



**Programa de Doctorado
de Ciencias Sociales y Jurídicas**

Tesis doctoral

Régimen económico de gananciales y sociedades de capital

(Joint marital property regime and capital companies)

Director: Prof. Dr. Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ

Autora: Paula MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA OZÁMIZ

Córdoba, noviembre de 2020

TITULO: *RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE GANANCIAS Y
SOCIEDADES DE CAPITAL*

AUTOR: *Paula Martínez-Echevarría Ozámiz*

© Edita: UCOPress. 2021
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

[https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/
ucopress@uco.es](https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/ucopress@uco.es)



TÍTULO DE LA TESIS: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE GANANCIALES Y SOCIEDADES DE CAPITAL

DOCTORANDA: PAULA MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA OZÁMIZ

INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS

El estudio que presenta la doctoranda abarca de un modo serio y profundo el complejo tema de las relaciones entre el régimen matrimonial de gananciales y las sociedades de capital.

Comienza la doctoranda (Capítulo I) con una introducción al régimen económico matrimonial de gananciales y a las sociedades de capital, que nos sitúa en condiciones de afrontar las relaciones y supuestos de intersección entre ambas figuras.

A continuación, la tesis analiza la posición de los cónyuges como accionistas de una sociedad anónima y como titulares de participaciones de una sociedad de capital (Capítulo II), analizando con todo detalle los supuestos en los que una acción o una participación deben considerarse gananciales o privativos. Se estudia además el carácter de los dividendos, la consideración de las plusvalías de las acciones o participaciones por la existencia de beneficios no repartidos y el carácter ganancial o privativo de los derechos de suscripción o de asunción preferente.

Continúa la tesis con el estudio de la administración y disposición de las acciones gananciales y privativas. Se analiza el primer lugar el sentido de los conceptos de administración y disposición -relacionándolos de modo particular con las acciones y participaciones-, así como el régimen societario de la transmisión de las mismas. Con posterioridad se entra de lleno en el análisis de los actos de administración y disposición de acciones y participaciones gananciales, comenzando por el régimen general de cogestión y codisposición que consagra el Código Civil con relación a los bienes gananciales para concluir estudiando las importantes excepciones que existen, deteniéndose el trabajo, en particular en las que afectan de modo especial a las acciones y participaciones.

Concluye este capítulo con la disolución de la sociedad de gananciales y las importantes cuestiones que se plantean al tiempo de liquidación de la misma en relación con titularidad de las sociedades de capital.

El Capítulo III de la tesis se ocupa de estudiar las repercusiones que puede acarrear en la sociedad de gananciales el desempeño por parte de un cónyuge del cargo de administrador, para lo que se hace necesario un previo estudio de las responsabilidades y cargas de la sociedad de gananciales.

La presente tesis utiliza la metodología correcta en el mundo jurídico. Partiendo de las fuentes legales, de la doctrina científica y de las resoluciones de los tribunales realiza un estudio crítico del "*status quo*" de la materia objeto de la tesis, aportando claridad en los problemas y soluciones que presenta la interrelación de la sociedad de gananciales con las sociedades de capital.

La evolución y desarrollo de la tesis doctoral ha sido la programada en el Proyecto y la doctoranda ha ido superando con una magnífica valoración todas las memorias de seguimiento del Programa de Doctorado.

Como trabajos y publicaciones derivados de la presente tesis señalemos: a) La comunicación "La transmisión «inter vivos» de participaciones de sociedades limitadas entre cónyuges", en el VII Congreso Científico de Investigadores en Formación de la Universidad de Córdoba organizado por la Escuela de Doctorado de dicha Universidad y celebrado en febrero de 2019; b) El artículo "Los pactos parasociales en el Derecho español" que ha sido publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 3-2020, págs. 413 a 467. (ISSN 0210-8518).

Por todo ello, se autoriza la presentación de la presente tesis doctoral.

Córdoba, a 20 de noviembre de 2020

EL DIRECTOR DE LA TESIS

Fdo: Prof. Dr. Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil

Dedicatoria

A mi director de tesis, por su enorme dedicación y entrega, gracias a la cual este estudio es el que es.

A mi padre, por no permitirme dejar de lado el Derecho y animarme hacer esta tesis.

A mi madre, por su constante ayuda.

A Carlos, por su apoyo incondicional.

“Hay respuesta para todo, basta con conocer la pregunta”
Paul-Eerik Rummo

ÍNDICE

RESUMEN / ABSTRACT	15
INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS. METODOLOGÍA	17
ABREVIATURAS.....	21
CAPITULO I. INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE GANANCIALES Y A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	25
1. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO	25
1.1. Introducción al régimen económico del matrimonio	25
1.2. La posibilidad de fijación del régimen económico matrimonial en capitulaciones matrimoniales. La mutabilidad convencional del mismo	30
1.3. El régimen de gananciales	42
1.3.1. Naturaleza del régimen de gananciales.....	42
1.3.2. Antecedentes de la comunidad de gananciales	48
1.3.3. Una primera aproximación a la sociedad de gananciales, a su funcionamiento y a su disolución y liquidación	51
1.4. Otros regímenes económicos existentes en el Derecho español: Breve referencia a los “ <i>Derechos civiles especiales o forales</i> ”.....	59
1.5. Breve aproximación a los regímenes económicos en los Estados de nuestro entorno	72
2. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	79
2.1. Aproximación a las sociedades de capital.....	79
2.2. Acercamiento a la sociedad anónima.....	81
2.3. Introducción a las sociedades limitadas	83
2.4. Introducción a las sociedades comanditarias por acciones.....	85
3. RÉGIMEN DE GANANCIALES Y SOCIEDAD DE CAPITAL	89
CAPÍTULO II. LOS CÓNYUGES COMO ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA O COMO PARTÍCIPES DE UNA SOCIEDAD LIMITADA	91
1. EL CARACTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LAS ACCIONES Y DE LAS PARTICIPACIONES. EL CARACTER DE LOS DIVIDENDOS, DE LAS PLUSVALIAS Y DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN Y ASUNCIÓN PREFERENTE.....	91
1.1. Introducción a la distinción entre bienes gananciales y privativos. La presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC.....	91
1.2. El carácter privativo o ganancial de las acciones y participaciones ...	97
1.2.2. Acciones y participaciones privativas	101
1.2.2.1. Acciones y participaciones adquiridas con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales (art. 1346.1º del CC)	101

1.2.2.2. Acciones y participaciones sociales adquiridas constante la sociedad a título gratuito por uno de los cónyuges (art. 1346.2º del CC).....	105
1.2.2.3. Acciones y participaciones adquiridas a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1346.3º CC). El principio de subrogación real	108
1.2.2.4. Acciones y participaciones adquiridas por derecho de preferente adquisición perteneciente a uno solo de los cónyuges (art. 1346.4º CC). La posible excepción al principio de subrogación real	111
1.2.2.5. Las nuevas acciones o participaciones suscritas como consecuencia de otras privativas. El art. 1352 CC.....	113
1.2.2.6. El cambio del carácter ganancial a carácter privativo por voluntad de los cónyuges.....	133
<i>1.2.3. Acciones y participaciones gananciales</i>	140
1.2.3.1. Acciones y participaciones obtenidas por el trabajo de cualquiera de los cónyuges (art. 1347.1º CC). La posible remuneración de administradores sociales con acciones o participaciones	141
1.2.3.2. Los acciones y participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. El principio de subrogación real (art. 1347.3º CC).....	150
1.2.3.3. Las acciones y participaciones sociales adquiridas por derecho de preferente adquisición de carácter ganancial. La posible excepción al principio de subrogación real (art. 1347.4º CC)	154
1.2.3.4. Las nuevas acciones o participaciones suscritas como consecuencia de otras gananciales (art. 1352 CC)	155
1.2.3.5. Serán gananciales las nuevas participaciones donadas o dejadas en testamento conjuntamente a ambos cónyuges sin especial designación de partes (art. 1353 CC)	157
1.2.3.6. La atribución del carácter ganancial de acciones o participaciones de común acuerdo por los cónyuges: los arts. 1323 y 1355 del CC	161
<i>1.2.4. Acciones o participaciones adquiridas en parte con bienes privativos y gananciales</i>	173
1.2.4.1. La regla general del principio de subrogación real: acciones en parte gananciales y en parte privativas. El proindiviso del artículo 1354 del CC	173
1.2.4.2. Excepciones al principio de subrogación real	176
1.2.4.2.1. Las compraventas a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales (el art. 1357 CC) y constante la sociedad (art. 1356 CC)	176
1.2.4.2.2. Las excepciones al principio de subrogación real recogidas en los artículos 1346.4º, 1347.4º y 1352 CC. Remisión	180
1.2.4.2.3. Mejoras e incrementos patrimoniales: 1359 y 1360 CC	180

1.3. En particular, el carácter de los dividendos, las pluvalías de las acciones o participaciones por la existencia de beneficios no repartidos y de los derechos de suscripción o de asunción preferente.....	192
1.3.1. Los dividendos.....	192
1.3.2. El problema del aumento de valor de acciones o participaciones a consecuencia de beneficios no repartidos entre los socios	197
1.3.3. Los derechos de preferente suscripción de acciones o asunciones de participaciones.....	199
2. LA ADMINISTRACION Y DISPOSICIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES PRIVATIVAS Y GANANCIALES.....	203
2.1. Introducción.....	203
2.1.1. Los conceptos de administración y disposición. Su aplicación a las acciones y participaciones de sociedades de capital	203
2.1.2. Introducción al régimen transmisivo de las acciones y de las participaciones. Las restricciones estatutarias y las recogidas en pactos parasociales a la transmisibilidad de acciones o participaciones	204
2.1.2.1. La transmisión de las acciones. Del régimen legal de libertad a la posibilidad de restricciones estatutarias.....	205
2.1.2.1.1. Régimen jurídico	205
2.1.2.1.2. Las transmisiones de acciones entre cónyuges	208
2.1.2.2. La transmisión de las participaciones. El régimen legal restrictivo de las transmisiones “inter vivos”, permisivo para las transmisiones entre cónyuges. La modificación estatutaria del régimen legal	209
2.1.2.2.1. Régimen jurídico	209
2.1.2.2.2. Las transmisiones de particiones entre cónyuges.....	216
2.1.2.3. Pactos parasociales relativos a la transmisión de acciones o participaciones sociales	218
2.1.2.4. Notas sobre la empresa familiar como sociedad cerrada ...	225
2.2. Administración y disposición de acciones y participaciones gananciales.....	229
2.2.1. La regla general de coadministración y codisposición conjuntas: e. artículo 1375 CC.....	229
2.2.1.1. Introducción.....	229
2.2.1.2. Actos de administración	234
2.2.1.3. Actos de disposición “inter vivos” a título oneroso	240
2.2.1.4. Actos de disposición “ <i>inter vivos</i> ” a título gratuito	242
2.2.1.5. Actos de disposición “mortis causa”	242
2.2.2. Supuestos excepcionales de actuación individual.....	244
2.2.2.1. Las excepciones establecidas por voluntad de los sujetos .	244

2.2.2.1.1. Posibles excepciones establecidas en capitulaciones matrimoniales.....	244
2.2.2.1.2. Apoderamientos voluntarios.....	246
2.2.2.2. Las excepciones establecidas por la Ley.....	248
2.2.2.2.1. Disposición de frutos de bienes privativos: artículo 1381 CC.....	248
2.2.2.2.2. Toma de anticipos de dinero para el ejercicio de la profesión o empresas privativas: arts. 1382 CC.....	249
2.2.2.2.3. Supuestos de titularidad formal: artículo 1384 CC	252
2.2.2.2.4. Ejercicio de derechos de crédito por el cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos: el art. 1385.....	266
2.2.2.2.5. Gastos urgentes: El artículo 1386	270
2.2.2.3. Supuestos de atribución global por ley: casos en los que un cónyuge es representante legal del otro. Los arts. 1387 y 1389 del CC.....	271
2.2.2.5. Actos de administración realizados por uno solo de los cónyuges con beneficio exclusivo para él o con daño para la sociedad de gananciales.....	274
2.2.2.6. Referencia al deber recíproco de información del art. 1383 del CC.....	276
2.3. Administración y disposición de acciones y participaciones privativas.....	278
3. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	279
3.1. Introducción a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En particular la causas de disolución	279
3.2. La comunidad postganancial.....	285
3.3. La liquidación de la sociedad de gananciales	295
3.3.1. Inventario y avalúo.....	295
3.3.2. Liquidación de deudas y adjudicación de lotes.....	302
1) ¿La adjudicación de acciones o participaciones gananciales en el haber del cónyuge no socio supone una transmisión de las mismas que pueda estar afectada por posibles restricciones a la transmisión de las acciones o participaciones?.....	304
2) Es aplicable el derecho de preferente adjudicación del art. 1406.2º del CC a las acciones o participaciones de sociedades de capital?	315
CAPÍTULO III. OBLIGACIONES DE LAS QUE RESPONDE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y OBLIGACIONES DE CARGO DE LA MISMA. EN PARTICULAR LAS RESPONSABILIDADES ASUMIDAS POR UN CÓNYUGE COMO ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL.....	321
1. INTRODUCCIÓN A LAS IDEAS DE RESPONSABILIDAD Y CARGAS DE LOS BIENES GANANCIALES.....	321
1.1. Qué es de cargo de la sociedad de gananciales y de qué se responde con ellos.....	322

1.1.1. Obligaciones de las que responden los bienes gananciales	322
1.1.2. Cargas de la sociedad de gananciales	323
1.2. Qué es de cargo de los bienes privativos y de qué se responde con ellos.....	324
2. LAS RESPONSABILIDADES EN LA QUE PUEDE INCURRIR UN ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL	329
2.1. Introducción.....	329
2.2. La responsabilidad social e individual de los administradores.	330
2.3. La responsabilidad por deudas sociales en los casos del artículo 367 de la LSC y por déficit concursal.....	339
2.4. Responsabilidad por derivación de deudas de la Seguridad Social.	343
2.5. Responsabilidad por derivación de deudas tributarias	345
2.6. Responsabilidad penal.	347
3. AVALISTA O FIADOR DE LAS DEUDAS SOCIALES	349
4. SOCIEDAD DE GANANCIALES Y RESPONSABILIDADES DEL ADMINISTRADOR Y DEL FIADOR O AVALISTA	351
4.1. Previo. Empresario individual y sociedad de gananciales.....	351
4.2. La responsabilidad de los administradores y la sociedad de gananciales	355
4.3. El cónyuge administrador de un sociedad de capital avalista o fiador de las deudas de la misma y el régimen de gananciales	363
CONCLUSIONES	367
BIBLIOGRAFÍA	393
RELACIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES Y RESOLUCIONES DE LA DGRN.....	407
1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	407
2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO	407
2.1. SSTS, Sala Primera, de lo Civil.....	407
2.2. SSTS, Sala Segunda, de lo Penal	
2.3. SSTS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo	422
3. SENTENCIAS DE TT. SS. JJ.	422
4. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.....	423
5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, HOY DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.....	427

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto explicar cómo es la relación entre la sociedad de gananciales con los distintos tipos de sociedades de capital. Se analiza el supuesto del matrimonio casado en régimen de gananciales en el que uno o ambos cónyuges es a su vez socio de una sociedad de capital. Para ello, se abordan cuestiones tales como, qué lugar ocupa el cónyuge del socio en la sociedad de capital, qué derechos corresponden a cada uno de ellos, qué puede y que no puede hacer cada uno de los cónyuges respecto a las acciones y participaciones de la sociedad de capital, para lo que será fundamental conocer el carácter de éstas según el tipo de sociedad de que se trate, el momento de su adquisición y los fondos empleados para ello. De igual modo, se estudia si son de aplicación o no las reglas de administración y disposición propio del régimen de gananciales (principio de cogestión) en el ámbito societario; asimismo, se determinan las deudas y obligaciones a las que quedan sujetos los bienes gananciales por la actividad de uno de los cónyuges, cómo puede perjudicar a la sociedad de gananciales que uno de ellos sea administrador de una sociedad de capital o que actúe como fiador o avalista. También se examina cómo ha de llevarse a cabo la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales respecto al reparto de las acciones y participaciones, para lo que se tendrá en cuenta el régimen de transmisión, las posibles restricciones existentes, el carácter abierto o cerrado de la sociedad de capital, los posibles reembolsos... Estas y otras cuestiones semejantes son a las que se trata de dar respuesta en este estudio.

ABSTRACT

This study explains the relationship between joint marital property partnerships with the different types of capital companies. It analyses a matrimony married in a regime of joint marital property in which one or both spouses is at the same time a partner in a capital company. For that purpose, different situations are approached, such as what is the position of a spouse of a partner in a capital company, what rights belong to each other, what can each of the spouses do, or not do, in relation to the shares and participating interests in the capital company. It will be critical to understand their nature, depending on the type of company, the moment of acquisition and the money used for such acquisition. In addition, the study considers if the rules of administration and disposition of the joint marital property regime are applicable (congestion principle) to the corporate sphere. Moreover, the study determines the liabilities and obligations to which the joint marital regime assets are tied by each of the spouses, and how the fact that one of the spouses is a company administrator or a guarantor can harm the joint marital property partnership. The study also examines how the dissolution and liquidation of the joint marital property partnership takes place, regarding the distribution of shares and participating interests; for this purpose, things such as the transmission regime, the open or closed character of the partnership, possible refunds... are taken into account. These and other issues will be dealt by this study.

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS, METODOLOGÍA

La armonización entre las normas que regulan la sociedad de gananciales y las que regulan las sociedades de capital no es tan sencilla como podría parecer a simple vista. Existen lagunas entre el Derecho matrimonial y el Derecho de sociedades que provocan, en la práctica, numerosos problemas a la hora de relacionar estos dos ámbitos.

Cuando en un matrimonio sujeto a régimen ganancial uno o ambos esposos es a su vez socio de una sociedad de capital, hay que tener en cuenta numerosos aspectos para que la articulación entre estos dos tipos de sociedades no conlleve inconvenientes ni en la esfera matrimonial ni en la societaria.

La esencia de la sociedad de gananciales, que está basada en una comunidad de bienes sujeta a satisfacer las necesidades y cargas de la familia, así como en la existencia de tres patrimonios (dos privativos y uno ganancial), puede encajar mal con según qué tipo de sociedad de capital.

Es por ello, por lo que para evitar futuros problemas tanto entre los cónyuges como entre los demás socios de la sociedad en cuestión, habrá que tener muy claro desde un primer momento a qué tipo de sociedad pertenece el cónyuge socio, si se trata de una sociedad anónima o limitada, su nivel de apertura, si es más personalista o capitalista, si se trata de una empresa familiar, etc; para poder así conocer qué lugar ocupa en ésta el cónyuge del socio (si es que lo ocupa), si tendrá o no derecho alguno en la sociedad, cómo afectará a la sociedad de gananciales que un cónyuge sea socio de una sociedad de capital...

Estas y otras cuestiones son las que trata de abordar el presente estudio, el cual se ha dividido en diferentes bloques con intención de dar respuesta a todos los problemas que en la práctica puedan surgir.

En la introducción de este estudio se comienza explicando la sociedad de gananciales: dónde aparece regulada, cómo ha sido su evolución histórica a lo largo del tiempo y cuáles han sido las modificaciones más significativas que ha experimentado para llegar a configurarse tal y como se la conoce actualmente. Posteriormente, se exponen sus rasgos más característicos, resaltando el amplio campo que se concede a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la posibilidad de configurar un régimen a la medida de los esposos mediante capitulaciones matrimoniales, la mutabilidad del régimen en cualquier momento y la coexistencia de tres patrimonios (dos privativos y uno ganancial), entre otros.

Acto seguido se hace alusión a las distintas sociedades de capital, resaltando las características de cada tipo, con intención de poner de relieve los puntos en común y las discordancias entre ellas, con objeto de mostrar cómo afecta en la sociedad de gananciales el tipo de sociedad de capital al que pertenezca un cónyuge, ya que la incidencia es distinta según se trate de un tipo u otro.

