primer crédito fuera clasificado como ordinario contingente y que el crédito por intereses se reconociera en la cantidad de 129.083,19 €.

6.- El juez del concurso dictó sentencia desestimatoria de la impugnación.

7.- El demandante interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, en el sentido de calificar el crédito de reembolso como ordinario contingente sin cuantía propia, y el de intereses como subordinado del art. 92.3 LC.

8.- La sociedad concursada ha interpuesto un recurso de casación.

**Segundo. Advertencia preliminar. Identidad de este caso con otro resuelto ya por la Sala**

El presente recurso de casación guarda absoluta identidad de razón con el caso resuelto por la sentencia 4/2021, de 15 de enero. Se trata de la misma sociedad, el demandante forma parte del mismo grupo de socios que los que ejercitaron el derecho de separación por no distribución de dividendos en el anterior caso y del mismo concurso de acreedores. En consecuencia, la problemática fáctica (salvo que en el caso precedente eran los herederos del primitivo socio, fallecido al formular el incidente concursal) y jurídica es idéntica, del mismo modo que lo son los motivos de ambos recursos de casación (el resuelto en la indicada sentencia y el que ahora analizamos).

**Tercero. Primer motivo de casación. Momento en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercitado el derecho de separación**

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 348 bis LSC y 92.5 LC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe los preceptos citados, al considerar 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 del art. 356 LSC y no de un derecho de crédito del art. 93 a) LSC (derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación).

Decisión de la Sala:

1.- La LSC no se pronuncia sobre el momento en que, una vez ejercitado el derecho de separación, el socio pierde su condición de tal. En principio, podrían ser tres los momentos en que se produjera dicha consecuencia:

a) Cuando el socio comunica a la sociedad su voluntad de separarse.

- b) Cuando la sociedad recibe dicha comunicación, dada su naturaleza recepticia.
- c) Cuando se abona o consigna el reembolso de la cuota del socio, puesto que la comunicación es solamente un presupuesto del ejercicio del derecho.

2.- El Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 (art.152) y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (art. 271-23) preveían que el socio quedaría separado de la sociedad cuando tuviera lugar el reembolso o la consignación del valor de su participación.

Sin embargo, el art. 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales (LSP) establece, respecto de los socios profesionales, que el derecho de separación es "eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad".

3.- Tampoco hay jurisprudencia que resuelva expresamente la cuestión. La sentencia 32/2006, de 23 de enero, estableció la naturaleza recepticia de la comunicación del socio, pero de ahí no cabe inferir sin más que ese sea el momento en que se pierde la condición de socio, porque el mencionado pronunciamiento se refería a los requisitos de ejercicio del derecho, no a su consumación. A su vez, la sentencia 186/2014, de 14 de abril, trató sobre una sociedad profesional y se limitó a resolver conforme a la literalidad del art. 13.1 LSP.

No obstante, debemos aclarar que no consideramos que la solución del art. 13.1 LSP sea generalizable o extrapolable a las sociedades de capital, por la singularidad de la sociedad profesional que se refleja en la iliquidez de las participaciones, puesto que la participación de los socios profesionales constituye, no ya una parte del capital social, sino una participación de trabajo que se atribuye en atención a las cualidades personales del socio. Aparte de que en estas sociedades profesionales reviste gran importancia la carga personal que supone la prestación de servicios por el socio y la especial comunidad de trabajo que se establece en dicho tipo societario, en el que el comportamiento y circunstancias personales de los socios tienen gran incidencia en los demás.

4.- En las sociedades de capital, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Como recordó la antes citada sentencia 32/2006, de 23 de enero, "los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas".

Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición ( art. 93 LSC).

En conclusión, el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.

5.- Como consecuencia de lo expuesto, este primer motivo de casación debe ser estimado.

#### **Cuarto. Segundo motivo de casación. Clasificación concursal del crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación**

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 93.2.1º LC, en relación con el art. 348 bis LSC y el art. 92.5º LC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que el momento para considerar un crédito como subordinado es el de su nacimiento. Por tanto, como se conserva la cualidad de socio, el crédito debe calificarse como subordinado.

Decisión de la Sala:

1.- Al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital. Pero de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que resaltó la sentencia 32/2006, de 23 de enero. Esta sentencia consideró que el derecho de reembolso es inmediato al ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que deban llevarse a efecto las operaciones de valoración, en los términos y plazos que señala la Ley.

2.- Respecto del momento a tener en cuenta para la subordinación de un crédito, en la sentencia 134/2016, de 4 de marzo (cuya doctrina reiteraron las sentencias 392/2017, de 21 de junio; 239/2018, de 24 de abril; y 662/2018, de 22 de noviembre) declaramos:

"El art. 93 LC, que determina en qué supuestos alguien tiene la condición de persona especialmente relacionada con su deudor, es auxiliar de otros dos que acuden a esta condición con finalidades distintas. Por una parte, del art. 92.5 LC para determinar que los créditos de estas personas especialmente relacionada con el deudor, con las salvedades introducidas por la Ley 38/2011, serán subordinados. Y por otra, del art. 71.3.1º LC, para someter a la presunción iuris tantum de perjuicio los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado dos años antes de la declaración de concurso, cuando se ejercite la acción rescisoria concursal.

