
La problemática de la empresa familiar ganancial en caso de crisis matrimonial

The Problems of The Profit Family Business in Case of Marriage Crisis

RECIBIDO: 26 DE ENERO DE 2022/ACEPTADO: 23 DE MARZO DE 2022

JAIME SÁNCHEZ-VIZCAÍNO RODRÍGUEZ

Universidad Católica San Antonio (Murcia)
ORCID: 0000-0003-0011-9581
jsvizcaino@ucam.edu

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática que deriva de la crisis matrimonial, que afecta a la empresa familiar, y que en particular daña a aquellos cónyuges que se encuentran sometidos al régimen económico matrimonial de gananciales.

Palabras clave: Crisis Matrimonial; Acciones O Participaciones Sociales; Régimen De Gananciales; Empresa Familiar; Patrimonio Ganancial.

Abstract: The present work addresses the problems that derive from the marital crisis, which affects the family business, and which in particular damages spouses who are submitted to the matrimonial property regime of community property.

Keywords: Marriage Crisis; Shares or Social Participations; Profit Regime; Family Business; Community Heritage.

I. INTRODUCCIÓN.

Mucho se ha escrito sobre la empresa familiar, sus fortalezas y debilidades, buen gobierno corporativo, pactos sociales y parasociales, etc. Sin embargo, poco se ha tratado acerca de lo que a mi juicio constituye una debilidad latente de cara a garantizar su supervivencia y continuidad. Me refiero a la crisis matrimonial que puede afectar a algunos de sus componentes, y a los problemas que de ella se pueden derivar, especialmente en el caso de aquellos matrimonios que, por una u otra razón, no hubieran pactado un régimen de separación de bienes, viéndose sometidos al régimen supletorio de gananciales que en tal caso impone nuestro vetusto Código Civil. “Es por ello, por lo que consideremos como una debilidad más de las empresas familiares la posi-

bilidad de que se produzca la ruptura matrimonial de los cónyuges casados en régimen de gananciales”¹.

A menudo la doctrina² no contempla tal debilidad porque parte de la premisa de que todos los miembros de las empresas familiares otorgaron capitulaciones matrimoniales, antes de contraer matrimonio o con posterioridad, fijando como régimen económico matrimonial el de absoluta separación de bienes. De ser así, en caso de ruptura matrimonial, no habría problema que solventar, ya que el bien “empresa” sería del cónyuge miembro de la familia, y, por consiguiente, el otro cónyuge no tendría el derecho a ejercitar ninguno de los que atribuye al socio en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, LSC), ni de adjudicación en el proceso de liquidación de las sociedades, en todo o en parte, el bien “empresa o contravalor atribuible”. Sin embargo, tal premisa -como revela la práctica forense- no se da³.

Ante la eventualidad, más que factible, de que se produzcan conflictos entre los cónyuges, trataremos de abordar sucintamente la problemática que pueda surgir tras la ruptura matrimonial en las sociedades de capital de carácter familiar, bien anónima o limitada, en relación a la controversia que pueda suscitarse sobre la titularidad de acciones o participaciones sociales por su carácter ganancial o privativo, del ejercicio de los derechos políticos y económicos del socio, medidas a adoptar en sede judicial sobre actos de administración y disposición en fase del procedimiento de divorcio y tras su resolución y, en especial, a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en cuanto a la inclusión en la formación del inventario de las acciones o participaciones sociales y demás derechos, su valoración y posterior adjudicación a uno u otro cónyuges o de su contravalor en dinero.

Es necesario tener en cuenta que, sin perjuicio de salvaguardar los intereses económicos y patrimoniales de los cónyuges en conflicto, cualquier medida que se acuerde o se adopte en el seno del proceso judicial debe ir encaminada a la conservación, permanencia y continuidad del bien empresa familiar, como fuente principal de ingresos de la unidad familiar, y a evitar, en la medida de lo posible, trasladar el conflicto conyugal a la empresa, provocando consecuencias irreparables, incluso su propia desaparición, en perjuicio de la propia familia y de terceros afectados⁴.

1 Sánchez Vizcaíno Rodríguez, J. (2012), p. 375.

2 Gallo Laguna De Rins, M. A. (2008), p. 30; Amat Salas, J. M. (2004), p. 47.

3 Sánchez Vizcaíno Rodríguez, J. (2012), p. 45.

4 Además del procedimiento judicial se ha de tener en cuenta medios adecuados de solución de conflictos, en este sentido la negociación y la mediación son alternativas eficaces, en este sentido resulta interesante la lectura de Méndez Rocasolano, M. (2003), pp. 129-142.

II. LAS EMPRESAS FAMILIARES: CONCEPTO.

Las empresas familiares en España se organizan mayoritariamente como sociedades de capital dado que la forma societaria se impone por la limitación de la responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial, las ventajas en cuanto a la transmisión “inter vivos o mortis causa”, y la autorregulación estatutaria que permite facilitar la continuidad de su gestión en manos de la familia. No obstante, dada la idoneidad -compartida por autores como Rodríguez Artigas y Arias Fuentes⁵- la sociedad de responsabilidad limitada, por su carácter cerrado, es la forma societaria que mejor se adapta a las necesidades y características de la empresa familiar.

“No existe en nuestro ordenamiento jurídico y, en general, en los ordenamientos foráneos, un concepto legal de empresa familiar que sirva para identificar si una concreta empresa tiene o no tal carácter. Tampoco hay un tipo único de empresa familiar, lo que complica aún más la elaboración de una definición legal”⁶. No obstante, podemos establecer los criterios por los que una sociedad de capital tendrá la condición de empresa familiar, y en este sentido, tendrán tal consideración todas aquellas en que una familia⁷:

1º. Sea propietaria de una participación significativa en el capital social, normalmente de forma mayoritaria.

2º. Ejerza el control político y económico.

3º. Participe activamente en la gestión de la empresa, bien mediante la participación de todos, o parte de sus miembros, en responsabilidades directivas, y/o en el órgano de administración.

4º. Desea que la propiedad y su gestión continúen en manos de la propia familia a través de las siguientes generaciones.

Así las cosas, la empresa familiar es: “Aquella que constituida por uno o más miembros de una familia, quienes mayoritariamente poseen la propiedad, gobierno y control, independientemente a que se gestión sea encomendada a alguno(s) miembro(s) de la familia o a directivos externos a la misma”⁸.

5 Rodríguez Artigas, F. (2003), p. 570; Arias Fuentes, A. (1997), pp. 35-53.

6 Sánchez Vizcaíno Rodríguez, J. (2012), p. 27.

7 Gálvez Gorrioz, C. (2002), pp. 158-181.

8 Sánchez Vizcaíno Rodríguez, J. (2012), p. 36.

III. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CONDICIÓN GANANCIAL O PRIVATIVA DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES DE LA EMPRESA FAMILIAR.

En las empresas familiares de tipología societaria lo ganancial o privativo no es la empresa en sí misma, sino las acciones o las participaciones sociales (artículo 1347-3º del Código Civil). La SAP de las Palmas de 19 febrero de 2008, viene a exponer: “el patrimonio social pertenece a la sociedad y no a los socios, por lo que lo que es ganancial no es el patrimonio de dicha sociedad, sino sólo las acciones o participaciones que el socio tenga en dicha entidad”⁹.

Para entender la incidencia de las crisis matrimoniales en el ámbito de la empresa familiar debemos referirnos al tratamiento, que, en el marco del régimen económico del matrimonio, reciben las acciones y participaciones sociales. Señalar que no es muy extensa la regulación que encontramos en nuestro ordenamiento, siendo destacables los artículos 1.352 y 1.382 CC, y los preceptos relativos a la propiedad mobiliaria o a las mejoras que puedan experimentar la misma.

Siguiendo a Monje Balsamedá, en nuestro ordenamiento existen los siguientes criterios generales a la hora de determinar la condición ganancial o privativa de las acciones o participaciones sociales¹⁰:

Criterio del momento de adquisición. Las acciones y participaciones sociales que posea cada cónyuge con anterioridad a la constitución del régimen de gananciales revestirán carácter privativo¹¹ por aplicación del artículo 1346.1 CC. Las particularidades, en cambio, se encuentran en aquellos casos en los que la adquisición se realice una vez vigente este régimen matrimonial; de tal forma que estos supuestos no pueden ser resueltos únicamente con la aplicación de este criterio.

Criterio de la onerosidad de la adquisición. La adquisición gratuita de acciones y participaciones por cualquiera de los cónyuges -ya sea por donación, herencia o legado-determinará su privación por aplicación del artículo 1346.2 del CC. Sin embargo, este criterio general tropieza con ciertas especialidades -y controversias- en el caso de adquisición de acciones o participaciones so-

9 SAP de las Palmas de 19 febrero de 2008 (Roj: SAP GC 1103/2008).

10 Monje Balsamedá, O. (2008), pp. 225-237.

11 Pérez Martín, A. J. (2009), p. 817.

ciales procedentes de un aumento de capital con cargo a reservas, supuesto que posteriormente se abordará.

Criterio de la subrogación real. Por el juego de este principio, las acciones y participaciones sociales adquiridas a título oneroso durante la vigencia del régimen van a quedar adscritas a una u otra masa patrimonial en función de la naturaleza que a su vez tuvieran los bienes objeto de la contraprestación, es decir, tendrán el carácter de privativo, ganancial o mixto en función de la naturaleza de la aportación¹².

Criterio que atiende a la previa titularidad: el derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita. Este criterio supone la ruptura de la regla de subrogación real a favor del principio de accesión, ya que impone la privatividad, independientemente de la naturaleza de los fondos utilizados, sin perjuicio de prever un derecho de reembolso en caso de utilizar bienes comunes para preservar el equilibrio entre las masas patrimoniales. En cuanto a este derecho de reembolso, vendría determinado, no por el valor que tuviera la acción, sino por el importe actualizado del dinero ganancial invertido.

Atribución voluntaria de ganancialidad por los cónyuges. Pese a no constituir un criterio distintivo en sentido propio, esta atribución también incide en el carácter ganancial o privativo de las acciones o participaciones sociales. La atribución de ganancialidad se halla prevista -con carácter general- en el artículo 1355 del CC y exige la existencia de un acuerdo de los cónyuges dirigido a determinar el status jurídico-patrimonial del bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial. La exigencia del común acuerdo ha de ir referida únicamente a la atribución de ganancialidad, y no a que ambos cónyuges hayan de concluir el negocio con el transmitente. Por lo tanto, el negocio en sí podrá ser concluido por uno solo de los cónyuges (lo cual podría ser el supuesto normal, puesto que estará utilizando en la mayoría de los casos fondos privativos), pero ambos deberán manifestar su voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido¹³.

