



FACULTAD DE DERECHO

**LÍMITES AL DERECHO DE SEPARACIÓN EN
PROCESOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES
EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

Autora: Marta Fernández Martín
5º, E3-A
Derecho Mercantil

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid
Abril de 2017

Resumen

El derecho de separación es un mecanismo de defensa de las minorías que opera en la toma de decisiones en las sociedades de capital. Así, los socios que se oponen a los acuerdos que han sido tomados en la junta general por la mayoría, disponen de un vía para abandonar la sociedad. Su aplicación se limita a supuestos tasados, dentro de los cuales se encuentran algunas de las modificaciones estructurales que pueden experimentar dichas sociedades. Como el derecho de separación no se reconoce en todos los supuestos, se procede a analizar todas y cada una de las modificaciones estructurales para conocer en cuáles se puede y, en cuáles no, ejercitar dicho derecho. Además, se realizará una aproximación a las alternativas que tienen a su alcance los socios cuando no se le reconoce el derecho a separarse.

Palabras clave

Acuerdos sociales; causas legales y estatutarias; cesión global del activo y pasivo; derecho de separación; escisión; fusión; modificaciones estructurales; protección de las minorías; sociedades de capital; sociedad anónima; sociedad limitada; transformación; traslado internacional del domicilio social.

Abstract

The right of separation is a mechanism for the defense of minorities that operates in decision-making in corporations. Thus, the partners who oppose social agreements that have been taken at the general meeting by majority, have a way to leave the society. Its application is limited to certain cases, within which are some of the structural changes that corporations can suffer. As the right of separation is not recognized in all cases, each structural modification is going to be analyzed to discover in which cases it can operate and in which not. In addition, an approach to the alternatives available to the partners when the right of separation is not recognized, will be made.

Key Words

Corporations: public limited company and private limited company; global assignment of assets and liabilities; international transfer of the registered address; legal and statutory causes; merge; protection of minorities; right of separation; social agreements; split-off; structural change; transformation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EL DERECHO DE SEPARCIÓN DE SOCIOS	7
2.1. Fundamentos del derecho de separación	7
2.2. Concepto	9
2.3. Origen y evolución.....	10
3. ALCANCE DEL DERECHO DE SEPARACIÓN	11
3.1. Distinción entre las causas de separación legales y estatutarias	11
3.2. Causas legales: Modificaciones Estructurales	14
A) Transformación de sociedades	16
B) Traslado internacional del domicilio social	19
C) Fusión transfronteriza intracomunitaria	21
4. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES QUE NO PERMITEN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN	22
A) Fusiones	22
- Régimen general de la fusión.....	22
- Fusión transfronteriza intracomunitaria	26
B) Escisiones.....	27
C) Cesión global del activo y pasivo	31
D) Modificación estructural acompañada de sustitución o modificación sustancial del objeto social	33
5. MECANISMOS DE DEFENSA DE LAS MINORÍAS	35
A) Venta de la participación.....	35
B) Impugnación de los acuerdos sociales.	36
6. CONCLUSIONES	39
7. BIBLIOGRAFÍA.....	41

Abreviaturas

DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
SA	Sociedad Anónima
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de ahondar en la relación existente entre dos conceptos jurídicos diferentes, y que son, por un lado, el derecho de separación, y por otro, las modificaciones estructurales. Se parte de la base de que son conceptos independientes, es decir, que el acaecimiento de uno no implica el de otro, y viceversa. La fundamentación de esta independencia se sitúa en que, como se analizará, no todas las modificaciones estructurales existentes permiten el ejercicio del derecho de separación y, además, en el hecho de que no solo las modificaciones estructurales habilitan para ejercitar dicho derecho.

El ámbito de estudio se va a reducir a las sociedades de capital, es decir, aquellas sociedades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades de Capital, y que son, de acuerdo con lo establecido en su artículo primero, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Sociedad Anónima y la Comanditaria por Acciones. La característica fundamental de este tipo de sociedades es que se constituyen a través de un contrato mediante el cual, los socios ponen en común bienes para el ejercicio de una actividad con ánimo de lucrarse, constituyendo un fondo patrimonial de carácter indisponible¹.

Así, el elemento esencial en torno al cual gira la constitución de una sociedad de capital es la aportación económica realizada, el capital, de manera que, la condición de socio es esencialmente transmisible, al contrario de lo que ocurre en las sociedades personalistas. En estas, el elemento central que da lugar a la constitución de la sociedad es el socio, entendido como persona individual, de manera que no se puede transmitir la participación sin el consentimiento de los restantes socios. Por lo tanto, es en las sociedades de capital en las que tiene sentido el reconocimiento del derecho de separación, pues su carácter abierto, en comparación con las personalistas, permite la transmisibilidad de la participación, ya que no implica una modificación del núcleo esencial del contrato.

En cuanto a las modificaciones estructurales, como posteriormente se analizará, son el resultado de *obras de ingeniería societaria* que nos muestran “la gran polivalencia económica, funcional y jurídica”² de los diferentes tipos societarios. Estas modificaciones provocan transformaciones significativas en las sociedades implicadas, y por ello, uno de los principales objetivos de la Ley de Modificaciones Estructurales, como se puede leer en su exposición de motivos, es establecer un “un ponderado

¹ Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., González, M. L. A., de la Torre, A. Á., Grau, J. B., Ramos, L. M. E., & Pachón, L. Á. S., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2014, p. 185

² González-Meneses García-Valdecasas, M; Álvarez Royo-Villanosa, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dyckinson, Madrid, 2009, p. 332

sistema de tutela de los socios y de los acreedores”³. Es en este punto donde entra en juego el derecho de separación, como mecanismo de tutela del socio en las modificaciones estructurales que puedan producirse en las sociedades de capital.

Así, una vez establecida la relación existente entre los conceptos objeto de análisis y la delimitación del ámbito de estudio, solo queda por apuntar que las distintas modificaciones estructurales van a ser comparadas y contrapuestas, teniendo en cuenta los efectos que cada una de ellas produce sobre socio y el régimen jurídico al que, tras la misma, este queda sometido, para valorar las razones por las que procede el reconocimiento de dicho derecho solo en determinados supuestos.

³ Preámbulo II de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

1. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DE SOCIOS

1.1. Fundamentos del derecho de separación

En las sociedades de capital la adopción de acuerdos por la junta general se rige por el *principio de mayorías*⁴, es decir, por la emisión de un mayor número de votos a favor que en contra del acuerdo, aunque en determinadas ocasiones, la mayoría exigida será más cualificada que en otras, de acuerdo con lo establecido en los art. 198 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital. Frente a este mecanismo de adopción de acuerdos se encuentra la *regla de la unanimidad*, que requiere el voto favorable de todos y cada uno de los socios para la toma de decisiones, mecanismo este que, obviamente, no podría ser aplicable a sociedades de capital debido a su carácter abierto, puesto que se obstruye⁵ la gestión y supone un impedimento al funcionamiento de la sociedad, ya que en ella concurre una pluralidad de socios con intereses contrapuestos.

Sin embargo, si es aplicable este mecanismo en las sociedades personalistas que, debido a su carácter cerrado, hace viable la toma de decisiones por unanimidad, por acuerdo de todos y cada uno de los socios. Se considera que este mecanismo es garantía suficiente para que los socios, individualmente considerados, se encuentren protegidos de aquellos con una cuota participativa mayor⁶, ya que esa unanimidad puede ser interpretada como un derecho de veto del socio, de manera que, si no está acuerdo con la decisión tomada por la mayoría porque la considera contraria a sus intereses o los de la sociedad, con la mera oposición al acuerdo puede paralizar su adopción no quedando vinculado por ella.

En lo que concierne a las sociedades de capital, la toma de decisiones bajo la regla de la mayoría implica que todos los socios, incluida la parte minoritaria que se opuso a la adopción del acuerdo, así como los ausentes en la toma de la decisión, se van a ver igualmente vinculadas por el mismo⁷, tal y como indica el art. 159.2 LSC. Por lo tanto, surge a imperiosa necesidad de equilibrar los conflictos de intereses que puedan surgir al adoptar acuerdos sociales, ya que en ocasiones, la trascendencia y el alcance de los mismos no es sumamente relevante y puede ser soportada por aquellos que se opusieron a la adopción de dicho acuerdo; pero otras decisiones producen la alteración de algunos elementos que el legislador presume que fueron esenciales para que el socio entrar a formar parte de la sociedad⁸, ya que modifican de tal manera el contrato social, que el socio no deviene obligado a soportarlas.

⁴ Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, p. 54

⁵ Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.53

⁶ Rodas Paredes, P. *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 22

⁷ Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., *Comentario de la Ley...*, op. cit., p. 1197

⁸ Alonso Ledesma, C., "La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios", *Revista de Derecho Mercantil*, num. 287, 2013, p. 3

Así, se revela la necesidad de establecer un mecanismo que habilite al socio minoritario a no verse vinculado por tales modificaciones estatutarias, y surge para ello el derecho de separación. El reconocimiento de este derecho no puede ser entendido solo como un mecanismo de conciliación de intereses contrapuestos, el de la mayoría y la minoría social, sino que, además, es una herramienta que asegura la continuidad de la persona jurídica. Esto nos revela dos aspectos esenciales del derecho de separación⁹, y que son, por una parte, la *función tuitiva* respecto del socio individualmente considerado frente a la mayoría, y de otra, el *efecto preventivo* o disuasorio, que empuja a intentar conciliar todos los intereses y lograr una mayoría amplia en la toma de decisiones para evitar que se active el mecanismo de separación, pues sus efectos y consecuencias pueden resultar perjudiciales para la propia sociedad (*Véase infra*).

El derecho de separación cobra una mayor importancia en las sociedades cerradas, es decir, en aquellas sociedades que cuentan con mayores restricciones a la hora de transmitir libremente la participación en el capital social y que tampoco disponen de un mercado secundario, al contrario de lo que ocurre en las sociedades de carácter abierto. Todo ello dificulta la venta y la salida de la sociedad, por lo que, otro fundamento, aunque en este caso de carácter secundario y, reducido al ámbito de las sociedades cerradas, es *facilitar la desinversión* en sociedades cerradas así como la entrada de nuevos socios a ocupar el lugar de los que decidieron separarse¹⁰.

Por último, señalar que no es una finalidad de este derecho combatir los acuerdos sociales ilícitos¹¹, pues para eso se dispone de acciones de carácter judicial para proceder a la impugnación, reguladas en los art. 204 y ss. LSC (*Véase infra*). Tampoco es el derecho de separación un instituto que excepcione el principio de adopción de acuerdos y que, como consecuencia, impida la toma de decisiones, pues ese es el efecto producido por el derecho de veto.

El derecho de separación no puede ser usado por el socio siempre que no esté de acuerdo con las decisiones adoptadas, ya que su trascendencia es mayor, y su ejercicio se limita a supuestos restringidos, “la minoría no puede frustrar la voluntad de la mayoría, por lo que solo bajo ciertas condiciones se puede exigir la salida de la sociedad¹²”. Su verdadero cometido, como ya se ha señalado, es la conciliación de intereses confrontados entre el socio, aisladamente considerado, y la colectividad, en los supuestos en los que la modificación estatutaria tiene tal alcance, que el propio legislador considera que no se puede imponer la obligación de soportarla.

9 Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la...”, op. cit., p.3

10 Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la...”, op. cit., p.4

11 Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.60

12 Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.56

1.2. Concepto:

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el derecho de separación es un “instrumento polifacético que atiende a la conciliación del interés de la mayoría por adoptar ciertos acuerdos societarios con el derecho de abandonar la sociedad que asiste a los socios que no los hayan aprobado”¹³, permitiendo la continuidad de esta.