En el capítulo primero se examina más a fondo la sociedad de gananciales, cómo funciona y qué implicaciones tiene. Se presenta como fundamental la determinación del carácter de los bienes habidos en el matrimonio ya que, precisamente por la coexistencia de tres patrimonios, resulta básico saber y conocer el carácter de cada bien para evitar problemas en el momento de reparto de bienes, así como saber qué bienes están sujetos a responsabilidad de la actividad de cualquiera de los esposos. Es por ello, por lo que se estudia con detenimiento la clasificación de bienes privativos y gananciales que realizan los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, así como las especificaciones contenidas en los artículos que les siguen.

Se hace también referencia a la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil propia y característica del régimen ganancial, en virtud de la cual se presumen comunes todos los bienes habidos en el matrimonio salvo prueba en contraria, y cómo los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad pueden cambiar el carácter de los bienes. Posteriormente, se hace un estudio exhaustivo de los artículos 1323 y 1355 CC.

También se estudia en este capítulo las especialidades que presenta el principio de subrogación real del artículo 1352 CC, la polémica sobre el carácter de las reservas, así como las plusvalías y dividendos.

En base a todo esto se analiza el carácter privativo o ganancial que pueden tener las acciones o participaciones según los casos, el tipo de sociedad al que pertenezcan, el momento de su adquisición y los fondos empleados para ello, haciendo especial hincapié en la doble titularidad (formal y material) que pueden tener dichas acciones o participaciones.

El capítulo segundo explica cómo es la administración y disposición de bienes en la sociedad de gananciales y cómo ésta se debe llevar a cabo en el caso de que uno de los cónyuges sea socio de una sociedad de capital, a cuál de los cónyuges le corresponde dicha administración y disposición, qué derechos tiene cada cónyuge, qué implicaciones tiene el principio de cogestión y codisposición propio del régimen ganancial, pudiendo tener o no incidencia en el ámbito societario.

En este capítulo también se estudia cómo debe hacerse la transmisión de acciones y participaciones, la posibilidad de poner restricciones, cómo deben ser éstas, a quienes pueden afectar y sus implicaciones. Adicionalmente, se introduce la importancia de los pactos parasociales, los protocolos familiares, así como la mayor relevancia que van adquiriendo las empresas familiares en el panorama actual.

El capítulo tercero se ocupa de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, abordando todas las fases que esta supone con la finalidad de ir exponiendo qué derechos tienen los cónyuges en cada momento, cómo afecta ésta a la sociedad de capital a la que pertenezcan las acciones y participaciones y cómo debe llevarse a cabo el reparto de las acciones y participaciones que tantos problemas suele suscitar.

En el capítulo cuarto se estudian las obligaciones de las que debe responder la sociedad de gananciales. Asimismo, se analizan los supuestos en los que la sociedad de gananciales está obligada a responder de la actividad que pueda desempeñar uno de los cónyuges: como comerciante, como administrador de una sociedad, como avalista o como fiador. Se estudian con detenimiento cada una de estas actividades, analizando las implicaciones que puede tener en la sociedad de gananciales y los bienes que estarían sujetos a responsabilidad.

Por último, este estudio finaliza con la exposición de las conclusiones, donde se muestran los resultados obtenidos en el estudio de cada uno de los capítulos mencionados.

El objetivo de esta tesis, no es otro que el de tratar de mostrar todos los entresijos de la sociedad de gananciales con las sociedades de capital, cómo se articulan las reglas que las rigen, qué carácter tienen las acciones y participaciones del cónyuge socio, qué derechos tiene el cónyuge del socio, cómo se pueden transmitir las acciones y participaciones, cuándo se pueden poner restricciones a la transmisión y cómo pueden ser éstas; cuándo deben responder los bienes gananciales por la actividad de uno de los cónyuges, ventajas y desventajas de pertenecer a la sociedad de gananciales y a una sociedad de capital al mismo tiempo, entre otras cuestiones.

Para la realización del presente estudio se ha aplicado la metodología propia del ámbito de las Ciencias Jurídicas:

1. Examen de las normas vigentes, estudio y clasificación de la jurisprudencia aplicable y revisión bibliográfica.
2. Estudio, análisis crítico y clasificación de toda la información recopilada para la determinación de resultados.
3. Exposición de manera clara de todos los estudios realizados, resaltando tanto los beneficios como los inconvenientes, con el fin de obtener respuestas y conclusiones.

ABREVIATURAS

- A.C.: Actualidad civil
- A.A.M.N.: Anales de la Academia Matritense del Notariado
- A.D.C.: Anuario de Derecho Civil
- Ar. Civ.: (buscar de esta revista)
- AP: Audiencia Provincial
- Art.: artículo
- Arts. artículos
- AT: Audiencia Territorial
- CC: Código Civil
- CCCat: Código civil de Cataluña
- C.Com.: Código de Comercio
- C.D.C.: Cuadernos de Derecho y Comercio
- CDCB: Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares
- CE: Constitución Española de 1978
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado (Hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)
- DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
- D.L.L: Diario La Ley
- LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- LCon: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- LCCh: Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
- LDCG: Ley 2/2006, de 14 junio, de derecho civil de Galicia
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

- LISD: Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
- LIP: Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio
- LORAFNA: Ley Orgánica 13/1992, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral Navarro
- LREMV: Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano
- LSA de 1951: Ley de Sociedades Anónimas 17 de julio de 1951
- LSA de 1989: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
- LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- LSRL de 1953: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953
- LSRL de 1995: Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
- Op. cit.: Obra citada
- pág./s: página/s
- R: Resolución
- R.A.D.Pat.: Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
- R.C.D.I.: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- R.D.: Real Decreto
- R.D. Leg.: Real Decreto Legislativo
- R.D.C.: Rivista di Diritto Civile.
- RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).
- R.D.M.: Revista de Derecho Mercantil (buscar de esta revista)
- R.D.N.: Revista de Derecho Notarial
- R.D.P. y C.: Revista de Derecho Penal y Criminología.
- Rh: Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

- RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
- RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
- s.a.: sociedad anónima
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- s.l.: sociedad limitada, sociedad de responsabilidad limitada
- ss.: siguientes
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- TC: Tribunal Constitucional
- TRLC: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- TRLGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- TRLMV: Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Vol: Volumen

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE GANANCIALES Y A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

1.1. Introducción al régimen económico del matrimonio

El matrimonio es aquel negocio jurídico bilateral complejo (típico del Derecho de Familia), que celebrado de acuerdo con alguna de las formas establecidas por Ley (matrimonio “*in fieri*”), supone la unión de dos personas hábiles y capaces, naciendo de dicha unión un vínculo jurídico (matrimonio “*in facto esse*”), que conlleva una serie de derechos y obligaciones para ambos cónyuges, en plano de igualdad, siendo necesario para que el mismo sea válido que la voluntad en que consiste el consentimiento matrimonial sea dirigida a una unión de esas características.

El matrimonio lleva aparejado una serie de implicaciones patrimoniales o materiales que necesitan ser reguladas. Citemos a modo de ejemplo: la responsabilidad de cada cónyuge en relación con las obligaciones contraídas para atender las necesidades familiares, la calificación común o privativa de los bienes de los cónyuges, así como de los beneficios que produzcan dichos bienes u obtengan los cónyuges con su trabajo o esfuerzo durante el matrimonio, la gestión tanto de los patrimonios privativos como comunes, entre otros. A todas estas cuestiones responden las normas que conforman los regímenes económico matrimoniales.

Una vez que se celebra el matrimonio se suceden automáticamente modificaciones en la esfera jurídica de los esposos, puesto que cambian tanto sus circunstancias personales como patrimoniales.

La aparición de una nueva familia da lugar a obligaciones y responsabilidades que deben ser atendidas y satisfechas, por lo que resulta imprescindible la existencia de una serie de reglas que regulen, organicen y “pongan orden” entre los cónyuges.

Como dice CUADRADO PÉREZ ¹, “*el matrimonio lleva inherente una solidaridad en el destino y en los objetivos, que devienen comunes. Este nuevo escenario en el que se encuentran los cónyuges provoca, con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial por ellos escogidos, que ya no sean completamente libres económicamente*”.

1 CUADRADO PÉREZ, C., “Capítulo 19: El Régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 77.

Todo matrimonio ha de estar regido por un régimen económico matrimonial, el cual a través de un conjunto de reglas, determinará y delimitará los intereses pecuniarios de los cónyuges, así como sus relaciones con terceros.

LACRUZ BERDEJO² define el régimen económico del matrimonio como un conjunto coherente de soluciones a los diversos problemas patrimoniales que plantea el matrimonio: *“Es la respuesta del Derecho ante una serie de intereses y cuestiones pecuniarias a los que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular”*.

RAMS ALBESA³ por su parte, los define como *“el conjunto de reglas que se dan los cónyuges o, en su defecto, las normas que provienen de la ley para ordenar la economía de cada uno de los matrimonios que conforman nuestro tejido social, sin excepción alguna. Es decir, el brocardo que afirma que, en el Derecho español, no hay matrimonio sin régimen económico matrimonial resulta ser absolutamente cierto”*.

La figura del régimen económico matrimonial viene a dar respuesta a los problemas que surgen en la vida matrimonial como son: la distribución de poderes, la riqueza y las deudas. De esta manera, el régimen matrimonial contendrá todas las reglas relativas al sostenimiento de las cargas y deudas del matrimonio, la responsabilidad de los bienes, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, las relaciones con terceros y las normas concernientes a la extinción y liquidación del mismo.

La celebración del matrimonio hace que inevitablemente éste tenga que ir acompañado de un régimen económico matrimonial que establezca las pautas por las que el mismo se ha de regir.

No existe una unidad civil en la normativa privada en España. Junto al tradicionalmente conocido como “Derecho común”, encontramos un conjunto de normas civiles territoriales a las que se refiere el art. 149.1.8ª de la CE que en general, al margen de otras materias, viene a regular de modo particular el régimen económico del matrimonio.

El régimen económico del matrimonio se regula en nuestro Código Civil en el Título III del Libro IV, que sin dar una definición del mismo, se limita a decir en el primero de los preceptos, el artículo 1315, lo siguiente: *“El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin más limitaciones que las establecidas en este Código”*.

El CC regula tres regímenes específicos: el régimen de gananciales, el de separación de bienes y el de participación en las ganancias, permitiendo a los cónyuges optar por cualquiera de ellos. Igualmente podrían adoptar uno de nueva creación o remitirse a alguno de los regulados en los territorios civiles forales. Asimismo, se ocupa el CC de regular un conjunto de normas generales

2 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 115.

3 RAMS ALBESA, J., MORENO FLÓREZ, R.M., RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *Apuntes de economía del matrimonio y derecho de sucesiones*, 2ª edic. revisada y actualizada por R.M. MORENO FLÓREZ, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 25.

aplicables, en principio, a cualquier régimen sometido al CC (el conocido como “régimen económico matrimonial primario”).

El régimen económico del matrimonio se encuentra sometido en ciertos aspectos a normas imperativas y en otros a simples normas supletorias, dispositivas, de modo que los cónyuges podrán cambiarlas, modificarlas o adaptarlas por medio de las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones para poder ser válidas y producir el efecto pretendido, deberán constar en escritura pública (art. 1327 CC⁴) e inscribirse en el Registro Civil junto con la inscripción de matrimonio, siendo este requisito indispensable para que puedan tener efecto frente a terceros.

La posibilidad que concede el ya citado artículo 1315 CC implica que los cónyuges o futuros cónyuges puedan no sólo elegir entre los distintos regímenes económicos que ofrece nuestro Código Civil, sino también que puedan configurar uno de acuerdo con sus necesidades, sin más limitaciones que las impuestas por el art. 1328 CC: la Ley, las buenas costumbres y la igualdad de derechos entre los cónyuges⁵.

Esta amplia libertad que se concede a los esposos en esta materia, hace que no se pueda hacer una clasificación exhaustiva de los regímenes económicos, ya que, aparte de los regulados por el Código Civil, habrá tantos y tan variados como cada matrimonio haya deseado configurar su régimen matrimonial dentro de los parámetros permitidos.

No pudiendo hacerse una clasificación detallada y cerrada de los regímenes económicos, lo que sí puede hacerse es una enumeración en sentido amplio. Desde un punto de vista teórico, distinguimos los siguientes:

a) En primer lugar podemos identificar un régimen de unidad o absorción. Este régimen propio del Derecho Romano y totalmente en desuso a día de hoy, es aquel en el que el marido se hace dueño de todos los bienes aportados por la mujer al matrimonio.

b) En segundo lugar podemos identificar regímenes de comunidad. Distinguimos entre las siguientes variantes:

4 La STS de 21 octubre 2009 (RJ 2009\5701) señaló que *“La declaración de nulidad de los capítulos matrimoniales por simulación absoluta determina como efecto esencial que no se produjera el efecto buscado, es decir, el cambio de régimen, que solo fue aparente, pero no real como consecuencia de la simulación”. Se infringe el artículo 1327 CC relativo a la forma que han de tener los capítulos para que éstos sean válidos. “El documento privado tenía como finalidad evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creada con las capitulaciones nulas. Es decir, no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió el matrimonio desde el momento de la celebración sin interrupción”.*

5 La STS de 18 junio 2012 (RJ 2012\6853) dispuso en el caso enjuiciado que el artículo 1328 CC establece la nulidad parcial de la cláusula que sea contraria a la igualdad de los cónyuges. Sin embargo, en la sentencia que se impugna, el definitivo argumento para declarar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales es la falta de causa que se acompaña, como consecuencia de esta misma falta, la vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges derivado de la ocultación de bienes gananciales.

- Un régimen de comunidad universal: en él se hacen comunes todos los bienes presentes y futuros de los esposos.

- Regímenes de comunidad limitada: donde pueden ser comunes sólo los bienes muebles o las ganancias y bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, o los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a costa del caudal común.

c) Cabe identificar un régimen de separación: en él no existe una masa de bienes comunes matrimoniales de los cónyuges. Esta separación puede ser absoluta o relativa. En la primera, cada esposo mantiene el dominio, administración y disposición de todos sus bienes, mientras que en la segunda, cada esposo tiene la propiedad de sus bienes, pudiéndose dejar la administración a uno de ellos.

d) Finalmente, señalar aquél que se conoce como sistema mixto o de participación⁶, en el que cada cónyuge mantiene durante la vida del régimen su patrimonio separado, surgiendo en el momento de su extinción un derecho de crédito a favor del cónyuge que menor incremento haya experimentado, para participar en parte del incremento patrimonial obtenido por su consorte.

El objeto de este estudio es la relación del régimen económico de gananciales con las sociedades de capital, por lo que como primera parte introductoria debemos referirnos mínimamente al régimen de gananciales, en aras de situarnos en disposición adecuada para poder enfrentar los problemas específicos que surgirán como consecuencia de esta relación.

Siendo objeto de este estudio el régimen económico de gananciales en relación con las sociedades de capital, debemos en esta primera parte introductoria, referirnos mínimamente al régimen de gananciales, con el fin de situarnos en disposición adecuada para poder enfrentarnos a los problemas específicos que nos planteará la relación del régimen con las sociedades de capital.

La sociedad de gananciales aparece regulada en los artículos 1344 a 1410 del Código Civil. Comienza el art. 1344 disponiendo que, *“Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*.

Este precepto no proporciona una definición del régimen de gananciales, lo que hace es describir qué ocurre con las ganancias a lo largo de la vigencia del matrimonio y cuándo éste termina, distinguiendo entre dos perspectivas: la primera, referida a cuándo se obtiene la ganancia, momento en el que ésta se hace común, y la segunda, a la hora de la disolución y liquidación de la

⁶ El régimen de participación es una de las novedades introducidas en nuestro CC por la modificación operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por el que se modifica el Código Civil en materia de patria potestad, filiación y régimen económico matrimonial.

sociedad de gananciales, momento en el que se atribuye por mitad a cada cónyuge las ganancias obtenidas⁷.

Esta distinción de perspectivas encuentra su razón de ser en que por un lado, están los bienes comunes que han de satisfacer las necesidades del matrimonio y los gastos que indica el art. 1362 CC -cargas del matrimonio- y, por otro lado, aquellos bienes que sin haber sido consumidos o gastados persisten en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, siendo éstos los que habrán de repartirse y atribuirse por mitad entre los esposos.

Durante la vigencia del matrimonio estos bienes no pueden atribuirse por mitad entre los esposos al tener una finalidad que cumplir. Sólo cuando no haya comunidad ni necesidades comunes que satisfacer, será cuando puedan repartirse por partes iguales.

La doble perspectiva a la que nos referimos o el doble destino al que están sujetos los bienes del matrimonio, hace que los esposos no puedan disponer individualmente de cuota alguna sobre dichos bienes hasta que no se materialice su derecho sobre los mismos, cosa que no ocurrirá hasta que deje de existir la sociedad. Este derecho que ostentan los cónyuges sobre los bienes gananciales es personalísimo mientras la sociedad está vigente, pero que se convertirá en un derecho patrimonial en el momento en el que se disuelva el régimen de gananciales. Como explica RAGEL SÁNCHEZ⁸, *“con la disolución se patrimonializa ese derecho, lo que explica que la cuota pueda ser cedida a terceros, por vía voluntaria o forzosa”*.

El hecho de que durante la vigencia de la sociedad de gananciales no se pueda disponer de la cuota que cada cónyuge ostenta sobre el conjunto ganancial, está íntimamente relacionado y justificado por la naturaleza de la sociedad.

7 Cabe en este punto preguntarse si sería posible que la sociedad de gananciales se estableciera una participación distinta a la fijada en el artículo 1344 CC. A esto responde DE LOS MOZOS, J.L., “Arts. 1344 y 1345”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII vol. 2º, artículos 1344 a 1410 del Código Civil, Edersa, Madrid. (Id. vLex VLEX-262379) explicando que *“no cabe duda que en virtud de la libertad de pacto los cónyuges pueden pactar una participación desigual, lo que no sería contrario ni a la igualdad de los cónyuges, ni a las buenas costumbres (art. 1328 CC), aunque tropezaría con lo dispuesto en el artículo 1691 CC. Pero es dudoso que, en este caso, estuviéramos en presencia de una verdadera sociedad de gananciales y, por tanto, no podrían aplicarse a la de tal modo contraída muchas de sus reglas, aunque habría que tener en cuenta los casos particulares, pues si se excluyen determinados bienes de la comunidad, o se establece un sistema especial de gestión, y aun del ejercicio de las potestades domésticas, a primera vista parece que se hallaría justificada una distribución de ganancias desigual. Sin embargo, ya hemos dicho anteriormente que los criterios de la justicia conmutativa no son precisamente los que mejor explican las reglas por las que se desenvuelve un régimen económico matrimonial, por lo que, en este sentido, el criterio debe ser restrictivo”*.

8 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 22: La sociedad de gananciales (I)”, en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, directs, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ªedicc, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 708.

1.2. La posibilidad de fijación del régimen económico matrimonial en capitulaciones matrimoniales. La mutabilidad convencional del mismo

Nuestro Código Civil no proporciona un concepto claro y exacto de lo que significan las capitulaciones matrimoniales, simplemente se limita a indicar en el artículo 1325 cuál es su contenido: *“En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*.

Las capitulaciones matrimoniales son un contrato a través del cual los ya cónyuges o futuros contrayentes establecen los acuerdos que consideren oportunos para regir su régimen económico matrimonial, sin perjuicio de poder tener un contenido más amplio y fijar reglas para la liquidación del régimen.

Las capitulaciones matrimoniales son una consecuencia del principio de autonomía que cada vez se ha ido haciendo más visible en el ámbito matrimonial. Tras la reforma operada por el Código Civil en 1975 se permitió la posibilidad de que fueran postnupciales, lo que provocó que las mismas adquirieran más fuerza e importancia; aunque es tras la reforma de 1981 cuando se produce un auténtico cambio en materia de regímenes matrimoniales.

El otorgamiento de capitulaciones matrimoniales se revela como un acto personalísimo, no dando cabida a su realización mediante representante, quedando excluida tanto la representación voluntaria como la legal.

El artículo 1330 CC declara que *“El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador”*. Este precepto no habla de representación, sino de asistencia, por lo que se establece la intervención del interesado en el acto pero asistido de la persona que corresponda, sin que éstos lleguen a suplir la actuación de aquél. CABANILLAS SÁNCHEZ⁹ aclara *“que la asistencia a la que se refiere el precepto tiene el mismo sentido del concurso y consentimiento del art. 1329”*¹⁰.

9 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículo 1330”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 608.