12 Lacruz Berdejo, J. L. (2011), p. 551.

13 Gutiérrez Barrenengoa, A. (2004), p. 218.

IV. PARTICULARIDADES EN TORNO A LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y LAS ACCIONES PRIVATIVAS EN EL SENO DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES.

Entrando en las particularidades que giran en torno a las participaciones sociales y las acciones privativas en el seno del régimen de gananciales¹⁴, exponemos a continuación los principales supuestos:

4.1. Aportación de empresa individual o negocio privativo al capital social de una sociedad de capital de nueva constitución.

Es frecuente que el empresario individual que, iniciada su actividad empresarial en estado de soltería -o adquirida la empresa por donación o sucesión-, y transcurrido un tiempo, decide, constante la sociedad de gananciales, transformar su negocio de empresa individual a cualquiera de los tipos de sociedad de capital. La cuestión debe ser resuelta a favor del carácter privativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.346.3 del Código Civil. Así lo establecen, entre otras muchas, la STS de 18 septiembre de 1999¹⁵, y lo defienden autores como Pérez Martín¹⁶, pues consideran que tendrán carácter privativo las acciones, participaciones y títulos que, constante la sociedad de gananciales, se hayan adquirido -o hayan sido objeto de transformación- a título oneroso, pero con fondos privativos, con base en la aplicación del criterio de subrogación real.

4.2. Supuestos de adquisición derivada de nuevas acciones o participaciones sociales.

Hay que distinguir dos supuestos:

A) La de nuevas acciones o participaciones sociales por título de compraventa, en que operaría la procedencia de los fondos -con base en el criterio de subrogación real- para calificarlas como privativas o gananciales.

B) La del aumento del capital social. Que es aquella operación societaria que además de incrementar la cuantía del capital social supone una correlativa modificación estatutaria, en tanto en cuanto su montante económico constituye una mención necesaria en los estatutos sociales con la indicación de las con-

14 Ruíz De Lara, M. (2021), pp. 153-156.

cretas participaciones sociales o acciones en que se divide, valor nominal de las mismas y su enumeración (artículo 23. d) de la LSC).

El artículo 295 LSC, establece las distintas modalidades en que se puede realizar el aumento de capital social: por creación de nuevas participaciones sociales, emisión de nuevas acciones, o por elevación del valor nominal de las ya existentes, realizada con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social -incluida la aportación de créditos contra la sociedad-, o con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 1.352 CC atribuye la condición de privativas a las nuevas acciones o participaciones sociales cuyo origen procede de la titularidad de otras privativas. El cónyuge que pretenda que las nuevas acciones o participaciones sociales, adquiridas constante la sociedad de gananciales, posean igual carácter privativo que las originarias, deberá probar que las antiguas las adquirió antes de contraer matrimonio por compraventa, herencia, donación o con fondos privativos en virtud de sus derechos de suscripción preferente, ya que a la vista de la literalidad del precepto no hay que confundir titularidad con atribución¹⁷. En caso contrario, entraríamos en el ámbito de la presunción de ganancialidad -ya examinada- regulada en el artículo 1.361 del CC, y, en consecuencia, si las acciones o participaciones sociales originarias fueron adquiridas con carácter privativo o ganancial, también lo serán las adquiridas en virtud de aquellas. Así se pronuncia la STS de 24 marzo de 2003¹⁸, sobre las acciones adquiridas en ejercicio del derecho de suscripción preferente por ampliación social a partir de otras acciones privativas.

(i) De la suscripción de acciones o la asunción de participaciones sociales por aumento de capital con cargo a reservas generadas constante la comunidad ganancial.

El examen requiere, por sus especialidades, la suscripción de acciones o la asunción de participaciones sociales por aumento de capital con cargo a reservas generadas constante la comunidad ganancial. En primer lugar, hay que indicar que no comporta la entrada de nuevos bienes en la sociedad, ni afecta, por tanto, a la situación patrimonial. Se trata de una mutación de reservas so-

15 STS de 18 de septiembre de 1999 (Roj: STS 5603/1999).

16 Pérez Martín, A. J. (2009), p. 596.

17 De Los Mozos, J. L. (2002), p. 63.

18 STS de 24 de marzo de 2003 (Roj: STS 2005/2003).

ciales en capital, mediante un simple traspaso contable, verificándose en consecuencia una reestructuración de los recursos propios de la sociedad. Este aumento comporta notables consecuencias jurídicas, ya que los fondos transformados -que en principio serían de libre distribución- quedan imputados a capital, y se convierten por ello en indisponibles. Es habitual en estos casos hablar de un aumento “gratuito” del capital, puesto que los socios no tienen que realizar ninguna aportación y el desembolso de las nuevas acciones o participaciones sociales lo es por la propia sociedad con cargo a las reservas integradas en su propio patrimonio¹⁹.

En este caso, las nuevas acciones serán de titularidad privativa, con independencia del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, ya que, siguiendo a Martín Meléndez, “las reservas proceden generalmente de beneficios obtenidos y no distribuidos a los socios, pero una vez incorporados a las mismas pierden dicho carácter para pasar a formar parte del patrimonio social. Por eso, no se puede considerar la emisión con cargo a reservas como una emisión a cargo de dividendos. Como la sociedad de gananciales, analógicamente a lo que ocurre con el usufructuario de acciones, no tiene derecho a todos los beneficios que se produzcan, sino sólo a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo (aquí, durante la vigencia de la sociedad de gananciales), no puede defenderse que esas nuevas acciones sean gananciales, sino que han de ser privativas del cónyuge accionista, a lo que se une el mantenimiento de la posición del socio en la sociedad”²⁰.

Cadarso Palau considera que no se trata de un supuesto de adquisición de nuevas acciones de carácter gratuito (que, por consiguiente, entraría dentro del supuesto regulado por el artículo 1346.2 CC)²¹; sino que se trataría de “acciones realmente desembolsadas, siquiera el desembolso se haga con cargo a reservas de beneficios acumuladas en poder de la sociedad e integradas en el patrimonio social”²².

En su consecuencia, las nuevas acciones o participaciones sociales emitidas con cargo a reservas serán privativas y generarán un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por el importe de dicha ampliación de capital²³.

19 Iglesias Prada, J. L. y García Enterría, J. (2010), p. 530.

20 Martín Meléndez, M. T. (1995), p. 302.

21 Artículo 1346-2º CC: “Son privativos de cada uno de los cónyuges: (...) Los que adquiera después por título gratuito”.

22 Cadarso Palau, J. (1993), pp. 62-63.

23 STS de 15 de junio de 2020 (Roj: STS 2184/2020).

(ii) De la suscripción de acciones o la asunción de particiones sociales por aumento de capital con cargo a fondos comunes constante la comunidad ganancial.

Cuando la suscripción se hubiera pagado con fondos comunes, las acciones serán privativas con independencia del derecho de reembolso, que se producirá en el momento de la liquidación; y deberá tenerse en cuenta para su cálculo la inflación producida (actualización por devaluación monetaria), desde la aportación hasta la fecha de liquidación de la sociedad de gananciales.

4.3. Transmisión voluntaria del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones o participaciones sociales.

En la transmisión voluntaria del derecho de preferencia (artículo 306 de la LSC) por actos “inter vivos” de nuevas acciones o participaciones sociales cuando la titularidad de las anteriores es privativa, al no tratarse de un fruto, no puede considerarse ganancial, sino privativa; y, por tanto, el importe de su enajenación tendrá tal carácter ²⁴.

4.4. De los beneficios destinados a reservas.

Como señalan las SSTs de 3 de febrero de 2020 y 15 de junio de 2020²⁵, “los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, y sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren la condición de bienes gananciales. Ahora bien, en los supuestos de fraude de Ley, que se da en la práctica con cierta frecuencia en algunas sociedades familiares en donde unos de los cónyuges ejerce control en el seno de la Junta General por su posición mayoritaria en el capital social y consiguiente mayoría para la adopción del acuerdo de no otorgar beneficios a los socios para que de esta forma no beneficie el otro cónyuge no titular de acciones o participaciones sociales, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común”.

4.5. Pago de dividendos.

Todo socio es titular, con el carácter de derecho individual, del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. Pero el derecho de partici-

24 Pretel Serrano, J. J. (1991), p. 658.

pación en el reparto de las ganancias sociales y derecho al dividendo no son conceptos equivalentes. La jurisprudencia²⁶ y la doctrina²⁷ aluden a dos tipos de derechos: uno abstracto, que es el derecho del socio a participar en los beneficios; y otro concreto, que es el derecho al dividendo, que no se obtiene sino desde el acuerdo de la Junta General, y que, desde ese momento, nace como derecho de crédito del socio frente a la Sociedad, cuya prestación debida es la cantidad de dinero derivada de las “ganancias sociales”, que le correspondan en proporción a su participación en el capital social para la Sociedades Limitadas (artículo 275.1 LSC), o al capital que hubiera desembolsado en el caso de las Sociedades Anónimas (artículo 275.2 LSC). Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de existencia -por previsión estatutaria- de acciones o participaciones con privilegio en el reparto de las ganancias sociales: son los denominados dividendos privilegiados.

El artículo 1347.2 CC habla de “frutos, rentas o intereses”, que se devenguen durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y, por tanto, corresponderán a la sociedad de gananciales, y serán gananciales, los beneficios obtenidos de los bienes según su destino económico, por cualquiera de los cónyuges²⁸. Entre los frutos que se devengan, constante la sociedad de gananciales, aparecen los dividendos aprobados por la sociedad familiar²⁹. Y por su parte, el Código civil dispone, en su artículo 1347.2, “Son bienes gananciales: (...) Los frutos, rentas, o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales”.