Este derecho tiene un marcado *carácter individual*¹⁴, pues se concede al socio por la mera tenencia de una acción o participación, y puede ejercitarlo en los supuestos y formas legalmente establecidos, siempre y cuando el socio no hubiera votado a favor del acuerdo, ya sea por haber votado en contra, no haber asistido o por emitir un voto nulo o en blanco, o por no tener derecho a votar¹⁵.

A la nota de individualidad tenemos que añadir su “*carácter imperativo*, pues es inderogable o indisponible por la mayoría, e irrenunciable preventiva o anticipadamente por el socio¹⁶”. Esto quiere decir que, el socio, únicamente puede renunciar a este derecho en el momento de ejercitarlo, cuando se produce el supuesto que da lugar a su ejercicio, pero no anteriormente, ya que toda renuncia anticipada se tendrá por no hecha.

El derecho de separación es uno más de los derechos que otorga la tenencia de acciones y participaciones en el capital social. Sin embargo, este no aparece recogido junto con el elenco de derechos que reconoce el art. 93 LSC, si bien es cierto que, como dispone dicho precepto, lo en él establecido debe de entenderse como derechos mínimos. Para localizar este derecho en la Ley de Sociedades de Capital, tenemos que acudir al Título IX, en el que se regulan, conjuntamente, la separación y exclusión del socio, puesto que ambos son dos mecanismos que permiten la salida de la sociedad y que están conectados con el ejercicio de la voluntad. En el primer caso, es el socio quien libremente decide salir de la sociedad; en el segundo, la salida viene impuesta de manera forzosa por acuerdo del resto de los socios en junta general.

El ejercicio de este derecho no es inocuo, pues sus efectos no se limitan exclusivamente a la esfera jurídica del titular del mismo, sino que tiene importantes consecuencias sobre la sociedad, en concreto, sobre su capital. El principal efecto es la reintegración del valor razonable de la participación del socio disconforme, que se produce como consecuencia de la cohesión necesaria entre la continuidad de la sociedad y la separación del socio. La sociedad tiene dos alternativas respecto de la participación del socio disidente, ya que puede adquirirlas y tenerlas en autocartera, de manera que en

13 Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.52

14 Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., *Comentario de la Ley...*, op. cit., pp. 2470

15 Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, num.41, 2013, p.2

16 Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.67 y ss.

este supuesto pagará un precio por ellas; o puede amortizarlas, lo cual conlleva una reducción del capital social por el importe de la participación del socio que decide abandonar la sociedad, situaciones ambas que, en ocasiones, puede suponer un problema para la subsistencia de la propia sociedad.¹⁷

Una vez conocidos los efectos del ejercicio de este derecho, se procede a valorar su clasificación como derecho político-administrativo o económico-patrimonial¹⁸. El resultado de esta clasificación depende del autor que se considere, ya que, aunque para unos tiene tintes de ambas categorías, para otros no. Una parte de la doctrina establece que nos encontramos ante un *derecho económico-político*¹⁹, pues su carácter patrimonial es indudable debido a que el socio recibe el valor actual de su participación en el capital social como consecuencia de la salida de la sociedad. A esto se tiene que añadir que, mediante su ejercicio, el socio manifiesta su voluntad respecto del funcionamiento de la sociedad y de la toma de decisiones, por lo que también tiene características de los derechos administrativos. De otro lado se encuentra aquella doctrina²⁰ que ratifica su naturaleza esencialmente económica, puesto que entiende que la reintegración del valor económico de la participación es su característica esencial y preponderante.

Lo que no se afirma en ningún caso es su carácter meramente político o administrativo, pues es evidente que lo verdaderamente relevante de este derecho se encuentra en lo económico. Aunque la devolución del valor de la participación en el capital social que ostenta el socio disidente es la finalidad que persigue dicho derecho, no se puede obviar el hecho de que a través de su ejercicio el socio también manifiesta su parecer respecto de las decisiones tomadas, como ocurre en el derecho de impugnación, pues si decide poner en marcha este mecanismo es porque el acuerdo tomado no es conforme con su voluntad. Por ello, se considera la primera de las posturas como más precisa, puesto que es la que tiene verdaderamente en cuenta las dos facultades que otorga este derecho y que son, la restitución de la participación en el capital social y la expresión del desacuerdo con la decisión tomada.

1.3. Origen y evolución:

Una vez se han descrito las principales razones que fundamentan la necesidad del derecho de separación, así como explicado su contenido, se procede a analizar su origen y evolución histórica para una mejor contextualización.

17 Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la...”, op. cit., p.4

18 Esta clasificación es la establecida en Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., *Comentario de la Ley...*, op. cit., pp. 793 y ss.

19 Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.28

19 Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.64 y Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la...”, op. cit., p.5

El reconocimiento expreso de este derecho se produce por primera vez en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951²¹, que como dice su exposición de motivos, “para colmar otra de las lagunas del Código de Comercio, se ha tenido que abordar el problema de los límites objetivos de la modificación estatutaria, tomando en consideración ciertos supuestos especiales en los que la voluntad corporativa, expresada por la mayoría de la Junta general, debe ceder ante el derecho del accionista, o, al menos, conceder a éste la facultad de no acatar el acuerdo y de separarse de la sociedad²²”. Hasta ese momento el único antecedente que puede aproximarse, por analogía, al derecho de separación, según algunos autores, se encontraba en el art. 225 del Código de Comercio de 1985 y la facultad de separación que en él se reconoce²³.

En cuanto a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, esta no reconoce el derecho de separación para este tipo societario hasta la reforma operada en el año 1995, la cual tiene una especial trascendencia en el ámbito que nos ocupa, ya que supuso el reconocimiento de un amplio catálogo de supuestos respecto de lo regulado hasta el momento en la LSA, así como la introducción de las causas de separación estatutarias.

Para la configuración actual de este instituto, han sido esenciales dos hechos de relevante trascendencia, la aprobación de la Ley de Modificaciones Estructurales y el texto refundido por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital, haciéndose una remisión expresa a lo que posteriormente se expondrá en relación con las causas de separación en las modificaciones estructurales (*Véase infra*).

2. ALCANCE DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

2.1. Distinción entre las causas de separación legales y estatutarias:

Si bien el objeto de estudio son las modificaciones estructurales, es necesario puntualizar que estos no son los únicos hechos que permiten abandonar la sociedad mediante el ejercicio del derecho de separación. Por ello, antes de profundizar en el análisis de los casos regulados en la Ley de Modificaciones Estructurales, se procede a realizar una referencia al resto de supuestos en los que opera este mecanismo, con la finalidad de poder tener una visión global y de conjunto que pueda enriquecer y favorecer un estudio comparativo.

La clasificación de las causas que originan el derecho de separación de socios viene determinada por el origen de las mismas, ya que estas pueden nacer de las disposiciones estatutarias que rigen el funcionamiento de la sociedad o de las disposiciones legales.

²¹ Perales Viscasillas, M.P., *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2001, p.13

²² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3 de julio de 2010)

²³ Para conocer más sobre esta discusión doctrinal, Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p. 60

En lo que a las causas estatutarias se refiere, estas tienen su origen, como ya se ha dicho, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, en concreto en su art. 96, ya que esta forma societaria ha sido entendida “como flexible, en la que la autonomía de la voluntad juega un papel esencial a la hora de que los socios configuren las reglas de funcionamiento”²⁴. Posteriormente, este supuesto se extenderá a las Sociedades Anónimas con la homogeneización de legislaciones en la Ley de Sociedades de Capital.

En el art. 347 LSC se reconoce la facultad de establecer en los estatutos sociales otras causas de separación distintas a las previstas en presente ley, entendiendo que se hace una remisión implícita a las modificaciones estructurales que se mencionan en la LSC pero que se desarrollan en la LME. Sin embargo, no solo se pueden establecer nuevas causas, sino que además, a través de los estatutos, podrán ser modificadas las causas legales de separación²⁵, modificación esta que no es arbitraria y tiene un límite, ya que únicamente se podrá ampliar el ámbito de actuación de las causas recogidas en disposiciones legales, puesto que estas no tienen carácter dispositivo, es decir, las partes del contrato social no pueden disponer de ellas según su libre albedrío y por ello, no pueden ser limitadas. En definitiva, que la modificación de las causas de separación legales a través de disposiciones estatutarias nunca puede ser *in peius*.

Añade el art. 347 LSC que para poder reconocer el derecho de separación a través de cláusulas estatutarias, así como para modificar o suprimir las ya existentes, es necesario el consentimiento unánime de todos y cada uno de los socios, cuestión esta que contrasta con la regla de las mayorías que rige la toma de decisiones en las sociedades de capital. Sin embargo, esto tiene una explicación, ya que, debido a la trascendencia del supuesto y a su incidencia sobre la voluntad e intereses de los socios, se pretende que mediante la exigencia de la unanimidad, se articule y reconozca el ámbito de autonomía de la libertad de las partes, puesto que con la mera oposición de uno solo de los socios, su voluntad se impondrá a la del resto impidiendo la aprobación del acuerdo de que se trate, actuando como un derecho de veto.

Si bien es cierto que las modificaciones estructurales que permiten ejercitar el derecho de separación se encuentran reguladas a través de disposiciones legales, como a continuación se expone, no se reconoce tal derecho en todos los supuestos, de manera que, algunos autores²⁶, conciben las cláusulas estatutarias como mecanismos alternativos para la salida del socio en aquellas modificaciones estructurales que por ley,

²⁴ Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., *Comentario de la Ley...*, op. cit., p.2479

²⁵ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.14

²⁶ Perales Viscasillas, M.P, *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2001, p. 279 y Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.48

no tienen reconocido este derecho, cuestión esta muy discutida y cuestionable (*Véase infra*).

En cuanto a las causas legales de separación y, para una mejor comprensión de su actual configuración, deben ser señalados dos sucesos. En primer lugar, se produce en abril de 2009 la aprobación de la Ley de Modificaciones Estructurales, para la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria en materia de sociedades²⁷, lo cual supuso una ampliación del catálogo de supuestos que reconocen el ejercicio de este derecho en relación con las modificaciones estructurales. En segundo lugar, se produce la unificación de la legislación de las Sociedades Anónimas y de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en un solo texto en el año 2010, a través de la Ley de Sociedades de Capital, que en lo que concierne al derecho de separación, dio lugar a una homogeneización de las causas de separación para ambos tipos societarios, mediante su articulación a través del Título IX Capítulo I, y que ha dado lugar, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital a “una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital, evitando no sólo remisiones, sino también tener que acudir a razonamientos en búsqueda de identidad de razón”²⁸.

Así, en el art. 346.1 de dicha disposición normativa, se recogen las causas legales comunes a ambos que permiten ejercitar el derecho de separación, y que son: la sustitución o modificación sustancial del objeto social, la prórroga de la sociedad, la reactivación de la sociedad y la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias. A estos supuestos se tiene que añadir uno que, exclusivamente, se reconoce a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que se reconoce el derecho a abandonar la sociedad cuando se produce la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales(*Véase infra*). Este supuesto solo cobra sentido dentro de este tipo societario, ya que de acuerdo con sus principios configuradores²⁹, al tener un carácter cerrado, el régimen de transmisión es un elemento fundamental del contrato social y que afecta a aspectos especialmente relevantes para el socio, siendo este el fundamento del derecho de separación como ya se ha explicado.