10 Actualmente los menores no emancipados no pueden casarse. Antes existía la posibilidad de que los menores de edad pero mayores de 14 años pudieran casarse siempre y cuando obtuvieran la dispensa del Juez de Primera Instancia, si concurría justa causa se instaba por la parte y se escuchaba al menor y a sus padres o guardadores en el correspondiente expediente, de acuerdo con el artículo 48.2 CC. Pero la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modificó este artículo al disponer que *“El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que*

Es el propio incapacitado judicialmente quien ha de otorgar las capitulaciones matrimoniales (personalmente), lo cual ha de permitirlo la sentencia de incapacitación que determine la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 CC). Los representantes legales o el tutor no pueden otorgar las capitulaciones matrimoniales en nombre del incapacitado.

El 1327 CC determina que *“Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”*. Se trata de un requisito *ad solemnitatem*, siendo totalmente necesario para su validez. Este negocio sólo será válido si consta en escritura pública, sin que pueda admitirse en otro tipo de documento, configurándose como un supuesto de nulidad absoluta por falta de forma el otorgamiento de capitulaciones en cualquier otro tipo de documento, como por ejemplo un documento privado¹¹.

Señala CABANILLAS SÁNCHEZ¹² que *“el formalismo de las capitulaciones matrimoniales se explica por la importancia que revisten las aportaciones hechas por los cónyuges, por la trascendencia de los pactos que en materia sucesoria puedan contener, por las reglas que determinan el régimen económico del matrimonial. Es por ello por lo que el único documento público en el que pueden constar las capitulaciones matrimoniales para ser válidas es en escritura pública, no pudiendo esta ser sustituida por ningún otro documento”*.

En cuanto al momento de su otorgamiento, el artículo 1326 CC autoriza que puedan otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio, pero con la matización que introduce el art. 1334 CC, en virtud del cual *“Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”*.

La libertad en cuanto al momento de su otorgamiento no ha sido siempre así, puesto que hasta la reforma de 2 de mayo de 1975 se prohibía que se pactaran una vez celebrado el matrimonio, pero con esta reforma se introduce el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial en materia de capitulaciones postnupciales, concediendo gran flexibilidad a los esposos para que puedan cambiar el régimen económico del matrimonio una vez celebrado éste.

En cuanto al contenido típico y esencial de las capitulaciones, serían todas las estipulaciones relativas al régimen económico del matrimonio y cualquier otra disposición por razón del mismo, como podrían ser: donaciones por razón del matrimonio (art. 1341 CC), promesa de mejorar o no mejorar (art. 826 CC), entre otras; así como incluir cualquier otro pacto de distinta índole, que aunque

hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales (...)”. Se quiere evitar con esta medida el número de matrimonios forzados, protección que refuerza a su vez la modificación del Código Penal, que prevé elevar la edad del consentimiento sexual a los 16 años.

11 Destacan en este sentido la SAP de Madrid (Secc. 13ª) de 11 mayo 2007 (JUR 2007\261260) y la SAP de Sevilla (Secc. 8ª) de 30 octubre 2008 (JUR 2009\202923).

12 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículo 1327”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 605.

no tenga una relación directa con el matrimonio en sí, los cónyuges decidan incluirlo. Podrían incluso incorporar las consecuencias económicas para el caso de ruptura.

Los límites que deben observarse a la hora de otorgar capitulaciones matrimoniales son los que marca el art. 1328 CC el cual predica que *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de los derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

El límite de la Ley es claro y no genera dudas (afectando a la ley imperativa), el de las buenas costumbres matiza GARCÍA CARRERES¹³ que *“el contenido de éstas como límite de la autonomía de la voluntad de los cónyuges se caracteriza por su relativismo en función del tiempo y del lugar”*.

Parece que el límite que más controversias origina es el de la *“igualdad de los cónyuges”*¹⁴.

El 1328 sanciona con nulidad las estipulaciones contrarias a los límites que el mismo establece. Por nulidad se entiende nulidad absoluta o de pleno derecho, que en principio, afectaría únicamente al pacto o acuerdo que infringiera lo dispuesto en el precepto pero podría extenderse a todo el negocio jurídico, por aplicación de las normas en materia de nulidad contractual ex art. 1335 CC: *“La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicará a terceros de buena fe”*.

Con relación al régimen económico matrimonial se admite que en virtud de capitulaciones y gracias a la libertad que en este ámbito se reconoce a los cónyuges, éstos puedan hacer uso de las capitulaciones matrimoniales, ya sea para pactar el sometimiento al régimen supletorio de primer grado como es el de gananciales (en todos los territorios sujetos al Código Civil), o bien someterse al régimen de gananciales pero introduciendo modificaciones mediante las capitulaciones (*“diseñando”* su propio régimen), o acogerse a cualquier otro régimen de los previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

También pueden hacer un inventario de sus respectivas aportaciones al matrimonio para poder en el futuro demostrar la privatividad de las mismas y destruir la presunción de ganancialidad del 1361 y lo que es muy interesante, pueden mediante capitulaciones determinar el carácter ganancial y privativo que van a tener determinados bienes y de esta manera actuar al margen de las reglas contenidas en el Código Civil para la concreción del carácter de los bienes.

13 GARCÍA CARRERES, M^a.R y FERRER SAMA, J.L., *“Capítulo 3: Regímenes económico matrimoniales”*, en *Memento Práctico. Familia 2018-2019*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, pág. 95.

14 Analizan esta cuestión de modo completo GUILARTE GUTIÉRREZ, V., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. y RAGA SASTRE, N., *“Capítulo 21: Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”*, en *Tratado de Derecho de Familia, vol. III, Los Regímenes Económico Matrimoniales (I)*, directs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 493 a 514.

Asimismo, pueden encomendar la gestión o disposición de los bienes al otro cónyuge, así como alterar las reglas dispuestas sobre la gestión y disposición de los bienes gananciales.

Otra posibilidad sería, el poder establecer las reglas por las que se regirá la liquidación de su sociedad dando un destino diferente a los bienes del establecido. Para ZARRALUQUI¹⁵ lo que sí sería posible es la renuncia total o parcial a esta participación, que sería válida en la medida que no fuera en contra del orden público y que tampoco perjudicara a terceros, ya que esto sí que haría plantearse la posible intención de los cónyuges de defraudar a los acreedores. Sería posible que uno de los cónyuges renunciara a los bienes que le pudieran corresponder en la liquidación, sin embargo, no se contempla la posibilidad que mediante renuncia se libere de su responsabilidad por las deudas comunes.

La existencia en un matrimonio de capitulaciones matrimoniales no sufre en caso de ruptura al convenio regulador (son diferentes conceptos con distintas finalidades). La finalidad de las capitulaciones matrimoniales es la de permitir un mayor campo de actuación a la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja, permitiendo que éstos puedan decidir y autorregular determinados aspectos de su régimen económico para adecuarlo mejor a su situación y circunstancias. En dichas capitulaciones podrán prever y contemplar todo aquello que no vaya en contra de la igualdad de ninguno de los cónyuges, por lo que teniendo claro este límite podrán pactar y establecer todo tipo de acuerdos, incluidos aquellos que regulen situaciones para el caso de ruptura matrimonial, pero el hecho de que se regulen aspectos futuros para un hipotético divorcio no implica que las capitulaciones sean una sustitución del convenio regulador que debe acompañar al divorcio de todos los matrimonios. No es una sustitución, pero los pactos acordados en las capitulaciones matrimoniales sí deberán ser contemplados, respetados e incluidas en el convenio regulador en la medida en la que fueron acuerdos a los que voluntariamente consistieron y se sometieron los miembros del matrimonio.

15 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., "Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal", *Economist & Jurist*, Vol. 16, nº. 118, 2008, págs. 26.

- Cosa distinta son los pactos relativos a las deudas de los cónyuges, los cuales podrían considerarse como válidos, para lo que se toma como ejemplo un caso de la jurisprudencia americana *Clarck & Latorre* (2002-Ohio-2509), donde mediante pacto prematrimonial se había acordado que cada uno de los cónyuges fuese responsable de las deudas y obligaciones generadas antes del matrimonio. Ahora bien, el supuesto cambiaba si uno de ellos pagaba voluntariamente una deuda del otro, dado que en tal caso sólo tendría derecho de reembolso si así se hubiese reflejado en acuerdo por escrito, porque de lo contrario se estaría ante una donación.

En el caso mencionado de la jurisprudencia americana lo que ocurrió fue que, al poco tiempo de casarse la pareja decidió divorciarse surgiendo la necesidad de liquidar el patrimonio de los esposos, a lo que el marido reclamó las cantidades satisfechas en deudas de la mujer, negando que éstas fueran donaciones y asegurando que se trataba de préstamos. Gracias a los documentos escritos en los que se probaba las cantidades entregadas por el marido a la mujer, se pudo demostrar que efectivamente no eran donaciones, sino préstamos. Resultó fundamental para resolver el problema la existencia del pacto prematrimonial para poder determinar la naturaleza de los pagos satisfechos por el esposo.

Destaca en este sentido la STS de 24 junio 2015 (RJ 2015\2657) en la que los cónyuges habían firmado un pacto prematrimonial para el caso de crisis conyugal, en el que se estipulaba una pensión mensual vitalicia para la esposa.

En el momento de la ruptura matrimonial se respetó lo dispuesto en dicho acuerdo prematrimonial entendiéndose que el mismo era válido por respetar la igualdad de los cónyuges del artículo 1328 CC. El Tribunal también consideró que se trataba de un pacto atípico pero que tenía perfecto encuadre en el artículo 1323 CC, no habiendo lugar para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* al mantener los cónyuges la misma situación financiera que la que tenían en el momento en el que suscribieron el pacto.

En los inicios estaba prohibida la posibilidad de modificar el régimen mediante capitulaciones post-matrimoniales, siendo la razón de ser de dicha prohibición el proteger los intereses de terceros que hubiesen contratado con los esposos.

Recordemos que con la reforma de 1975 se introduce el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, permitiendo que se puedan modificar tantas veces como se estime necesario, pudiendo los cónyuges durante la vigencia de su matrimonio hacer tantos cambios, establecer las reglas deseadas y hacer las correcciones que tuvieran por conveniente.

El artículo 1317 CC estipula que *“La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”*.

La regla contenida en el artículo tiene por objeto la protección de los intereses de terceros que hayan contratado con los esposos. Esta regla está pensada para las modificaciones post-nupciales porque es una vez celebrado el matrimonio cuando los terceros han adquirido derechos y no antes. Aunque las capitulaciones se puedan cambiar antes, durante o después de la celebración del matrimonio, éstas sólo producen efecto una vez celebrado y no antes; del mismo modo que también se pueden someter a término o condición¹⁶.

16 La preocupación del legislador por la protección de los derechos adquiridos por terceros ante el cambio del régimen económico matrimonial, también se ha puesto de manifiesto en los territorios forales. El artículo 26 de la derogada Ley 15/1967, de 8 de abril, (derogada por la Ley 1/2011, de 22 de marzo) por la que se aprobaba la Compilación de Derecho Civil de Aragón, disponía: *“Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante él. En este último caso, podrá darse a sus estipulaciones efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por tercero”*.

El artículo 194 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, señala: *“La modificación del REM no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”*.

En el País Vasco por su parte, la Ley 3/1992 de 1 de julio, en su artículo 93 dice: *“El REM, tanto el pactado como el legal, podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. En ningún caso las modificaciones en el REM perjudicarán los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad”*.

Este artículo ha sido interpretado de forma parecida al artículo 1317 CC, considerando que determina la inoponibilidad frente a terceros de cualquier modificación del REM que perjudique a los derechos ya adquiridos, sin necesidad de probar la existencia de fraude en el cambio.

La especial protección que se le brinda al tercero tiene por objeto evitar que los derechos de éste se vean perjudicados por la modificación, más concretamente cuando lo que buscan los cónyuges es burlar las obligaciones que tenía alguno de ellos con un tercero. Por eso el art. 1317 CC protege al tercero al disponer que se atenderá al momento en el que nació el derecho y habiendo nacido antes de la modificación del régimen, no se verá perjudicado por ésta y no surtirá efectos frente a él.

Apunta HERRERO GARCÍA¹⁷ que cuando el art. 1317 habla de “derechos adquiridos por terceros”, al no hacer el precepto distinción sobre a qué derechos afecta, se han de entender comprendidos tanto derechos reales, como personales o de crédito.

Los pactos modificativos de anteriores capitulaciones deberán indicarse mediante nota en la escritura que contuviera la anterior estipulación, haciéndolo constar el notario en las copias que expida, en aras de proteger los derechos de terceros (art.1332 CC).

Las modificaciones mientras que no hayan sido publicadas no pueden ser oponibles a terceros de buena fe y éstos no quedarán perjudicados por los derechos ya adquiridos. Deben inscribirse en el Registro Civil para poder ser oponibles. En la inscripción del matrimonio se harán constar las capitulaciones que se hubiesen otorgado, los pactos y resolución judiciales que afecten al régimen económico del matrimonio (art. 1333 CC). El art. 226 del Reglamento del Registro Civil¹⁸ dice que la no inscripción no deja sin efecto el documento entre los cónyuges, no es constitutiva de derecho, sino meramente declarativa frente a terceros, a los que se podrán oponer sólo desde la fecha de su inscripción. De afectar las capitulaciones matrimoniales a inmuebles, éstas se deberán inscribir también en el Registro de la Propiedad¹⁹. También se inscribirán en el Registro Mercantil (art. 92 y 93 RRM), en la hoja abierta de cada empresario individual, donde se hará constar las resoluciones recaídas en materia de nulidad, separación o divorcio, como también las capitulaciones que

También se ha señalado que para la subsistencia y efectividad de la garantía establecida en los mencionados preceptos, no hay que acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la modificación se instrumenta: STSJ del País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 4 abril 2005 (RJ 2005\5499).

En la misma línea, el artículo 78.1 de la Ley 1/1973 de 1 marzo de la Compilación del Fuero Nuevo de Navarra, establece: *“Las capitulaciones o contratos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebradas las nupcias. Si se otorgan durante el matrimonio, podrá darse a sus pactos efectos retroactivo a la fecha de celebración de éste, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros”*.

La diferencia entre estas normas y el artículo 1317 CC, se encuentra en que mientras éste último preserva los derechos adquiridos por terceros frente al cambio de régimen, las normas forales mencionadas, preservan los mismos derechos, pero con efecto retroactivo, pero sin embargo, la jurisprudencia equipara los artículos citados con el artículo 1317 CC. STS 17 de febrero de 1986 (RJ 1986\684)

17 HERRERO GARCÍA, Mª.J., “Artículo 1317”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 577

18 Real Decreto 179/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958.

19 La SAP de León (Secc. 2ª) de 16 mayo 2011 (JUR 2011\225286) y la RDGRN de 8 enero 2004 (RJ 2004\2371).

afecten a las reglas de la responsabilidad establecida en el Código de Comercio (art. 12).

Será suficiente que el tercero acredite que su derecho era anterior a la modificación para que ésta no produzca efectos frente a él, sin que sea necesario acreditar una actuación fraudulenta de los cónyuges. No es necesario que haya una actuación fraudulenta de los cónyuges para poder aplicar el artículo 1317 CC. Esta norma encierra un principio de irretroactividad frente a terceros de las modificaciones del régimen matrimonial existente.

De afectar la modificación a los acreedores de los cónyuges o de uno de ellos, podrán los acreedores afectados recurrir a los artículos 1401 y 1402 del CC, los cuales disponen: *“Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial”*. Por su parte, el 1402 estipula: *“Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las Leyes en la partición y liquidación de las herencias”*.

Explica VARGAS BENJUMEA²⁰ que la masa ganancial, como ocurre con el patrimonio hereditario, permanece hasta que se extingan todas las deudas aunque haya cambios en la titularidad del mismo, de manera que tanto antes como después de la partición, los bienes gananciales siguen sujetos a responsabilidad por las deudas gananciales, independientemente de que hayan sido adjudicados a uno u otro cónyuge. Esta responsabilidad se extenderá a los bienes que se hayan adjudicado al cónyuge que no contrajo la deuda, si se hubiera formulado correctamente el inventario judicial o extrajudicial.

Esto significa que si hay inventario, el cónyuge no deudor responde de las deudas contraídas por un cónyuge de las que debe responder la sociedad de gananciales con los bienes gananciales que le fueron adjudicados *“intra vires”*. Lo que es lógico, porque de no ser así se estaría sustrayendo de la garantía de eso bienes gananciales.

Si no hay inventario responde no sólo con los bienes adjudicados, sino también con los suyos propios (art. 1401 CC).

El hecho de que se disuelva el régimen económico matrimonial no implica que se liquide automáticamente la masa ganancial, ésta sigue sujeta a responsabilidad mientras haya terceros interesados en ella. Por terceros se entiende también a esos posibles acreedores que no vean satisfechos sus créditos.

La coordinación entre el artículo 1317 CC con los artículos 1401 y 1402 CC, permite que los bienes que fueron gananciales y que se hayan atribuido al cónyuge no deudor no queden libres de responsabilidad.

20 VARGAS BENJUMEA, I., *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Aranzadi, (Cizur Menor) Pamplona, 2014, págs. 47 a 59.

En cuanto a la acción rescisoria que también puede ser utilizada por los acreedores, hay que destacar que esta es subsidiaria y sólo podrá ser utilizada cuando éstos no tengan otra manera de ver satisfechos sus derechos. Así lo manifiesta el artículo 1291.3 CC, *“Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe”*. el art. 1294 CC dispone que *“La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”*.

El hecho de que la acción sea subsidiaria se debe a que los acreedores no deberían ver perjudicados sus derechos ya adquiridos por las modificaciones que se efectúen en el régimen económico del matrimonial ²¹.

Otra forma de protección que tienen a su favor los acreedores, es la de invocar la invalidez de las capitulaciones, las cuales en el caso de serlo, quedarán sometidas a las reglas de los contratos como dispone el artículo 1335 CC: *“La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe”*.

VARGAS BENJUMEA²² aclara que estaremos ante un supuesto de invalidez cuando la negación de efectos del negocio jurídico se deba a motivos estructurales o intrínsecos al proceso formativo (falta de alguno de los elementos esenciales como la causa); y ante un supuesto de ineficacia cuando el negocio jurídico en sentido estricto, no produce los efectos previstos y queridos por las partes por motivos extrínsecos a este proceso *“El contrato nace sano, pero factores sobrevenidos (incumplimiento de una de las partes, un nuevo contrato extintivo del anterior o extrínsecos (lesión de intereses de un contratante o de un acreedor, como ocurre en el supuesto de rescisión por fraude de acreedores) provocan la extinción de los efectos previsto”*.

Por otro lado, las capitulaciones serán ineficaces cuando el matrimonio se celebre transcurrido un año desde el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, plazo de caducidad, de conformidad con el art. 1334 CC *“Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto de un*

21 Vid. STS de 15 febrero 1986 (RJ 1986\681) se refiere a la rescisión de las capitulaciones hechas en fraude de acreedores. No es procedente tal remedio, cuando se pueden acudir a medios ordinarios, demandando a ambos cónyuges (antiguo artículo 142 RH) .

La STS de 24 noviembre 1988 (RJ 1988\8705) dispone que las capitulaciones matrimoniales se modifica el régimen anterior, las cuales se rescinden por haber sido en fraude de acreedores. No se puede pedir la cancelación de asientos en el Registro, si antes no se acredita la insolvencia del cónyuge deudor.

La STS de 25 enero 1989 (RJ 1989\124) se ocupa de un caso en el que se otorgan capitulaciones durante la vigencia del matrimonio para modificar el régimen anterior, pero no se perjudica a los derechos adquiridos por terceros. La acción rescisoria es subsidiaria, por lo tanto no procede. El actor tiene que dirigirse por vía ordinaria contra los dos esposos, porque los bienes adjudicados a éstos responden de las deudas contraídas antes de la liquidación que se pactó en capitulaciones.

La STS de 1 de julio de 1991 (RJ 1991\5314) es relativa a la disolución de la sociedad conyugal en fraude de acreedores. En el momento de la liquidación se declara que no son necesarias todas las operaciones liquidatorias previstas en los artículos 1396 y siguientes del Código Civil cuando sólo hay un bien ganancial.