25 SSTS de 3 de febrero de 2020 (Roj: STS 158/2020) y de 15 de junio de 2020 (Roj: STS 2184/2020).

26 STS 30 de enero de 2002 (Roj: STS 529/2002): “El accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto. El acuerdo de la Junta general es el que decide el reparto del dividendo, y hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago (...)”; STS de 5 julio de 2002 (Roj: STS 5004/2002): “(...) sobre el derecho al dividendo, distingue entre este derecho en abstracto y en concreto, solo reclamable tras acuerdo de la Junta General (...)”; ATS de 11 noviembre de 2008 (Roj: ATS 11118/2008): “(...) procede distinguir entre el derecho abstracto del accionista al reparto de dividendos y su derecho concreto a percibir dichos dividendos, una vez que existe acuerdo de la Junta General de reparto de beneficio (...)”.

27 Vicent Chuliá, F. (2010), p. 675; Marco Arcalá, L. A. (1997), p. 805-814; Bago Oria, M. B. (2010), p. 83.

28 Peña Bernaldo De Quirós, M. (2020), pp. 647- 648.

29 Artículo 127 LSC.

En el caso de cónyuges casados en régimen de gananciales, siendo uno de ellos propietario de un paquete de acciones o participaciones sociales de carácter privativo, no es infrecuente que, tras la ruptura del matrimonio y liquidada y disuelta la sociedad de gananciales, queden pendientes de percibir determinados dividendos acordados vigente la misma. En esta situación, el ex cónyuge no titular tiene derecho a percibir la mitad de esos dividendos.

La cuestión estriba en establecer qué criterio se adopta para calificar los dividendos como gananciales o privativos: si la fecha del acuerdo o la de pago, es decir, el criterio del devengo frente al de pago. Nuestra opinión, sustentada en la Jurisprudencia que invocamos del Tribunal Supremo³⁰ (SSTS de 10 de octubre de 1996, 19 de marzo de 1997, 30 de enero de 2002), y de distintas Audiencias Provinciales³¹ (SAP de Madrid de 28 de julio de 2006, SAP de Alicante de 15 enero de 2004, y SAP de Murcia de 14 mayo de 2007)³², permiten fijar su calificación, como privativo o ganancial, atendiendo a la fecha del acuerdo societario y no la de pago, es decir, primando el criterio del devengo frente al del pago. Por tanto, los dividendos percibidos con posterioridad a la disolución del matrimonio, pero devengados constante el mismo -como derechos de crédito de la sociedad de gananciales- deberán ser percibidos por su titular y abonados en la mitad de su importe al otro ex cónyuge.

V. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL POR LOS TITULARES DEL BIEN CASADOS EN RÉGIMEN DE GANANCIALES.

En tanto sean un bien ganancial, las acciones y participaciones sociales estarán sujetas al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión³³, es indudable la aplicación del inciso primero del artículo 1384 CC, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuyo nombre, en el caso concreto, aparezca frente a la Sociedad ostentando la titularidad de la participación o acción en su condición de socio, así como la del artículo 1385

30 STS de 10 de octubre de 1996 (Roj: STS 5407/1996), STS de 19 de marzo de 1997 (Roj: STS 2028/1997) y STS de 30 de enero de 2002 (Roj: STS 529/2002)

31 SAP de Madrid, de 28 julio de 2006 (Roj: SAP M 11178/2006) y SAP de Alicante, de 15 de enero de 2004 (Roj: SAP A 46/2004)

32 SAP de Murcia, de 14 de mayo de 2007 (Roj: SAP MU 907/2007)

33 Martínez Gallego, E. M. (2001), p. 1668-1684; Fernández De Villavicencio, M. C. (1997), p. 154.

CC³⁴, que posibilita al cónyuge socio llevar a efecto los derechos derivados de esta condición frente a los otros sujetos de la relación, es decir, la sociedad y los demás socios:

5.1. Como actos de administración.

Por su condición de titular de las participaciones o acciones inscritas en el libro de registro de socios o en libro registro de acciones nominativas, y, por tanto, como socio de la sociedad, el cónyuge titular podrá ejercitar los derechos que le confiere el artículo 93 LSC, precepto que viene a recoger el significado de la acción como conjunto de derechos corporativos integrantes de la condición de socio³⁵. Recuérdese que el artículo 1384 del Código Civil, establece como excepción al principio de cogestión imperante en el régimen económico matrimonial de gananciales. Como señala Guilarte, “nuestro ordenamiento permite a un cónyuge llevar a cabo individualmente determinados actos sobre bienes que pueden ser de titularidad ganancial, pero que figuran inscritos a su nombre o que detentan en ese momento, al margen de la relación interna que exista entre ambos consortes”³⁶. Por tanto, el elemento determinante de la administración de las acciones o participaciones sociales es su titularidad, correspondiendo aquella al cónyuge a cuyo nombre figuren, ya que la sociedad solo reputará accionistas o socio a quien se haya inscrito en el mismo (artículos 104.2 y 116.2 LSC) y “no puede considerarse legitimado a ningún tercero, no puede tenerse por socio y admitir el ejercicio de los derechos de socio a nadie que no figure inscrito. Y tampoco puede modificar el libro registro sin el consentimiento del socio. El cónyuge del socio no deviene parte de la relación jurídica societaria, por tanto, no puede ni los demás socios ni la sociedad tiene que soportar su injerencia en la ejecución del contrato social”³⁷. Esta línea ha sido reflejada en la jurisprudencia; así, puede citarse la SAP de Valencia de 29 de abril de 1999³⁸, que atribuye al esposo, y no a la esposa, la administración de las acciones y participaciones sociales de las que era

34 Es decir, como señala Martínez Gallego, E. M. (2001), p.154: “se habilita al cónyuge titular de un derecho de crédito (que no necesariamente único dominus) para que pueda realizar válidamente el cobro”.

35 Uría, R. Menéndez, A. y Olivencia, M. (1994), p. 98.

36 Guilarte Gutiérrez, V. (1991), p. 134.

37 Alfaro Águila Real, J. (2014), <https://derechomercantiles.pana.blogspot.com/2014/04/sociedad-de-gananciales-y-ejercicio-de.html>

38 SAP de Valencia, de 29 abril de 1999 (Roj: SAP V 2470/1999).

titular en tres sociedades familiares, como el ejercicio de los derechos políticos en las Juntas Generales que pudieran tener lugar, quedando sometido al cumplimiento de las obligaciones principales y accesorias propias del cargo.

Ahora bien, si las acciones o participaciones sociales se hubieran inscrito en el libro registro o emitido a nombre de los dos cónyuges, desde un punto de vista estrictamente societario sería de aplicación el artículo 126 de la LSC, por virtud del cual la cónyuges copropietarios deberían haber designado en el título constitutivo y la inscripción en el libro registro la designación del representante, en caso de que no lo hubieran hecho y no se pusieran de acuerdo en la designación del representante, el Juez podría, por aplicación analógica del artículo 393, párrafo tercero, del Código Civil, a instancia de cualquier de las partes en contienda, nombrar a uno de ellos e incluso a un tercero ajeno. Este supuesto seguiremos abordándolo al tratar el apartado de la sociedad postganancial.

5.2. *En relación a la esfera dispositiva:*

A) *A las acciones*, por tratarse de títulos valores, no les será de aplicación la regla de la codisposición, siendo plenamente válida y eficaz la enajenación unilateralmente efectuada por el cónyuge en cuyo poder se encuentre o sea titular, al amparo de lo establecido en el artículo 1384 CC, so pena de que el Juzgador adopte como medida cautelar la prohibición de disposición.

B) Sin embargo, *las participaciones sociales*, tal y como establece taxativamente el artículo 1 de la LSC, no podrán incorporarse a títulos negociables, razón por la cual no podrán ser válidamente enajenadas sin el consentimiento de ambos cónyuges. En este caso, las reglas de ganancialidad se imponen a las societarias, ya que los actos de disposición exceden de la estricta relación societaria para adentrarse en el contenido del ejercicio de un derecho ordinario, como es el de propiedad.

Interpretamos que el artículo 1384 CC tiene total eficacia, ya que sólo cuando estemos ante un título valor ganancial a nombre de uno de los cónyuges, queda éste legitimado para realizar en solitario el acto de disposición. En otro caso, cuando se trate de participaciones sociales el consentimiento dual expreso será imprescindible, en atención a lo que establece el artículo 1.377 CC.

VI. MEDIDAS EN ORDEN A LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL EN LA EMPRESA FAMILIAR UNA VEZ INSTAURADA LA CRISIS MATRIMONIAL Y HASTA LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Instaurada la crisis matrimonial³⁹, el cónyuge ajeno a la gestión y administración de la empresa familiar quiere asegurar la conservación de su patrimonio hasta que concluya el proceso de liquidación de los bienes que conforman el acervo ganancial. De tal suerte que las medidas que puedan adoptar los Tribunales deben conjugar dos intereses, el del cónyuge ajeno a la gestión y los de la empresa familiar, de modo que la unión de ambos no impida el adecuado aseguramiento de los bienes, ni el desarrollo normal de la actividad empresarial.

No es infrecuente que iniciada la crisis matrimonial el cónyuge titular de las participaciones o acciones y administrador de la compañía pretenda o ejecute determinadas maniobras en perjuicio de su consorte. Enumeramos a modo enunciativo, pero no limitativo, los siguientes supuestos:

Cónyuge administrador que realiza actuaciones tendentes a la desaparición de ciertos activos. Sirva de ejemplo, la SAP de Madrid de 25 de abril de 2008⁴⁰ que impone al marido la reintegración al activo de la sociedad del importe actualizado de los bienes que enajenó de forma fraudulenta.

Disminución del capital social mediante la “operación acordeón”. Denominación otorgada por la doctrina⁴¹ a aquellas operaciones complejas consistentes en una reducción del capital social por debajo de la cifra mínima legal -o incluso a cero-, acompañada de aumento de capital simultáneo hasta alcanzar o superar dicha cifra o la transformación en otro tipo societario (artículo 343 LSC). Este tipo de operaciones utilizadas con finalidades abusivas lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo⁴². En el ámbito de la sociedad de gananciales podemos encontrar dos supuestos: en el primero de ellos, el cónyuge administrador de la sociedad familiar -de la que ambos esposos son titulares- realiza una operación acordeón con la finalidad de expulsar de la sociedad familiar al otro consorte, aprovechando su falta de liquidez para suscribir

39 Inmaculada, Vivas, T. (2018), p. 145.

40 SAP de Madrid, de 25 de abril de 2008 (Roj: SAP M 5559/2008).

41 Leach Ros, M. B. (2001), p. 23; Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R. (2008), p. 17.

42 STS de 9 de noviembre de 2007 (Roj: STS 7178/2007).

nuevas acciones en el momento de la ampliación de capital. En el segundo, uno solo de los cónyuges -como único titular de las acciones o participaciones sociales- llevaría a cabo la operación con desconocimiento del otro consorte, pudiendo en la ampliación de capital proceder a su liquidación con el consecuente perjuicio para el patrimonio ganancial.

