



Roj: **STS 380/2021 - ECLI:ES:TS:2021:380**

Id Cendoj: **28079110012021100056**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2021**

Nº de Recurso: **2373/2018**

Nº de Resolución: **64/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 609/2018,**
STS 380/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 64/2021

Fecha de sentencia: 09/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2373/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/01/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2373/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 64/2021

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 9 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña. Es parte recurrente la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, representado por el procurador Jorge José Astray Suárez y bajo la dirección letrada de Matilde Platas Casteleiro. Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, representada por Cesar , en su calidad de representante de Prendes & Caicoya administradores concursales S.L.P.; y Gloria , representada por el procurador Jesús A. Sánchez Vila y bajo la dirección letrada de Alberto Pérez San Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Jesús Ángel Sánchez Vila, en nombre y representación de Gloria , interpuso demanda de incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores de la mercantil en concurso Manuel Rey S.A. Ferrol, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, para que se dictase sentencia conforme a lo manifestado en su escrito, con imposición de costas a los demandados.

2. El procurador Jorge Astray Suárez, en representación de la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimando íntegramente dicha demanda".

3. Cesar , como representante de Prendes & Caicoya administradores concursales S.L.P., y administrador concursal de la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, contestó a la demanda interpuesta y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime la demanda incidental interpuesta, confirmando la calificación dada por esta Administración concursal, calificando el crédito por derecho de separación de la parte actora, tanto por principal como por intereses de condicional-subordinado de los arts. 87 y 92.5º LC. Subsidiariamente, se S.S.ª lo considera 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".

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: 1. Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Jesús Ángel Sánchez Vila, en nombre y representación de Gloria , 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 Gloria

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña mediante sentencia de 28 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Con estimación del recurso de apelación interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, dictándose otra en su lugar por mor de la cual se declara que el crédito de reembolso de la actora por el ejercicio de su derecho 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 ambas instancias.

"Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*



1. El procurador Jorge Astray Suárez, en representación de la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, interpuso recurso de casación ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el art. 92.5º de la Ley Concursal.

"2º) Infracción de la doctrina jurisprudencial en aplicación del art. 93.2.1º de la Ley Concursal, en relación con el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y el art. 92.5º de la Ley Concursal.

"3º) Infracción de los arts. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y 92.5º de la Ley Concursal en relación con el art. 356, apartado 3, art. 337 y 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

"4º) Infracción de los arts. 92.5º de la Ley Concursal y 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

"5º) Infracción de los arts. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y 92.5º de la Ley Concursal en relación con el art. 93.2.1 de la Ley Concursal".

2. Por diligencia de ordenación de 2 de mayo de 2018, la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, representado por el procurador Jorge José Astray Suárez; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, representada por Cesar , en su calidad de representante de Prendes & Caicoya administradores concursales S.L.P.; y Gloria , representada por el procurador Jesús A. Sánchez Vila.

4. Esta sala 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 113/2018, de 28 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 637/2017, dimanante del incidente concursal n.º 412/2016, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña".

5. Dado traslado, las respectivas representaciones procesales de Gloria y la administración concursal de la entidad Manuel Rey S.A. Ferrol, presentaron escritos de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Una sentencia firme de 21 de marzo de 2014 declaró el derecho de separación de Jenaro , María Luisa y Gloria de la sociedad Manuel Rey S.A. Ferrol, por no distribución de dividendos, y condenó a la sociedad a reembolsar a los socios separados el valor razonable, señalado en el art. 353 LSC, de las 3.200 acciones de las que eran titulares el 11 de noviembre de 2011 (fecha de ejercicio del derecho de separación).

El Registro Mercantil de A Coruña designó a un auditor de cuentas para que informara sobre el valor razonable de las precitadas acciones. El cual, en cumplimiento del encargo conferido, valoró las 1.400 acciones pertenecientes a María Luisa en la suma de 1.263.654,70 euros. La comunicación de la referida valoración se llevó a efecto el 14 de octubre de 2014.

El 14 de noviembre de 2016, la sociedad Manuel Rey S.A. Ferrol fue declarada en concurso de acreedores.

María Luisa comunicó su crédito procedente del derecho de separación en el concurso (1.263.654,70 euros) y solicitó que se clasificara como ordinario. También pidió el reconocimiento del crédito correspondiente a los intereses (80.315,99 euros) y su clasificación como subordinado. La administración concursal incluyó ambos créditos en la lista de acreedores, y el crédito por principal lo clasificó como subordinado del art. 92.5 LC, porque la acreedora era socia de la compañía concursada con una participación superior al diez por ciento.

2. María Luisa impugnó la lista de acreedores y reiteró su pretensión de que el crédito derivado de la separación fuera clasificado como ordinario.



El juez del concurso dictó sentencia desestimatoria de la impugnación, en la que declaró que el crédito debía ser reconocido como contingente sin cuantía propia (art. 87.3 LC) y clasificado como subordinado (art. 92.5 LC).

3. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación en el siguiente sentido: i) mantuvo la contingencia sin cuantía propia; ii) declaró ordinario el crédito principal; y iii) y subordinado del art. 92.3 LC el crédito por intereses.