22 VARGAS BEMJUMEA , I., *op .cit.* pág. 226.

futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año". Las capitulaciones pueden ser ineficaces cuando no se llega a celebrar el matrimonio, cuando se celebra y ha transcurrido más de un año desde su otorgamiento. El plazo del año es de caducidad y no admite interrupción por ninguna causa. Si no se celebra el matrimonio en este plazo se tendrán que otorgar nuevas capitulaciones.

Las capitulaciones matrimoniales también pueden ser nulas²³. La nulidad se regirá por las mismas normas que las de los contratos (arts. 1300 a 1304 CC), pudiendo distinguirse entre casusas de nulidad absoluta y causa de anulabilidad o nulidad relativa y puede deberse a:

La anulabilidad del propio documento por concurrir error, violencia, simulación, falta de capacidad, entre otros. La acción de nulidad es de 4 años a contar desde el cese del error, violencia, simulación, falta de capacidad²⁴.

En los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical del contrato, la acción es imprescriptible y la podrá ejercitar cualquier interesado²⁵: cónyuges, herederos o acreedores.

Si se declara la nulidad o ineficacia total de las capitulaciones, el régimen que se aplica es el supletorio de sociedad de gananciales en los territorios de Derecho Común.

La nulidad de alguno de los pactos daría lugar a una nulidad parcial. Nulidad parcial que a su vez puede ser absoluta o relativa.

Sólo en los casos de anulabilidad de alguno de ellos, se podría acordar la confirmación de las participaciones, en cuyo caso la acción a ejercitar sería de 4 años²⁶ (también de caducidad, art. 1301 CC).

23 En la STS de 6 julio 2001 (RJ 2001\5147) no se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales porque existen otros bienes sobre los que hacer efectivo el crédito del actor. No existe interés jurídico que justifique la rescisión de las capitulaciones ni tampoco el consecutivo contrato de compraventa del marido a favor de sus hijos. La STS de 15 enero 2004 (RJ 2004\202) acuerda la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas bajo intimidación/coacción a la esposa. El plazo de 4 años del artículo 1301 CC no comienza a contar sino desde que cesa la convivencia, momento en el que se entiende que cesa la intimidación ejercida por el marido. La STS de 18 junio 2012 (RJ 2012\6853) acuerda la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas durante el matrimonio, al haberse manifestado falsamente que no existían bienes gananciales en el momento de su otorgamiento cuando había un bien inmueble y unos saldos en sus cuentas bancarias. La falsedad en la causa en el otorgamiento implica la nulidad radical de las capitulaciones.

24 Pueden ser tanto ellas nulas en sí mismas, como lo puede ser el acto de liquidación de la masa ganancial. Las causas que pueden provocar su nulidad son las que ya conocemos que producen la nulidad de los negocios jurídicos, como las de los artículos 1261 CC (falta de consentimiento, objeto, causa), 1275, 1305, 1306 CC (cuando el objeto o la causa sean ilícitos), o según los artículos 6.3, 1255 y 1328 CC (se vaya en contra de alguna norma de obligado cumplimiento, esto es, imperativa).

25 La STS 14 marzo 1983 (RJ 1983\1475) declara la nulidad de la compraventa por falta de causa. La nulidad radical o absoluta se aprecia de oficio, si bien la inscripción en el Registro de la Propiedad no convalida la nulidad.

A los terceros de buena fe no les afectarán la anulación de las capitulaciones siempre que hubiesen contratado con los cónyuges a título oneroso. Para la protección de terceros se exigen los requisitos siguientes: para los muebles, la buena fe ex. art. 464. 1 CC y para los inmuebles habría que estar a lo dispuesto en el art. 34 LH.

La delimitación del concepto de “tercero” se presenta confusa a la hora de saber si abarca a los acreedores de todo tipo o sólo alguno de ellos. VARGAS BENJUMEA²⁷ para delimitar este concepto hace uso dos argumentos:

“Un primer argumento puede ser que la modificación del régimen económico matrimonial, y la partición y adjudicación de bienes que le sigue, perjudica tanto al acreedor privativo como al ganancial.” Para hacerlo más gráfico, pide la autora que se piense en el supuesto en que toda la masa ganancial sea adjudicada al cónyuge que no ha contraído la deuda: *“el acreedor privativo, antes de la disolución de la sociedad, podía embargar bienes gananciales concretos, al menos, de forma subsidiaria (es decir, ante la ausencia de bienes privativos por parte de su deudor), embargo que el cónyuge no deudor podría consentir o rechazar, ejercitando la opción ex artículo 1373 CC con el cauce procesal establecido en el 541 LEC. Ahora, al menos en un primer momento, tras la inscripción de las adjudicaciones a favor del cónyuge no deudor, se encuentra con la imposibilidad de embargar esos bienes exgananciales”*.

Respecto a la afirmación relativa a la “ausencia de bienes privativos por parte de su deudor”, expresa la autora su opinión, destacando que esa *“subsidiariedad es relativa, en cuanto no puede exigir al acreedor que realice una ardua tarea de investigación sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor, debiéndole bastar con que desconozca que existen bienes privativos del cónyuge que ha contraído la deuda, para que pueda embargar bienes gananciales”*.

En cuanto a la posibilidad de embargos de bienes privativos por parte del acreedor privativo antes de la disolución de la sociedad, se reconoce dicha posibilidad en la RDGRN de 17 agosto 2010 (RJ 2010\5009), en la que se cuestiona la permisión o no de practicar anotación de embargo a favor de un cónyuge, en un procedimiento seguido por él contra el otro cónyuge en reclamación del pago de una deuda privativa, resultando que la finca sobre la que pesa el embargo se encuentra inscrita a nombre de los dos esposos con carácter ganancial. El Centro Directivo se pronunció aclarando que no estando disuelta la sociedad de gananciales los créditos privativos pueden hacerse efectivos sobre los bienes gananciales, no siendo obstáculo la anotación pretendida; todo ello sobre la base de la posibilidad que tienen reconocida los cónyuges de poder contratar entre sí la propia naturaleza de la anotación de embargo y de la sociedad de gananciales.

El segundo argumento al que recurre para la aplicación del artículo 1317 tanto al acreedor privativo como ganancial, es que *“el mismo se refiere a los*

26 No confundir los plazos de las acciones: la acción que dura 4 años es la de anulabilidad (total o parcial ex. art. 1300 CC). La acción de nulidad absoluta no tiene plazo de duración, sea total o parcial: *“Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere”*.

27 VARGAS BENJUMEA, I., *op. cit.*, págs. 47 y 48.

derechos ya adquiridos por terceros, sin que haya matizado a qué terceros se refiere, ni haya excluido de manera expresa de su ámbito de aplicación al acreedor privativo, por lo que, en una primera aproximación, no parece observarse ninguna razón para excluir a éste de su ámbito de aplicación”.

El acreedor que realmente necesita de la protección que proclama el art. 1317 CC es el privativo, porque es el que verdaderamente se va a ver afectado por un cambio del régimen de gananciales al de separación, porque teniendo en cuenta los límites que les marca el art. 1373 CC, la única posibilidad que parece quedarle es la de embargar la cuota abstracta que el cónyuge deudor pueda tener en la masa común.

A pesar de estos argumentos parece que el artículo 1317 CC a quien realmente protege es al acreedor ganancial. Esta conclusión la obtenemos por el simple hecho de que el margen de actuación del acreedor privativo es bastante limitado, como hemos indicado en líneas anteriores.

La DGRN²⁸ señala que aunque el artículo 1373 CC permite que el acreedor privativo pueda pedir el embargo de bienes gananciales concretos, esto sólo es posible mientras la sociedad de gananciales siga vigente, como resaltábamos en líneas superiores, antes de su disolución. Sigue diciendo la Dirección General, que una vez disuelta la sociedad de gananciales, lo único que podría hacer el acreedor privativo, sería pedir el embargo de la parte que al cónyuge

28 La RDGRN de 5 octubre 2001 (RJ 2002\4129) establece que en la notificación al cónyuge del deudor a los efectos del art. 144.1 RH. ha de expresarse el nombre del mismo, esto es, no basta con expresar genéricamente que "se ha notificado al cónyuge del deudor", sino que ha de indicarse el nombre del mismo, para comprobar que es el que figura como titular de la finca según Registro. Y ello porque, dado que el art. 144.1 RH no persigue la defensa de los derechos del cónyuge del deudor cualquiera que sea éste en el momento del embargo, sino de los derechos del que figure como tal en el Registro de la Propiedad, pudiera ocurrir que el cónyuge notificado fuera distinto del titular registral, con lo que se conculcaría el derecho de éste a la tutela judicial efectiva. Doctrina reiterada en la Resolución de 23 febrero 2015 (BOE 19-3-2015).

La Resolución de 16 enero 2009 (BOE 11-2-2009), respecto del embargo de la mitad indivisa que al demandado pertenece sobre un bien inscrito con carácter ganancial, siendo la demandante su esposa y hallándose ambos separados legalmente, declaró que no es anotable, porque disuelto pero no liquidado el régimen de gananciales, no corresponde a cada uno de los cónyuges una cuota sobre cada uno de los bienes que integran aquél de la que pueda disponer separadamente, sino que su respectiva participación se predica sobre todo el patrimonio ganancial considerado en su conjunto como patrimonio separado sujeto a un especial régimen de gestión y disposición; de manera que sólo cuando concluyan las operaciones liquidatorias esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se les adjudiquen.

La Resolución de 17 agosto 2010 (RJ 2010\5009) sobre embargo de la mitad indivisa de un bien ganancial en procedimiento seguido contra uno de los cónyuges (disuelta por divorcio, pero no liquidada la sociedad conyugal) declaró que no es anotable, pues la sociedad de gananciales se caracteriza por la inexistencia de cuotas ideales pertenecientes a cada uno de los cónyuges sobre cada concreto bien ganancial. Es más, aun cuando (como ocurría en el caso debatido) por divorcio se hubiese disuelto la sociedad ganancial, en tanto no se liquide sólo cabrá el embargo de la cuota que al cónyuge deudor corresponda en esa masa pendiente de liquidación, embargo que se anotará "*sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor*" (art. 166.1 in fine RH). En el mismo sentido, R. de 4 octubre 2012 (BOE 2-11-2012), R. de 5 julio 2013 (BOE 6-8-2013), R. de 24 octubre 2014 (BOE 25-11-2014), R. de 21 diciembre 2016 (BOE 10-1-2017), R. de 6 junio 2018 (BOE 25-6-2018).

deudor le corresponda en la masa ganancial. Si la sociedad está liquidada y la partición realizada, la única vía que le queda es la de embargar la los bienes que le hayan sido adjudicados al cónyuge deudor. El acreedor privativo, en este caso podría hacer uso del derecho que le reconoce el artículo 403 CC, en virtud del cual: *“Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvos siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez”*.

La jurisprudencia, sobre la protección del acreedor privativo, al amparo del 1317 CC ha admitido algunas situaciones donde reconoce que se le cubre, pero lo que siempre ha manifestado de manera reiterada es que este precepto tiene que ser aplicado de la mano de los artículos 1401 y 1402 CC²⁹.

Tratándose de un matrimonio cuyos efectos patrimoniales se rijan por el régimen de gananciales, mientras el matrimonio haya funcionado bien no habrá problema alguno. Los problemas aparecen en el momento de ruptura matrimonial y con ello el reparto de todos los bienes que componían la comunidad ganancial, esto es, con la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Este es el tema que nos ocupa: cuando el matrimonio casado bajo el régimen ganancial uno de ellos forma parte de una sociedad de capital.

Durante la convivencia pacífica del matrimonio no habrá por regla general conflicto alguno, siendo indiferente que uno de los cónyuges forme parte de alguna sociedad. Sin embargo, en el momento de poner fin al régimen ganancial se procederá al reparto de bienes y de las acciones/participaciones del cónyuge miembro de una sociedad de capital, comenzando la posible disputa sobre las mismas, porque el cónyuge no socio argumentará la adquisición de éstas con fondos comunes, defendiendo su posición a participar en la sociedad de capital. Se plantean los siguientes interrogantes: ¿Tiene derecho el ex esposo que no era miembro de la sociedad a parte de las acciones o participaciones? ¿La sociedad tiene que pagar las consecuencias de que uno de sus socios disuelva su matrimonio y tiene que tener como socio a una persona que no le interesa? ¿Cómo se protege la sociedad frente a esta situación? ¿Pueden hacer algo los socios? Estas cuestiones y otras similares se responderán a lo largo de este trabajo.

29 La STS de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992\4919) declaró que la modificación del régimen económico matrimonial durante el matrimonio no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros previamente. También declaró la improcedencia de la tercería de dominio que había promovido por la esposa. Existía un embargo de un crédito adjudicado a la esposa en capitulaciones matrimoniales por una deuda del marido o de la sociedad de gananciales anterior a la modificación del REM, por lo que se declara que la modificación realizada del régimen económico matrimonial no es oponible al acreedor ejecutante.

La STS 13 octubre 1994 (RJ 1994\7482) dispuso que la modificación de capitulaciones matrimoniales no perjudica los derechos adquiridos por terceros, por lo que resulta innecesario pedir la nulidad de la escritura de capitulaciones. Éstas, perdieron su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar al acreedor de los otorgantes, así como también es innecesaria la obtención de declaración de insolvencia en un juicio previo.

1.3. El régimen de gananciales

1.3.1. Naturaleza del régimen de gananciales

Cuestión básica y fundamental para poder entender el funcionamiento y desarrollo de la sociedad de gananciales es el problema de su naturaleza jurídica.

La determinación de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales -y más en general de las comunidades de bienes matrimoniales- no ha sido una cuestión exenta de polémica. Han sido muchas las teorías que se han elaborado en torno a la misma a lo largo del tiempo, algunas totalmente dejadas de lado hoy en día, como por ejemplo:

- a) En ciertos momentos históricos se ha defendido la teoría del señorío exclusivo del marido, la cual se basa en la doctrina de DUMOLIN, BEAUMANOIR y POTHIER, que consideraban al marido como propietario único de los bienes habidos durante el matrimonio. Esta teoría fue seguida en España por GARCÍA GOYENA pero abandonada por los comentaristas del Código Civil³⁰.
- b) Otra teoría también desacreditada es la de personalidad jurídica, que concibe a la sociedad de gananciales como una persona jurídica, concretamente como una persona económica perteneciente al matrimonio. No tiene fuerza hoy en día esta tesis, porque si hay un punto en el que coincide toda la doctrina es en reconocer que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica³¹.
- c) Del mismo poco éxito goza la teoría de la comunidad romana o proindiviso, en virtud de la cual se considera a la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo romano, en la que cada partícipe puede gravar y enajenar la

30 GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852; reimpresión en Cometa, Zaragoza, 1974, pág. 715.

31 Las ideas que inspiran esta teoría fueron recogidas por el TS en el caso resuelto por la Sentencia de 22 mayo 1915 (TOL5.048.602) donde la esposa había aceptado una herencia con licencia del marido. Por culpa de las deudas de la herencia quedaron embargados algunos bienes gananciales, interponiendo el marido una tercería de dominio para alzar el embargo, que se rechazó. El TS declaró que la sociedad de gananciales era una entidad distinta de la personalidad física de la esposa, pero no era un tercero en el procedimiento porque carecía de los requisitos exigidos a tal fin, desconocimiento e ignorancia de la realidad. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Capítulo 22: La sociedad de Gananciales (I)", *op. cit.*, pág. 713.

cuota que le corresponde sobre un bien concreto en cualquier momento durante el matrimonio.

Esta teoría va en contra de la esencia de la sociedad de gananciales, porque que a través del 1344 del CC se desprende que hasta que ésta no se disuelva no se podrá disponer de la mitad de los bienes que conforman la comunidad³².

d) Otra teoría es la de la sociedad, que no hace otra cosa que concebir al matrimonio en su esfera patrimonial asemejándolo con una sociedad y entendiendo que en el momento de disolverse y deshacerse el patrimonio social en la liquidación, hay que tener en cuenta qué había aportado cada uno de los socios al tiempo de celebrarse el matrimonio y durante todo el tiempo de su vigencia. Los defensores de esta teoría consideran a la sociedad de gananciales como una sociedad excepcional y “*sui generis*”, que a pesar de tener una serie de notas particulares y características, no deja de ser una simple sociedad³³. Lo cierto es que la redacción anterior del CC proporcionaba alguna base para defender esta teoría, desde la propia denominación de “sociedad de gananciales” -que aún pervive-, a la remisión a la normativa de la sociedad civil como derecho supletorio en la materia (antiguo art. 1395 del CC derogado por la Ley 11/198, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio³⁴).

La crítica que se hace a esta teoría es fundamentalmente que, en la sociedad de gananciales el objetivo principal de la misma no es la obtención de un lucro (que sí que lo hay), pero lo que ocurre es que ésta tiene muchos otros fines, así como cargas y responsabilidades que la alejan totalmente del concepto típico de sociedad.

En la sociedad de gananciales los cónyuges no se unen con la intención de crear un negocio y repartir beneficios –ánimo de lucro-, aparte de que la comunidad ganancial deja de existir en el momento en el que falta el matrimonio o falta uno de los cónyuges. Si bien las sociedades personalistas parecen responder a esta misma idea -en principio se extinguen con la muerte de uno de los socios-, es posible en las mismas el pacto de continuación de la sociedad entre los socios que quedan, y en su caso, con los herederos del fallecido (art. 1703.3º y 1704 del CC; art. 222.1 del CCom) lo que no es admisible en la sociedad de gananciales.

Otro punto distintivo respecto de una sociedad ordinaria -regularmente constituida- es la atribución de personalidad jurídica de la que carece la sociedad de gananciales.

e) La teoría del patrimonio de destino es aquella que entiende la sociedad de gananciales como una comunidad de bienes (sin personalidad jurídica) entre

32 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 22: La sociedad de Gananciales (I)”, *op. cit.*, pág. 712.

33 ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de Familia*, ed. Edelce, Sevilla, 1949, págs. 197 a 201.

34 Señala el antiguo art. 1395 del CC: “La sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo”.

cónyuges, cuyo patrimonio autónomo tiene como destino principal el sostenimiento de la familia³⁵.

Esta teoría siendo más acorde con nuestra idea de sociedad de gananciales, no resulta satisfactoria en su totalidad, debido a que en nuestro Derecho se distingue entre deudas de las que responde la sociedad de gananciales y deudas a cargo de la sociedad de gananciales.

f) La teoría que goza de mayor predicamento³⁶ y en la que encaja mejor la sociedad de gananciales, es la teoría de comunidad germánica o en mano común. La comunidad germánica parte de una concepción colectivista/comunitaria en la que debe prevalecer el derecho del grupo por encima del derecho del individuo, en la que la cosa o derecho pertenece de manera colectiva a todos los comuneros, sin que cada uno de ellos tenga una cuota predeterminada.

Esta teoría defiende la idea de la existencia de un patrimonio autónomo y común del que son titulares indistintos los partícipes o comuneros que la forman, a los cuales les corresponde una cuota sobre el patrimonio común pero de la que no pueden disponer ni ejercitar de manera individual mientras que la comunidad exista. Una vez se produzca la extinción de la comunidad, la cuota que ostentan se materializará sobre el patrimonio y podrán participar en la división del patrimonio común y adjudicarse la parte que del mismo les corresponda en función de su haber.

Esta teoría se ajusta bastante al concepto de nuestra sociedad de gananciales, en la que los esposos son conjuntamente propietarios de todos los bienes que la forman pero sin tener éstos una cuota concreta sobre cada bien. La cuota se refiere a la totalidad del patrimonio ganancial y no a cada bien singular. Sólo existirá un derecho concreto sobre los bienes gananciales cuando se produzca la disolución/liquidación de la comunidad; hasta ese momento, los cónyuges son titulares indistintos de la totalidad del patrimonio común, pero sin tener un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación o pueda dar lugar a la acción de división. No se podrá determinar concretamente la parte de los cónyuges en el patrimonio hasta que no se efectúe la liquidación de la sociedad de gananciales³⁷.

35 Esta teoría se formuló por MESSINEO y tuvo numerosos adeptos en el Derecho italiano. Vid. OPPO, G., "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", *R.D.C.*, 1976, parte 1ª, págs. 105 y ss.

36 Aunque el CC sigue hablando de sociedad de gananciales. En ningún momento emplea el término "comunidad" para referirse a la misma. "Capítulo 22: La sociedad de Gananciales (I)", *op. cit.*, págs. 719 a 722.