La existencia de créditos del cónyuge socio frente a la sociedad -utilizados para un aumento de capital con cargo a los mismos- pero que oculta hasta la liquidación del caudal común o se devuelven al socio en beneficio propio. Este último supuesto fue abordado por la SAP de Albacete de 6 de junio de 2006⁴³, resolviendo el Tribunal la necesidad de incluir en la masa ganancial el importe de los créditos “por el efectivo obtenido con su amortización” que habían sido liquidados por el marido al considerarlos un bien ganancial, debiendo redundar -por tanto- en beneficio de ambos consortes.

En el caso de sociedades anónimas la enajenación de sus acciones por el cónyuge mediante contrato simulado fijando un precio inferior a su valor real, razonable o de mercado con pacto de recompra. Un claro ejemplo lo encontramos en la AAP de Badajoz de 11 de mayo de 2007⁴⁴, donde la esposa solicita la adopción de las medidas cautelares necesarias, ya que su marido y sus hermanas están vendiendo a toda prisa los bienes de la sociedad Movilandia SL, para que el resultado final sea de pérdidas, y la esposa demandante se quede sin parte ganancial de los beneficios que ha estado generando la empresa durante el matrimonio.

Constitución de una nueva sociedad mercantil -con el mismo o análogo objeto social- mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias provenientes de la sociedad familiar, descapitalizando la primitiva sociedad en beneficio de la segunda, y simultáneamente -y en unidad de acto-, una vez constituida, enajenar esas acciones o participaciones sociales que figuren a nombre de la sociedad familiar a favor de una sociedad interpuesta o de un tercero a su ruego. Supuesto enjuiciado en el procedimiento que dio lugar la SAP de Baleares de 19 mayo de 2009⁴⁵.

Aparentando una situación de insolvencia ficticia, solicitar concurso voluntario de acreedores.

43 SAP de Albacete, de 6 de junio de 2006 (Roj: SAP AB 518/2006).

44 AAP de Badajoz, de 11 de mayo de 2007 (Roj: AAP BA 109/2007).

45 SAP de Baleares, de 19 de mayo de 2009 (Roj: SAP IB 961/2009).

Por tanto, es amplia la casuística contra el patrimonio ganancial, e incluye cualquier mecanismo que podamos concebir -dentro de la normativa jurídica de la LSC y de los estatutos sociales de la Empresa Familiar-, que con aparente legalidad podría llevar el otro cónyuge, y que en la medida de lo posible debemos evitar para que no se vea obligado a interponer acciones judiciales derivadas de actuaciones fraudulentas de su consorte.

Son escasos los precedentes que encontramos en nuestra jurisprudencia menor y mayor sobre lo que es objeto en este apartado de nuestra comunicación, sin duda, dado que los primeros pronunciamientos judiciales se decretan en el Auto de Medidas Previas o Provisionales, no son susceptibles de recurso ante las Audiencias Provinciales; no así cuando las medidas de administración y disposición de los bienes gananciales se adoptan en formación de inventario, y por consiguiente, susceptibles de recurso de apelación ante las Audiencias Provinciales.

A pesar de ello, centraremos nuestro examen en las “medidas” que podría instar el cónyuge en sede judicial, en base a los artículos 103 y 91 del Código Civil, referidas a la conservación del patrimonio “empresa familiar” durante el proceso matrimonial (medidas provisionales y demanda principal), hasta su liquidación, que eviten que las operaciones antes referidas no puedan llevarse a cabo, con riesgo de pérdida del valor la empresa familiar.

6.1. Actos de administración.

A) La rendición de cuentas.

La obligación de rendir cuentas con carácter periódico viene recogida en el artículo 103.4 del CC. Esta medida viene apoyada en los precedentes Jurisprudenciales que citamos: STS de 8 de marzo de 1993⁴⁶ y SAP de Murcia de 7 de junio de 2002⁴⁷.

46 STS de 8 de marzo de 1993 (Roj: STS 1358/1993).

47 SAP de Murcia, de 7 de junio de 2002 (Roj: SAP MU 1517/2002).

Más recientemente, encontramos otras sentencias⁴⁸ en las que se alude a la imposición al cónyuge administrador de la sociedad familiar de rendir cuentas de su gestión al otro consorte impidiéndole realizar conductas fraudulentas y el adecuado control de la gestión social hasta la liquidación del régimen matrimonial.

B) Sobre los derechos de contenido patrimonial: Reparto de las ganancias sociales.

El Juzgado puede adoptar, como medida, la atribución conjunta y por mitad, a los cónyuges, de los dividendos acordados, o bien el depósito o retención de los mismos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Así, la AP de Madrid⁴⁹, dado el carácter ganancial de los dividendos con base en el artículo 1347.2 CC, que recoge la posibilidad de “subsidiariamente, sustituir la medida acordada por otra, consistente en ordenar a esta parte la retención de los dividendos que se repartan, o la cuota de disolución en caso de un hipotético acuerdo de disolución, a favor de ambos cónyuges (...)”.

C) Nombramiento de administrador judicial.

Del artículo 214.1 de la LSC, se desprende que, conforme a la regulación jurídica de las Sociedades de Capital, sólo la Junta General es el órgano competente para el nombramiento y cese de administradores. Por consiguiente, es inviable que el Juez de Familia pueda adoptar como medida cautelar el nombramiento de un Administrador Judicial en las sociedades mercantiles de carácter familiar. En este sentido se pronuncian la SAP de Murcia, de 7 de octubre de 2002, señalando que ⁵⁰: “Como bien se deduce de la sentencia impugnada, si no se está conforme con la administración que se realiza de la empresa, la LSC tiene diversos mecanismos para reformar los cargos de

48 SAP de Asturias, de 4 de junio de 2009 (Roj: SAP O 1271/2009): “(...) respecto a la gestión de los mismos, respetar idénticas cautelas a las que ya vienen establecidas para la otra parte, así como rendir cuentas trimestrales de su administración, al igual que deberá hacer el marido, hasta el momento de la liquidación.”; SAP de Lugo, de 21 de mayo de 2008 (Roj: SAP LU 414/2008): “Finalmente la obligación de rendir cuentas es absolutamente legal, y a ello también se había comprometido el apelado en las medidas previas”; SAP de Cádiz, de 12 de marzo de 2007 (Roj: SAP CA 228/2007): “(...) así como en la obligación de rendir cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciba y los que adquieran en lo sucesivo, medidas de decisiva importancia que, sustituidas por las definitivas en la sentencia, permitirán mantener una situación de equilibrio entre los cónyuges mientras se sustancia el teóricamente breve trámite del juicio verbal y en la práctica el interminable incidente de inclusión y exclusión de bienes”.

49 AAP de Madrid, de 9 de junio de 2008 (Roj: AAP M 7866/2008).

50 SAP de Murcia, de 7 de octubre de 2002 (Roj: SAP MU 2395/2002).

confianza de su funcionamiento, (...). No olvidemos que las mercantiles están sujetas a un régimen legal en cuanto al conocimiento por parte de terceros tanto de su actividad, objeto social, como funcionamiento interno y externo, representación, órganos de gobierno, etc., en atención a todo ello, y en definitiva, a lo regulado en la LSC”, así como SAP de Granada de 4 de abril de 2008⁵¹.

6.2. Actos de disposición.

A) Respecto a los actos de disposición referidos al “bien” acción o participación social.

Sería necesario que se adoptara “la prohibición de disponer de él”, expidiendo a tal efecto mandamiento dirigido al Administrador de la Sociedad, para que conste su reflejo en el libro registro de socios. Así, la SAP de Murcia de 7 de junio de 2002⁵², ratificó las medidas adoptadas por un Juzgado de Primera Instancia de Murcia de prohibición de disposición a su titular sobre las acciones y participaciones sociales de las sociedades que formaban parte del grupo de empresas familiares, ordenando la anotación preventiva de tal prohibición.

6.3. Otros mecanismos de defensa del cónyuge.

Para terminar con este apartado, queremos apuntar, que, con independencia de la concesión de las medidas antes referidas, al cónyuge titular o no de las acciones y participaciones sociales le cabe ejercitar las siguientes acciones o derechos en defensa de su patrimonio societario:

A) La acción individual de responsabilidad.

Prevista en el artículo 241 de la LSC, cuando señala “(...) quedan a salvo las acciones que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”. Asimismo, su fundamento último está en el artículo 1902 del CC, norma aplica-

51 SAP de Granada, de 4 de abril de 2008 (Roj: SAP GR 698/2008): “el régimen de administración único establecido en la sentencia respecto de dicho negocio, de modo que, si se ha de ser congruente con las pretensiones y acuerdos -aun tácitos- de los cónyuges, admitida por ambos la administración única de la esposa sobre dicho negocio, que ha de entenderse otorgada con carácter provisional o temporal hasta que se pida la liquidación de los gananciales (...)”.

52 SAP de Murcia, de 7 de junio de 2002 (Roj: SAP MU 1517/2002).

ble a los administradores cuando en su acción u omisión concurren los requisitos legales de daño, culpa y relación de causalidad⁵³. Baste recordar la posibilidad que tiene el cónyuge no titular de hacer valer sus intereses -como tercero- mediante el ejercicio de esta acción.

B) Acción de impugnación de los acuerdos sociales.

El artículo 204.2 de la LSC, establece que “Son impugnables los acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos sociales o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables”. En materia de legitimación y en materia de caducidad de la acción⁵⁴: para la impugnación de los acuerdos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo (artículo 206.1 LSC), y en cuanto al ejercicio de la acción caducará en el plazo de un año, salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público (artículo 205.1 LSC), que son imprescriptibles. Por tanto, el cónyuge no titular, -como tercero con interés legítimo- tiene legitimación activa para la “impugnación de acuerdos sociales”, disponiendo para su ejercicio del plazo de un año.

C) Las acciones de nulidad, anulabilidad y rescisión por lesión, o reintegración en el supuesto de enajenación de títulos valores.

