

Mercantil

Asunción de participaciones tras el ejercicio del derecho de separación y antes de la pérdida de la condición de socio en un caso particular (restitución de aportaciones y devolución de dividendos)

En su Sentencia 524/2023, de 18 de abril, el Tribunal Supremo se ha ocupado de determinar el importe que corresponde recibir a un socio en razón de las nuevas participaciones que, después de ejercer su derecho de separación y antes de perder su condición de socio, asumió *ad cautelam* (esto es, para el caso de que finalmente no quedara separado de la compañía) en varias operaciones de aumento de capital.

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

§ 1. A raíz del acuerdo de modificación del objeto social adoptado en julio del año 2000 por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada, un socio ejerció su derecho de separación. Además, asumió —ejerciendo su derecho de preferencia— las nuevas participaciones que le correspondían en el aumento de capital acordado en la misma junta, si bien lo hizo *ad cautelam*, esto es, bajo la condición de que se le devolverían las cantidades aportadas si, finalmente, quedaba separado de la compañía.

§ 2. En el 2001 el socio demandó a la sociedad solicitando que se declarara su derecho a separarse de la compañía, que se reconociera que había ejercido correctamente su derecho de separación, que se le liquidara el valor real (hoy, el razonable) de las participaciones que poseía antes de adoptarse el acuerdo que motivó su separación y que se le restituyeran las cantidades depositadas *ad cautelam* con ocasión de la ampliación de capital acordada en el año 2000. Tales pretensiones fueron acogidas por la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2010, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3538), en la que, casando

la sentencia de segunda instancia, se declaró que el socio demandante tenía derecho a separarse de la sociedad y se condenó a esta entidad a «reembolsarle el valor de sus participaciones en los términos establecidos en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, y, como consecuencia, a devolverle la suma que el mismo depositó en concepto de suscripción de la ampliación de capital a que se refiere la demanda».

§ 3. En el 2016 el socio —al que le había sido reembolsado el valor de las participaciones de las que era ya titular cuando se adoptó el acuerdo que dio lugar a su separación— presentó una nueva demanda contra la compañía en la que reclamaba que se le abonara el valor de un conjunto de participaciones que había ido asumiendo, siempre *ad cautelam*, hasta el año 2007, incluidas las adquiridas en el aumento de capital acordado en julio del 2000 (en la misma junta en la que se acordó también el cambio de objeto social que fundamentó el ejercicio del derecho de separación).

§ 4. La demanda fue desestimada en primera instancia, pero la Audiencia la estimó parcialmente y condenó a la sociedad al reembolso de los importes depositados por el socio demandante para concurrir a los aumentos de capital acordados desde julio del 2000 (con sus intereses legales). No obstante, ordenó reducir la cantidad a la que el socio tuviera derecho en el importe correspondiente a los dividendos que hubiera percibido con cargo a las participaciones así asumidas.

§ 5. El demandante (en rigor, sus herederos) interpuso un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 524/2023, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1485). En este recurso se alegó que la Audiencia habría determinado equivocadamente que las participaciones suscritas por el recurrente habían de valorarse, a efectos de su reembolso, por su valor nominal, y no por su valor razonable. Y se achacó tal infracción de los artículos 353 y 356 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) a que la Audiencia Provincial había entendido (erróneamente) que la condición de socio se perdió en el momento del ejercicio del derecho de separación y a que no se había tenido en cuenta que, en tanto no se produjera el reembolso de las participaciones, el socio conservaba su derecho de preferencia.

2. Doctrina jurisprudencial sobre el momento de pérdida de la condición de socio tras el ejercicio del derecho de separación

§ 6. Para desarrollar su razonamiento, el Tribunal Supremo comenzó por recordar su doctrina sobre el momento en el que se produce la pérdida de la condición de socio una vez ejercido el derecho de separación. En este sentido —y con cita de las sentencias 4/2021, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2021:3); 46/2021, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:259); 64/2021, de 9 febrero (ECLI:ES:TS:2021:380)¹, y 102/2021, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:630)²— afirmó que en las sociedades de capital, cuando se ejerce el derecho de separación, se activa un proceso que incluye

¹ Sobre ellas, *vide* en *Análisis GA_P*: DÍAZ MORENO, A., «Momento de eficacia de la separación y clasificación concursal del crédito de reembolso» (https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/02/Momento_de_eficacia_separacion_del_socio.pdf).