El apartado tercero del art. 346 LSC, hace referencia a modificaciones estructurales que posibilitan el ejercicio de este derecho, pero se hace una remisión expresa a la Ley de Modificaciones Estructurales. Es destacable que este precepto solo recoge la transformación y el traslado del domicilio social, no haciendo alusión alguna a la fusión transfronteriza, pues el derecho de separación no está reconocido con carácter general para la fusión en la LME, debido a, como recoge la Resolución de la DGRN de 8 de

²⁷ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

²⁸ Exposición de Motivos II del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

²⁹ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.52

noviembre de 1995 ha eliminado el legislador el derecho de separación en las fusiones “por entender prevalente el interés colectivo en ellas presente sobre el individual de los socios que garantiza por otros medios”³⁰.

No podemos pasar por alto un supuesto de reciente entrada en vigor, pues desde el 31 de diciembre de 2016, se puede aplicar el art. 348 bis LSC. Este precepto reconoce, a los socios que hubieran votado a favor del reparto de dividendos, el derecho a separarse de la sociedad cuando, a partir del quinto año desde la inscripción en el Registro Mercantil, la Junta General no haya acordado el reparto de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación en concepto de dividendo³¹.

Respecto de las causas legales, predomina la opinión de que son mínimas e inderogables³², ya que serán las causas estatutarias las que procedan a desarrollar o complementar las recogidas en la ley. Sin embargo, esta regla general de inderogabilidad cuenta con una excepción, ya que *la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias* puede dar lugar a una disposición contraria en los estatutos, como así lo recoge el art. 346.1 d). Por lo tanto, por vía estatutaria, esta causa de separación puede ser modificada, lo cual implicaría que podría limitarse su alcance o incluso llegar a ser eliminada³³. La justificación de este fenómeno se encuentra en el art. 89.1 LSC, según el cual se requiere siempre *el consentimiento individual* de los socios obligados por la prestación para poder introducir dicha cláusula estatutaria, siendo este un mecanismo de garantía suficiente.

Como resultado de la conjunción de estos dos hechos, se produce una dispersión normativa respecto de la regulación normativa del derecho de separación, ya que, dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos, tendremos que acudir un determinado texto legal y atender a las especificaciones y remisiones que en ellos se establecen.

Así, definida la configuración general del derecho de separación, procedemos a analizar las modificaciones estructurales para valorar el reconocimiento o no de este derecho en cada uno de los supuestos.

2.2.Causas legales: Modificaciones Estructurales:

Las modificaciones estructurales, como se ha expuesto en la clasificación anterior, son causas legales de separación puesto que su origen se encuentra en un texto legal. Antes de proceder al análisis de los distintos supuestos que se regulan en la Ley de

³⁰ Resolución de 8 de noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Fundamento de Derecho –CUARTO

³¹ Sobre esta causa que habilita a ejercitar el derecho de separación, véase Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., pp. 66 y ss.

³² Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión...”, op. cit., p.3

³³ Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión...”, op. cit., p.3

Modificaciones Estructurales, es necesario establecer que se entiende por modificación estructural. Para ello acudimos a lo establecido en la Exposición de Motivos de dicha disposición normativa, según la cual, son modificaciones estructurales “aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. También el traslado internacional del domicilio social que, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal”³⁴.

Una vez establecido el concepto, conviene señalar que su amplitud da cabida a más supuestos de los expresamente enumerados y regulados en la ley, es decir, que estos no son *numerus clausus*³⁵, y que hay otras operaciones no incluidas que participan de sus mismas características. Por lo que a este trabajo respecta, única y exclusivamente se van a considerar las modificaciones estructurales que parecen enumeradas en la ley, a cuyo estudio enseguida se procede.

Las modificaciones estructurales, como cambio en la estructura organizativa que son, suponen modificaciones estatutarias derivadas de un acuerdo social tomado por la Junta General de accionistas³⁶ bajo el régimen de mayorías, en este caso cualificadas por imperativo de los artículos 199 y 201 LSC, respectivamente para las Sociedades de Responsabilidad Limitada y Sociedades Anónimas. Por lo tanto, confluyen aquí los dos elementos esenciales que fundamentan el derecho de separación, y que son, como ya se explicó, la modificación del contrato social y la toma de decisiones bajo la regla de las mayorías.

Ante esta situación, será necesario que la ley prevea un mecanismo de defensa de las minorías para poder conciliar los intereses particulares del socio con los de la mayoría de la sociedad, y dicha herramienta no es otra que el derecho de separación, que será reconocido por la ley en algunos de los supuestos de modificaciones estructurales, aquellas con una mayor trascendencia e incidencia sobre la autonomía y los intereses del socio.

³⁴ Preámbulo I de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

³⁵ Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial: Derecho de Sociedades, Tomo II*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, p.253

³⁶ El art. 160 g) LSC regula como competencia exclusiva de la Junta General, la transformación, la fusión, la escisión o cesión global del activo y pasivo, y el traslado del domicilio social al extranjero.

A) Transformación de sociedades

El art. 3 LME introduce una definición de transformación estableciendo que se entiende por transformación aquella modificación estructural mediante la cual una sociedad adopta un tipo social distinto al que originariamente tenía, al mismo tiempo que conserva su personalidad jurídica. Es necesario señalar, como recoge la STS de 15 de octubre de 2013 que la transformación “no se limita a un mero cambio de forma, sino que implica alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad”³⁷.

El reconocimiento originario de este supuesto podemos encontrarlo en el art. 225 LSA de 1998, en la cual se estableció que no sería necesaria la unanimidad para acordar un cambio a un tipo societario que supusiera la asunción de responsabilidad ilimitada, reconociendo a cambio a los socios que se manifestasen contrarios a la transformación el derecho a separarse, debido a las consecuencias que sobre su patrimonio tiene dicho régimen de responsabilidad. Así, se reconoce el fundamentando primero del derecho de separación para las transformaciones societarias, que no es otro que la agravación del régimen de responsabilidad como causa que origina el nacimiento de dicho derecho. Sin embargo, este fundamento era difícil de extender a aquellos casos en los que no se producía un cambio al régimen de responsabilidad ilimitada, pero interpretaciones posteriores³⁸ terminaron por establecer otro fundamento, de mayor alcance, y que es la alteración de la estructura organizativa de la sociedad. Este nuevo fundamento si se podía hacer extensible a todos los supuestos de transformación, es decir, tanto cuando se incrementa el régimen de responsabilidad con la transformación, como cuando se limita.

El reconocimiento de la transformación como modificación estructural es muy importante y tiene una gran trascendencia práctica, ya que permite la continuidad de la personalidad jurídica y evita la disolución y liquidación de la sociedad, con todo lo que ello implica³⁹, así como la posterior constitución de una nueva sociedad conforme al tipo deseado. Al mismo tiempo que se evitan todos estos trámites formales, se reducen consecuentemente los costes que todo ello supondría.

Las consecuencias inmediatas que se derivan de cualquier transformación son por un lado, la modificación del contrato social originario, y por otro, la novación de las restantes relaciones jurídicas. En lo que a efectos de este estudio interesa, se procede a analizar únicamente el primero de los efectos, pues es este el que concierne a los socios y puede suponer un grave problema, ya que los intereses particulares de alguno de ellos puede chocar con los intereses los corporativos que han motivado el cambio de tipo

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013, fundamento de derecho - TERCERO

³⁸ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.57

³⁹ Sobre los efectos de la liquidación y disolución, véase Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., Capítulo 12.

social. Se produce entonces un conflicto con la autonomía del socio⁴⁰, ya que, quizás, este no quiera verse vinculado por el nuevo régimen jurídico que el cambio de tipo societario lleva aparejado, sobre todo en lo que concierne al ámbito de responsabilidad.

Los tipos de transformaciones que quedan amparados bajo este supuesto son muy diversos, como se puede inducir del art. 4 LME, que recoge el ámbito subjetivo de la transformación. Para poder comprender el elenco de transformaciones que quedan amparadas bajo este precepto, es necesario explicar previamente que en las modificaciones estructurales, no solo en la transformaciones, rige el *principio de tipicidad*⁴¹, lo cual quiere decir que la transformación de un tipo societario en otro tiene que estar prevista en la ley, pero no necesariamente en los supuestos recogidos en el mencionado art. 4 LME, sino que pueden estar reguladas en otras disposiciones normativas⁴².

Una clasificación muy didáctica y que nos ayuda a comprender el funcionamiento del derecho de separación en la transformación, es aquella que distinguen entre homogéneas y heterogéneas. En cuanto a las primeras, suponen que una sociedad de capital se transforma en cualquier otro tipo de sociedad capitalista, es decir, cualquier transformación entre una Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Comanditaria por acciones y una Sociedad Anónima. En cuanto a las segundas, implican que una sociedad capitalista se transforme en otra no capitalista o viceversa, por ejemplo, cuando una sociedad personalista, como puede ser una sociedad colectiva, se transforma en una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Tanto las transformaciones homogéneas como las heterogéneas pueden estar reguladas en la LME o en otras disposiciones como se ha dicho.⁴³

En todos los casos anteriormente mencionados las consecuencias que la transformación tiene sobre los socios son las mismas. La norma general es la continuidad de la participación en el capital social, como establece el art. 12 LME. Esto implica que los socios mantienen su mismo porcentaje de participación en el patrimonio del nuevo tipo social, salvo que medie un acuerdo por el que todos los socios que permanecen acuerden un cambio. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a todos ellos no continúa, ya que se produce un cambio por el cual pasarán a ser aplicables a todos ellos las normas que regulan el nuevo tipo societario adoptado. Por lo tanto, y debido a la trascendencia de este efecto, pues se modifica sustancialmente una de las condiciones iniciales del contrato, el art. 15 LME recoge una excepción al principio de continuidad,

⁴⁰ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.54

⁴¹ Resolución de 26 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Hechos II-III

⁴² Para conocer cuáles pueden ser otros supuestos no regulado en la LME, véase Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p. 255 y ss.

estableciendo que, el socio que no hubiera votado a favor del acuerdo, tendrá derecho a separarse.

En cuanto al ejercicio de ese derecho de separación, se distinguen en la ley de modificaciones estructurales dos supuestos distintos para el caso de la transformación. Por un lado, el art. 15.1 LME recoge el *derecho de separación ordinario*, que ha supuesto la extensión de este derecho de separación a toda la tipología de transformaciones, ya que originariamente no era así⁴⁴. Dentro de esta primera modalidad se incluyen todas las transformaciones entre sociedades que limitan la responsabilidad, es decir, que el cambio de una a otra no supone la asunción de responsabilidad adicional por parte del socio por de las deudas contraídas por la sociedad, bien sea porque no existiese ya en la sociedad transformada, como por ejemplo una Sociedad Anónima transformada en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, o porque existiendo en la sociedad transformada pasa a limitarse, una sociedad colectiva que pasa a comanditaria. Dicho precepto nos remite a la ley de sociedades de responsabilidad limitada para la regulación del régimen aplicable al ejercicio de este derecho, pero hoy, tras la aprobación TRLSC, tenemos que entender hecha la remisión al art. 348 y ss. de este texto, en el que se regula el formato ordinario del derecho de separación, que requiere de ejercicio por parte de su titular. De manera que según el art. 348.2 LSC, el socio que no hubiera votado a favor, se hubiera abstenido, hubiera emitido un voto nulo o en blanco o no hubiera asistido, tendrá el plazo de un mes⁴⁵ para que, mediante escrito, ejerciten su derecho a separarse.