También cabe plantear la posibilidad de ejercicio por el cónyuge no titular de las acciones de nulidad, anulabilidad y rescisión por lesión. Es preciso recordar que el régimen de gananciales es un “régimen de comunidad” y por ello prepondera la idea de consentimiento y actuación conjunta de ambos consortes, sancionándose la falta de ratificación del otro cónyuge -con la salvedad de los supuestos de consentimiento tácito- con la anulabilidad (artículo 1322 CC), y reservándose la nulidad radical para los actos de disposición de los bienes comunes a título gratuito (artículo 1378 CC). Sin embargo, el artículo 1384 CC considera válidos “(...) los actos de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren”. Pese a ello, el cónyuge no titular se halla legitimado para el ejercicio de las acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión, cuando los actos de disposición realizados por el otro consorte hayan irrogado un perjuicio para la sociedad de gananciales o supongan un fraude para sus derechos, en base a lo dispuesto en el artículo 1391 CC: “Cuando el cónyuge hubiere realizado

53 Uría, R. Menéndez, A. y Olivencia, M. (1992), p. 369.

54 Rojo Fernández Río, A. (2011), p. 1437.

un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible”.

Asimismo, también se encuentra facultado para el ejercicio de la acción de reintegración, ya que el artículo 1390 CC convierte al consorte que ha realizado un acto de disposición que redunde en su exclusivo beneficio, o que causa dolosamente un daño a la sociedad de gananciales, en deudor de la sociedad de gananciales. Este razonamiento ha sido recogido por la SAP de Asturias de 28 de mayo de 2001 y TS.

Visto lo anterior, resulta importante mencionar la reciente STS del pleno del 27 de julio de 2020, debido a que representa la debilidad de la empresa familiar frente a las crisis matrimoniales sobre todo cuando rige la comunidad de gananciales. A través de esta sentencia se muestra la poca compatibilidad que existe entre el Código Civil y la empresa familiar, y la gran contradicción que genera la interpretación de la norma. En este caso en concreto, se valoraron una serie de soluciones para poder realizar la partición de las participaciones de los cónyuges dentro de la empresa familiar, dado que la mayoría de las participaciones sociales pertenecían a uno de ellos. En este sentido, se consideró poco beneficioso dividir las participaciones por partes iguales o venderlas en pública subasta, lo que llevó a tomar la decisión de que lo más adecuado sería tomar en cuenta la división realizada por el contador partidor y adjudicar las todas las participaciones sociales a uno de los cónyuges (administrador de la sociedad) con la obligación de abonar al otro la cantidad que le corresponde al tiempo de la disolución de la comunidad conyugal.

VII. LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL EN LA EMPRESA FAMILIAR.

7.1. La comunidad postganancial. Concepto y características.

No existe una definición legal de la comunidad postganancial; se trata de un concepto creado por la doctrina y desarrollado por la jurisprudencia. Tras la disolución de la sociedad deja de regir el estatuto que gobierna todos los bienes de los cónyuges y surge una peculiar comunidad en trance de liquidación con un régimen especial: la comunidad postganancial⁵⁵.

Téngase en cuenta que la sentencia firme de separación o divorcio produce “ex lege” la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95 CC), concretamente el de la sociedad legal de gananciales (artículo 1392 CC), y que, como consecuencia de ello, durante el periodo intermedio entre la disolución y su liquidación, surge una comunidad postganancial sobre la antigua masa ganancial.

La polémica que hubo inicialmente en la doctrina sobre si era o no posible la comunidad postganancial fue resuelta por el Tribunal Supremo⁵⁶, en reiteradas sentencias. De la doctrina sentada por el Alto Tribunal se desprende que: “La disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad formada por el cónyuge supérstite y los herederos del finado con participaciones pro indiviso de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, lo que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación. Asimismo, entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes postganancial: la situación de indivisión no significa que cada uno de éstos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo”.

De este modo, la comunidad postganancial surge en todos los supuestos en que, desaparecido el régimen, no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación de los bienes. El artículo 1.435 CC es-

55 Lacruz Berdejo, J. L. (2011), p. 560.

56 Entre otras, SSTs de 10 de julio de 2005 (Roj: STS 4636/2005); 17 de octubre de 2006 (Roj: STS 6042/2006); 12 de marzo de 2009 (Roj: STS 1256/2009).

tablece que, disuelta la sociedad constante matrimonio, y salvo determinación de las partes en contrario, existirá entre los cónyuges separación de bienes.

A pesar de que el régimen de separación de bienes produce una clara distinción entre el patrimonio de uno y otro cónyuge, no puede excluirse la posibilidad de que se produzca la adquisición de cosas en común -como los bienes exgananciales- en “pro indiviso” ordinario, respecto del cual los cónyuges tienen cada uno un derecho a la mitad, una vez deducido el pasivo.

La sociedad postganancial concluirá cuando, realizadas en su totalidad las operaciones liquidatorias, haya desaparecido completamente esa masa común, o bien cuando, sin ser precisa la liquidación, los partícipes en esta peculiar comunidad pacten la indivisión. Y ello, porque la sociedad postganancial, según la doctrina⁵⁷, es una comunidad en liquidación; por consiguiente, en los casos en que haya un ánimo de mantenerse en la indivisión habrá desaparecido esa característica que parece esencial al concepto de comunidad postganancial.

Como características de la comunidad postganancial cabe destacar las siguientes⁵⁸:

Titularidad. Los titulares de la sociedad postganancial son los dos cónyuges, o en caso de fallecimiento de uno de ellos, los herederos que le hayan sucedido.

Provisionalidad. La sociedad no tiene una vocación de futuro, subsiste sólo como patrimonio en liquidación. Por tanto, es considerada jurídicamente como una situación transitoria, provisional e interina.

Comunidad por cuotas abstractas. Cada partícipe tiene una cuota independiente, homogénea y alienable. Existe una situación de indivisión que se resuelve en cuotas referidas al *totum* ganancial, no a bienes concretos. Así lo ha venido reiterando en sus resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁹, señalando que “Es doctrina reiterada de este centro directivo que, disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los

57 Ferrante, A. (2004), p. 158.

58 Pérez Martín, A. J. (2009), pp. 420-421.

59 *Vid.* Resolución de la DGRN de 27 de junio de 2003 ((BOE-A-2003-16329)). Resolución de la DGRN, de 23 de abril (BOE-A-2005-11611). Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2008 (BOE núm. Sec 3 Pag 6471 a 6473)

bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, al contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias”.

Patrimonio separado. Se trata de un patrimonio separado, que no se confunde -ni activa ni pasivamente- con otros bienes y deudas de los cónyuges.

La masa patrimonial. La sociedad tendrá una masa patrimonial, que podrá incrementarse con los frutos y rentas que generen los propios bienes gananciales -por ejemplo, por el cobro de créditos, la consumación de la usucapión y los resultados de subrogación real-; sin embargo, hay que advertir que no parecen éstos, en puridad, incrementos de patrimonio, sino más bien ejecución de derechos que ya estaban dentro del patrimonio postganancial. Por otra parte, cabe subrayar que la sociedad ya no tendrá las fuentes de ingresos que tenía cuando estaba vigente la sociedad, es decir, los obtenidos a partir de la industria o del trabajo de cualquiera de los cónyuges, o los frutos, rentas e intereses que produzca cada uno de los bienes privativos, ya que ahora estos ingresos tienen el carácter de privativos. Asimismo, la masa patrimonial también podrá reducirse, ya que la masa ganancial seguirá respondiendo por las deudas contraídas con anterioridad, y las que se generen por los gastos de administración y liquidación, así como por el pago de alimentos al que se refiere el artículo 1408 CC. Una vez disuelta la sociedad de gananciales, ya no son de su cargo los gastos que se generen en el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, puesto que la sentencia matrimonial habrá impuesto esta obligación con carácter individualizado a cada uno de los cónyuges, que la deberán hacer efectiva con su patrimonio privativo exclusivamente. Tampoco serán de cargo de la sociedad postganancial -evidentemente- los gastos de administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges ni los de explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

7.2. Régimen jurídico de la comunidad postganancial.

Dada la inexistencia de una previsión legislativa, y siguiendo la sistemática propuesta por Pérez Martín⁶⁰, a continuación, recogemos las diversas posturas doctrinales acerca del régimen jurídico que cabe aplicar a la comunidad postganancial:

Aplicación del régimen jurídico de la comunidad hereditaria. Los defensores de esta postura -por ejemplo, Lacruz Berdejo⁶¹- equiparan la sociedad de gananciales en su liquidación con la comunidad hereditaria, sustentándose en lo dispuesto en el artículo 1410 CC. Así, consideran estos autores que, “en caso de liquidación de la sociedad de gananciales cuando ha fallecido uno de los cónyuges, se solapan las operaciones liquidatorias y las propias de la partición de la herencia, confundiendo ambas”.

Aplicación de las normas que rigen la comunidad ordinaria. Otros autores como O’Callaghan Muñoz⁶² consideran que la masa patrimonial subsistente tras el matrimonio se deberá regular por las normas de la comunidad ordinaria (artículos 392 a 406 CC). Tras la sentencia matrimonial, la *affectio maritalis* se transforma en *affectio societatis*; en consecuencia, la comunidad postganancial no se puede regir por las normas de la comunidad de gananciales, ya que ésta ha sido disuelta. Por tanto, los comuneros pueden transmitir a terceros su cuota, con derecho de retracto (artículo 1522 CC) a favor de los demás comuneros, y tienen la “actio communi dividundo”, que en este caso se traduce en poder exigir la liquidación efectiva de la comunidad.

Aplicación de las normas que regían la sociedad de gananciales. Reputan, Díez Picazo y Gullón Ballesteros⁶³, valedores de esta postura, que “hasta que no se produce la absoluta liquidación de la sociedad de gananciales con la consiguiente partición, puede continuar existiendo como una especie de sociedad de gananciales continuada, -y por tanto con el mismo régimen de los artículos 1344 a 1410 CC- si bien con las adaptaciones que la nueva situación impone”. Sin embargo, consideramos que esta postura se enfrenta al obstáculo del artículo 1392 CC, ya que se dispone claramente que “La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho (...)”, de tal manera que, una vez disuelta, deja de existir, haciendo difícil poder alegar su continuidad.