"En ambos casos, salvo que esté expresamente fijada por la Ley, 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 o la rescisión del acto de disposición), que al posterior de la declaración con concurso. [...] Lo que desvaloriza el crédito debe darse al tiempo de su nacimiento. Todavía más claro se aprecia en el caso de la presunción iuris tantum de perjuicio, a los efectos de la acción rescisoria concursal, pues la sospecha de que aquel acto encierra un perjuicio para la masa activa deriva de la vinculación entre las sociedades en el momento que se realizó el acto de disposición, no después, pues en este caso también el desvalor de la acción debe concurrir entonces".

3.- En consecuencia, en relación con lo expuesto al resolver el motivo de casación precedente, cuando nació el crédito proveniente del derecho de separación - cuando la sociedad recibió la comunicación de separación- su titular todavía tenía la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, en los términos que expresaremos más adelante.

4.- Por lo que este segundo motivo de casación también debe ser estimado.

**Quinto. Tercer motivo de casación. Concursalidad del crédito dimanante del derecho de separación del socio**

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 348 bis LSC y 92.5 LC, en relación con los arts. 356.3, 337 y 391.2 LSC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al no considerar que el crédito es extraconcursal y debe ser excluido de la masa del concurso.

El crédito debe considerarse extraconcursal, porque en tanto que la separación implica una reducción del capital, está supeditado a que se garantice a los acreedores sociales el cobro íntegro de sus créditos.

Decisión de la Sala:

1.- El ejercicio del derecho de separación del art. 348 bis LSC da lugar al nacimiento de un derecho de crédito del socio frente a la sociedad por el importe en que se fije el valor de su participación en la compañía. Este derecho tiene una naturaleza semejante, pero no idéntica, a la del derecho a recibir el patrimonio resultante de la liquidación en la proporción correspondiente a la participación del socio en el capital social. Lo que, en el caso de la liquidación, determina que su satisfacción sólo pueda tener lugar después del pago de todos los créditos de los terceros que mantienen vínculos con la sociedad.

2.- El derecho a recibir la cuota de liquidación no es propiamente un crédito concursal susceptible de ser clasificado. Por lo que, si en el concurso se calificara como subordinado, se daría la paradoja de que se le daría mejor trato que si la sociedad no hubiera sido declarada en concurso.

3.- Por ello, puede considerarse que la cuota de liquidación queda al margen del procedimiento concursal y se pagará, de quedar remanente para ello, después de la satisfacción de los acreedores concursales. Y ello, porque el derecho de crédito 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.

Los arts. 152 y ss. y 176 y ss. LC no regulan cómo debe pagarse la cuota de liquidación a los socios porque dicha cuestión es extraconcursal y debe resolverse conforme a lo previsto en la LSC, de tal manera que, si el concurso se resuelve mediante la liquidación de la sociedad concursada, hasta que no finalice el proceso de liquidación, no cabrá el pago de la cuota correspondiente a los socios, si hubiera remanente para ello.

El pago a todos los acreedores (o la consignación de su importe o la garantía del crédito, según los casos) resulta imprescindible para que pueda repartirse el patrimonio entre los socios, según resulta de una interpretación

conjunta de los arts. 356 y 391 LSC, en relación, a su vez, con los mecanismos de protección o tutela de los acreedores previstos en los arts. 331 a 333 LSC (para las sociedades de responsabilidad limitada) y 334 a 337 LSC (para las sociedades anónimas).

4.- Sin embargo, a efectos concursales, la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es igual a la del socio de la sociedad liquidada. Y ello, porque el derecho del socio que ha ejercido el derecho de separación (aunque no esté consumado) nace cuando la sociedad recibe la comunicación de ejercicio del derecho, mientras que el del socio que no ha ejercitado el derecho de separación no surge hasta que se liquida la sociedad.

Como consecuencia de esta diferencia, si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal, en los términos que expondremos al resolver los dos últimos motivos de casación, mientras que la cuota de liquidación es extraconcursal, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores de la sociedad.

5.- Como consecuencia de ello, el tercer motivo de casación debe ser desestimado.

**Sexto.** *Cuarto y quinto motivos de casación. Planteamiento. Conexidad. Resolución conjunta*

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 92.5º LC y 348 bis LSC.

Según la parte recurrente, la sentencia recurrida infringe tales preceptos al considerar que el crédito del demandante no es equivalente a un préstamo o acto análogo. La aportación que hace el socio a la sociedad no deja de ser una forma de financiación de ésta, por lo que entra en la categoría de actos de análoga finalidad a los que se refería el art. 92.5 LC.