De otro lado, el art. 15.2 LME regula el *derecho de separación automático* para los supuestos en los que se produce una transformación de una sociedad que limita la responsabilidad a otra que no la limita, de manera que el socio pasaría a tener una responsabilidad adicional por las deudas sociales. Si bien se reconoce como derecho de separación, lo cierto que no es un derecho en sí⁴⁶, puesto que no se ejercita, ya que con la mera inactividad se produce el resultado deseado. Dichos efectos se producirán sobre los socios que no hubieran votado a favor, que hubieran votado en blanco o hubieran emitido un voto nulo, se hubieran abstenido o no hubieran asistido. Es necesario además, para que opere el derecho de separación, que el socio no se hubieran adherido al acuerdo posteriormente, dentro del plazo que habilita el precepto, un mes a contar desde la fecha de su adopción cuando hubieran asistido a la junta o desde la comunicación si no asistieron. Por lo tanto, en estos casos, lo que hay que comunicar

⁴⁴ Para la transformación de sociedad anónima en limitada no se reconocía la posibilidad el derecho de separación en la LSA, ver Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p.257 y Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.58.

⁴⁵ Sobre el cómputo del plazo véase Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión...”, op. cit., p.8

⁴⁶González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit, p.119

fehacientemente⁴⁷, no es la voluntad de abandonar la sociedad, pues esta opera de manera automática, sino la voluntad de adherirse al acuerdo y asumir la responsabilidad por parte de aquellos que no votaron a favor del acuerdo de transformación.

Esta distinción está suficientemente justificada, pues mientras que en el primer supuesto el único cambio que se produce es el régimen jurídico del tipo societario aplicable; en el segundo supuesto, hay que añadir el cambio del régimen de responsabilidad asumida por el socio respecto de las deudas sociales. Es decir, ambas situaciones comparten el fundamento y la razón de ser del derecho de separación, la alteración de elementos fundamentales del contrato social, pero en el segundo caso, tal circunstancia se ve agravada por las consecuencias que puede tener el nuevo régimen de responsabilidad respecto de las deudas societarias.

B) Traslado internacional del domicilio social

Aunque la Ley de Modificaciones Estructurales no dé expresamente una definición de lo que se entiende por traslado internacional del domicilio social, sí contiene, en el art. 94, las dos situaciones en las que se puede producir dicho traslado: tanto cuando una sociedad con domicilio social en territorio español se traslada al extranjero, como cuando una sociedad extranjera fija su domicilio en territorio español. Por lo tanto, del ámbito de aplicación definido se puede inducir el concepto de traslado internacional del domicilio social.

El principal efecto del reconocimiento del traslado del domicilio social como modificación estructural, es la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad⁴⁸, de manera que se produce una continuidad de la entidad a pesar del cambio de nacionalidad y de la ley aplicable, evitando la disolución y liquidación, así como la posterior constitución de una nueva sociedad de acuerdo con el nuevo ordenamiento jurídico, evitando al mismo tiempo un gran número de costes y facilitando por ende el traslado y la movilidad societaria.

En el régimen anterior a la Ley de Modificaciones Estructurales solo se contemplaba como traslado del domicilio aquel que se producía cuando una sociedad española fijaba su domicilio en el extranjero⁴⁹, quedando supeditada su eficacia a la existencia de un Convenio Internacional entre España y el Estado de destino, mediante el cual se permitiese el mantenimiento de la personalidad jurídica. Así, con la nueva regulación contenida en la Ley de Modificaciones Estructurales, se produce un *reconocimiento*

⁴⁷ Sobre los requisitos de la comunicación fehaciente véase Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión...”, op. cit., p.8

⁴⁸ “afirmación de la personalidad jurídica societaria, como algo con tal consistencia y sustantividad...” González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.500

⁴⁹ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.502

unilateral por parte del estado español para conservar la personalidad jurídica cuando se produzcan los dos tipos de traslados anteriormente descritos, si bien esto no basta con ese reconocimiento.

En el caso los traslados al extranjero de sociedades constituidas bajo la ley española, será necesario además, para el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, que el Estado de destino permita dicho mantenimiento, como establece el art. 94 LME. Para el caso en el que las sociedades extranjeras que se trasladan a España, tenemos que distinguir dos supuestos. Respecto de aquellas que no proceden de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo⁵⁰, será necesario un informe del experto independiente que certifique que el patrimonio neto cubre la cifra de capital social exigido por el ordenamiento jurídico español, informe que no será necesario si la sociedad se ha constituido conforme a la ley de un Estado Miembro del Espacio Económico Europeo, puesto que la personalidad se mantendrá siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley española para el tipo social del que se trate, salvo que se disponga otra cosa en Convenio o Tratados Internacionales con España.

La trascendencia jurídica de este supuesto yace en que el domicilio social determina la nacionalidad, tal y como expresa el art. 8 LSC; y como consecuencia, la nacionalidad nos indica el ordenamiento jurídico al que se somete y queda sujeta dicha persona jurídica, en definitiva, el traslado del domicilio social implica una modificación de la *lex societatis*⁵¹. Teniendo en cuenta lo anterior, se deduce que un traslado a un estado extranjero conlleva la aplicación de un nuevo régimen jurídico que determina y configura la posición jurídica del socio.

Todo esto supone una alteración del contrato social en uno de sus aspectos más relevantes, el domicilio⁵², y por ende, en la ley aplicable al estatuto jurídico del socio, presupuestos estos que son fundamentales para decidir sobre la adhesión al capital social⁵³. Reaparece así el fundamento principal que da lugar a la entrada en escena del derecho de separación, la modificación de aspectos esenciales del acuerdo social, razón por la cual se reconoce también en este supuesto tal derecho a aquellos socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de traslado, como indica el art. 99 LME, el cual nos remite al Título IX de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio del derecho de separación, que posteriormente será explicado.

50 Países integrantes de la Unión Europea, Islandia, Noruega y Liechtenstein.

51 Goenechea, J.M. y García, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, num. 24, 2009, p 17.

52 El art. 23 c) LSC establece que es contenido de los estatutos el domicilio social.

53 Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.63

C) Fusión transfronteriza intracomunitaria

El art. 62 LME reconoce el derecho de separación en los casos en los que se produzca una fusión transfronteriza intracomunitaria. Sin embargo, como ya se indicó previamente, este supuesto no está recogido expresamente en el art. 346.3 LSC, pero si está contenido en la LME, y por ello es objeto de estudio. Debido a la estrecha relación de este tipo de modificación estructural con la fusión ordinaria, y a la necesidad de analizar previamente la evolución y las modificaciones que el derecho de separación en relación con la fusión ha ido sufriendo en las distintas regulaciones, se procederá a analizar este supuesto junto con la fusión ordinaria (*Véase infra*).

En todas las modificaciones estructurales anteriormente descritas, inclusive la fusión transfronteriza intracomunitaria, aunque por el momento no se haya explicado, el ejercicio del derecho de separación se desarrolla de igual manera, pues como se ha ido indicando, en todos los casos se hace una remisión al Título IX Capítulo I LSC, en la que se regulan conjuntamente el proceso y los efectos tanto de la separación como de exclusión del socio, salvedad hecha, como ya se explicó, del derecho de separación automático que opera en las transformaciones que amplían el régimen de responsabilidad del socio.

Una vez ejercitado este derecho, el socio perderá su condición de tal y no deberá participar en la toma de decisiones, así como tampoco ser beneficiario de las ventajas económicas derivadas de la tenencia de una parte alícuota del capital, de manera que se activa el mecanismo para proceder a su salida de la sociedad.

El proceso comienza con la comunicación a la sociedad, por parte del socio, de su intención de separarse de la sociedad, en el plazo de un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación como indica el art. 348 LSC. Si no se realiza la oposición, una vez transcurrido el plazo, los administradores procederán a inscribir en el Registro Mercantil el acuerdo tomado por la junta general, tal y como indica el art. 349 LME.

Así, la comunicación se tiene que hacer por escrito, aunque no señala la ley ningún medio en concreto, por lo que el socio tiene libertad para escoger⁵⁴. En este escrito, el socio tiene que dejar patente su voluntad de separarse y no será necesario que acredite la causa que motiva la separación, puesto que las modificaciones estructurales se derivan de un acuerdo social, por lo que existe una acreditación automática, siendo suficiente la mera presentación del acta de la Junta General en la que se tomó el acuerdo.

⁵⁴ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.110

Una vez hecha la comunicación, se procederá a realizar una valoración de las acciones o participaciones del socio saliente⁵⁵, y una vez se haya estimado su valor razonable, en el plazo de dos meses⁵⁶, “los socios tiene derecho a recibir dicho importe en concepto de precio por la adquisición de esas acciones o participaciones por parte de la sociedad o como reembolso si se decide proceder a su amortización” como así establece el art. 356.1 LSC. De esta última frase podemos deducir que tiene la sociedad dos alternativas respecto de la participación del socio. Por un lado puede adquirirlas y tenerlas en autocartera, supuesto este poco frecuente⁵⁷, debido a las limitaciones legales al respecto existentes; o puede realizarse una amortización de las mismas, lo cual conlleva una reducción del capital social por el importe de la participación del socio disidente que decide abandonar la sociedad, alternativa esta más común.⁵⁸

3. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES QUE NO PERMITEN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

Como anteriormente ya se ha mencionado, no todas las modificaciones estructurales recogidas en la LME permiten el ejercicio del derecho de separación. Por ello, se procede ahora a analizar dichos supuestos, así como las causas por las que no se produce el nacimiento de dicho derecho.

A) Fusiones:

- Régimen general de la fusión

En el art. 22 LME se puede encontrar una definición de fusión, del cual podemos extraer el siguiente concepto: “operación por la que, dos o más sociedades mercantiles inscritas, se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas en la sociedad resultante, que puede ser una nueva o una de las que se fusionan”⁵⁹.

Lo relevante de una fusión es la integración de varias sociedades, dos o más, en una única, lo que implica que al menos una de ellas tiene que desaparecer. Si solamente una de ellas desaparece, nos encontraremos ante una *fusión por absorción*, en la que una sociedad toma a las restantes; pero si todas las participantes desaparecen, extinguirán su

⁵⁵ Sobre los criterios de valoración, Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p.119

⁵⁶ Este plazo cambia si los acreedores ejercitan el derecho de oposición en el caso de que tuvieran facultad para ello, art. 356.3 LSC.

⁵⁷ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., “cit.”, p.137

⁵⁸ Sobre la adquisición y reducción, ver González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.120 y Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., pp.135 y ss.

⁵⁹ Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p. 262

personalidad jurídica para aunar sus patrimonios en una *nueva sociedad*. Así, donde antes había dos o más personas jurídicas, ahora solo existe una, al igual que solo existe un patrimonio.

Las fusiones pueden ser clasificadas como homogéneas o heterogéneas, en función del tipo societario de los entes que participan en la misma. Para que sea *homogénea*, tanto las sociedades participantes como la resultante tienen que ser del mismo tipo social; en cambio, si las participantes o la resultante son de un tipo social distinto, la fusión será calificada como *heterogénea*. En estas últimas, pueden participar, incluso, sociedades personalistas con sociedades de capital⁶⁰.

Esta clasificación también era utilizada para distinguir los tipos de transformaciones que se podían producir y el cambio de régimen jurídico que de la misma se podía derivar. Sin embargo, aunque pueda parecer que en la fusión heterogénea está implícita una transformación, “la ley no plantea la necesidad de coordinar en estos casos la regulación de la fusión con la de la transformación”⁶¹, por lo que únicamente se tendrá que aplicar el régimen de la fusión, ya que cada modificación estructural es *autónoma*, independiente de las demás.

Esto plantea la primera de las dudas, pues si en la transformación se reconocía el derecho de separación al socio disidente, en una fusión heterogénea, en la que implícitamente se está produciendo una transformación, también se debería reconocer el derecho de separación por analogía o similitud de los supuestos de hecho. Cuestión esta no exenta de polémica y que merece ser objeto de análisis.