60 Pérez Martín, A. J. (2009), pp. 418-420.

61 Lacruz Berdejo, J. L. (2011), p. 560.

62 O’callaghan Muñoz, X. (2004), p. 184.

63 Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006), p. 384.

Sin embargo, alejándonos de teorías generales, es preciso recoger las siguientes habilitaciones legales que posibilitan que sea el juez el que fije el régimen de la comunidad postganancial:

En la sociedad postganancial, las medidas adoptadas por el Juez -por Auto de Medidas Provisionales sobre cautelas y garantías-, en orden a la liquidación del régimen económico -entre las que ciertamente puede incluirse la obligación de rendir cuentas de la marcha del negocio, antes ganancial, cuya explotación fue adjudicada a uno de los cónyuges-, pueden continuar vigentes, previa sentencia judicial, con la cobertura legal del artículo 91 del CC, cuando establece que las sentencias de nulidad, separación, o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, determinará las medidas pertinentes, entre otros extremos, en orden a la liquidación del régimen económico, así como las cautelas y garantías recíprocas. Por tanto, es perfectamente posible -y así sucede en la práctica- que la sentencia contenga pronunciamientos sobre la gestión y administración de los bienes gananciales durante esta fase.

Cuando se inician las operaciones liquidatorias, (artículo 809.1 de la LEC) indica que "(...) En el mismo día o en el siguiente, se resolverá por el Tribunal lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario" continuando en el segundo: "(...) La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes". Por tanto, cabe que, a solicitud de uno o de ambos cónyuges, a falta de acuerdo, se adopten medidas en el procedimiento de liquidación en relación con la administración y disposición de los bienes que forman parte del activo de la sociedad de gananciales⁶⁴.

Por su parte, el artículo 1394 del CC también recoge la posibilidad de que sea el juez quien acuerde las medidas necesarias para la administración del caudal común una vez concluida la sociedad de gananciales.

7.3. Actos de administración y disposición del patrimonio postganancial.

Instaurada la crisis en el matrimonio es lógico pensar -sobre todo a raíz de la interposición de la demanda de separación o divorcio- que las relaciones entre los cónyuges se enturbien hasta el punto de que no exista entre ellos co-

64 Pérez Martín, A. J. (2009), p. 419.

municación alguna, dificultando así las tareas de administración de los bienes todavía comunes. Al igual que sucedía cuando estaba vigente la sociedad de gananciales, la administración del patrimonio postganancial corresponde a ambos cónyuges como titulares de la masa ganancial.

Teniendo en cuenta el carácter esencialmente dinámico y productivo de la empresa familiar, su continuidad, conservación, y las operaciones propias de su tráfico no pueden cesar por el conflicto matrimonial del que está pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales.

Si la empresa es privativa, no cabe duda de que el cónyuge titular mantiene plenas facultades de administración y disposición⁶⁵.

Cuando el negocio tenga íntegra o parcialmente carácter ganancial, su administración y disposición se rige -con carácter general- por las reglas de la “copropiedad”, por consiguiente, su administración corresponde en común a todos los partícipes, al igual que su posesión, resultado de aplicación las normas reguladoras de la comunidad ordinaria, recogidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Retornando al ejercicio de los derechos de socios en las empresas familiares en las que no se discuta el carácter ganancial de las acciones o participaciones sociales, ya que, en caso contrario, se estará a la resolución judicial, existirá una situación de cotitularidad postganancial sobre las acciones y participaciones sociales, siendo en este caso⁶⁶, de plena aplicación el artículo 126 de la LSC, que exige que se designe por los cónyuges una sola persona tras la crisis matrimonial, ya que los poderes concedidos constante matrimonio quedan legalmente revocados por imperativo del artículo 102 CC, para el ejercicio de los derechos de socios, salvo que hubieran acordado que la representación le sea atribuida a uno u otro cónyuge o a un tercero, si nada se ha establecido al respecto, ni hubiera controversia sobre su representación los derechos del socio seguirán siendo ejercitados frente a la sociedad por quien figure inscrito como tal en el libro registro de socios. Ahora bien, en caso de que existiera controversia de quien de los cónyuges representa a esa copropiedad, es preciso tener en cuenta en este punto la dificultad de alcanzar un acuerdo, ya que estamos ante una comunidad de dos partícipes con derechos

65 Valdés Solís Cecchini, F. (2010), p. 252.

66 STS de 14 de febrero de 2005 (Roj: STS 839/2005).

67 Vázquez Iruzubieta, C. (2009), <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59735285>.

iguales, hay que admitir la viabilidad de solicitar el remedio judicial también cuando exista falta de acuerdo -o cuando se produzca la renuncia a tomarlo o reunirse para tomarlo-, y así lo considera Vázquez Iruzubieta⁶⁷, ya que, en definitiva, produce los mismos efectos que el acuerdo tomado que, sin embargo, no alcanzó la mayoría, para ello, en fase de formación de inventario (art 809 LEC), el tribunal, a instancia de parte, podrá pronunciarse y resolver sobre su representación a un solo de los consortes o un tercero del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio que deberá notificar a los administradores sociales para su constancia en el libro registro. Así, la SAP de A Coruña de 11 de diciembre de 2007⁶⁸ señala que “Los artículos 1375 y ss del CC regulan la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales durante su vía ordinaria, pero lógicamente no son aplicables cuando está disuelta, en cuyo período sólo se podría aplicar analógicamente lo previsto en los artículos 1388 y 1389. El último párrafo del artículo 809.1 de la LEC ciertamente sólo contiene una mera referencia a que se resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes inventariados. Luego el Juzgador de instancia tenía plenas facultades para resolver, no siendo aplicable el principio de decisión conjunta que pregonan el artículo 1375 CC. Es más, puede acudir por analogía a lo establecido en los artículos 797 y ss. de la LEC, para la administración de los bienes hereditarios (...)”. Por su parte la SAP de Murcia de 7 de febrero de 2006⁶⁹ recoge que: “como resultado de todos lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto, han de declararse nulos los acuerdos adoptados conforme a los mismos en la Junta General del 7 de mayo de 2005, por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL (actual 126 LSC), relativo a las reglas de la copropiedad de las participaciones sociales”.

En cuanto a los “actos de disposición” rige el principio de unanimidad, según el artículo 397 CC⁷⁰. En la interpretación de este artículo Torres Mateos⁷¹ ha puesto de relieve que la expresión legal “alteraciones” debe ser entendida en un sentido amplio, comprensivo de lo jurídico y de lo físico, lo que

68 SAP de A Coruña, de 11 de diciembre de 2007 (Roj: SAP C 2989/2007).

69 SAP de Murcia, de 7 de febrero de 2006 (Roj: SAP MU 53/2006).

70 Artículo 397 CC: “Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos”.

71 Torres Mateos, M. A. (2007), p. 302.

viene a significar que un copropietario no puede enajenar o gravar la cosa común ni realizar con ella ningún acto o negocio jurídico de disposición sin contar con el consentimiento de los demás. Respecto a este tipo de actos, la jurisprudencia se muestra reticente a la hora de atribuir el poder de disposición a uno solo de los consortes, declarando como nulos los negocios que atenten contra este principio, puesto que su titularidad recae sobre el *totum* patrimonial y no sobre bienes concretos, careciendo por ello de poder dispositivo unilateral. Este sentir fue plasmado por la SAP de Madrid de 13 marzo 2006⁷² al explicitar: “En esta comunidad postganancial, que comprende la totalidad de los bienes que integraban la antigua masa ganancial, los comuneros (bien los cónyuges, o ex cónyuges, bien el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común sobre el ‘totum’, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo. Esta titularidad común no permite que cada uno de los comuneros pueda, por sí solo, disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado, por falta de poder de disposición, ya que, como tiene reiterado la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo -en sentencias, entre otras, de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969, 25 de abril de 1970, 14 de diciembre de 1973 EDJ1973/480, 19 de diciembre de 1985 o 13 de noviembre de 2001 EDJ2001/40426, citada por la sentencia apelada- la enajenación de la cosa común como cosa propia supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del Código Civil EDL1889/1, que, por tanto, exige preceptivamente el consentimiento unánime de todos los comuneros”. Así mismo lo establece la STS de 17 de enero de 2018⁷³.

7.4. Nombramiento o designación de auditor de cuentas cuando la empresa familiar no esté legalmente obligada a auditar.

Por regla general, las cuentas anuales, una vez formuladas por los administradores de la sociedad, tienen que ser verificadas o revisadas por los auditores de cuentas (artículo 263.1 LSC). El cometido del auditor es comprobar que las cuentas anuales ofrezcan la imagen fiel del patrimonio, de situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales.

72 SAP de Madrid, de 13 de marzo de 2006 (Roj: SAP M 3204/2006).

73 STS de 17 de enero de 2018 (Roj: STS 55/2018).

La Ley trata de aliviar las cargas jurídico-contables de las pequeñas sociedades, limitando la intervención preceptiva de los auditores a las empresas que, por su mayor dimensión económica, ofrezcan una contabilidad más compleja y afecten en su actividad a más amplios círculos de intereses⁷⁴. De aquí que, la obligación legal de revisión por auditores de las cuentas anuales de la sociedad quede excluida para aquellas sociedades que puedan presentar balance abreviado -artículo 263.2 LSC-, lo que ocurre en la mayoría de las empresas familiares.

El nombramiento del auditor de cuentas debe realizarse por la Junta General -ya sea ordinaria o extraordinaria- antes del ejercicio a auditar (artículo 264 LSC) o por el registrador mercantil (artículo 265.2 LSC). Ahora bien, para el nombramiento de auditor por el Registro Mercantil, se exige la concurrencia de dos requisitos, uno de “legitimación” y otro “temporal” (artículos 265.2 LSC y 359.1 RRM). El solicitante debe ser titular, al menos, del cinco por ciento del capital social en el momento de formular la solicitud; si bien existe la posibilidad de que los estatutos sociales reduzcan este porcentaje, sin que pueda aumentarlo⁷⁵. Además, en cumplimiento de la segunda exigencia, la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas deberá presentarse antes de que transcurran tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social a auditar. Por tanto, cuando, en este supuesto, uno de los cónyuges fuera titular de al menos un cinco por ciento del capital social, podrá solicitar del registro mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha del cierre de dicho ejercicio (artículos 265.2 LSC y 354,2 RRM).