37 Como variante a la teoría de la comunidad germánica, hacemos mención a la recogida por LLAGARIA VIDAL, E., *Dictámenes I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 126 a 138, en la que recoge la teoría formulada por GARRIDO CERDÁ el cual reconoce que estamos ante una comunidad germánica en donde los cónyuges no tienen cuotas concretas sobre los bienes que la forman, pero con la particularidad respecto a la comunidad germánica que al adquirirse los bienes, éstos no se hacen comunes para los esposos sino que simplemente ingresan en una comunidad de los esposos, pero siendo propios del cónyuge adquirente.

Será la Ley (según los casos) y la naturaleza de la contraprestación las que determinen el carácter privativo o ganancial del bien adquirido. Para los defensores de esta teoría lo común es el contenido de la comunidad (sociedad de gananciales) y en el momento de disolverse

Respecto a la postura del TS sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales, reconoce GUILARTE GUTIÉRREZ³⁸ que es tras la reforma de 1981 cuando éste por primera vez se encuentra en la tesitura de valorar la legitimación activa de un cónyuge para interponer una acción de tercería en defensa de los bienes gananciales. Con anterioridad a este momento, ya se había pronunciado en una Sentencia de 11 abril 1972 (RJ 1972\1666) donde mostraba la preferencia a la consideración de la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico. Si bien es cierto, que en ese momento el marido aun mantenía indemne todas sus facultades, donde además no era posible aun la mutación paccionada del régimen matrimonial, que no llegaría hasta la reforma de 1975.

El TS en su Sentencia de 26 septiembre 1986 (RJ 1986\4790) presenta a la sociedad de gananciales como una sociedad de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, no existiendo la posibilidad de reconocer a cada uno de ellos como titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes que conformen el haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación.

ésta, se repartirán entre los esposos los bienes a partes iguales, pero hasta que esto no ocurra, cada esposo será dueño a título de propiedad de lo adquirido. Esta titularidad no legitima al “cónyuge propietario” a poder hacer cualquier negocio dispositivo sin el consentimiento del otro o en su defecto, la correspondiente autorización judicial.

De acuerdo con lo expuesto, serán bienes gananciales:

- Los adquiridos por un cónyuge a costa del caudal común o sin que se pruebe el origen de la contraprestación.

- Los adquiridos por un cónyuge para la sociedad de gananciales, existiendo una voluntad del cónyuge adquirente para que el bien tenga tal carácter.

- Los adquiridos por ambos esposos sin cuotas. Los dos aparecen como contratantes de manera que por ministerio de la Ley el bien tendrá carácter ganancial.

- Los adquiridos por los cónyuges con cuotas, porque aun comprado el bien con dinero ganancial pueden hacerlo por mitades indivisas en la proporción que deseen.

Los defensores de esta tesis minoritaria señalan que cada bien ganancial será administrado únicamente por el cónyuge propietario, no interviniendo el otro esposo pero sí teniendo derecho de información. Los bienes adquiridos por los dos sí serán administrados por ambos.

En cuanto al poder de disposición, en materia de gananciales, distinguen entre varias clases de consentimiento:

Por un lado, el llamado consentimiento/iniciativa/disposición: que implica la facultad de vender, de asumir la posición de vendedor, así como la posibilidad de acudir al juez si el otro se niega a prestar su consentimiento. Y por otro lado, estaría el consentimiento/asentimiento/control: que no es más que estar de acuerdo. Sería como decir *“si mi cónyuge quiere vender, que venda; al fin y al cabo es suyo, no pongo inconveniente”*.

Ahora bien, esta clasificación de los consentimientos, dependerá del carácter o consideración que tengan los bienes, y según de quién sea el bien en concreto, se decidirá quién tiene el poder de disposición en cada caso.

Los defensores de esta teoría opinan que la concepción de la sociedad de gananciales como una comunidad germánica, supone en gran medida una limitación a la facultad de obrar de cada uno de los cónyuges. Entienden que sí, que al someterse al régimen de gananciales, hay un todo común a los cónyuges que es de los dos, que los miembros de esas comunidad dinámica, lo son por estar casados y que su posición no se puede transmitir ni en todo, ni en parte a un tercero, pero los bienes gananciales, aunque sean gananciales e ingresen en la comunidad formada por los esposos, no son comunes porque siguen siendo del cónyuge que llevó a cabo la adquisición.

38 GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La naturaleza actual de la sociedad de gananciales”, A.D.C., Vol. 45, 1992-III, pág. 885.

Se puede afirmar, a la vista de la jurisprudencia existente, que el Tribunal Supremo es firme en su inclinación a asemejar la naturaleza de la sociedad de gananciales a la teoría de la comunidad germánica como se puede comprobar en numerosas sentencias³⁹, como por ejemplo en la STS 24 octubre de 1990 (RJ 1990\8045) que declaró que no hay bienes gananciales hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal; la STS 8 febrero 2007 (RJ 2007\1488) en la que sostiene que *“la sociedad ganancial es una sociedad de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que cada uno es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación”*; así también, como en la Sentencia de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1496), la cual destaca que es a partir de la escritura de liquidación cuando los cónyuges se convierten en copropietarios por cuotas (en este caso desiguales porque así lo habían pactado), del inmueble por haberse extinguido por voluntad propia el régimen ganancial. Reconoce esta sentencia la posibilidad de que la partición se haga mediante la adjudicación en condominio de los bienes que hasta el momento de la liquidación habían sido gananciales, siendo esto lo que ocurrió en el presente caso, ya que la propiedad típica de los bienes gananciales se concreta en cuotas (desiguales en este supuesto), cuando se disuelve la sociedad.

La Dirección General de los Registros y Notariado también defiende la semejanza de la comunidad de gananciales con comunidad germánica, lo que lleva a rechazar la idea de que un cónyuge pueda transmitir al otro una sedicente participación que le correspondiese en un bien ganancial concreto, así como a rechazar que los acreedores particulares de una cónyuge puedan embargar la sedicente participación que le corresponda en un bien ganancial.

En la Resolución de 2 febrero 1983 (RJ 1983\1088)⁴⁰, el Registrador rechaza la inscripción de una compraventa entre cónyuges apoyándose en la concepción

39 Declara la STS 12 junio de 1990 (RJ 1990\4754) que “Los bienes gananciales pertenecen a la sociedad. Los cónyuges sólo tienen un derecho expectante”.

Siguiendo esta misma postura se encuentran la STS 13 julio 1988 (RJ 1988\5992), STS de 26 septiembre 1990 (RJ 1990\6907), STS 4 marzo 1994 (RJ 1994\1652), STS 8 febrero 2001 (RJ 2001\1167), STS 7 julio 2006 (RJ 2006\7219), las cuales declaran que:

La sociedad de gananciales no es una comunidad de las reguladas por los artículos 392 y ss del CC, sino una copropiedad en mano común, consistente en un derecho expectante que se hace efectivo cuando la sociedad se liquida. Hasta que llegue ese momento no se permite la división de las cuotas ideales. Por esto, en el caso de un embargo de un bien ganancial, el cónyuge del embargado no puede interponer tercería de dominio, por no tener la consideración de tercero.

También la Sentencia de 8 febrero 2016 (RJ 2016\522), se ocupa de un supuesto en el que se construye un edificio sobre el suelo privativo de la esposa. Importante el matiz de que la construcción sobre dicho suelo se lleva a cabo por la sociedad de gananciales, de manera que el derecho de retención que se reconoce a la sociedad de gananciales de la actora en juicio, es privativo de la esposa, ya que el suelo era de ella, aun en copropiedad con otros, siendo el marido totalmente ajeno y traduciéndose en que la esposa es la dueña de la edificación y única titular del derecho de retención sobre la misma.

40 La Resolución de 2 febrero 1983 (RJ 1983\1088), comentario de A. PAU PEDRÓN en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*, Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1996.

de la sociedad de gananciales como una comunidad germánica. Uno de los cónyuges vendió al otro una participación ganancial en un inmueble, y el Registrador se negó a inscribir dicha transmisión ya que tanto el patrimonio común como la condición de comunero son inseparables de la persona del cónyuge. Supuesto distinto habría sido la adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial transmitidos por el otro. Pero en el presente caso no se estaba transmitiendo un objeto, cosa o bien, sino que se transmitía una participación concreta en un bien ganancial por cónyuge a otro y justamente, esta idea de participación de la sociedad de gananciales va en contra de la naturaleza de la misma en su concepción germánica.

Esta misma tesis ha sido seguida por la DGRN en otras muchas RR.: de 30 junio 2003⁴¹ (BOE 15-8-2003), de 25 noviembre 2004⁴² (RJ 2004\8154), de 5 mayo 2005 (RJ 2005\5585), de 30 enero 2006⁴³ (BOE 10-03-2006), de 31 enero 2006⁴⁴ (BOE 10-03-2006), de 16 enero 2009 (RJ 2009\1083), de 6 noviembre 2009 (RJ 2010\78), de 17 agosto 2010 (BOE 8-11-2010), de 16 enero 2012 (RJ 2012\265), de 12 diciembre 2014 (RJ 2015\144), de 27 enero 2015 (RJ 2015\6026), de 28 julio 2015 (RJ 2015\4441), de 17 mayo 2017 (BOE 9-6-2017), de 1 junio 2018, (BOE 21-6-2018), de 6 junio 2018 (BOE 25-6), R. de 25 julio 2018 (BOE 4-8-2018); de 6 noviembre 2019 (BOE 27-11-2019) y de 20 diciembre 2019 (BOE 14-3-2020).

g) A pesar de las múltiples sentencias y resoluciones que se inclinan por defender la naturaleza de la sociedad de gananciales como una comunidad germánica, lo cierto es que aunque es la teoría que mejor se ajusta a su concepto, la sociedad de gananciales no es un tipo puro de comunidad y los caracteres esenciales de la comunidad de tipo germánico no se han manifestado de manera nítida en algún momento en la misma.

41 La RDGRN de 30 de junio de 2003 (BOE 15-8-2003) señala: *“Vigente la sociedad de gananciales, cada cónyuge no ostenta una cuota indivisa sobre cada bien ganancial, sino que la participación de ambos se predica respecto de todo el patrimonio común, sujeto a un régimen especial de gestión, administración y disposición. Fallecido uno de los cónyuges, o disuelta pero no liquidada la sociedad, la titularidad sigue siendo común, correspondiendo a ambos cónyuges, o al sobreviviente y a los herederos del premuerto, de manera que la cuota global de cada uno de ellos no se materializa en participaciones sobre bienes concretos hasta que no tenga lugar la liquidación”*.

42 La RDGRN de 25 noviembre 2004 (RJ 2004\8154) entiende que tanto el TS como la DGRN configuran a la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico. El derecho de cada cónyuge afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dure la sociedad (a diferencia de lo que sucede en el condominio romano); de ahí que en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos, conjuntamente, tienen la titularidad del patrimonio ganancial. Ello lleva a la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común, debido a que tanto éste como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge.

43 La RDGRN de 30 enero 2006 (BOE 10-03-2006) señala que para la adjudicación de la mitad indivisa de una finca en pago del legado de su cuota ganancial hecho por la causante, se requiere la previa liquidación de la sociedad de gananciales formada por la testadora y su esposo.

44 La RDGRN de 31 enero 2006 (BOE 10-03-2006) establece: *“La sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan ambos cónyuges afecta indeterminadamente a todo el patrimonio ganancial, sin atribución de cuotas ni derecho a pedir la división material. En una sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente, son titulares del patrimonio ganancial”*.

Es por ello, por lo que la sociedad de gananciales, en vez de encajar a la perfección en este concepto, se presenta más bien como un híbrido entre comunidad y sociedad, aunando elementos de una y de otra que hacen que tenga este carácter peculiar difícil de encajar al cien por cien en una figura típica.

La sociedad de gananciales se parece a la comunidad en que ambas carecen de personalidad jurídica y para su constitución no es necesario un acuerdo entre las partes, así lo indica el art. 1316 CC: *“A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”*.

Mientras que de la sociedad ha tomado rasgos como el tener un carácter dinámico, con un patrimonio en funcionamiento, que se externaliza a través de sus administradores y que se puede nutrir tanto con el trabajo de los cónyuges, así como con las adquisiciones onerosas que los mismos realicen y demás supuestos que recoge el artículo 1347 CC.

1.3.2. Antecedentes de la comunidad de gananciales

Una vez analizada la naturaleza de la sociedad de gananciales y antes de adentrarnos en el funcionamiento de la misma, resulta conveniente hacer mención a su origen, así como a la gran evolución que ha experimentado a lo largo del tiempo, para poder entender mejor el porqué de cómo es hoy en día el régimen de gananciales en nuestro Derecho.

Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁴⁵ el origen de la comunidad de gananciales se puede encontrar en distintos momentos y lugares. El origen podría situarse en los pueblos celtíberos los cuales tendían a formar una masa común con las aportaciones de ambos cónyuges.

Otro foco donde localizar el origen podría ser en el cristianismo, ya que para éste el marido y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, pero reconociendo en caso de conflicto cierta prevalencia del esposo sobre la mujer. Sería aquí donde estarían los gérmenes de la autoridad y licencia marital que han estado vigentes en nuestro Derecho hasta hace relativamente poco.

La tercera posible fuente de origen podría enmarcarse en las costumbres germánicas, las cuales tienden a formar una masa común entre los cónyuges, aunque el marido no era dueño absoluto puesto que necesitaba el consentimiento de la mujer para poder disponer libremente. De este origen habría tomado nuestra sociedad de gananciales su naturaleza.

45 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a.B., “Capítulo I: El régimen económico matrimonial de la comunidad de gananciales” en *Comunidad de Gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 24.

Añade la autora citada, que las ideas cristianas ayudaron a propiciar una mayor protección de la mujer en la Edad Media y las ideas germánicas plasmadas en el *Liber Iudiciorum* se propagaron en España a través de la influencia que desprendió sobre los Fueros Municipales, el Fuero Real, el Fuero Viejo y a las Leyes de Toro.

La semilla histórica de los gananciales se basaba en un sistema de partición de ganancias en el momento de disolverse el matrimonio, encontrando su origen en la práctica de otorgarse recíprocamente los cónyuges derecho a la mitad de las ganancias a modo de pacto por razón del matrimonio, donación mortis causa o legado. Los gananciales eran una excepción a la troncalidad y a la vinculación familiar de los bienes de abolengo, que se inicia en el derecho territorial de la alta Edad Media.

Todas estas ideas estuvieron vigentes durante mucho tiempo. Con la promulgación del Código Civil de 1889, se adoptó por el legislador, la sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial supletorio de primer grado. La sociedad de gananciales asumida por el CC, se caracterizó por tener un único administrador que recaería sobre la figura del marido, que la mujer estaría sujeta a la llamada “licencia marital” y que el marido podría disponer a título oneroso de los bienes gananciales sin necesidad de consentimiento de su esposa.

El hecho de otorgar primacía al marido sobre la mujer se apoyaba en el entendimiento de que la mujer se dedicaba a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos, mientras que el marido era el que aportaba sustento a la familia a través de su trabajo.

Mediante este sistema de “reparto” de funciones en el matrimonio, el régimen de gananciales se presentaba como un sistema de compensación y comunicación de beneficios a favor de la esposa.

A pesar de la idea de compensación a la esposa, este sistema seguía mostrando grandes signos de desigualdad e inferioridad de la postura de la mujer respecto de la del marido, por lo que el régimen de gananciales ha estado en constante evolución con el fin de lograr y encontrar la auténtica igualdad entre los esposos.

Con la reforma de 24 de abril de 1958⁴⁶ empieza a ser obligatorio el consentimiento de la mujer o, en su caso, autorización judicial, para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales, en concreto, bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

46 Ley 24 de abril de 1958 modificó algunos artículos del Código Civil, en especial aquellos que afectaban a la mujer, siendo los cambios más relevantes: 1. Supresión del depósito judicial de la mujer casada, quedando a la libre elección del juez quién continuaría haciendo uso de la vivienda familiar; 2. Consentimiento de la esposa para que el marido pudiera enajenar y obligar bienes gananciales a título oneroso. 3. Las mujeres podrían ser tutoras (aunque las casadas continuarían necesitando el consentimiento del marido). 4. La viuda conservaba la patria potestad sobre sus hijos volvía a casarse. 5. La mujer podría ser testigo en los testamentos.

La modificación más relevante y que supuso un auténtico paso hacia adelante en aras de alcanzar la tan ansiada igualdad, fue la introducida por la Ley de 2 mayo de 1975⁴⁷ por la que se suprime la licencia marital. De esta manera, la mujer ya no tenía que pedir permiso ni recabar autorización de su marido (o de su padre en caso de estar soltera), para poder realizar actos por sí sola y que estos fueran válidos y eficaces.

Otra transformación importantísima introducida por esta Ley, fue la de acabar con la inmutabilidad del régimen de gananciales constante el matrimonio. Se permitía a los cónyuges modificar convencionalmente el régimen económico durante la vigencia del matrimonio, hecho que supuso un auténtico avance, reconociéndose una mayor autonomía a los esposos, flexibilizando el juego del régimen económico matrimonial. A pesar de los cambios introducidos por esta Ley no se logró una igualdad total entre marido y mujer.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978⁴⁸ se reclama en sus artículos 14 y 32 el derecho fundamental de igualdad y no discriminación por razón de sexo, manifestándose que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Los derechos proclamados por la Constitución hacían que fuera necesario una modificación en materia de regímenes matrimoniales, ya que a pesar de los importantes cambios que habían ocurrido, no quedaba recogida la plena igualdad entre los esposos.

Será la Ley 11/1981, de 13 de mayo⁴⁹ la que adapte el CC en esta materia a los principios constitucionales⁵⁰. La Ley supuso un gran cambio al introducir modificaciones en materia de filiación, patria potestad y regímenes matrimoniales. Con esta Ley se redactaron nuevamente muchos artículos del Código Civil con la intención de adaptarlos a la realidad social (a la Constitución) y conseguir la plena equiparación entre los esposos⁵¹.

47 La Ley 14/1975, de 2 de mayo, modificó el Código Civil y el Código de Comercio en materia de la situación jurídica de la mujer casada, eliminando las numerosas limitaciones a su capacidad de obrar, como la licencia marital y dio una redacción en sentido más igualitario a los derechos y deberes de los cónyuges.

48 La Constitución española de 1978 es la norma suprema del ordenamiento jurídico español, a la que están sujetos todos los poderes públicos y ciudadanos de España desde su entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978. La Constitución fue ratificada en referéndum el 6 de diciembre de 1978, siendo posteriormente sancionada por el Rey Juan Carlos I el 27 de diciembre y publicada en el *B.O.E.* el 29 de diciembre del mismo año.

49 Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

50 En el año 1981, encontramos otra gran reforma de derecho de familia, en concreto nos referimos a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

51 La STC de 19 diciembre 1988 (RTC 1988\241) siendo posterior a la promulgación de la Constitución Española de 1978, entendía que en el caso enjuiciado se percibía claramente discriminación por razón de sexo, vulnerando el derecho fundamental a la igualdad entre los cónyuges ante la Ley, puesto que se estaban aplicando normas discriminatorias que respondían a situaciones anteriores a la Constitución y donde claramente se menospreciaba a la mujer.

La Ley 15 de octubre de 1990⁵² sirvió para terminar de matizar aspectos que no habían quedado solventados por la Ley anterior y así acabar de manera firme y definitiva con la desigualdad entre hombre y mujer, aunque no afectó al régimen económico matrimonial.

Finalmente, la Ley de 2 de julio de 2005⁵³ supondría otro cambio importante al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

1.3.3. Una primera aproximación a la sociedad de gananciales, a su funcionamiento y a su disolución y liquidación

La sociedad de gananciales se nos presenta como un régimen económico donde existe una masa común (un patrimonio común) sujeto a las necesidades del hogar y de la familia, destinado a ser dividido entre los esposos o sus herederos a la disolución del mismo.

El Código Civil no proporciona una definición de lo que debe entenderse por gananciales, sino que se limita a señalar los efectos de la comunidad en el momento de la liquidación. Es por ello, por lo que numerosos autores han tratado de dar una definición del mismo.