Como consecuencia de la consolidación de patrimonios a la que anteriormente se hacía referencia, se derivan los efectos que sobre los socios tiene la fusión, puesto que estos, previamente a la modificación estructural, ostentaban una participación en el capital social de entes diferentes, pero ahora, pasan a ser socios conjuntamente de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente. Se produce por lo tanto una *continuidad en la participación* como indica el art. 24 LME, de manera que, los socios de las sociedades extinguidas, recibirán una cuota en el capital social de la sociedad resultante o absorbente, que será proporcional a la que tenían en la sociedad extinguida⁶².

Si bien es cierto que la Ley de Modificaciones Estructurales establece la continuidad en la participación para las fusiones, al igual que para las transformaciones y el traslado del domicilio social, no reconoce, como en los supuestos anteriormente mencionados, el derecho de separación a los socios disidentes, es decir, a aquellos que no hubieran votado a favor del acuerdo, a pesar de que se ha producido una modificación del

⁶⁰ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p. 131

⁶¹ Gadea Soler, E., “La separación de los socios en las sociedades mercantiles: el caso particular de las fusiones heterogéneas”, R.D.E.S, num.3, 2003, p. 145.

⁶² La cuantificación de esta cuota se determinará a través del tipo de canje. Para ver con más detalle su cálculo ver González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., pp. 147 y ss.

contrato social. Se desprende de ello, que el legislador no considera a la fusión con la trascendencia o entidad suficiente como para no poder ser soportada por el socio. Sin embargo, la legislación anterior, en concreto la LSA 1951, reconocía el derecho de separación en la fusiones a los socios ausentes y disidentes en su art. 144. Se reconocía con base en el mismo fundamento que en las transformaciones, es decir, en la alteración de la estructura organizativa de la sociedad⁶³ y por ende, en la modificación sustancial del contrato social que puede llevar al socio a asumir determinadas obligaciones que la ley considera que no debe asumir. Por lo tanto, si el fundamento es el mismo para ambas, debería haber sido suprimido o sostenido igualmente en ambos casos⁶⁴.

La desaparición de este derecho en el régimen general de la fusión viene en parte determinada por la voluntad de poner en consonancia la norma interna con la comunitaria⁶⁵ en relación con esta tipología de modificación estructural y, además, por la consideración de que la “protección de los intereses del socio se encontraban ampliamente protegidos por la ampliación de los deberes de información”⁶⁶.

Teniendo en cuenta la desaparición del derecho de separación en la fusión y, la similitud establecida con los supuestos de transformación en las fusiones heterogéneas, es necesario valorar si existe una desprotección del socio en este tipo de modificaciones. En la transformación se reconocía el derecho de separación tanto en aquellos supuestos en los que no se incrementaba el régimen de responsabilidad, *derecho de separación ordinario*, como en aquellos otros en los que el socio tenía que asumir una mayor responsabilidad, *derecho de separación automático*. Pues bien, el régimen de la fusión, en concreto en el art. 41 LME, se regula un mecanismo protector para aquellos supuestos en los que el socio, como resultado de la fusión, pase a responder ilimitadamente de las deudas sociales. Este precepto establece que será necesario el consentimiento individualizado de los socios que pasen a responder ilimitadamente, de manera que sin él, no será posible la fusión⁶⁷. Por lo tanto, no se aplica en este supuesto el régimen que regula el art. 15.2 LME para la transformación, puesto que como se ha dicho, son modificaciones autónomas e independientes. Es necesario aclarar que este consentimiento individualizado también ha de exigirse a aquellos socios que ya respondían de esa forma, es decir, de las sociedades personalistas, puesto que el art. 229

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de octubre de 2013, Fundamento de Derecho TERCERO.

⁶⁴ Sostiene Fernando Vives en *Fundamentos de Derecho Empresarial: Derecho de Sociedades* “cit.”, p265 que el régimen de las fusiones y las transformaciones, debería haber sido unificado en este punto, eliminando para ambas el derecho de separación.

⁶⁵ Tercera Directiva del Consejo 78/855/CEE de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. (Diario Oficial n.º L 295 de 20/10/1978 p. 0036-0043).

⁶⁶ Duque Domínguez, J.F., “Las formas del derecho de separación del accionista y la reorganización jurídica y financiera de la sociedad”, *BEE*, n.139,1990, p.96

⁶⁷ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 200

Reglamento del Registro Mercantil así lo exige, no siendo estas objeto del presente trabajo.

Sin embargo, nada se dice de los supuestos en los que no se produce un incremento de la responsabilidad respecto de las deudas sociales, es decir, aquellas fusiones heterogéneas equivalentes a una transformación en la que se reconoce el derecho de separación ordinario, como puede ser la absorción de una Sociedad Limitada por una Sociedad Anónima, supuesto este que, en el caso de ser una transformación, si permitiría el ejercicio del derecho de separación ordinario. Una interpretación sistemática⁶⁸ de la Ley de Modificaciones Estructurales, en concreto del Título I y el Título II, que regulan la transformación y la fusión respectivamente, daría lugar a la no aplicación del derecho de separación, puesto que esta ley ha establecido determinados mecanismos para proteger al socio en la fusión. Un ejemplo es el art. 50, que obliga a la sociedad a ofrecer la compra de las acciones o participaciones cuando se produce la absorción de una sociedad participada al noventa por ciento, mecanismo este muy similar al derecho de separación, pues el socio recibe en dinero el valor de su participación. También se ha previsto en el régimen de la fusión la necesidad del consentimiento individualizado en los supuestos del art. 41 ya explicados, pero sin embargo, en ningún momento se ha establecido un derecho de separación, puesto que no es considerado oportuno, ya que cuando era necesario proteger al socio, se ha establecido un mecanismo al efecto como se ha mencionado. En cambio, para la transformación, “legislador ha considerado sin duda, que la modificación de la forma jurídica de la sociedad ofrece la suficiente relevancia estructural como para justificar en todo caso la atribución del derecho de separación a los socios que no la aprueben, concurre una causa justa y suficiente, a juicio del legislador, para ejercitar el derecho de separación, entendido como instrumento de tutela del socio minoritario frente al poder de la mayoría”⁶⁹.

Una cuestión muy importante, teniendo en cuenta esta distinción entre los dos procesos de modificación, es que no se produzca un fraude de ley⁷⁰, es decir, que si la finalidad última no es una reestructuración empresarial, articulada a través de una fusión, sino que simplemente se quiere alterar el tipo social por las razones que procedan, mediante una transformación, no se puede utilizar como cobertura una fusión heterogénea para negar a los socios el derecho de separación, puesto que se aplicará la norma que se está tratando de eludir y se reconocerá al socio el derecho a separarse de acuerdo con lo establecido en el régimen de la transformación.

⁶⁸ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. p. 204

⁶⁹ Gadea Soler, E., “La separación de los socios...” op. cit., p. 145.

⁷⁰ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 201

- Fusión transfronteriza intracomunitaria:

Si bien lo explicado anteriormente es el régimen general de la fusión, es necesario señalar que para las fusiones transfronterizas intracomunitarias existe una regulación especial. Estas fusiones tienen carácter supranacional porque, aparte de sociedades sometidas a la legislación española, en ellas participan sociedades con nacionalidad de un tercer Estado.

El art. 54 LME describe este supuesto como aquella fusión en la que las sociedades capital que participan están constituidas conforme a la legislación de un Estado Miembro del Espacio Económico Europeo y, además, tienen su domicilio social, administración central o centro principal de actividades en el Espacio Económico Europeo. De manera que, interviniendo en la fusión al menos dos sociedades que cumplan con los requisitos anteriormente descritos, es necesario que al menos una de ellas esté sujeta a la legislación española.

Existen determinados tipos sociales que cuentan con su propia regulación para el proceso de fusión, como son la Sociedad Anónima Europea⁷¹ y las Sociedades Cooperativas Europeas⁷², pero para las sociedades de capital⁷³ sujetas a la legislación española, se aplica el régimen contenido en la Ley de Modificaciones Estructurales.

Como bien se ha dicho, el proceso se asemeja mucho al régimen de las fusiones internas, que se aplicará subsidiariamente en aquello que no se encuentre regulado. Una de las especialidades de este supuesto tiene que ver con el derecho de separación, pues en aquellos supuestos en los que la sociedad de capital española participante, como resultado de la fusión, tenga el domicilio situado en un Estado Miembro que no sea España, los socios que hubieran votado en contra, podrán ejercitar el derecho de separación tal y como reconoce el art. 62 LME, aplicando el régimen anteriormente descrito y que contiene el Título IX Capítulo I de la LSC. La fundamentación de este reconocimiento se encuentra en la alteración del contrato social, en concreto del domicilio social, como ocurría en el traslado internacional del domicilio social, lo cual provoca una modificación de la legislación aplicable y del régimen jurídico del socio. Se produce así “una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad”, al igual que ocurría en el traslado, lo cual justifica el reconocimiento del derecho de separación según STS de 30 de junio de 2010⁷⁴.

⁷¹ Su régimen se encuentra en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001, del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

⁷² Su régimen se encuentra en el (CE) núm. 1435/2003, del Consejo de 22 de julio de 2003, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

⁷³ Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Comanditaria por Acciones.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de junio de 2010. RJ\2010\5693, Fundamento de Derecho –SEGUNDO.

Podemos aquí comprobar cómo hay una estrecha similitud entre este supuesto y el traslado del domicilio social, lo cual nos lleva a reflexionar sobre la adecuación del reconocimiento del derecho de separación del socio solo para este tipo de fusiones, y no para todas con carácter general, pues las consecuencias que se pueden derivar para el socio en estos supuestos son mucho más gravosas, al igual que ocurría en la transformación, que para las fusiones internas, y por lo tanto son merecedoras de tal protección.

B) Escisiones:

Antes de analizar el régimen de la escisión es necesario apuntar que, junto con los dos supuestos clásicos de escisión, total y parcial, la Ley de Modificaciones Estructurales regula ahora en Título III la segregación⁷⁵ y la constitución de sociedad íntegramente participada.

Se procede, en primer lugar, a dar una definición de los supuestos de escisión tradicionales. De un lado, la *escisión total* supone “la total extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una ya existente, recibiendo los socios acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde”⁷⁶. Por otro lado, la *escisión parcial* implica “el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales formen una unidad económica independientes, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de la sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital social en la cuantía necesaria”⁷⁷; de manera que la diferencia fundamental que se puede extraer de los conceptos establecidos, es que en el primer caso, se transmite la totalidad del patrimonio dando lugar a la extinción de la sociedad escindida; mientras que en el segundo, solo se transmiten una o varias partes, lo cual no provoca la desaparición de la sociedad, sino una reducción del capital en la sociedad escindida, equivalente al valor del patrimonio traspasado.

Más diferencias entre ambos supuestos pueden ser establecidas en torno a los sujetos intervinientes en las mismas. Si bien es cierto que en ambos casos las sociedades intervinientes reciben el mismo nombre, sociedad escindida y beneficiaria

⁷⁵ Hasta su regulación era conocida como aportación no dineraria de rama de actividad, como una reorganización del patrimonio empresarial, Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p. 284.

⁷⁶ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 327

⁷⁷ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 328

respectivamente, en la escisión total, serán necesarias al menos dos sociedades beneficiarias, ya que por definición, el patrimonio total de la escindida se fragmentará en dos o más partes. En cambio, en la escisión parcial, bastará con que haya una sola beneficiaria, sin perjuicio de que puedan ser varias, ya que en este caso, la escindida, mantiene la titularidad del patrimonio restante, de aquel que no ha sido transmitido.

Si la sociedad escindida es solo una, las beneficiarias pueden ser varias, sin límite, siempre y cuando la porción de patrimonio transmitida a cada una de ellas cumpla el requisito objetivo de constituir una unidad económica.