La cuestión que planteamos es si puede el cónyuge, no titular de acciones o participaciones sociales, solicitar como medida dentro en el procedimiento judicial el nombramiento de un auditor de cuentas en una empresa familiar que no tenga nombrado auditor de cuentas por no estar obligada legalmente a auditarlas. Consideramos que el Juzgado de Familia no es competente para adoptar esta medida en base al artículo 103 del Código Civil, por colisión con la Ley de Sociedades de Capital, que establece y delimita la legitimación y competencia de quien puede designar auditor de cuentas en una sociedad de capital.

74 Menéndez, A. y Rojo Fernández Río, A. J. (2010), pp. 511-515.

75 Rojo Fernández Río, A. J. (2011), pp. 1987-1991.

Ahora bien, ya que el juzgador no tiene competencia para ello, podría solicitar el cónyuge no titular al Registrador Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a un ejercicio social, al amparo del artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, teniendo en cuenta, como hemos expuesto, que no reuniría el requisito de legitimación.

La respuesta, no exenta de polémica doctrinal, la tenemos en varias de las resoluciones dictadas por la DGRN⁷⁶, si bien, con carácter previo señalamos, que el centro directivo se ha pronunciado sobre la suspensión de tal solicitud “en el supuesto de que entre los cónyuges exista una contienda judicial sobre su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones”, en cuyo caso, lo precedente, señala, “es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de las que resulte la titularidad de las acciones o participaciones sociales controvertidas”.

En la primera resolución citada se trata un supuesto de un cónyuge casado en gananciales. El Centro directivo considera que, dado que las participaciones sociales fueran adquiridas en estado de casado y en régimen de gananciales por uno de los cónyuges, supone sin más discusión la ganancialidad de las participaciones sociales. Tras sostener el carácter de comunidad germánica de la sociedad de gananciales considera que la solicitud del nombramiento del auditor es un acto de administración y gestión de bienes gananciales que no lo excluye a favor de cualquiera de los cónyuges, sin que resulte contrario al artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ni a la normativa reguladora de la sociedad de gananciales.

La segunda resolución citada reconoce que no era un hecho incontrovertido que la totalidad de las participaciones sociales contaban a nombre del recurrente, exmarido de la solicitante y administrador único de la sociedad. Constaba, igualmente, que las participaciones sociales, por su ganancialidad-acreditada en la sentencia de divorcio y en formación de inventario- estaban integradas en la comunidad postganancial hasta que se llevaba a cabo su liquidación. El centro directivo resolvió tomando en consideración la sentencia de la SAP de A Coruña de 11 de marzo de 2010⁷⁷, que estaría legitimada la solicitante como condueña, pese a no figurar inscrita en el libro de socios, para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad.

76 RDGRN de 25 de julio de 2014 (BOE-A-2014-9244) y 15 de junio de 2017 (BOE-A-2017-7866).

77 SAP de A Coruña, de 11 de marzo de 2010 (Roj: SAP C 393/2010).

VIII. DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES GANANCIALES DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES.

Es muy importante, a nuestro juicio, el proceso de formación de inventario (art 808 y 809 LEC) a la hora de establecer las partidas que lo componen evitando posibles controversias en cuanto a la inclusión o exclusión de las acciones o participaciones como privativas o gananciales, (citamos, como ejemplos, por un error en la formación del inventario, la SAP de Murcia de 7 de junio de 2002⁷⁸ y SAP de Madrid de 26 de enero de 2011⁷⁹, que validaron su carácter ganancial pese a que originariamente eran privativas) que pueden derivar en una controversia judicial innecesaria a través de un largo y tortuoso proceso, que puede poner en juego la continuidad, incluso la desaparición de la empresa familiar; y de las medias sobre su administración y disposición como bienes comunes, a los que me remito por haber sido tratados en los epígrafes 6.1 y 6.2.

Nos queda por abordar los sistemas de valoración y el criterio de adjudicación de las acciones o participaciones sociales que desarrollamos en los siguientes apartados.

8.1. Valoración.

Son varios los preceptos de la LSC (107 d, 110, 124.4 y 354) que prevén como criterio de valoración de las acciones o participaciones sociales el de “valor razonable” entendiéndolo por tal el que determine un experto independiente (auditor de cuentas) que deberá ser nombrado por el contador partidor, pero en definitiva será el contador partidor visto el informe emitido por el auditor quien lo determinará.

De los distintos métodos de valoración de empresas nos decantamos por el de Descuento de Flujos de Caja, que en general, suele considerarse por los auditores el método conceptualmente “correcto” para valorar un proyecto empresarial en continuidad ya que el valor de una empresa está en función de su capacidad para generar flujos de caja, o liquidez que pueda generar en el futuro.

78 SAP de Murcia, de 7 de junio de 2002 (Roj: SAP MU 1517/2002).

79 SAP de Madrid, de 26 de enero de 2011 (Roj: SAP M 704/2011).

Para los elementos patrimoniales no afectos a la actividad empresarial y/o sin capacidad de generar flujos de caja el método de valoración aplicable sería el de su valor de realización menos la deuda o cargas que lo gravan.

8.2. Criterios de adjudicación de las acciones o participaciones sociales.

La solución se desprende de aplicar el artículo 1406.2º CC, que prevé “un derecho de atribución preferente sobre la explotación económica gestionada por uno de los cónyuges que deberá ser incluida en su exclusivo haber” “cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance la explotación económica que efectivamente gestione”. Establecido, por tanto, el derecho del cónyuge que haya permanecido en la gestión efectiva de la empresa familiar, que tal y como la SAP de Córdoba de 2 junio 2017⁸⁰, “debe darse con anterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales”, pero dado que la dicción del precepto sustantivo se refiere a explotación económica, en nuestro caso de una sociedad de capital de carácter familiar, cuando se habla de explotación económica se refiere concretamente “a las acciones y participaciones sociales en empresas efectivamente gestionadas por un cónyuge”; y en este caso, el cónyuge gestor de la empresa familiar tendrá derecho a que se le adjudique bien la totalidad de las acciones o participaciones sociales gananciales o al menos un porcentaje para conformar la mayoría del capital social⁸¹.

En cuanto a la adjudicación de las acciones o participaciones sociales existen dos cuestiones que pudieran plantearse: (i) que ambos cónyuges gestionaran la empresa familiar o (ii) que no fuera suficiente el haber a adjudicar al cónyuge para compensar la diferencia de valor y el otro cónyuge no pueda hacerla efectivo en metálico por carecer de dinerario. La primera de las cuestiones no tendría más solución que aplicar las reglas generales de liquidación de la sociedad de gananciales, solución ésta que pasaría por la ingobernabilidad de la compañía familiar y su desaparición, salvo que, ambos consortes, suscribieran un pacto parasocial de gobernanza, lo que es sumamente improbable, o que adjudicadas las acciones o participaciones pudieran acordar que fuera la propia sociedad la que las adquiriera en autocartera o adoptar mecanismo de reestructuración empresarial como la segregación, la escisión parcial o total.

80 SAP de Córdoba, de 2 junio 2017 (Roj: SAP CO 322/2017).

81 STS de 9 de mayo de 2008 (Roj: STS 2569/2008) y SAP de Soria de 4 de septiembre de 2014 (Roj: SAP SO 143/2014).

En la segunda de las cuestiones, sólo cabría a mi juicio que la adjudicación no lo fuera por la totalidad del paquete sino por un porcentaje de control mayoritario, dejando al otro cónyuge como socio minoritario, lo que es desaconsejable, o bien que la sociedad pudiera adquirir en autocartera las acciones o participaciones adjudicadas al otro cónyuge minoritario y posteriormente enajenarlas al otro consorte, cuando su situación de liquidez mejore, a un tercero o reducir el capital social para amortizarlas.

CONCLUSIÓN

El estudio realizado aborda la problemática derivada de la crisis matrimonial, que constituye una debilidad latente de cara a garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa familiar, fundamentalmente en el caso de aquellos matrimonios que, por una u otra razón, no hubieran suscrito un protocolo familiar o pactado un régimen de separación de bienes, viéndose sometidos al régimen supletorio de gananciales impuesto por el Código Civil.

Por consiguiente, la investigación se centra en las sociedades familiares fundadas por socios que contrajeron matrimonio bajo el régimen de gananciales, incluyendo, tanto los supuestos de que alguno de los cónyuges sea titular de la totalidad o de la mayoría muy cualificada del capital social, como otros, en los que cualquiera de los consortes sea titular de una parte mayoritaria del capital social agrupada junto al resto de miembros de su familia -padres y hermanos-, asumiendo labores de gestión y dirección en la empresa familiar. La nota característica imprescindible, en todos los casos, es que uno de los cónyuges no sea titular del “bien participación social o acción”, inscrita en el libro registro de socios o de acciones, ya que, si lo fuera ejercitaría sus derechos como socio dentro de la sociedad, entre ellos, el de impugnación de los acuerdos sociales de los órganos corporativos o del ejercicio de la acción individual o social de responsabilidad reguladas en LSC y de cualesquiera otras acciones previstas en el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto el trabajo aporta soluciones vinculadas tanto al Código Civil como a la LSC en relación a la conservación del patrimonio ganancial en la empresa familiar una vez instaurada la crisis matrimonial, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, desarrollan las medidas y mecanismos que tiene el cónyuge titular o no de las acciones y participaciones sociales, para ejercitar las acciones o derechos en defensa de su patrimonio societario.

Finalmente es muy importante recordar que, la conservación, permanencia y continuidad del bien, empresa familiar, como fuente principal de ingresos de la unidad familiar, es el principal interés frente a cualquier medida que se adopte en el seno de cualquier proceso judicial, sin perjuicio, de que los intereses de los cónyuges en conflicto deban ser amparados.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila Real, Jesús (2014), “Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio”, *Blog Almacén del Derecho* de 25 de abril, <https://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2014/04/sociedad-de-gananciales-y-ejercicio-de.html>. Acceso: 11 de marzo de 2022.

Amat Salas, Joan María (2004), *La continuidad de la empresa familiar*, Gestión 2000, Bilbao.

Arias Fuentes, Antonio (1997), “Elección del tipo social: notas distintivas entre las Sociedades Anónimas y la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *Sociedades de responsabilidad limitada* (coord. por J. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE), Aranzadi, pp. 35-53.