Para DE LOS MOZOS⁵⁴ la sociedad de gananciales se caracteriza *“por atribuir a determinados bienes y derechos la condición de comunes, constituyendo de este modo un patrimonio común para los esposos que se encuentra sometido a unas cargas y deudas comunes, las cuales tienen su origen en las necesidades del matrimonio como de los respectivos patrimonios privativos, destinándose los remanentes que existieran a su disolución a su reparto por mitad entre ambos cónyuges”*.

En aquellos matrimonios en los que rija este régimen convivirán tres patrimonios a la vez. Los privativos de cada uno de los esposos y el común de ambos que surge a raíz del sometimiento del matrimonio a este régimen económico.

A través de la sociedad de gananciales se harán comunes para los esposos ciertos bienes desde el momento en el que ésta comience, como son las ganancias o beneficios que cada uno de ellos produzca. Dichos bienes formarán una masa patrimonial que tendrá un tratamiento jurídico propio, que pertenecerá a ambos esposos por igual -pero no por cuotas sobre concretos- y que será independiente de los patrimonios privativos de cada uno de ellos.

52 Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

53 Ley 13/2005, de 1 julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho de contraer matrimonio.

54 DE LOS MOZOS, L., “Arts. 1344 y 1345”, *op. cit.*. (Id. vLex VLEX-262379).

Este patrimonio común tendrá como objetivo principal satisfacer las cargas del matrimonio y demás responsabilidades a las que haya que atender de la familia. A pesar de ser el patrimonio común independiente de los privativos de cada uno de los esposos, sí que podrán tener relación con los mismos mediante los reintegros y reembolsos pertinentes, cuando determinada deuda o carga se satisfaga con uno u otro y correspondiese a un patrimonio en concreto. La interrelación de los patrimonios se produce por el sistema de reembolsos y reintegros del artículo 1358 CC y concordantes.

Con dinero ganancial se podrá atender una deuda privativa de uno de los cónyuges y viceversa y, con dinero privativo de uno de los esposos se podrá satisfacer una carga ganancial, pero en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales cada patrimonio deberá devolver al otro lo que en su momento le correspondía pagar (arts. 1397.3.º y 1398.3.º del CC).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁵⁵ destaca que el régimen de gananciales ha sido tradicionalmente alabado por la capacidad que tiene de combinar de manera equilibrada, el respeto a la autonomía de cada cónyuge con *“la conveniencia de que el régimen económico refleje en la esfera patrimonial la intensidad de la comunidad de vida y de suerte que implica el matrimonio”*. Al compararse este régimen de comunidad con el régimen de separación de bienes, se aprecia que el primero ofrece una protección mayor y más justa al cónyuge que se dedica a la labores domésticas, entendiendo que tanto las tareas del hogar como las directamente lucrativas son necesarias y complementarias para satisfacer el interés familiar, lo que justifica que si hay ganancias sea justo computarlas a ambas actividades, *“sin prejuizar cuál de ellas es la que económicamente merece más”*.

En cuanto al instante en el que comienza la sociedad de gananciales y, por tanto, a hacerse comunes para los esposos los bienes obtenidos constante la sociedad, señala el artículo 1345 CC que *“La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente al tiempo de pactarse en capitulaciones”*.

El régimen de gananciales es el régimen supletorio de primer grado en el Código Civil (art. 1316 CC). Esto supone que los contrayentes⁵⁶ que no dispongan otra cosa cuando vayan a contraer matrimonio quedarán sometidos a este régimen automáticamente.

Esta “automaticidad” puede quebrarse si los esposos desean en capitulaciones matrimoniales pactar otro régimen⁵⁷. Recordemos que Ley de 2 de mayo de

55 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989, pág. 218.

56 Nos referimos a los casos en que ambos cónyuges tengan vecindad civil de Derecho común, o teniendo vecindad civil diferente por el juego del art. 9.2 del CC deba regir el Código las relaciones patrimoniales del matrimonio.

57 Aunque el artículo 1345 CC disponga que sólo por medio de capitulaciones matrimoniales se podrá iniciar otro régimen matrimonial, lo cierto es que también por medio del artículo 1374 CC se puede comenzar un nuevo régimen de gananciales, mediante la declaración de voluntad del cónyuge del deudor realizada en documento público dentro de los tres meses posteriores a la disolución del régimen anterior de gananciales deriva del embargo de bienes gananciales por deudas privativas de uno de los cónyuges en los términos del art. 1373 CC.

1975 termina con la inmutabilidad del régimen constante el matrimonio, permitiendo a los esposos poder cambiar contractualmente, en cualquier momento del matrimonio, a otro régimen. Hasta ese momento no cabía la modificación voluntaria del régimen de gananciales -sólo en virtud de una sentencia de separación matrimonial, se podría producir un cambio de régimen de gananciales al de separación de bienes.

Al hacer un breve repaso por la evolución histórica de los regímenes matrimoniales en nuestro Derecho, destacábamos que los principios constitucionales de 1978, fundamental el principio de igualdad de los cónyuges, chocaban con la regulación tradicional del régimen de gananciales, siendo necesaria una reforma del Código Civil que acabara con las desigualdades entre el marido y la mujer. La Ley de 13 de mayo de 1981 es la que introduce una significativa reforma en materia ganancial, adaptando el régimen económico de gananciales a los principios de igualdad de los cónyuges y autonomía en la gestión y, como dice FERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁵⁸, haciéndolo *“el único sistema compatible con un matrimonio disoluble, y con libertad de separación unilateral”*.

La reforma operada por la Ley 11/1981 modifica de tal manera a la sociedad de gananciales, que la convierte en una sociedad caracterizada, entre otras cosas, por la gran importancia que se concede a la autonomía de voluntad de los esposos, limitada por la protección a terceros.

Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁵⁹ la sociedad de gananciales tras esta reforma se presenta como *“un régimen imperativo de protección a terceros frente a las posibles maniobras defraudatorias a las que se presta la intimidad del matrimonio, peligro que ahora se ve agravado por la potestad de administración libre y voluntaria del matrimonio”*.

La autonomía de voluntad que se reconoce a los esposos casados bajo el régimen de gananciales, hace que el mismo se convierta en un régimen flexible y cómodo para los sujetos a él, puesto que les permite hacer tantos cambios en capitulaciones como estimen oportuno, modificar los convenios, transmitirse bienes y celebrar entre ellos contratos, cambiar la calificación de los bienes y todas las demás alteraciones del régimen que deseen, siempre y cuando se respeten los límites de la autonomía de voluntad, que no son otros que la Ley imperativa, el orden público, la moral, las buenas costumbres y el principio de igualdad de los cónyuges (arts. 1255 y 1328 del CC).

El régimen de gananciales se rige por una serie de principios que por su especial naturaleza, dotan a los bienes del matrimonio de una serie de reglas particulares, que afectan tanto a su calificación -como privativos o gananciales, a su administración y disposición, a las cargas y responsabilidades, entre otros.

58 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a B., *op. cit.* pág. 36.

59 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a B., *op. cit.* pág. 36.

El Código Civil en sus artículos 1346 y 1347, hace una enumeración de los bienes que son privativos y gananciales durante la vigencia del matrimonio sujeto al régimen de gananciales⁶⁰.

Esta clasificación es clave a la hora de desarrollar el funcionamiento de la sociedad de gananciales porque de acuerdo con la misma, se podrá determinar qué bienes son privativos o gananciales, cuándo la sociedad es acreedora o deudora respecto de alguno de los esposos para proceder a los oportunos reembolsos o reintegros nacidos con motivo de la adquisición de bienes, para

60 A pesar de la enumeración que hacen los artículos 1346 y 1347 del CC señalando qué bienes han de considerarse privativos y cuales gananciales, existen numerosos casos dudosos en la práctica como son: el dinero privativo ingresado en cuenta común, los regalos de boda, mascotas, las pensiones de jubilación, planes de pensiones así como las distintas indemnizaciones que puedan surgir (bajas, invalidez, accidente laboral, despido, entre otros muchos).

Respecto de todos estos conceptos difusos, se ha pronunciado el Tribunal Supremo declarando lo siguiente:

- El dinero privativo depositado en cuentas gananciales es privativo si está acreditado el origen privativo del mismo: STS de 11 diciembre 2019 (RJ 2019\5212). Esta sentencia a su vez sirve para aclarar que el dinero correspondiente a la indemnización por accidente de circulación es privativo del que sufrió dicho accidente, el mismo se deposita en una cuenta común, teniendo por tanto el cónyuge receptor de dicha indemnización un derecho de crédito en el momento de liquidación de la sociedad conyugal.

- Los regalos de boda, al realizarse antes de celebrarse el matrimonio son privativos y pueden ser privativos o de ambos esposos por mitad o de uno de ellos, dependiendo de si el regalo se hacía a los dos o solo en consideración de la persona de uno de ellos. No hay cabida para la aplicación de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC: STS de 30 enero 2004 (RJ 2004\438).

- Por lo que a las mascotas se refiere, en caso de que el matrimonio al que pertenezca el animal estuviera casado bajo el régimen ganancial, el animal tendrá éste carácter por aplicación del artículo 1361 CC -presunción de ganancialidad-, siempre que no se pueda acreditar la titularidad privativa del mismo. En el caso de separación de bienes, operará la presunción de proindivisión igualitaria del 1441 CC. En el momento de ruptura matrimonial quedarán incluidos en el régimen ordinario de la liquidación del régimen económico matrimonial o extinción de proindivisión. Al margen de ello, destaquemos que cada vez van siendo más habituales los convenios sobre custodia o visita en relación a los animales domésticos.

- Respecto a la pensión de jubilación, destaca la STS de 20 diciembre 2003 (RJ 2003\9199): *“la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó por su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, respecto a la segunda). Otra cosa es que los frutos o pensiones que se perciban por el Sr. Silvio durante la vigencia de la sociedad de gananciales con motivo de su jubilación tengan carácter ganancial como afirma el citado artículo 1.349 CC”*.

Respecto a las indemnizaciones, normalmente se consideran privativas, si bien los intereses o rentas que puedan producir durante la vigencia de la sociedad ganancial son gananciales.

En el ámbito de las indemnizaciones encontramos matices, por ejemplo, en aquellas que se conceden por invalidez o por incapacidad laboral permanente, donde a veces prevalece para la determinación de su carácter (ganancial o privativo) su consideración como “percepción económica”, más que como “resarcimiento por el daño sufrido la persona”. Por regla general tienen la consideración de privativas cuando lo que se pretende compensar no es la pérdida de la posibilidad de trabajar, sino las secuelas físicas que le impiden trabajar.

Los planes de pensiones por su parte, son privativos del cónyuge titular, sin perjuicio de que lo que se obtenga a costa de su inversión tenga la consideración de ganancial.

La indemnización por despido generalmente se considera ganancial, como así lo expresa la ya mencionada STS de 26 junio 2007 (RJ 2007\3448). Habrá que atender al momento en el que se devengue, si es antes o después de la disolución del régimen o según el despido se haya producido antes o después, aunque se liquide y se pague más tarde.

saber también a qué esposo le corresponde la administración y gestión de los bienes, para conocer cuáles son los bienes obligados a satisfacer las necesidades de la familia y sobre todo, en el momento de disolución y liquidación de la sociedad ganancial, poder hacer el reparto de bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

La amplia autonomía de voluntad reconocida a los esposos en el ámbito ganancial, hace que, a pesar de la clasificación de bienes privativos y gananciales contenida en los preceptos 1346, 1347 y ss. del CC, en algunos casos, y dentro de los límites permitidos, los cónyuges puedan cambiar la calificación de los bienes.

Característica básica de la sociedad de gananciales es la presunción de ganancialidad recogida en el art. 1361 CC, en virtud del cual se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges⁶¹.

La razón de ser de este principio es ofrecer un criterio que ofrezca una solución a la calificación de los bienes. El art. 1361 CC introduce, sobre esta base, una presunción "*iuris tantum*" de ganancialidad de los bienes, admitiendo la posibilidad de que, por medio de prueba en contrario, se pueda demostrar que el bien no tiene carácter ganancial sino privativo⁶². Corresponderá la carga de la prueba a quien alegue que el bien es privativo, sin perjuicio de que la prueba pueda consistir en la confesión del otro cónyuge (art. 1324 CC).

Esta presunción de ganancialidad alcanza a todos los bienes que existan en el matrimonio. Abarcará a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los esposos sin que conste que el importe de la contraprestación era privativo y aun sin expresar que adquiere bien para la sociedad de gananciales: estaremos ante un bien presuntivamente ganancial. En caso de inmuebles el mismo se inscribirá a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (art. 94.1 del RH)⁶³.

Relativa a la presunción *iuris tantum* de ganancialidad es la STS de 7 abril 1997 (RJ1997\2741) en la que se adquiere un solar por la esposa y la obra nueva se declara a su nombre, concurriendo el marido a ambas escritura para prestar la asistencia y la licencia requerida.

61 La STS de 19 octubre 2015 (RJ 2015\4869) hace alusión a la autonomía de voluntad de la que gozan los cónyuges sobre la base del principio de libre contratación y transmisión de bienes que les reconoce el artículo 1323 CC. Lo que viene a suponer que sobre las presunciones legales, como es la presunción de ganancialidad que recoge el artículo 1361 CC, prevalecen los pactos entre cónyuges, de manera que habrá que respetar los acuerdos de los esposos.

62 Vid. sobre la destrucción de la presunción de ganancialidad, por ejemplo, la STS de 16 junio 2017 (RJ 2017\2863), que señala que se puede llevar a cabo mediante distintas pruebas, ya sea el interrogatorio, testificales, documentales.

63 Señala el artículo 94.1 del RH: "*Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial*".

Siguiendo con la idea de comunidad, lo mismo ocurrirá con las cuentas bancarias⁶⁴. Las cuentas bancarias, independientemente de la titularidad de las mismas, ya aparezcan a nombre de uno de los esposos o de los dos, se presume ganancial el saldo existente.

El artículo 1324 CC vuelve a ser una manifestación del principio de autonomía que se reconoce en el ámbito ganancial. El mismo recoge la llamada “confesión de privatividad de los bienes conyugales”, que tiene como objeto probar que determinados bienes son propios de uno de ellos, para lo que bastará la confesión del otro. Lo que ocurre es que dicha confesión no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad, o de cada uno de los cónyuges.

A través de dicha confesión se puede desvirtuar el carácter de un bien que de acuerdo con el artículo 1347 y 1361 sería ganancial.

La RDGRN de 5 marzo 1999 (BOE 2-4-1999), declaró que la presunción de ganancialidad tiene un alcance “erga omnes”, requiriendo por ello su desvirtuación una prueba satisfactoria y, en su conjunto, suficiente. Añade que la confesión de privatividad tiene un efecto limitado, que sólo opera en el ámbito interconyugal, sin perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores comunes o de uno de los cónyuges, lo que implica que dicha confesión no es suficiente por sí sola para desvirtuar aquella presunción en perjuicio de éstos.

Sucede lo mismo con la atribución de ganancialidad que reconoce el art. 1355 CC, en virtud del cual los cónyuges pueden de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Añade el art. 1355.2: “*Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes*”.

64 En relación con las cuentas bancarias de más de un titular la STS de 15 febrero 2013 (RJ 2013\2014) declaró que “*El mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta*”.

En este mismo sentido se había pronunciado previamente la SAP de Barcelona (Secc.18ª) de 23 julio 2012 (JUR 2012\291281) manifestando que “*Las cuentas corrientes bancarias expresan una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares. Pero en virtud de la presunción de ganancialidad que hemos hecho referencia, el dinero que aparezca en cualquier tipo de cuenta bancaria o instituciones financieras a nombre de la comunidad o de cualquiera de los cónyuges, abiertas durante la vigencia de la sociedad de gananciales*”.

La regla contenida en este precepto vuelve a suponer una excepción a la enumeración que del carácter de los bienes se contiene en los artículos 1346 y 1347 CC. En concreto en este caso, se permite a los esposos que aunque un bien fuese privativo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1346, se pueda cambiar el carácter del mismo y convertirlo en ganancial, siempre que ambos estén de acuerdo y el bien se haya adquirido durante el matrimonio. Además, el artículo 1323 CC dispone que *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*.

Por lo que se refiere a la administración y gestión de los bienes gananciales, lo lógico es que corresponda a ambos esposos, teniendo en cuenta que los bienes que forman la sociedad les pertenecen a los dos. Así lo reconoce el Código Civil, sin embargo, deja la puerta abierta a que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges puedan disponer una manera diferente de llevar a cabo la gestión y disposición de los bienes comunes. El art. 1375 CC establece que *“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”*.

Se establece un principio de cogestión y codisposición de los bienes gananciales, señalando que, en defecto de pacto en capitulaciones y en los demás casos en los que lo marque la Ley, la gestión y disposición de los bienes gananciales se atribuye conjuntamente a los esposos, pero distinguiendo entre el régimen de los actos de administración (art. 1376 CC), de los actos de disposición a título oneroso de cualquier bien ganancial (art. 1377 CC), y de los actos a título gratuito (art. 1378 CC). Para los actos de administración y de disposición onerosa se prevé la posibilidad de autorización judicial supletoria cuando uno de los cónyuges no prestase su consentimiento y la petición se estime fundada o se crea que esos actos van a mejorar y conservar el patrimonio de manera más eficaz⁶⁵. Se exceptúan los actos a título gratuito respecto de los cuales será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Con el principio de cogestión y codisposición en materia de gananciales se busca exaltar la igualdad entre los cónyuges en el matrimonio. Los bienes integrados en la masa ganancial les pertenece a ambos por igual, y es por ello por lo que estas funciones deberán llevarse a cabo conjuntamente⁶⁶.

65 La STS de 14 febrero 2005 (RJ 2005\1298) enjuicia un caso en el que se produce la venta de los bienes comunes en la liquidación de la sociedad conyugal, produciéndose un error grave en el consentimiento de la mujer por inducción del marido; La STS de 10 julio 2005 (RJ 2005\8991) se refiere a la vivienda familiar perteneciente a la sociedad de gananciales disuelta pero sin liquidar. La sentencia determina la inaplicación de las reglas de cogestión y codisposición propias de la comunidad de gananciales, señalando que en la situación de comunidad postganancial que corresponde la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes.

66 La SAP de Madrid (Secc.24) de 17 enero 2007 (JUR 2007\158937) hace alusión al sistema de administración y disposición de la sociedad de gananciales disponiendo que *“El sistema de administración conjunta o cogestión, es el sistema elegido por nuestro ordenamiento jurídico, que permite que todos los controles y garantías para las partes como se ha visto anteriormente, pues en la administración extraordinaria o actos de disposición de bienes y derechos de las partes se precisaría su voluntad concurrente; en lo que pudiera denominarse administración*

En la práctica llevar a cabo esta cogestión y codisposición puede hacer que determinados actos sean complicados de efectuar, o que no se puedan hacer de la manera más eficiente o correcta, o que no se pueda dar la rápida respuesta que en determinados momentos se necesite, lo que entorpecería en gran manera la vida del matrimonio.

Es por esto, por lo que se permite que en capitulaciones matrimoniales se disponga otro modo de organizar el funcionamiento de la sociedad y que el propio Código prevea ciertas normas, para algunos supuestos, en los que un cónyuge pueda actuar por sí solo sin la concurrencia del otro.

En los casos en que por capitulaciones matrimoniales se altere la regla general, no olvidemos que el art. 1328 del CC impone, dentro de los límites de los pactos capitulares, la necesidad de respetar el principio de igualdad de ambos cónyuges, por lo que un pacto que atentara contra el mismo -por ejemplo, un pacto que reviviera la antigua potestad marital- sería nulo.

Por otra parte, como hemos apuntado, el propio CC excepciona el principio general de actuación conjunta en numerosas ocasiones, reconociendo que los cónyuges pueden actuar por sí solos⁶⁷.

El cónyuge no actuante estará amparado por el art. 1383 CC, el cual le reconoce el derecho a recabar información sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica sobre los bienes gananciales.

Tras la modificación realizada en el CC por la Ley 11/1981 la sociedad de gananciales se ha configurado como el régimen matrimonial que mejor se acoge a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Su funcionamiento ha quedado regulado en más de sesenta artículos del Código Civil, donde, aparte de quedar patente el amplio espacio que se reconoce a la voluntad de los cónyuges, se sigue manteniendo a este

ordinaria o actuaciones nimias podrá actuarse por uno solo, pero en este caso podrá prestarse por el otro un consentimiento previo, o en el momento, o posterior y, en este último caso, expreso o tácito; es decir, que en el más extremo de los casos, cualquier acto de disposición, administración o gestión realizado por una sola de las partes, está siempre sujeto a impugnación; y todo ello, como se dijo, sin perjuicio, que siempre tienen las partes, del derecho-deber de informar y ser informados el uno por el otro”.