2.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 348 bis LSC y 92.5º y 93.2.1º LC.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente, aduce que la Audiencia Provincial infringe los preceptos mencionados, al no tener en cuenta que el socio separado es persona especialmente relacionada con el deudor, por lo que su crédito debe considerarse subordinado.

3.- Dada la conexidad argumental entre estos dos motivos de casación, deben resolverse conjuntamente.

**Séptimo.** *Decisión de la sala. Subordinación del crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación*

1.- El socio aporta el capital a la sociedad, lo que, sin perjuicio de los derechos políticos que ello supone, le convierte en un inversor con derecho a percibir rendimientos económicos y, en su caso, a la devolución de las cantidades aportadas.

Ya hemos visto que, respecto del derecho a percibir la cuota de liquidación, cuando se declara el concurso no se dan los presupuestos para que surja un derecho de crédito a favor de los socios. Pero si previamente se ha ejercitado el derecho de separación, sí que ha surgido un crédito de reembolso que debe ser clasificado dentro del concurso.

2.- Sobre dicha consideración de concursalidad, la clasificación que corresponde en este caso es la de crédito subordinado del art. 92.5º LC, en relación con el art. 93.2.1º LC. Sin perjuicio de la contingencia derivada de la litigiosidad sobre la valoración de la participación.

3.- Respecto al requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor), el demandante era titular del 14% del capital social. Y en cuanto al requisito objetivo (negocio jurídico que da lugar al crédito), el crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad ( art. 92.5 LC). Es decir, puesto que el crédito lo es por reembolso de la parte del capital que corresponde al socio y el capital constituye parte de los recursos propios de una sociedad para hacer frente a las obligaciones a corto y largo plazo, el crédito tiene su origen en un negocio jurídico de análoga finalidad al préstamo, atendida la función económica de los fondos aportados para constituir la dotación del capital social.

Según hemos declarado en la sentencia 125/2019, de 1 de marzo:

"Entre los créditos derivados de "préstamos o actos con análoga finalidad" pueden incluirse los créditos destinados a la financiación del concursado, bien por la naturaleza jurídica del negocio (préstamos, créditos, descuento, leasing, etc.), bien porque, pese a que la naturaleza jurídica no sea propiamente la de un negocio de financiación, se esté encubriendo un negocio cuya finalidad económica sea la financiación del concursado".

4.- En su virtud, deben estimarse los motivos cuarto y quinto del recurso de casación.

**Octavo.** *Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia*

La estimación del recurso de casación conlleva que, por los mismos razonamientos, deba desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia de primera instancia.

#### **Noveno. Costas y depósitos**

**1.-** La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por él, según determina el art. 398.2 LEC.

**2.-** La desestimación del recurso de apelación implica que deban imponerse sus costas a la parte apelante, a tenor de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

**3.-** Igualmente, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para la formulación del recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Manuel Rey S.A. Ferrol contra la sentencia núm. 12/2018, de 15 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, en el recurso de apelación núm. 640/2017, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Arsenio contra la sentencia núm. 155/2017, de 31 de julio, dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña, en el incidente concursal núm. 412/2016001/DA.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

4.º- Imponer a D. Arsenio las costas del recurso de apelación.

5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para la formulación del recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan María Díaz Fraile a la sentencia de la sala, con arreglo a los siguientes fundamentos jurídicos:

**PRIMERO.-** Como señala la sentencia, el presente recurso de casación guarda identidad de razón con el caso resuelto por la sentencia 4/2021, de 15 de enero. La base fáctica y las cuestiones controvertidas en aquel precedente son muy similares a las de presente caso. Igualmente, son coincidentes el sentido de la sentencia apelada y el recurso de casación interpuesto contra la misma. También el sentido mayoritario de la sala sigue el mismo criterio y se basa en las mismas razones que fundamentaron aquella sentencia.

**SEGUNDO.-** Mediante voto particular a la citada sentencia 4/2021, de 15 de enero, manifesté mi discrepancia con el criterio mayoritario.

La discrepancia se concretaba en la respuesta dada por la sala a los motivos primero y segundo del recurso de casación, al no compartir la conclusión a la que llegaba sobre el momento en que se hace efectiva la separación del socio, momento que la sentencia fijaba en el del reembolso del valor de la participación del socio separado y que, en mi opinión, debería haber sido fijado en la fecha en que la comunicación del socio de su voluntad de ejercer el derecho de separación llegó a la sociedad o, a más tardar, en la fecha en que la sentencia que declaró el derecho de separación y condenó a la sociedad al pago de ese crédito devino firme. En el caso de la litis esas circunstancias se produjeron antes de la declaración del concurso de la sociedad.

**TERCERO.-** Dado que la controversia jurídica objeto del presente recurso se plantea en los mismos términos que la suscitada en aquel precedente y que la respuesta mayoritaria de la sala se basa ahora en los mismos criterios y razones, el presente voto particular también responde a los mismos fundamentos jurídicos y conclusión que expresé en aquella ocasión, y que en aras a la brevedad doy aquí por íntegramente reproducidos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores,

traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.