Las sociedades beneficiarias pueden preexistir a la escisión o ser de nueva creación como resultado del proceso de modificación estructural. En el primer caso, debido a que los socios reciben una participación en el capital de la sociedad beneficiaria equivalente a la proporción de la participación que tenían en el capital de la escindida, se producirá una coexistencia entre los socios de la beneficiaria y la escindida, aunque es posible que los socios de la beneficiaria sean los mismos que los de la escindida y haya una coincidencia de sujetos. En el caso de ser una nueva sociedad, los socios de esta serán los mismos que los de la escindida, pues el capital de la nueva sociedad estará integrado por la porción del patrimonio de la escindida que se reparte en la misma proporción en la que participaban en la sociedad que ha separado parte, o todo, su patrimonio. Sin embargo, es posible que no todos los socios de la escindida reciban una participación en la beneficiaria, o que la proporción recibida no sea equivalente⁷⁸, pero para ello, será necesario, como establece el art. 76 LME, el consentimiento individual que aquellos que se han visto afectados por la no atribución.

En cuanto a la *segregación*, está definida en el art. 71 LME y supone “el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de la sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada”, de manera que la diferencia con la escisión parcial, es que la participación en la beneficiaria la recibe la sociedad escindida y no sus socios. La diferencia con la escisión total es que no hay extinción de la sociedad escindida⁷⁹, puesto que no tiene que traspasarse todo el patrimonio por completo.

En cuanto al último de los supuestos que integran la escisión, *la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión de patrimonio*, se produce, de acuerdo con el art. 72 LME, cuando “una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio la sociedad beneficiaria”.

⁷⁸ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 334

⁷⁹ Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p. 285

Así, podemos concluir estableciendo como característica fundamental común a todos los supuestos regulados en el Título III LME, que en todos los casos se produce una fragmentación del patrimonio, total o parcial, cuestión esta que nos permite diferenciar claramente la escisión de la fusión, en la que no hay fragmentación patrimonial, ya que una sociedad es totalmente absorbida por otra, o ambas pasan a integrar una nueva. Como consecuencia de esa fragmentación, se produce un cambio en la estructura patrimonial de todas las sociedades participantes, escindida y beneficiaria o beneficiarias. Mientras que en la escindida se produce una amortización, total o parcial de las acciones, con la consecuente reducción del capital, en la beneficiaria se produce un aumento de capital⁸⁰. De manera que pueden ser los socios, o la propia sociedad escindida, en el caso de la segregación, quienes reciban la participación en la sociedad beneficiaria. Por lo que se produce, respecto de los socios, una continuidad en la participación en el capital social, al igual que ocurría en las fusiones, de manera que como ya se ha dicho, los socios reciben, con carácter general, una participación en las sociedades beneficiarias equivalente a la proporción que ostentaban en el capital social de la escindida. Tampoco se reconoce al socio el derecho de separarse, no considera el legislador que la escisión, en ninguna sus variantes, tenga la entidad suficiente como para reconocer al socio el derecho a abandonar la sociedad.

Es interesante en este punto traer a colación lo establecido en el art.68.2 LME, que permite que las sociedades beneficiarias de la escisión puedan ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde. Cuando la ley dice cualquier tipo mercantil, dentro de esta clasificación podemos incluir tanto las sociedades personalistas, Sociedades Colectivas, Comanditarias simples; como las sociedades de capital, Sociedades comanditarias por acciones, Limitadas y Anónimas. Esto nos lleva a que como resultado de la modificación estructural se produzcan escisiones heterogéneas, como ocurría en las fusiones. Vuelve aquí a surgir la misma cuestión, que nos lleva a confrontar la ausencia del derecho de separación en la escisión, con el reconocimiento en la transformación, pues detrás de una escisión heterogénea se puede contemplar la esencia de una transformación al igual que ocurría con la fusión.

Como resultado de la escisión, el socio puede pasar a tener una participación en una sociedad del mismo tipo social, o en un tipo social en el que quede sometido a un régimen jurídico distinto, que incremente la responsabilidad por deudas sociales respecto del que tenía en la sociedad escindida. Para ambos casos, en la transformación se reconocía el derecho de separación, ordinario y automático respectivamente, mientras que no ocurre lo mismo en la escisión.

En estos casos, el límite a las escisiones mixtas o heterogéneas viene marcado por la posibilidad de que se pudiera producir una transformación entre los tipos sociales implicados, es decir, para que una sociedad se escinda a favor de otra, tiene que ser

⁸⁰ Los referidos aumentos y disminuciones de capital se llevan a cabo a través del tipo de cambio, al igual que para la fusión.

posible que se pueda transformar en ella (*Véase supra*). Sin embargo, esto no implica que se pueda aplicar a ellas el régimen de la transformación, de manera que a pesar del límite establecido, sigue sin reconocerse el derecho de separación, puesto que como ya se dijo anteriormente, las modificaciones estructurales son autónomas⁸¹.

También es interesante lo establecido en el art. 73 LME. En el primero de los apartados de este artículo, se establece que a la escisión se le aplicará con carácter general el régimen de la fusión, teniendo en cuenta las especialidades contenidas en el Título III para la escisión, lo que nos lleva a pensar que, si se produce una escisión a favor de una sociedad en la que el régimen de responsabilidad por las deudas sociales es ilimitado, será necesario el consentimiento individual de los socios, por lo que en caso de no producirse, no podría llevarse a cabo la operación, al igual que ocurriría en la fusión, articulándose así un mecanismo de protección de los socios en el caso en el que una SRL escindiera una parte de su patrimonio a favor de una Sociedad Colectiva.

Puede también darse el caso de que la sociedad beneficiaria tenga una nacionalidad distinta de la española. Para estos supuestos, el art. 73.2 LME establece que, cuando “en la escisión participen o resulten sociedades de distinta nacionalidad, se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales”; por lo que si la sociedad escindida tiene nacionalidad española y se aplica la legislación de dicho Estado, no se reconocería el derecho de separación al socio disidente, el cual quedaría sometido al ordenamiento jurídico del Estado donde la sociedad beneficiaria tiene el domicilio social. Este supuesto es muy similar al definido para el traslado del domicilio social, pues se va a producir una alteración de la nacionalidad y consecuentemente del régimen jurídico al que queda sometido el socio, por lo que se puede considerar que existe una desprotección del mismo, ya que no se reconoce el derecho de separación, al contrario de lo que ocurriría en el traslado.

Lo curioso es lo que ocurre cuando las sociedades involucradas cumplieran los requisitos del art. 54 LME, que regula lo relativo a las fusiones transfronterizas intracomunitarias. Según el art. 73.1 LME, que realiza una remisión genérica al régimen de la fusión, sería de aplicación la normativa del Título II, dentro de la cual se regula la fusión transfronteriza que recoge el derecho de separación, por lo que por aplicación analógica, también se reconocería para la escisión. Además, “no tendría sentido que un aspecto tan relevante como el derecho de separación, en la escisión comunitaria estuviera un régimen más laxo”⁸². Sin embargo, si se atiende a lo establecido en el art. 73.2 LME, se llegaría a una conclusión opuesta, pues como se ha explicado en el párrafo anterior, se aplicaría la respectiva ley personal, la ley española propia de la escisión y por lo tanto, no se reconoce el derecho de separación.

⁸¹ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.202

⁸² González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.336

Se entiende que se debe considerar una conjunción de ambas remisiones. Siguiendo con el mismo supuesto de escisiones intracomunitarias, en primer lugar sería de aplicación el art. 73.2 LME, puesto que regula el supuesto específico de una escisión en la que participan o resultan sociedades de distinta nacionalidad. Según este artículo, si participa una sociedad española, se aplica la ley personal, es decir, nos remite a la Ley de Modificaciones Estructurales, en concreto el régimen de la escisión. Forma parte de dicho régimen el art. 73.1, momento en el cual opera la segunda remisión, pues este precepto remite al régimen de la fusión, incluida la intracomunitaria, reconociéndose así el derecho de separación. La razón que lleva a considerar estas dos remisiones en cadena es, ante la ausencia de normativa comunitaria al respecto, lo contradictorio del resultado al que se llegaría si no se hiciera, pues si la fusión y la escisión tienen un régimen muy similar, con remisión general incluida, cuando participan en ella sociedades nacionales, no tendría sentido que, respecto de un derecho de tal calado y con tanta trascendencia, se predicaran resultados diferentes cuando se involucran sociedades de distinta nacionalidad. Pero más importante aún, si no se reconoce al socio el derecho a separarse, este quedaría desprotegido ante una modificación del contrato social de suma trascendencia, como es el cambio de nacionalidad con el consecuente cambio de régimen jurídico.

C) Cesión global del activo y pasivo:

El antecedente de este tipo de modificación estructural se encuentra en la LSA del año 1989, que recogía en su art. 266 que “la disolución de la sociedad abre el periodo de liquidación salvo en los supuestos de fusión o escisión o cualquier otro de *cesión global del activo y pasivo*”, pero ninguna norma desarrollaba este supuesto que, del tenor del precepto, se induce que es independiente de la fusión y escisión. Fue la LSRL de 1995 la que pasó a regular el régimen de la cesión con un funcionamiento similar a la fusión y escisión, pero mucho más sencillo, adquiriendo entidad propia como modificación estructural en el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y pasando, posteriormente, a aplicarse por analogía a las Sociedades Anónimas.

Así, finalmente, la LME recoge una regulación aplicable a toda la tipología de sociedades de capital, unificando la normativa anterior. El concepto de cesión global del activo y pasivo está contenido en el art. 81 LME, según el cual, “una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones, o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.”

Como se puede comprobar, es esta una modificación estructural que se distancia de las anteriores, lo cual queda soportado por la ausencia de una remisión general al régimen

de la fusión, como ocurría en la escisión, pues se hacen remisiones selectivas⁸³ que dan lugar a diferencias relevantes.

En primer lugar señalar que una de las partes involucradas en la modificación, en concreto la parte cesionaria, puede ser una persona física, pues no es requisito esencial que sea una sociedad, ya que el precepto no establece, como en otras modificaciones, que sean *sociedades inscritas*. Por lo tanto, lo que a continuación se analiza, será solo referido a aquellas cesiones en las que ambas partes son sociedades mercantiles, pues ese es el objeto de estudio.

En cuanto a los efectos de la cesión, estos se limitan a la esfera patrimonial de la sociedad, pues la única modificación cualitativa que se produce es en el patrimonio de las sociedades intervinientes, la cedente lo transmite en su totalidad, y la cesionaria o cesionarias lo reciben. Desde un punto de vista subjetivo, no hay un traspaso de socios de una a otra⁸⁴, lo cual marca la nota distintiva con la fusión y escisión, pues son estas operaciones meramente subjetivas, que afectan a los sujetos que están detrás de la persona jurídica, a los socios. Así, la escisión se concibe como un *mero instrumento para la transmisión de empresas*⁸⁵, de ahí que sea una modificación estructural distinta de las anteriores.

Además, del concepto anteriormente dado, se puede deducir que la cesión determinar la extinción de la sociedad cedente o no, por lo que la liquidación no va necesariamente unida a este supuesto de modificación estructural. Por lo tanto, en los supuestos en los que la sociedad no se extingue, es decir, cuando la contraprestación no la reciben íntegramente sus socios, la sociedad ingresa una contraprestación por el activo y pasivo en su patrimonio, lo que, en última instancia, constituye un mero intercambio patrimonial. Así, se pueden distinguir cesiones extintivas o liquidatorias y no extintiva⁸⁶, que permiten la continuidad de la persona jurídica a pesar de haber transmitido todo su patrimonio.