67 Podemos señalar los siguientes supuestos de gestión individual reconocidos por el Código Civil:

- Administrar los bienes y disposición de dinero o títulos valores por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1384 CC).
- Ejercicio de los derechos de crédito por el cónyuge a cuyo favor estén constituidos (art. 1385 CC).
- El ejercicio de la potestad doméstica ordinaria (art. 1319 CC).
- Realizar gastos urgentes necesarios, aun cuando sean extraordinarios (art. 1386 CC).
- Gestión individual de gananciales consistentes en frutos o rentas de bienes privativos (art. 1381 CC).
- Toma de anticipo de dinero ganancial (art. 1382 CC).
- Gestión individual por disposición legal en los casos en que un cónyuge sea representante legal del otro (art. 1387), o uno de ellos se encontrare en imposibilidad de prestar el consentimiento, o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho (art. 1388 CC).

régimen como el supletorio de primer grado en los matrimonios sujetos al Código Civil.

La importancia de determinar el carácter de cada bien y derecho que existe en el matrimonio (privativo o ganancial), resulta trascendental no sólo al tiempo de la disolución y liquidación, sino también durante de la vida del régimen.

Los grandes conflictos entre los cónyuges o los que fueron cónyuges en relación con la sociedad de gananciales, se producen al tiempo de la disolución y posterior liquidación de la sociedad. Habrá que concretar el carácter de los bienes existentes en el matrimonio -o en la herencia del cónyuge fallecido en su caso-, para incluir en el activo ganancial a partir los bienes y derechos que tenga este carácter.

La sociedad de gananciales se extingue por las causas de disolución que regulan los arts. 1392 y 1393 del CC, a los que nos refiérenos más adelante.

Disuelta la sociedad, procede la liquidación del régimen. Hay muchas ocasiones que entre ambos momentos media un largo período de tiempo -la sociedad postganancial.

1) Señalando brevemente los pasos de la liquidación, apuntemos, habrá que concretar en primer lugar, la relación de bienes gananciales a los efectos de incluirlos en el activo ganancial a partir. Los bienes privativos no se incluyen en el mismo.

2) Tras delimitación del carácter de los bienes de los cónyuges, se procede a concretar el pasivo de la sociedad, esto es: las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, debiendo distinguir entre estos dos conceptos para facilitar la liquidación, ya que tienen distinto tratamiento en el inventario del pasivo de la misma.

Dentro de las cargas de la sociedad de gananciales se contemplarán las deudas asumidas por los cónyuges durante la vigencia de la misma, pudiendo concretarse estas en el sostenimiento de la familia, la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, así como en la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges; también las que redundan en el incremento y conservación del patrimonio común. Se enumeran en los artículos 1362, 1363, 1366 y 1371 del Código Civil⁶⁸.

68 En relación con las deudas la STS 20 junio 2008 (RJ 2008\4262) determinó que las deudas contraídas durante el matrimonio se presumen bajo el mismo régimen económico matrimonial que para los bienes de gananciales, salvo que una de las partes pruebe lo contrario. En el caso que se enjuicia en esta sentencia, se trataba de una adquisición hecha por el marido (sin el consentimiento de la mujer), de un inmueble con subrogación en el préstamo hipotecario que lo gravaba. Se declara el carácter privativo de la deuda, a pesar de hacerse la adquisición durante la vigencia de la sociedad de gananciales y para la sociedad conyugal.

La STS de 11 diciembre 2001 (RJ 2002\2201) en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales, acordó que ésta se debía realizar adjudicando a cada una de las partes los bienes que le correspondan, por lo que había que tener en cuenta la vivienda que se había adquirido con el importe de la compensación económica obtenida por la renuncia al contrato de arrendamiento adquirido por subrogación al que tenía derecho uno de los esposos.

En cuanto a las obligaciones de la sociedad de gananciales, en ésta se englobarán las deudas adquiridas frente a terceros en el desarrollo de las relaciones que por cualquier circunstancia se produzcan con los mismos, pero sin confundirlas con las deudas adquiridas entre los cónyuges (ya que son cargas).

Tienen la consideración de obligaciones, las deudas adquiridas en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales y las originadas en el ejercicio ordinario de profesión, arte u oficio, y administración ordinaria de los bienes propios.

1.4. Otros regímenes económicos existentes en el Derecho español: Breve referencia a los “Derechos civiles especiales o forales”

Una nota característica del Derecho civil español frente a otros Estados, es la falta de unidad del Derecho, la existencia de una pluralidad de derechos civiles territoriales. En España convive el tradicionalmente llamado “Derecho Común” con los llamados “Derechos civiles, forales o especiales” (así los denomina el art. 149.1.8ª de la CE)⁶⁹. Tras la CE de 1978 la cuestión foral recibió un nuevo enfoque. El art. 149.1.8ª de la Constitución después de reconocer la competencia en materia civil del Estado -Estado central- apunta que ello se entiende “*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.*” No obstante, continúa el precepto: “*En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*”.

69 Estos Derechos tienen su origen en la pluralidad de Reinos así como en la pluralidad de normativa existente en la Península tras la invasión musulmana y la Reconquista.

Cuando se inicia el movimiento codificador con el que se pretendía reunificar todos los Derechos civiles que estaban dispersos por el territorio, se comprueba que es muy difícil conseguir la pretendida unificación al ver que había territorios con unas figuras, unas costumbres y normas que no encajaban con el resto y que nada tenían que ver con las otras, que se alejaban del patrón común y que se resistían a la su pérdida.

Es por ello, por lo que se opta por establecer una unificación de todo el Derecho del territorio que fuera común respetando los Derechos forales de aquellos territorios que los tuvieran. De ahí que se hable de Derecho Común y Derechos forales, donde el primero será de aplicación obligatoria y “primaria” en todo el territorio que carezca de Derechos Forales y, de aplicación subsidiaria en aquellos territorios que tengan su propias normas (antiguo título preliminar del CC y art. 1976 del CC).

Un hito en materia de Derechos Forales viene representado por la Asamblea científica de jurisconsultos españoles celebrada en Zaragoza los días 3 al 9 de octubre de 1946, porque supuso el renacimiento del estudio coordinado y de la promoción de su formulación legislativa que quedará plasmada en las Compilaciones.

La iniciativa del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, por orden de 3 de julio de 1944, el Ministerio de Justicia autorizó la convocatoria y celebración en Zaragoza de un Congreso Nacional de Derecho Civil para tratar la situación y problemas que planteaba la coexistencia en España de diversas legislaciones civiles.

Los diferentes Derechos civiles forales versan sobre distintas materias y aspectos, pero teniendo en cuenta el objeto del presente estudio, nos limitaremos a analizar brevemente su manera de regular los regímenes matrimoniales.

Los territorios que tienen un Derecho particular son Cataluña, Baleares, Vizcaya y parte de Álava, Galicia, el Fuero de Baylío, Navarra y Aragón⁷⁰.

70 Valencia dictó varias normas en materia de Derecho que el TC declaró inconstitucionales y nulas, por falta de competencia de la C.A. en materia civil. La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Matrimonial Valenciano, fue declarada inconstitucional por la STC 82/2016, de 28 abril (RTC 2016\82), con voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D.J.A. Xiol. La doctrina de la citada STC 82/2016, de 28 abril se reitera en las SSTC 110\2016, de 9 junio (RTC 2016\110) y de 192/2016, de 16 noviembre, que declaran respectivamente, la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de la Generalitat (valenciana) 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas y la Ley de la Generalitat (valenciana) 5/2011, de 1 abril de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven.

BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE MEORO, M.E., y MORERA VILLAR, B., “Capítulo 61: La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana”, en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos Derechos Forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1325 y 1326, destacan los aspectos que decide la STC 82/2016, de 28 abril, siendo éstos los siguientes:

1º. Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de la Comunidad valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 8.

2º. Declarar igualmente inconstitucionales y nulos por conexión con lo dispuesto en el apartado primero de este fallo, el resto de artículos y disposiciones de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano con los efectos previstos en el fundamento jurídico 7.

Destacan estos autores las puntualizaciones que deben hacerse respecto del fallo, siendo éstas las siguientes:

La LREMV ha sido modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, apareciendo en el Preámbulo de ésta el motivo “por la conveniencia de reconsiderar determinados aspectos puntuales que, en algún caso, *son merecedores de una regulación diferenciada que se producirá en breve, mientras que, en otros, se produce una remisión al contenido de la legislación del Estado, todo ello con el fin de contribuir a una mayor claridad normativa y dotar de mayor seguridad a los operadores jurídicos y a los principales destinatarios de la norma, esto es, los ciudadanos y ciudadanas de la Comunitat Valenciana*”.

Resaltar que el punto 2º del fallo, declara la inconstitucionalidad y nulidad por conexión de toda la Ley 10/2007, de 20 de marzo, sin percatarse de que en la propia Ley las normas que no son de derecho civil, sino tributario cuya declaración de inconstitucionalidad nadie solicitó.

Finalmente, el propio fallo de la STC 82/2016 declara, en su apartado 1º la inconstitucionalidad de la norma valenciana “*con los efectos previstos en el fundamento jurídico 8º*”, es decir, sin carácter retroactivo.

Es por ello, por lo que conviene aclarar que dicho pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, porque el Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley (declarada inconstitucional) los cónyuges sujetos a Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquélla establece.

Por lo tanto, todos aquellos “*matrimonios celebrados entre la entrada en vigor de la Ley 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (ATC de levantamiento de la suspensión de 12 junio, BOE de 30 junio de 2008) y la publicación en el BOE de la STC 82/2016, de 28 abril (BOE 31 mayo de 2016), salvo que se hayan otorgado capitulaciones matrimoniales en otro sentido, se hayan sujetos a la citada Ley 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial de separación de bienes regulados en la norma valenciana. A todos efectos, la Ley 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano sigue vigente*”.

Estos “derechos particulares” quedaron -con la excepción del Fuero del Baylío, tras el Congreso de Zaragoza de 1964, recogidos en Compilaciones, que no son otra cosa que cuerpos normativos a través de los que se pretende recopilar las instituciones de las regiones con Derecho propio. Hoy día, el Derecho civil territorial es Derecho autonómico y muchas de las antiguas compilaciones están derogadas, y las que perviven han sido modificadas.

Pasamos a hacer una breve referencia -no son el objeto de la presente tesis- a los regímenes económico matrimoniales en los territorios de Derecho foral:

a) Cataluña.

Actualmente en Cataluña, los capítulos I (Sección segunda) y II del Título III de la *Ley 25/2010, de 29 de julio*, del libro segundo del *Código Civil de Cataluña (CCC)*, relativo a la persona y la familia, regulan respectivamente, las relaciones económicas entre los cónyuges y los regímenes económicos matrimoniales. A falta de pacto o ineficacia de lo dispuesto en los capítulos matrimoniales, el régimen económico es el de separación de bienes, regulado a lo largo de los *Art. 232.1 a Art. 232.12* del CCC como modalidad de persona jurídica.

Echando la vista atrás, Cataluña vio aprobada la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña con la Ley de 21 de julio de 1960, derogando todas las normas de Derecho civil especial de Cataluña que estuvieran vigentes en el momento de publicarse la misma. Reguló entre otras muchas materias el régimen económico matrimonial. Con posterioridad el mismo pasó a regirse por la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

Cataluña cuenta en la actualidad con un CC propio: el Código Civil de Cataluña, compuesto de seis libros que fueron aprobados en sendas leyes desde los años 2002 a 2017.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, recoge la normativa propia en materia de régimen económico matrimonial⁷¹:

1) El Código Civil de Cataluña dedica los artículos 232-1 a 232-2 a regular el régimen económico matrimonial de separación de bienes. En dichos preceptos se regulan las cuestiones relativas a:

1. La determinación de los bienes cuya titularidad corresponde a cada cónyuge y las facultades que se le reconocen a su titular (art. 232-1 a 232-4 CCCat).

71 Sobre régimen económico matrimonial en Cataluña puede verse MARCO MOLINA, J., ESPIAU ESPIAU, S., ARNAU RAVENTÓS, L., NAVAS NAVARRO, S., ZAHÍNO RUIZ, M^a.L., GINEBRA MOLINS, M^a.E., “Capítulo 53: Los regímenes económico matrimoniales en el Derecho Civil de Cataluña” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos Derechos Forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 127 a 357.

2. La compensación económica por razón del trabajo (art. 232-5 a 232-11 CCCat).
3. La posibilidad de ejercitar la acción de división de la cosa común en los procesos de separación, nulidad o divorcio.

En Cataluña el régimen de separación de bienes actúa a modo de régimen legal supletorio, en aquellos casos en los que no se ha convenido ningún otro o cuando los capítulos matrimoniales resultan ineficaces.

2) El CCCat también regula el régimen de participación en las ganancias catalán en sus artículos 232-13 a 232-24. Durante la vigencia del régimen éste funciona como un régimen de separación de bienes en el que sólo se ostenta una expectativa de derecho que se convierte en un derecho de crédito (a participar en las ganancias obtenidas por cada uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio) en el momento de la extinción del régimen.

Los cónyuges al someterse a este régimen pueden hacerlo ajustándose a las normas que para ello contempla el CCCat o introducir modificaciones en aquellos aspectos que el legislador haya considerado que tienen carácter dispositivo. En su caso, también les será de aplicación como tercera fuente normativa la regulación del régimen de separación de bienes.

Las normas del régimen de separación de bienes que son aplicables al régimen de participación en las ganancias son las relativas a adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges durante el matrimonio (art. 232-3 CCCat), las relativas a adquisiciones dudosas (art. 232-4 CCCat) y las relativas a la división de bienes en comunidad proindiviso (art. 232-12).

3) En Cataluña también coexisten regímenes económicos matrimoniales locales como son:

- La “asociación a compras y mejoras”, propia del campo de Tarragona y de otras comarcas (art. 232-25.1 CCCat). Aplicable tanto a los cónyuges que tengan aquella vecindad civil como a los que no. Deberá pactarse en capítulos matrimoniales, siendo válidos tanto los otorgados antes como durante el matrimonio (art. 232-25.1 CCCat).

La asociación puede configurarse: a) como régimen económico matrimonial, cuando se pacta entre cónyuges y se asocia un cónyuge a las compras o mejoras del otro, o se asocian ambos de manera recíproca (lo que le hace asemejarse al régimen de participación); b) como una comunidad familiar, donde además de los cónyuges, también se pueden asociar los ascendientes de uno de ellos o de ambos, con independencia de que éstos hayan otorgado un “heredamiento” a favor de uno o ambos esposos (art. 431-11 y ss. CCCat).

- El “*agermanament*” o pacto de mitad por mitad, institución propia del Derecho de Tortosa que debe de pactarse en capítulos matrimoniales para que rija el matrimonio de los presentes o futuros cónyuges (art. 231-19 CCCat).

Consiste en la constitución de una comunidad universal de bienes entre los esposos, en la que quedan incluidos tanto los bienes privativos que poseían

antes de comenzar el régimen, como los adquiridos una vez iniciado el mismo. El título por el que se adquieren los bienes es irrelevante a la hora de hacerse comunes, todos los bienes devienen comunes, como también las ganancias y aumentos de valor de los bienes que forman parte de la comunidad universal.

- El “*pacto de convinença*” o “*mitja guadanyeria*”, propia de Valle de Arán (Lérida). Para su aplicación es necesario que se haya pactado en capítulos matrimoniales y podrán someterse al mismo tanto los presentes o futuros cónyuges que tengan o no esa localidad civil.

Este pacto también puede tener una doble configuración, como régimen económico cuando se celebre entre los presentes o futuros cónyuges; o como asociación cuando se asocien los padres (o extraños) de cualquiera de ellos (art. 232-29.3 CCCat).

Formarán parte de este pacto los bienes ganados y todos los que se ganen durante la vigencia del régimen por todos aquellos que intervengan en el mismo, cualquiera que sea el título de su adquisición.

4) Aparte de estos pactos y de los regímenes de separación y participación ya vistos, también se contempla en Cataluña un régimen de comunidad de bienes, que debe acordarse mediante pacto, ya que no rige como supletorio de primer grado, por lo que para su uso es necesario que las partes lo dispongan expresamente.

Al igual que ocurre en el régimen ganancial propio del Derecho Común, en éste coexisten dos patrimonios separados (los privativos de cada cónyuge), con uno compartido por ambos esposos que se forma por las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges (art. 232-31.b y e), así como por aquellos bienes a los que los cónyuges otorguen el carácter de comunes, como por los adquiridos por subrogación real de otros bienes comunes. También quedarán incluidos los frutos y rentas que produzcan los bienes privativos y comunes (art. 232-30 y 232-31 CCCat).

La comunidad que se forma con el patrimonio de los esposos es de tipo germánico, por lo que los esposos no tendrán cuotas sobre los bienes que lo forman, dando lugar a una cotitularidad en mano común y no en proindiviso.

Como se puede observar, el régimen de comunidad de bienes que regula el CCCat se asemeja bastante al regulado en el Código Civil. Lo que ocurre es que este régimen ha sufrido una evolución y si en su origen tenía una vocación de universalidad, ahora se configura más como una comunidad limitada de ganancias, pero sin identificarse con ésta. Los patrimonios privativos que en este régimen tenían un carácter residual han comenzado a tener más protagonismo.

b) Navarra.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra fue promulgada por la Ley de prerrogativa de 1 de marzo de 1973.

La Compilación sigue hoy vigente, aunque ha sido modificada en muy numerosas ocasiones, la última mediante la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización del Derecho Civil Navarro⁷².

El Fuero Nuevo contiene una serie de normas generales reguladoras de aspectos concretos del régimen económico conyugal que son aplicables a cualquiera que sea el modelo económico al que esté sujeto el matrimonio. A estas normas se las conoce el régimen económico primario.

a) La sociedad conyugal de conquistas es el régimen económico matrimonial legal y supletorio de los bienes del matrimonio en el Derecho civil navarro. Será el que se aplique en caso de no haberse pactado otro en capitulaciones matrimoniales (ley 87 FN).

Consiste en una comunidad limitada de bienes en la que coexisten una masa común con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges.

La comunidad estará compuesta por los bienes “conquistados” o adquiridos por título oneroso durante el matrimonio, así como por los adquiridos por el trabajo o actividad de cada uno de los cónyuges, más los frutos y ganancias que produzcan tanto los bienes privativos como los comunes.

Existen numerosas semejanzas entre el régimen de conquistas y la sociedad de gananciales del CC, como son la coexistencia de tres patrimonios, dos privativos y uno común, también se reconoce una amplia autonomía a los esposos, ya que estos pueden excluir la aplicación del régimen en cualquier momento o introducir en él las variaciones que estimen oportunas.

Una diferencia entre ambos regímenes queda reflejada en la liquidación, debido a que en el régimen de conquistas se otorga una mayor libertad para convenir sobre los resultados de dicha liquidación.

72 La Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva de carácter histórico en materia de Derecho Civil Foral y consiguientemente, para su conservación, modificación y desarrollo, así como para articular las normas del proceso que se deriven de dicho derecho sustantivo en virtud de lo dispuesto en los artículos 149.1.6 y 8 y la disposición adicional primera de la Constitución Española y en el artículo 48.1 2 de la LORAFNA.

La reforma se extiende, no sólo a la modificación y el desarrollo de sus instituciones, sino también a la “regulación de las directas y sustancialmente conexas y derivadas necesariamente de las ya contenidas en su texto y según los principios informadores peculiares del Derecho Foral navarro”. En la Exposición de Motivos se justifica la reforma por la necesidad de actualizar el Fuero Nuevo “mediante su apertura y acercamiento a la realidad social navarra”, 32 años después de la reforma de 1987, tiempo en el que la sociedad navarra ha experimentado profundas transformaciones en el ámbito personal, familiar y económico.

La institución jurídica de la Casa y sus principios, fundamento de la amplitud de la libertad civil en el ordenamiento jurídico navarro, cede el protagonismo a la persona titular de esa libertad, para permitirle optar por otras alternativas vitales, lo que ha de tener reflejo y respuesta jurídica.