² Sobre ella, *vide* en *Análisis GA_P*: DÍAZ MORENO, A., «El socio en proceso de separación sigue teniendo derecho de asistencia y voto en la junta» (https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/03/Socio_en_proceso_separacion.pdf).

varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo sobre su valor 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.

§ 7. Pues bien, según apuntó el Tribunal Supremo, 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 (esto es, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad), no basta con ese primer trámite, sino que debe haberse liquidado la relación societaria; y ello únicamente tiene lugar cuando se entrega 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).

3. Las circunstancias determinantes del fallo del Tribunal Supremo: contenido de la pretensión deducida y condicionamiento de las asunciones de las nuevas participaciones

§ 8. A juicio del Tribunal Supremo, lo resuelto en segunda instancia no entraba en contradicción con la doctrina jurisprudencial que se acaba de mencionar. No tanto porque la hubiera aplicado en sus propios términos (de hecho, la decisión de la Audiencia no quedó definida por la cuestión del momento en que el demandante perdió su condición de socio), sino porque se daban dos circunstancias que fundamentaban suficientemente el sentido de la sentencia recurrida.

§ 9. De un lado, al ordenar la devolución de las sumas abonadas por el socio demandante para el ejercicio *ad cautelam* del derecho de preferencia, la Audiencia habría actuado de conformidad con el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2010, citada más arriba. En este sentido, la Sentencia 524/2023 que ahora nos ocupa recordó que el referido pronunciamiento del 2010 fue congruente con lo solicitado por el actor en el litigio al que puso fin. En efecto, con respecto a las participaciones ya suscritas cuando se ejerció el derecho de separación, se reclamó en su momento (2001) el abono de su valor razonable; y, sin embargo, con respecto a las adquiridas en el aumento de capital acordado en la junta de julio del 2000, se solicitó la devolución de las sumas depositadas *ad cautelam*. En consecuencia, el Tribunal Supremo afirmó en su sentencia de 18 de abril del 2023 que no resultaba aplicable en el caso el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que fue el propio demandante quien en su momento concretó su pretensión en la devolución de las cantidades que había depositado cautelarmente (por si no prosperaba su intención de separarse de la sociedad) para ejercer su derecho de preferencia.

§ 10. Por otra parte, el socio demandante había condicionado resolutoriamente la asunción de las nuevas participaciones creadas en ejecución de diversos aumentos de capital a la eficacia de su separación. Desde este punto de vista también resultó correcta —según explica el Tribunal Supremo— la decisión de la Audiencia de que el socio separado debía devolver (mediante compensación con lo que tenía derecho a percibir) los dividendos cobrados en razón de las participaciones sociales adquiridas en ejercicio de su derecho de preferencia.

§11. Lo expuesto es compatible —según explica el Tribunal Supremo— con la conservación de los derechos inherentes a la condición de socio (entre ellos, el de preferencia del artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital) en tanto no se le liquide el valor razonable de sus participaciones. Lo que sucedió en este caso es que la asunción de las nuevas participaciones se efectuó de manera condicionada con el objeto de que, si finalmente el socio quedaba separado, hubieran de devolverse las cantidades depositadas *ad cautelam*. Por ello, en estas condiciones concretas, no resultaría admisible —concluyó el Tribunal Supremo— que se debiera reembolsar al socio el importe de su «aportación» (que propiamente no habría sido tal) con sus intereses legales y que, sin embargo, el socio pudiera lucrarse con los dividendos.

§12. Dicho en otros términos: en el supuesto general —esto es, si el socio en proceso de separación hubiese llevado a cabo la asunción de las nuevas participaciones mediante aportaciones de capital efectivas y definitivas—, tendría sentido la retención de los dividendos (como sucedería con respecto a las participaciones adquiridas con anterioridad al ejercicio del derecho de separación). Pero en el caso litigioso concreto, al haberse dejado sin efecto la propia asunción de las participaciones, la situación resultante debe ser económicamente equivalente a la que existiría si no se hubieran realizado aportaciones. En consecuencia, el socio deberá recuperar las cantidades entregadas *ad cautelam*, pero no tendrá derecho a retener los dividendos percibidos en razón de las participaciones asumidas bajo condición.