En cuanto a la contraprestación a cargo del cesionario, esta puede realizarse mediante la entrega de toda clase de bienes excepto, como ya se ha dicho, acciones, participaciones o cuotas de socio en la cesionaria. Como consecuencia de la cesión, el socio de la cedente no adquiere una participación en la otra sociedad involucrada, hecho este que no ocurría en ninguna de las modificaciones estructurales que se han definido con anterioridad, pues en todas y cada una de ellas el socio pasaba a ostentar una participación en la sociedad resultante equivalente a la que tenía en la sociedad que

⁸³ Gállego Lanau, M., *La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Civitas, Madrid, 2016, p.1

⁸⁴ Gállego Lanau, M., *La cesión global del activo...*, op. cit., p.1

⁸⁵ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.436

⁸⁶ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.434

participaba en la modificación. Además, salvo en el caso de cesión extintiva, el socio de la cedente tampoco deja de tener una participación en el capital social de dicha sociedad. Respecto de la contraprestación, el problema puede venir dado por la entrega de acciones de otras sociedades que la cesionaria tenga en cartera, pues en estos casos se podría estar eludiendo la normativa en perjuicio de los socios⁸⁷.

Por lo tanto, el hecho de que no haya una transmisión de socios y que la contrapartida no pueda ser en acciones o participaciones de la sociedad cesionaria, no lleva a la misma situación que se producía en el resto de las modificaciones, es decir, el supuesto de hecho que determinaba la aparición del derecho de separación, no es producido en la cesión, pues no hay cambio del domicilio social y, como consecuencia, no se somete el socio a un ordenamiento jurídico nuevo, como ocurría en el traslado del domicilio social y la fusión intracomunitaria; ni tampoco se produce una vinculación a la regulación de un tipo social distinto del originario para la transformación. En suma, no se considera que se produzca una alteración del contrato social con entidad suficiente para reconocer el derecho de separación.

De todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir diciendo que la cesión global es modificación estructural “con unas características propias que la singularizan del resto de operaciones⁸⁸.”

D) Modificación estructural acompañada de sustitución o modificación sustancial del objeto social

Como ya se enunció anteriormente, uno de los supuestos recogidos en el art. 346 LSC que permite ejercitar el derecho de separación es la sustitución o modificación sustancial del objeto social. Este supuesto puede producirse de forma indirecta⁸⁹, es decir, ser consecuencia de una modificación estructural. Es muy frecuente el solapamiento de una fusión con la modificación del objeto social, ya que la sociedad absorbente o la de nueva creación, pueden tener un objeto social distinto al de la sociedad absorbida.

Como ya se ha explicado, la fusión, salvedad hecha de la fusión transfronteriza intracomunitaria, no permite el ejercicio del derecho de separación, por lo que procede entonces preguntarse si en estos casos, en los que la modificación del objeto social es consecuencia de la modificación estructural, se tiene que proceder a reconocer al socio el derecho de separación, o si por el contrario, este no se reconoce.

En contra del reconocimiento, encontramos las siguientes argumentaciones. La regulación de las modificaciones estructurales tiene un *carácter autónomo*, es decir, es

⁸⁷ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.458

⁸⁸ Gállego Lanau, M., *La cesión global del activo...*, op. cit., p.11

⁸⁹ Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p.91

independiente del procedimiento de modificación de los estatutos⁹⁰, y ante la ausencia de remisión por parte del art. 346 LSC, no sería adecuado reconocer el derecho de separación en estos supuestos. Esto viene sostenido por lo establecido en la Resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 1995, que en su Fundamento de Derecho – CUARTO- establece que “no pueden estimarse tales modificaciones, incluida **la del objeto, como un acuerdo independiente del de fusión**, siendo necesario puntualizar, para concluir en este punto, que las **fusiones no están condicionadas a una identidad o similitud de objetos de las sociedades implicadas**, de suerte que **habiendo eliminado el legislador el derecho de separación de los socios en los casos de fusión (...)** **no puede intentarse hacerlo revivir (...)** **por razón de la disparidad existente entre el objeto de la absorbida**”.

Determinados autores se sitúan en contra del reconocimiento de este derecho porque *no reconocen la legalidad* de un derecho de separación en estos supuestos⁹¹, es decir, al no estar contemplado legalmente, no tiene cabida. El principal fundamento de esta postura se sitúa en el reconocimiento expreso por parte del legislador de aquellas fusiones en las que si permiten el ejercicio del derecho de separación, esto es, la fusión transfronteriza, y que por lo tanto, no cabría admitir tal derecho en estos supuestos, ya que si el legislador lo hubiera querido, lo hubiera establecido. Si sería viable que, en este caso, a través de una disposición estatutaria se hubiera recogido tal derecho⁹², pues ya no estaríamos en el ámbito de las causas legalmente tasadas, sino en un supuesto diferente, en el otro mecanismo a través del cual se permite reconocer el ejercicio del derecho de separación. Se introducen aquí las clausulas estatutarias como alternativa para reconocer el derecho de separación en aquellas modificaciones estructurales en las que la ley no lo reconoce.

Sin embargo, sostienen otros autores que, si como resultado de una fusión se deriva una menor protección para los socios, este principio de autonomía debe diluirse⁹³. Independientemente de que se reconozca o no la autonomía⁹⁴, es indiscutible que se produce una alteración del contrato social, pues la modificación del objeto social tiene trascendencia suficiente y eso llevaría a situarnos ante el fundamento que hace nacer el derecho de separación⁹⁵.

⁹⁰ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 202

⁹¹ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p. 48

⁹² Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p. 48

⁹³ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 202 y Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p. 92

⁹⁴ Sobre el reconocimiento de la autonomía véase Farrando Miguel, I. *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p. 92

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de junio de 2010. RJ\2010\5693

Igualmente puede ocurrir que, las sociedades beneficiarias de una escisión tengan un objeto social distinto de la escindida. En estos casos, la situación es la misma que lo que ya se ha explicado respecto de la fusión⁹⁶.

Para ambos casos se considera que debe reconocerse el derecho de separación, pues aunque la ley no establezca expresamente en el art. 346.1 como causa de separación una modificación estructural acompañada de modificación del objeto social, parte de este supuesto si está legalmente reconocido, por lo que no se está creando *ex novo* una nueva causa. Además, si bien es cierto que en la mayoría de las fusiones se produce tal modificación del objeto social, no es un presupuesto necesario para que esta se produzca ni una consecuencia tasada. Por lo tanto, ante el perjuicio que puede causarse al socio y, por el hecho de producirse el fundamento sobre el que se apoya el reconocimiento del derecho de separación, la modificación sustancial del contrato social⁹⁷, se concluye que en estos supuestos debería producirse tal reconocimiento.

4. MECANISMOS DE DEFENSA DE LAS MINORÍAS:

Como consecuencia de la toma de decisiones por el principio de las mayorías en las sociedades de capital, las minorías disidentes se ven vinculadas por los acuerdos tomados según lo establecido en el art. 159.2 LSC. Sin embargo, como ya se ha explicado, la ley, para determinados supuestos, prevé de forma expresa el reconocimiento del derecho de separación para poder abandonar la sociedad de forma, relativamente rápida, y obteniendo a cambio el valor razonable por la participación.

Sin embargo, de lo analizado se desprende que hay modificaciones estructurales en las que no se reconoce el derecho de separación y, el socio, tiene que buscar mecanismos alternativos para abandonar la sociedad y no quedar vinculado por el acuerdo que considera perjudicial para sus intereses o los de la sociedad.

A) Venta de la participación

La venta de las acciones y participaciones es una vía de salida de la sociedad que puede ser considerada como una alternativa para los supuestos en los que la modificación estructural no permite el ejercicio del derecho de separación. Sin embargo, para poder valorar la eficacia de este mecanismo, se tienen que tener presentes dos hechos. Por un lado, los límites legales y estatutarios establecidos a la transmisión de acciones y

⁹⁶ González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p. 335

⁹⁷ La modificación del objeto social supone un cambio en el contrato social ya que el art. 22.1 d) LSC recoge como contenido de la escritura de constitución los estatutos sociales y, como contenido de estos, figura el objeto social según el art. 23 b) LSC.

participaciones⁹⁸, y por otro, la existencia de un mercado regulado que facilite su transmisión.

Comenzando por las Sociedades Anónimas, el régimen de transmisión de las acciones se encuentra regulado en los art. 120 y ss. LSC. Respecto de estas, el régimen general es la *libre transmisibilidad*, ya que según el art. 121.3 “serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisibles las acciones”. Las únicas restricciones válidas frente a la sociedad serán aquellas que recaigan sobre acciones nominativas y que estén recogidas en los estatutos sociales. Además, la transmisión sujeta a la previa autorización de la sociedad, en estos casos, solo podrá producirse cuando se hayan recogido en los estatutos las causas tasadas que permitan a la sociedad denegar la transmisión, pues en otro caso, no será válida dicha condición.

Así, la transmisión de las acciones se articula a través de un régimen eminentemente libre, a lo que se añade que las Sociedades Anónimas pueden emitir a cotización en un mercado regulado sus acciones, pues el art. 495 LSC establece que “son sociedades cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a cotización”, lo cual excluye directamente a las sociedades de responsabilidad limitada. Esto facilitaría en gran medida la transmisión de acciones a un socio que quiere abandonar la sociedad y no puede ejercitar el derecho de separación.

En cuanto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la transmisión de las participaciones⁹⁹ tiene una naturaleza más restringida, derivada de su carácter cerrado¹⁰⁰, pues según lo establecido en el art. 107 LSC, solo es libre la transmisión de participaciones a “los socios, al cónyuge, a los ascendiente o descendiente del socio o a favor de las sociedades pertenecientes al grupo de la transmitente”, salvo disposición contraria en los estatutos. Para el resto de los casos, se tendrá que atender a lo establecido en los estatutos sociales, pero si nada dijera estos, el art. 107.2 LSC regula un procedimiento que requiere la comunicación y autorización por parte de la Junta General.

Por lo tanto, al tener las participaciones un régimen de transmisión más restringido y no poder ser emitidas a cotización en un mercado secundario, es más difícil llevar a cabo la venta para abandonar la sociedad, por lo que es en estos casos donde tiene más relevancia, aun si cabe, el derecho de separación.

B) Impugnación de los acuerdos sociales.

Si el socio es contrario al acuerdo tomado, pero no quiere abandonar la sociedad, puede tratar de impugnar la decisión tomada para que esta no tenga validez. El régimen

98 Única y exclusivamente en régimen de transmisión voluntaria inter vivos

99 Única y exclusivamente en régimen de transmisión voluntaria inter vivos

100 Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., *Comentario de la Ley...*, op. cit., p. 889

general para la impugnación de acuerdos sociales se encuentra establecido en el Título V Capítulo IX de la Ley de Sociedades de Capital.

El cuanto a los requisitos que tiene que reunir el socio para impugnar un acuerdo social, en primer lugar, se requiere que tuviera la condición de tal antes de la toma del acuerdo y que, además, posea al menos un 1% del capital social, ya sea de forma individual o conjunta, porcentaje que podrá ser reducido por vía estatutaria como señala el art. 206.1 LSC. En segundo lugar, el plazo para el ejercicio de esta acción es de un año, que se empieza a computar desde la fecha de adopción del acuerdo por la junta general, pues en el presente caso, las modificaciones estructurales tienen que ser aprobadas por la junta general.

Las causas que permiten la impugnación de los acuerdos tomados por la junta general quedan recogidas en el art. 204.1 LSC que señala que son impugnables “los acuerdos sean contrarios a la Ley o los estatutos, o que lesionen el interés de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros”. Se parte del presupuesto de que los procesos de modificación han sido correctamente desarrollados y que se ha cumplido con todos los requisitos de legalidad, pues lo que en este epígrafe se está considerando son las alternativas que tiene el socio una vez el acuerdo es vinculante. Por lo tanto, la causa de impugnación que procedería en estos supuestos es la lesión del interés social.