Bago Oria, María Blanca (2010), *Dividendos encubiertos: el reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra.

Cabanas Trejo, Ricardo y Bonardell Lenzano, Rafael (2008), *Operación acordeón, pérdidas y consenso en la Sociedad Limitada*, Tirant lo Blanch, p. 17.

Cadarso Palau, Juan (1993), *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, pp. 62-63.

De Los Mozos, José Luis (2002), “Comentarios a los artículos 1.344 a 1.410”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (coord. M. Albaladejo), Editoriales de Derecho Reunidas, p. 63.

Díez Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio (2006), *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*, Vol. IV, Tecnos, 10ª Edición, Madrid.

Fernández De Villavicencio, María Carmen (1997), *La gestión de los bienes gananciales*, Madrid.

Ferrante, Alfredo (2004), “La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia”, *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, pp. 158 y ss.

Gálvez Gorritz, Carmen (2002), “Propiedad y gobierno: la empresa familiar”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 50, pp. 158-181.

Gallo Laguna De Rins, Miguel Ángel (2008), *Ideas básicas para dirigir la empresa familiar*, Eunsa, Navarra.

Guilarte Gutiérrez, Vicente (1991), *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid.

Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa (2004), *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia*, Tomo IV, Dykinson, Madrid.

Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores (2020), *Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 28 de julio de 2020 (458/2020) empresa familiar, sociedad de gananciales y adjudicación de participaciones sociales. Ponente: Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán*, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil / Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), Vol. 12.

Iglesias Prada, Juan Luis, García Enterría, Javier (2010), “Aumento de capital con cargo a reservas”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (Dirs. A. Menéndez, y A. Rojo), Aranzadi.

Lacruz Berdejo, José Luis (2011), “La sociedad de gananciales”, *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*, Civitas, Madrid.

Lacruz Berdejo, José Luis (2011), *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Civitas, 1ª Edición, Madrid.

Leach Ros, María Blanca (2001), *Equilibrio patrimonial: operación acordeón*, Edersa, Madrid.

Marco Arcalá, Luis Alberto (1997), “Derecho abstracto a los dividendos sociales”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº44, pp. 805-814.

Martín Meléndez, María Teresa (1995), *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid.

Martínez Gallego, Eva María (2001), “La gestión de bienes gananciales”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº7, pp. 1668-1684.

Méndez Rocasolano, M. (2003), “Entre la seguridad, la libertad y la justicia. Mediación y derechos fundamentales en Europa”, *Revista Científica General José María Córdova (Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos)* Volumen 20, número 37, enero-marzo 2022 Bogotá D.C., Colombia, pp. 129-142.

Menéndez, Aurelio y Rojo Fernández Río, Ángel José (2010), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Octava Edición, pp. 511-515.

Monje Balsameda, Oscar (2008), “Sociedades de gananciales y participaciones sociales”, *Derecho de sociedades, Congreso UNIJES 2007*, Bosch Editor, pp. 225-237.

Muñoz Delgado, Carmen (2018), *Copropiedad de participaciones sociales y acciones: la comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales*, Tirant lo Blanch.

O’Callaghan Muñoz, Xavier (2004), “Disolución y liquidación de la comunidad ganancial”, *Compendio de Derecho Civil: Familia, Vol. IV, 5ª Edición*, Edersa, Madrid.

Peña Bernaldo De Quirós, Manuel (2020), *Comentarios del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 647- 648.

Pérez Martín, Antonio Javier (2009), “Acciones, participaciones y otros títulos de sociedades y entidades mercantiles”, *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, (coord. A. J. Marcial Pons), Lex Nova, Vol. I, Valladolid.

Pérez Martín, Antonio Javier (2009), “Características de la sociedad postganancial”, *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación, Tratado de Derecho de Familia*, Vol. 2, Lex Nova, Valladolid, pp. 420-421.

Pérez Martín, Antonio Javier (2009), “Régimen jurídico aplicable a la sociedad postganancial”, *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Tratado de Derecho de Familia*, Vol. 2, Lex Nova, 1ª Edición, Valladolid, pp. 418-420.

Pérez Martín, Antonio Javier (2009), *Regímenes económicos matrimoniales: constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Lex Nova, 1ª Edición, Valladolid.

Pretel Serrano, Juan José (1991), *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo II.

Rodríguez Artigas, Fernando (2003), “Sociedad de Responsabilidad Limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)”, *Estudios de historia y de pensamiento económico: homenaje al profesor Francisco Bustelo García del Real*, Universidad Complutense, Madrid.

Rojo Fernández Río, Ángel (2011), “La distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Pamplona.

Rojo Fernández Río, Ángel José (2011), “Sociedades no obligadas a auditoría”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Pamplona, pp. 1987-1991.

Ruíz De Lara, Manuel (2021), “Otras especialidades del concurso consecutivo”, *El concurso de la persona natural. Análisis del concurso consecutivo conforme al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Aferre, Barcelona, pp. 153-156.

Sánchez Vizcaíno Rodríguez, Jaime (2012), *Incidencia de las Crisis Matrimoniales sobre la Empresa Familiar. Su tratamiento Jurídico en el Sistema del Código Civil. Tesis Doctoral*, Universidad Católica San Antonio, Murcia.

Torres Mateos, Miguel Ángel (2007), *Comunidad de bienes*, Aranzadi, 1ª Edición, Pamplona.

Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio y Olivencia, Manuel (1992), *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Civitas, Tomo VI, Madrid.

Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio y Olivencia, Manuel (1994), *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IV, Civitas, Madrid.

Valdés Solís Cecchini, Fernando (2010), “Liquidación de la sociedad de gananciales: supuestos especiales y referencia a la empresa familiar”, *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, 1ª Edición, Madrid.

Vázquez Iruzubieta, Carlos (2009), “Comentario al artículo 398 del Código Civil”, *Derechos Reales. Comentarios a los artículos 333 a 656 del Código Civil. Libro segundo. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones. Título III. De la comunidad de bienes*. Id. VLEX-59735285. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59735285>. Acceso: 11 de marzo de 2022.

Vicent Chuliá, Francisco (2010), “Distribución de dividendos”, *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia.

Vivas Tesón, Inmaculada (2018), *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, Wolters Kluwer, 3ª Edición, Madrid.

JURISPRUDENCIA

- AAP de Badajoz, de 11 de mayo de 2007 (Roj: AAP BA 109/2007).
AAP de Madrid, de 9 de junio de 2008 (Roj: AAP M 7866/2008).
ATS de 11 noviembre de 2008 (Roj: ATS 11118/2008).
RDGRN de 25 de julio de 2014 (BOE-A-2014-9244).
RDGRN de 15 de junio de 2017 (BOE-A-2017-7866).
RDGRN de 27 de junio de 2003 (BOE-A-2003-16329).
RDGRN de 23 de abril de 2005 (BOE-A-2005-11611).
RDGRN de 6 de febrero de 2008 (BOE núm. Sec 3 Pag 6471 a 6473)
SAP de A Coruña, de 11 de diciembre de 2007 (Roj: SAP C 2989/2007).
SAP de A Coruña, de 11 de marzo de 2010 (Roj: SAP C 393/2010).
SAP de Albacete, de 6 de junio de 2006 (Roj: SAP AB 518/2006).
SAP de Alicante, de 15 de enero de 2004 (Roj: SAP A 46/2004).
SAP de Asturias, de 28 de mayo de 2001 (Roj: SAP O 2228/2001).
SAP de Asturias, de 4 de junio de 2009 (Roj: SAP O 1271/2009).
SAP de Baleares, de 19 de mayo de 2009 (Roj: SAP IB 961/2009).
SAP de Cádiz, de 12 de marzo de 2007 (Roj: SAP CA 228/2007).
SAP de Córdoba, de 2 de junio de 2017 (Roj: SAP CO 322/2017).
SAP de Granada, de 4 de abril de 2008 (Roj: SAP GR 698/2008).
SAP de Las Palmas de 19 febrero de 2008 (Roj: SAP GC 1103/2008).
SAP de Lugo, de 21 de mayo de 2008 (Roj: SAP LU 414/2008).
SAP de Madrid, de 13 de marzo de 2006 (Roj: SAP M 3204/2006).
SAP de Madrid, de 25 de abril de 2008 (Roj: SAP M 5559/2008).
SAP de Madrid, de 26 de enero de 2011 (Roj: SAP M 704/2011).
SAP de Madrid, de 28 de julio de 2006 (Roj: SAP M 11178/2006).
SAP de Murcia, de 7 de febrero de 2006 (Roj: SAP MU 53/2006).
SAP de Murcia, de 7 de junio de 2002 (Roj: SAP MU 1517/2002).
SAP de Murcia, de 7 de octubre de 2002 (Roj: SAP MU 2395/2002).
SAP de Murcia, de 14 de mayo de 2007 (Roj: SAP MU 907/2007).

SAP de Soria de 4 de septiembre de 2014 (Roj: SAP SO 143/2014).
SAP de Valencia, de 29 abril de 1999 (Roj: SAP V 2470/1999).
STS de 8 de marzo de 1993 (Roj: STS 1358/1993).
STS de 10 de octubre de 1996 (Roj: STS 5407/1996).
STS de 19 de marzo de 1997 (Roj: STS 2028/1997).
STS de 18 de septiembre de 1999 (Roj: STS 5603/1999).
STS 30 de enero de 2002 (Roj: STS 529/2002).
STS de 5 julio de 2002 (Roj: STS 5004/2002):
STS de 24 de marzo de 2003 (Roj: STS 2005/2003).
STS de 25 de septiembre de 2003 (Roj: STS 5715/2003).
STS de 14 de febrero de 2005 (Roj: STS 839/2005).
STS de 10 de julio de 2005 (Roj: STS 4636/2005).
STS de 17 de octubre de 2006 (Roj: STS 6042/2006).
STS de 9 de noviembre de 2007 (Roj: STS 7178/2007).
STS de 9 de mayo de 2008 (Roj: STS 2569/2008)
STS de 12 de marzo de 2009 (Roj: STS 1256/2009).
STS de 17 de enero de 2018 (Roj: STS 55/2018)
STS de 3 de febrero de 2020 (Roj: STS 158/2020).
STS de 15 de junio de 2020 (Roj: STS 2184/2020).
STS del pleno del 27 de julio de 2020 (Roj: STS 2502/2020).

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

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