En lo que ahora interesa, la Audiencia argumenta lo siguiente: i) la cualidad de socio se pierde con el ejercicio del derecho de separación; ii) a efectos de subordinación del crédito de reembolso, no concurre el requisito subjetivo del art. 93.2.1º LC, porque la parte actora solo es titular del 4% del capital social; y (iii) tampoco concurre el requisito objetivo del art. 92.5 LC, puesto que la aportación del socio no puede ser considerada una forma de financiación a la sociedad, ni puede asimilarse a un préstamo.

4. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la sociedad concursada.

El presente recurso de casación es similar al que recientemente ha sido resuelto por esta sala en la sentencia 4/2021, de 15 de enero. La cuestión controvertida y resuelta en este precedente es similar al presente caso, pues afectaba a otro de los socios que ejercitó al mismo tiempo el derecho de separación, quien se hallaba en similares condiciones que la demandante del presente caso. El sentido de la decisión de la sentencia de apelación recurrida en casación es el mismo en ambos procedimientos, y también lo es el recurso de casación interpuesto por la sociedad, que se funda en los mismos motivos. Por esta razón, al no existir razones que lo impidan, seguiremos el criterio y las razones vertidas en el reseñado precedente.

SEGUNDO. *Motivo primero de casación.*

1. Formulación del motivo. El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. **348** bis LSC, que regula el derecho de separación por falta de distribución de dividendos, en relación con el art. 92.5 LC, 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 LSC y no de un derecho de crédito del art. 93.a) LSC.

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).

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. La Ley de Sociedades de Capital no se pronuncia sobre el momento en que, una vez ejercitado el derecho de separación, se pierde la condición de socio.

En la sentencia 4/2021, de 15 de enero, de los tres momentos que podían tomarse en consideración (cuando el socio comunica a la sociedad su voluntad de separarse; cuando la sociedad recibe dicha comunicación, dada su naturaleza recepticia; y cuando se abona o consigna el reembolso de la cuota del socio), optamos por el último. Esto es, consideramos que la condición de socio se pierde desde que se abona o consigna el reembolso de la cuota del socio, de forma que la comunicación es solamente un presupuesto del ejercicio del derecho:

"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 (...).

"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 consecuencia, 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.

**TERCERO. Motivo segundo de casación**

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 93.2.1º LC, en relación con el art. 348 bis LSC y el art. 92.5º LC, al no tener en cuenta la sentencia recurrida que "el momento para considerar a un socio de más del 10% y al descendiente de un socio titular 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 del socio y de hija de la socia mayoritaria, titular de más de un 40% y, por lo tanto dicho crédito será siempre subordinado".

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo.* Aunque la ley no especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital, se infiere de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación. 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.

Respecto del momento a tener en cuenta para la subordinación de un crédito, hemos declarado en otras ocasiones (sentencia 134/2016, de 4 de marzo, reiterada en las sentencias 392/2017, de 21 de junio; 239/2018, de 24 de abril; y 662/2018, de 22 de noviembre):

"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)"

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.

CUARTO. Motivo tercero de casación.

1. *Formulación del motivo.* El 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, por cuanto la sentencia recurrida "considera que un crédito derivado del ejercicio por un socio de un derecho de separación del art. 348 LSC no es un crédito extraconcursal y por lo tanto ha de ser excluido de la masa pasiva 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.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* Como hemos razonado en la sentencia 4/2021, de 15 de enero, "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".

En consecuencia, si la comunicación del derecho de separación es anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal, en los términos que exponemos 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.

QUINTO. Motivos cuarto y quinto de casación.

1. *Formulación de los motivos.* El motivo cuarto denuncia la infracción de los arts. 92.5º LC y 348 bis LSC. La sentencia recurrida infringe tales preceptos por no haber entendido que el crédito del demandante fuera 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.

El Motivo quinto denuncia la infracción del art. 348 bis LSC y los arts. 92.5º y 93.2.1º LC. La sentencia recurrida infringe estos preceptos mencionados, al no tener en cuenta que la socia separada sigue siendo hija de la socia mayoritaria y administradora de la sociedad, y por eso es persona especialmente relacionada con el deudor y su crédito debe considerarse subordinado.

Procede estimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.



2. Estimación de los motivos cuarto y quinto. Como hemos entendido en la sentencia 4/2021, de 15 de enero, cuando, como es el caso, se ha ejercitado el derecho de separación antes de la declaración de concurso de la sociedad, debe entenderse que el crédito al reembolso nació antes del concurso y por eso debe reconocerse como crédito concursal.

En cuanto a su clasificación, en este caso le corresponde la consideración 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.

Se cumple el requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor), pues María Luisa tenía el 14% del capital social.

Y también el requisito objetivo (negocio jurídico que da lugar al crédito), pues 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). Como 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.

SEXTO. *Consecuencias de la estimación del recurso de casación*

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.

SÉPTIMO. *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 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) de 28 de marzo de 2018 (rollo 637/2017), que casamos y anulamos.

2.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por María Luisa contra la sentencia de 31 de julio de 2017, dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña (incidente concursal núm. 412/2016004/DA).

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

4.º Imponer a María Luisa 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.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo apelación remitidos.

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.