En cuanto al contenido del interés social, es necesario analizar dos teorías existentes al respecto¹⁰¹. De un lado, los *institucionalistas*, entienden que se trata de un interés autónomo, propio de la sociedad, en el que confluyen las voluntades de todos aquellos que participan en la sociedad, es decir, un interés común. De otro lado, los *contractualistas*, entienden el interés social como aquel que es común a todos los socios. El art. 204 LSC resuelve expresamente este conflicto doctrinal estableciendo en qué supuestos se debe considerar vulnerado dicho interés, y por ende, en qué casos procede la impugnación del acuerdo. Así, cuando la decisión tomada por la junta general se imponga de forma abusiva por la mayoría, no responda a una necesidad social o se adopte en interés de un socio y en perjuicio de los demás, el socio que reúna los requisitos anteriormente mencionados, podrá proceder a la impugnación. Es importante señalar que no será requisito necesario que en estos casos se haya producido un daño patrimonial para que proceda la impugnación.

El proceso de impugnación seguirá los trámites de juicio ordinario, pero podrá solicitarse la suspensión del acuerdo impugnado mientras esto ocurre, de acuerdo con el art. 727.10º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que el socio represente el 1% del capital en las sociedades cotizadas y el 5% en las no cotizadas, lo cual tiene una gran trascendencia, pues la suspensión del acuerdo implica que “no existe durante los años

¹⁰¹ Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p. 165

que dura el proceso judicial de impugnación¹⁰²». Finalmente, la sentencia que decida sobre la validez o no del acuerdo tomado vinculará a todos los accionistas.

En cuanto a las fusiones, estas cuentan con su propio régimen de impugnación en el art. 47 LME que, al hacer el régimen de la escisión una remisión general a través del art. 73.1, se entiende aplicable también a este supuesto. El art. 47 habilita para impugnar en aquellos casos en los que durante el procedimiento de la modificación estructural no se hubieran cumplido los requisitos legales aplicables, pues una vez inscrita no podrá ser impugnada siempre que se haya realizado de acuerdo con lo establecido en la ley. Por lo tanto, no sería este un mecanismo de defensa de las minorías aplicable a lo que se está analizando, puesto que se ha partido de la base de que el acuerdo es totalmente legítimo. Lo mismo ocurre con el régimen de impugnación de la cesión global de activo y pasivo que recoge el art. 90 LME, pues realiza una remisión especial al art. 47.

Por lo tanto, las vías de las que dispone el socio minoritario, una vez el acuerdo de modificación estructural ha sido correctamente acordado y le vincula de acuerdo con el art. 159.2 LSC, son la venta de su participación con el consecuente abandono de la sociedad, o tratar de impugnar el acuerdo alegando una vulneración del interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros.

¹⁰² Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p. 167

5. CONCLUSIONES

La rigurosa y estricta regulación que originariamente perfilaba el derecho de separación, en la que solo se permitía su ejercicio en un número de supuestos tasados¹⁰³, se ha ido flexibilizando a lo largo del tiempo. Así, se comenzó introduciendo una ampliación de los supuestos en los que se reconocía tal derecho y la posibilidad de articular y modificar causas de separación a través de cláusulas estatutarias para las Sociedades de Responsabilidad Limitada¹⁰⁴, haciéndose extensible posteriormente a las Sociedades Anónimas con la unificación de regímenes jurídicos en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Este proceso de flexibilización está relacionado con la clasificación que se haga de la sociedad, es decir, del carácter personalista o contractualista que se le atribuya¹⁰⁵. El sostenimiento de una postura contractualista entiende como lógico el proceso de flexibilización y se fundamenta en que en las sociedades de capital no se considera como elemento fundamental la persona del socio, ya que este puede transmitir su participación, a salvo de las matizaciones hechas. Además, el ámbito de la autonomía de la libertad es mayor en las sociedades capitalistas, de naturaleza abierta, que en las personalistas. Pero esta justificación no está exenta de conflictos, sobre todo en la extensión de la posibilidad de establecer causas convencionales de separación a las Sociedades Anónimas¹⁰⁶, pues la autonomía de la voluntad y el carácter flexible¹⁰⁷ se predica principalmente sobre las Sociedades de Responsabilidad Limitada, aquellas en las que, como se ha dicho, tiene más sentido el derecho de separación porque es más difícil la transmisión de la participación.

Dejando de lado estas consideraciones generales respecto del derecho de separación, se pasa a valorar su aplicación o no respecto de los procesos de modificaciones estructurales explicados. La principal de las cuestiones que se plantean es el por qué del reconocimiento del derecho de separación en los supuestos de transformación y su negativa en la fusión o escisión, ya que, como se ha podido comprobar, son dos modificaciones estructurales muy similares. En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se reconocía el derecho de separación en el art. 144 tanto para la fusión como para la transformación, con base en el mismo fundamento¹⁰⁸, que no era otro que la alteración de la estructura organizativa de la sociedad¹⁰⁹, lo cual lleva a considerar la necesidad de la unificación del régimen jurídico de ambos supuestos¹¹⁰, es decir, la

¹⁰³ Ley /1951, de 17 de julio, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas

¹⁰⁴ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

¹⁰⁵ Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión...”, op. cit., p.3

¹⁰⁶ Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la...”, op. cit., p.1

¹⁰⁷ Fernández-Río, A. J. R., Sánchez, E. M. B., *Comentario de la Ley...*, op. cit., p.2479

¹⁰⁸ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p. 61

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de octubre de 2013, Fundamento de Derecho TERCERO.

¹¹⁰ Ibáñez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial...*, op. cit., p.265

eliminación o reconocimiento para ambos. Se entiende que lo correcto sería eliminarlo en ambos casos, pues como ya se indicó en el régimen de la fusión, la consideración de que la “protección de los intereses del socio se encontraban ampliamente protegidos por la ampliación de los deberes de información”¹¹¹ es una cuestión que puede hacerse extensible a la transformación.

Otra de las cuestiones sobre las que merece la pena volver es la laguna legislativa existente respecto de las escisiones intracomunitarias. La ausencia de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para este supuesto, al contrario de lo que ocurre en la fusión, induce necesariamente a valorar qué debe ocurrir en esas situaciones. Se ha establecido que lo lógico y racional es aplicar el régimen de la fusión intracomunitaria considerando una doble remisión, ya que “no tendría sentido que un aspecto tan relevante como el derecho de separación, en la escisión comunitaria estuviera un régimen más laxo”¹¹². Además, la alteración que padece el socio tiene una entidad relevante, pues cambia la nacionalidad y la legislación a la que este queda sometido.

Por último, considerar que, si bien se han expuesto los mecanismos regulados en la ley que las minorías pueden accionar para defender sus intereses cuando no se les reconoce el derecho de separación, no se puede pasar por alto una cuestión a la que previamente se ha hecho referencia, y no es otra que considerar las causas estatutarias como alternativa para las modificaciones estructurales en las que no reconoce dicho derecho¹¹³. Este aspecto hay que considerarlo conjuntamente con la necesidad de establecer unos límites al reconocimiento y ejercicio del derecho de separación, que se deduce de todo lo analizado, pues conjugar la defensa de las minorías con la continuidad de la sociedad es algo indispensable. Por lo tanto, no se puede permitir un reconocimiento indiscriminado, ya que esto impediría un correcto funcionamiento de las sociedades y quizás, las causas estatutarias podrían llegar a desvirtuarlo en este punto.

¹¹¹ Duque Domínguez, J.F., “Las formas del derecho de separación del accionista y la reorganización jurídica y financiera de la sociedad”, *BEE*, n.139,1990, p.96

¹¹² González-Meneses García-Valdecasas, M., *Modificaciones estructurales...*, op. cit., p.336

¹¹³ Rodas Paredes, P. *La separación del socio...*, op. cit., p. 48

6. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Farrando Miguel, I., *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 1998.

Gállego Lanau, M., *La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Civitas, Madrid, 2016.

González-Meneses García-Valdecasas, M; Álvarez Royo-Villanosa, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dyckinson, Madrid, 2009

Ibáñez Jiménez, J. (Coordinador), *Fundamentos de Derecho Empresarial: Derecho de Sociedades, Tomo II*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012.

Perales Viscasillas, M.P., *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2001.

Rodas Paredes, P., *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ARTÍCULOS DE REVISTA

Alonso Ledesma, C., “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”, *Revista de Derecho Mercantil*, num.287, 2013, pp.1-25

Alonso I Vives, X. y Cuenca Márquez, J., “El derecho de separación y la figura de la exclusión de socios”, *Iuris*, num.2, 2013, pp. 30-36

Duque Domínguez, J.F., “Las formas del derecho de separación del accionista y la reorganización jurídica y financiera de la sociedad”, *BEE*, n.139, 1990, pp.75-126

Fernández de Córdoba Claros, I., “La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, num.41, 2013, pp. 1-34

Gadea Soler, E., “La separación de los socios en las sociedades mercantiles: el caso particular de las fusiones heterogéneas”, *R.D.E.S*, num.3, 2003, pp. 140-147

Garrigues, J., “La protección de las minorías en el derecho español”, *Revista Derecho Mercantil*, num.72, 1959, pp. 1-10.

Goenechea, J.M. y García, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, num.24, 2009, pp. 16-26

Vives Ruiz, F. y Tapias Monné, A., “La ley de Modificaciones Estructurales, una norma técnicamente fallida” *InDret*, num.4, 2013, pp. 5-13

LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3 de julio de 2010)

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE 4 de abril de 2009)

Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital. (BOE 25 de noviembre de 2005)

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24 de marzo de 1995)

Ley /1951, de 17 de julio, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (BOE 18 de julio de 1951)

JURISPRUDENCIA:

Resolución de 26 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. RJ\2016\3975

Resolución de 8 de noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. RJ\1995\8085

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de octubre de 2013. RJ\2013\6962

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de junio de 2010. RJ\2010\5693

REFERENCIAS DE INTERNET

“Separación de Socio”, Guías Jurídicas

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE1PTU_DMAz9NeQyCbWAdsulHQckQGgriKubem20LC6xU9Z_j0uHRCQrz-

[_54_krY5obvIg94AgJnL_JRXG8j5sON0zOk-E5UpzPtkkZjUDLjtDgJEPYkbPlgv2EDbTKU-owVbMiIYGwR7Z3hgf6foXJ9yCeYgVpHeW7zj5-FssrH8rt1kyYWAвш-8xCprB98Ozhqz1wOy5piiJwpO2tkSnZlf_8WGxteBmHtG-oMca7iH2qBojJDe8gSbqO591Bd0CjxcT4kmZw69-tcbvUW9iCP_ZdUKVRdRkK3HVjAv670CwhoCxu573A8jjhDFZAQAAWKE; última consulta 3/03/2017\)](#)

“Sociedad de Capital”, Guías Jurídicas,

[43](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAE1OQU7DQAz8zV4qoQbBoYe9pOWAhBCiAXF1dq3EYrHL2gnN73FJD1iyPBp7PPM9YV06PFs8SiLMkDcZNwlOZFCCLiy8fMWuThgMeo3bAMkmKAdJsblgmrGD3nmpGWu7ODJx7Stq3N0HHeXnGWYawEi4hbr-opzjw8f2Us3dbbMLM1b1g_hOA7JhGGkYn7xtvQdV0r0U_64INY0vMGB8ZEokN6Cncyj86ZmOf8urh76xp1Mo_9IV3k5m7tYbr7uQis8DGO6hIOdrzl_7izHyHgEAAA==WKE; última consulta 3/03/2017)</p></div><div data-bbox=)