La protección de todas las personas en su individualidad y en sus relaciones familiares, convivenciales y patrimoniales de carácter privado, desde el respeto a su libertad civil (con especial atención a la minoría de edad, discapacidad, dependencia o mayor edad), constituye el objetivo de la actualización y pasa a constituir el eje vertebrador del Fuero Nuevo, que mantiene sus 595 leyes, si bien, ahora divididas en un libro preliminar y cuatro libros.

Otra diferencia es que en el régimen de conquistas los inmuebles adquiridos por el ejercicio del retracto gentilicio serán privativos, como la posibilidad que existe en este de reintegrar los lucros entre los patrimonios privativos y común durante el matrimonio.

Lo que ocurre es que la sociedad familiar de conquistas no es sólo un régimen económico matrimonial, sino que como dice HUALDE MANSO⁷³ *“se trata de un esquema organizativo familiar y no estrictamente conyugal, construido sobre la convivencia acordada por quienes capitulan y del que forma parte de ordinario los titulares anteriores de un patrimonio que transmiten en vida a favor de los nuevos titulares con ocasión del matrimonio de éstos. La adición de un pacto convivencial entre unos y otros hace que la transmisión de ese patrimonio quede organizada económicamente en un determinado sentido”*.

Como bien explica esta autora⁷⁴, es una institución que sólo se entiende *“dentro del marco o panorama sucesorio navarro y que trasciende el limitado marco conyugal”*. Añade que⁷⁵, *“no es una figura que responda a los actuales esquemas de organización familiar, ni en su faceta personal ni en su faceta económica, ya que han desaparecido las familias troncales de las que forman parte diversas generaciones, que suponían la base ontológica de la figura y que se sustentaban en la existencia de un tipo de explotaciones en el mundo rural, posibilitando la unidad patrimonial de las explotaciones y del patrimonio a la que vez que fomenta la solidaridad familiar. La vida y el trabajo en común de instituyentes o donantes e instituidos o donatarios constituye la base de la sociedad familiar de conquistas. La denominación de esta figura no debe llevar a pensar en el surgimiento de una persona jurídica, de un ente con personalidad propia y diferente de la de sus integrantes. Se trata sólo de una institución de vida en común cuyo sustrato es un pacto entre donantes y donatarios pactada en capitulaciones matrimoniales con donación propter nuptias o nombramiento de heredero y que expresa García Granero non est societas communione vitae”*.

b) Otro régimen regulado en el Derecho Foral navarro es el régimen de comunidad universal de bienes (leyes 101 y 102 FN). Este se presenta como aquel régimen matrimonial al que los cónyuges pueden adherirse para regir el patrimonio del matrimonio, pero para quedar sujeto a dicho régimen deberá pactarse en capitulaciones matrimoniales, porque el régimen supletorio es el de conquistas y no este.

Con este régimen lo que se persigue es crear con los bienes de los esposos una masa de cotitularidad para ambos, sin tener en cuenta el modo de adquisición de los bienes, como tampoco el momento de su adquisición. Lo que se busca es formar un patrimonio global sin distinción entre patrimonios privativos y común.

73 HUALDE MANSO, T., “Capítulo 56: La familia en el derecho civil de Navarra”, en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, *La familia en los distintos Derechos Forales*, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 762 y 763.

74 HUALDE MANSO, T., *op. cit.*, pág. . 762.

75 HUALDE MANSO, T., *op. cit.*, pág. 763.

En este régimen también se da cabida a la autonomía de los esposos, quienes por su propia voluntad podrán hacer las modificaciones que estimen convenientes, así como establecer las reglas de funcionamiento del mismo.

c) El Derecho Navarro también prevé un régimen de separación de bienes que se configura más como un modelo legal, que como un régimen legal, ya que para su aplicación hace falta un convenio que lo pacte.

Destaca HUALDE MANSO⁷⁶ que este tipo de régimen económico no fue un modelo patrimonial de raigambre en la tradición jurídica navarra, pero se ha ido instaurando poco a poco por la propia voluntad de los cónyuges, quienes en muchas ocasiones prefieren un régimen de separación para evitar los posibles litigios a los que dan lugar los regímenes de comunidad.

d) El régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias es otro de los regímenes previstos por el Derecho Navarro.

Este régimen está previsto para aquellos casos en los que un cónyuge va a contraer nuevo matrimonio pero aun forma parte de un anterior régimen matrimonial que se encuentra disuelto pero no liquidado. Para aplicar este régimen tienen que darse una serie de requisitos como son: ir a contraer nuevo matrimonio, que existan hijos o descendientes de un matrimonio anterior y que en el momento de ir a contraer un nuevo matrimonio no se haya liquidado la anterior comunidad matrimonial.

c) Aragón

La Compilación del Derecho Civil de Aragón fue aprobada por la Ley de 8 de abril de 1967. Fue considerada como la Compilación más depurada a pesar de su extensión. Regulaba las peculiaridades familiares y sucesorias del régimen histórico aragonés, diferente al recogido por el sistema castellano.

En la actualidad el Derecho aragonés se regula en Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, texto que ha sido modificado con posterioridad en alguna ocasión.

1. El régimen económico característico de Aragón es el que se conoce como consorcio conyugal. Es un régimen de comunidad que rige como supletorio en defecto de pacto en capitulaciones de otro régimen (art. 193.2).

PARRA LUCÁN⁷⁷ explica que *“los cónyuges pueden pactar libremente en escritura pública, tanto en el momento de adquirir un bien como después, el carácter que haya de tener y tales pactos pueden acceder al Registro de la Propiedad en los términos en los que se hayan convenido. La escritura no tiene*

76 HUALDE MANSO, T., *op. cit.*, pág. 783.

77 PARRA LUCÁN, M^a.A., “Capítulo 57: La familia en el Derecho civil de Aragón”, en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos Derechos Forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 965.

por qué ser capitular ni recoger pacto alguno relativo a la economía del matrimonio. Otra cosa es que, de acuerdo con los principios de protección de los terceros, los trasvases patrimoniales no pueden perjudicar los derechos de terceros”.

Respecto a qué bienes serán comunes y cuales privativos, la Ley aragonesa recoge una clasificación de los bienes comunes donde distingue los bienes que forman parte del patrimonio común desde el momento inicial del consorcio y los que ingresan después. También contiene una enumeración de los bienes privativos, donde además hace alusión a una presunción en virtud de la cual son comunes todos los bienes cuya privatividad no pueda probarse.

El texto regula vida y funcionamiento del régimen legal así como la extinción del mismo.

2. El Código de Derecho Foral de Aragón regula en sus arts. 243 y ss el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que regirá cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales así como es caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen.

d) País Vasco

La Ley de 32/1959, de 30 julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava. En cuanto al ámbito territorial de aplicación de la misma, debemos decir que ésta no era de aplicación en la provincia de Guipúzcoa, ni en el término municipal de Bilbao, ni en los perímetros urbanos de las restantes once villas o ciudades no aforadas. Por otro lado, dentro de la provincia de Álava, la Compilación sólo regía en la llamada Tierra de Ayala que comprende ocho ciudades.

La Compilación fue derogada posteriormente por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil foral del País Vasco, que extendió su ámbito de aplicación sobre Vizcaya, Álava y también Guipúzcoa. La Ley vasca 3/1992, de 1 de julio, fue la primera norma que, después del Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, constituyó una regulación del Derecho civil vasco aprobada por un órgano legislativo vasco. Esta Ley ha sido derogada por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

En estos territorios el régimen supletorio es el de comunicación foral de bienes, que MARTÍN OSANTE⁷⁸ define como aquel *“caracterizado por la creación de una comunidad matrimonial sobre todos los bienes de los cónyuges, en la que se distinguen varias masas patrimoniales, gestionada conjuntamente, y sometida a un sistema de alternatividad, que afecta fundamentalmente al activo, en fase de disolución, liquidación y partición”.*

78 MARTÍN OSANTE, L.C., “Capítulo 58: La comunicación foral de bienes como régimen económico del matrimonio en el Derecho Civil de Vizcaya y parte de Álava” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 1091.

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, crea una vecindad civil vasca, que determina que las disposiciones de la Ley serán aplicables a todo el territorio de la Comunidad Autónoma Vasca, salvo aquellas normas que la propia Ley declara aplicables solamente en un territorio concreto. Es un Derecho Civil Vasco de carácter general, aplicable a todos aquellos que tengan dicha vecindad civil vasca, sin perjuicio de las especialidades civiles de cada territorio, que serán aplicables a quienes tengan vecindad civil local en el mismo.

El texto pretende tener vigencia en toda la Comunidad Autónoma Vasca. Sus disposiciones han de ser aplicadas en todo el territorio porque, aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral.

El título III se ocupa del régimen de bienes en el matrimonio. En materia de régimen económico-matrimonial se opta por la libertad de pacto (art. 125) y se establecen dos regímenes legales supletorios a través de la correspondiente norma de conflicto: el *general de gananciales*, por remisión al Código Civil, aplicable a quienes tengan la vecindad civil vasca común (apartado 1 del art. 127) y el especial de la comunicación foral, aplicable a quienes tengan la vecindad civil local vizcaína (apartados 2 y 3 del art. 127). Por tanto, cuando ambos contrayentes sean vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, el matrimonio se regirá, a falta de pacto, por el régimen de comunicación foral de bienes, que se regula en el capítulo segundo del Título III de la Ley de Derecho Civil Vasco. Cuando sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil vizcaína, regirá, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges y a falta de ésta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio.

Por el contrario, las parejas de hecho registradas, tendrán como régimen supletorio a falta de pacto, el de *separación de bienes*.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015, de 25 de junio extiende a las parejas de hecho, ya objeto de una ley vasca vigente, la aplicación de las normas de esta ley relativas a la vecindad civil y régimen económico supletorio. Se equipara al matrimonio y a las parejas de hecho a efectos sucesorios, de forma que el superviviente de una pareja de hecho en caso de fallecimiento del otro conviviente, tendrá los mismos derechos en la herencia del difunto que el cónyuge viudo. Las parejas de hecho a las que se refiere la Ley 5/2015 y cuya situación jurídica se equiparan al matrimonio, serán únicamente las inscritas en el Registro de Parejas de Hecho creado por la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho.

e) Galicia

Galicia histórica no fue considerada como una región foral porque no tenía normas escritas diferentes a las que existían en el Derecho común. Se considera extraño que el RD de 1880 la considerara como territorio foral cuando nunca lo fue.

Sería con la Ley de 2 de diciembre de 1963 con la que se recoge la Compilación de Derecho civil especial de Galicia cuya regulación se centra principalmente en las peculiaridades relativas al estatuto agrario de la tierra. Dicha ley fue modificada ya por la Ley 4/1995, de 24 de mayo.

En la actualidad las normas citadas están derogadas, rigiendo la Ley 2/2006, 14 Junio, de Derecho Civil de Galicia.

El artículo 171 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006, dispone que *“El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales⁷⁹”*. Este artículo opta por la sociedad de gananciales como régimen supletorio de primer grado.

Las normas relativas al régimen económico matrimonial gallego se encuentran en el Título IX de la LDCG y presentan pocas particularidades frente al Código Civil, siendo destacables las existentes.

En palabras de ESPÍN ALBA ⁸⁰, las particularidades respecto a las disposiciones generales, se encuentran en la *“admisión expresa de la validez de los pactos previos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales incorporados a las capitulaciones matrimoniales, con plena eficacia en el momento de la disolución del régimen económico (art. 172 CC). Referida todavía a las capitulaciones matrimoniales, la posibilidad de incluir, tanto estipulaciones sobre el régimen económico familiar como sobre el sucesorio. También las donaciones por razón del matrimonio presentan notorias singularidades en cuanto al momento de su otorgamiento, a la naturaleza de los bienes donados y al momento de su adquisición, así como respecto al régimen de revocación”*.

Hace la autora especial hincapié en que *“la seña de identidad del régimen económico familiar en Galicia no está contenida exclusivamente en el Título IX de la LDCG, sino que avanza en las relaciones entre régimen económico matrimonial y las normas relativas al derecho sucesorio, destacadamente los artículos 205 a 207 sobre disposición testamentaria de bien ganancial, la concreción de la cuota usufructuaria ex. art. 200.2 que prevé la posibilidad de*

79 La compañía familiar gallega se encuentra regulada en el Título VIII de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en concreto en los artículos 157 a 170. Las notas características de la compañía familiar gallega y los requisitos necesarios para su constitución son la existencia de una economía común de trabajos, ingresos y gastos. La administración de la compañía corresponderá a la persona que determine el contrato de constitución.

Esta compañía se forma entre labradores con vínculos de parentesco, que viven juntos y explotan tierras en común, lugar *acasarado* o explotaciones pecuniarias de cualquier naturaleza perteneciente a todos o a alguno de los reunidos (art. 157).

Se requiere la existencia de una *“affectio societatis”* o propósito de sociedad o voluntad de crear sociedad y no se puede suponer que se origina siempre que dos o más personas se agrupen y pongan algo en común para buscar un lucro. No es suficiente la relación de parentesco unida al hecho de la explotación de unas concretas fincas; es imprescindible un régimen de convivencia y el sostenimiento común de una unidad económica.

80 ESPÍN ALBA, I., “Capítulo 59: La familia en el Derecho Civil Gallego” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1208 y 1209.

adjudicación por el comisario también de bienes gananciales, la partición conjunta de los arts. 276, 277 y 278, o por el contador partidor en el caso de la partición conjunta de bienes privativos y gananciales (art. 293), y otras normas de partición como los arts. 302 y 305 para el contador partidor designado por insaculación en la partición por mayoría”; (por citar las más destacadas, aclara la autora).

f) Islas Baleares

Dentro de las Islas Baleares debemos distinguir a Mallorca y Menorca, territorios en los que por remisión del artículo 65 CDCB (tras la reforma operada por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears), el régimen económico matrimonial será el que convengan las partes en capitulaciones (antes o durante el matrimonio), formalizadas en escritura pública (art. 3 CDCB).

En defecto de capitulaciones el régimen económico será el de separación de bienes⁸¹.

Mientras que en Ibiza y Formentera, los cónyuges igualmente podrán determinar su régimen matrimonial en capitulaciones matrimoniales, conocidas en estos territorios como “*espolits*”, las cuales se consideran como una institución propia de las Illes Pitiüses y se definen como aquel negocio jurídico familiar y solemne por el que se establece el régimen económico del matrimonio, así como cualquier otra disposición por razón del mismo.

El régimen supletorio será el de separación de bienes (art. 67.1 CDBC)⁸².

g) En cuanto al Fuero de Baylío⁸³, es una costumbre que rige en determinados pueblos de Extremadura y en la ciudad autónoma de Ceuta, y que afecta al régimen económico matrimonial, en virtud de la cual se comunican (se hacen comunes) todos los bienes aportados por los contrayentes y en la posterior participación por la mitad al liquidarse la sociedad conyugal, como consecuencia de la separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges⁸⁴.

81 TUR FÁUNDEZ, M^a. N., “Capítulo 55: La familia en el Derecho Civil de Baleares” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 560 y 561.

82 Igualmente, la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears ha dado nueva redacción a los artículos 66 y 67 de la Compilación.

83 Sobre el Fuero del Baylío, puede verse, MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a del C., “Futuro del Baylío: Estudio de su vigencia y regulación”, *Derecho y opinión*, nº 6, 1998, págs. 139 a 148.

84 El punto de inflexión de este régimen foral es el de determinar si la comunidad universal de bienes entre los esposos se constituye al inicio del matrimonio o al final del mismo, cuando se disuelve, bien sea por muerte, divorcio o separación. La STS de 8 febrero 1892 (TOL5. 096.869) manifestó que declarar que la comunidad de bienes no se constituye al tiempo del matrimonio, sino conforme al Fuero, su objeto es comunicarlos y sujetarlos todos a partición, como gananciales, al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en el cual, con arreglo a la legislación común, se determina este carácter, en lo que exceda de las peculiares aportaciones de los cónyuges y por tanto, durante el consorcio, los sometidos a dicho Fuero, pueden disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio. Explica el TS que esto

Este Fuero establece un régimen económico matrimonial que queda perfectamente definido con la popular frase de “*lo mío es tuyo y lo tuyo mío*”. Asimismo, puede quedar resumido⁸⁵: “*Todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieran por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales*”.

Los distintos Derechos “particulares” que conviven en el territorio nacional, ponen de manifiesto la riqueza jurídica del país, así como las numerosas tradiciones y costumbres ancestrales que aun perduran en muchos lugares y que conviven con un Derecho más moderno y dinámico. Se puede observar como en algunos sitios con derecho “propio” las figuras que regulan no se separan tanto de las contenidas en el Código Civil, si bien hay otras regiones con figuras históricas muy llamativas.

Esta variedad normativa se mantiene y se respeta a día de hoy como dispuso la Constitución de 1978, sin embargo, mientras el propósito de la misma no era otro que propiciar seguridad a los Derechos Forales, dio pie a que otras CCAA entendieran que también podían crear sus propias normas⁸⁶.

opera conforme al principio de que el libre uso de la propiedad y no debe entenderse limitado sino por las disposiciones expresas de las leyes, por los pactos particulares y por la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarias al Dcho. Común, y la misma doctrina se reitera por el R de la DGRN de 19 agosto 1914.

En este sentido, destacar una Resolución de la DGRN más reciente de 6 de mayo de 2015 (BOE 8-6-2015) relativa a la de la aplicación del derecho de transmisión a una herencia sujeta al Fuero del Baylío, en la que resultaba que la esposa estaba viuda, cuando se formaliza la herencia de sus padres, pero casada al tiempo efectivo de la muerte de los mismos, lo que exige determinar si en esta herencia deberían intervenir también los herederos del esposo de la misma, ya que se podía entender según la ley foral, que tenían derechos en la comunidad universal que se había constituido al tiempo de la muerte de dicho esposo, posterior al fallecimiento de los padres de su esposa. De acuerdo con esto resaltar que, siguiendo la línea de la citada STS, el régimen económico del Fuero del Baylío, permite que cada cónyuge pueda actuar libremente, durante su matrimonio, respecto de sus bienes propios, sin necesidad del consentimiento ni intervención del otro. Es al tiempo de la muerte del otro cónyuge, o del divorcio, separación, cuando surge una comunidad universal, en la que se integran todos los bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, comunes o privativos, de ambos cónyuges y es esta comunidad la que se divide por partes iguales.

85 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 60: La comunidad universal en el Fuero de Baylío” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 1273.

86 La Constitución española de 1978 en materia civil dispone en su artículo 149.1.8.º: “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre... la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes de Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*”.

Este precepto ha dado lugar a numerosos debates doctrinales, puesto que dependiendo de la interpretación que se haga del precepto, se puede o bien entender que se está dando un impulso a los derechos forales, animando a las Comunidades Autónomas a que legislen, o entender todo lo contrario. Resulta un problema complejo, ya que muchas Comunidades Autónomas que no tenían Derechos Forales o especiales en el momento de la promulgación de la Constitución, han legislado sobre algunas de las materias civiles al legislar sobre cuestiones sobre las que tienen competencia exclusiva conforme a sus Estatutos de Autonomía. Así es como han surgido numerosas disposiciones autonómicas las cuales afectan a instituciones

1.5. Breve aproximación a los regímenes económicos en los Estados de nuestro entorno

Tras las breves nociones de los distintos tipos de regímenes matrimoniales en los diferentes territorios donde pervive un Derecho propio, también hay que analizar los regímenes de los países de nuestro entorno para comprobar cuál es el peso y lugar que ocupan los regímenes de comunidad.

Dentro de la Unión Europea conviven una extensa diversidad de regulaciones de regímenes matrimoniales. Hay que diferenciar entre los países anglosajones o “*Common Law*” y los países europeos continentales o “*Civil Law*”.

Inglaterra y Gales⁸⁷ no tienen régimen económico como tal aplicable al matrimonio. No existe una comunidad de bienes, la celebración del matrimonio no tiene efectos patrimoniales, es decir, el matrimonio per se no produce ningún efecto inmediato sobre los derechos de propiedad de los cónyuges. El sistema por el que se rigen es más un sistema de separación de bienes, en el que se otorgan poderes al juez en el momento de divorciarse los esposos. No existe un régimen específico, sino que la propiedad de cada bien que se adquiera durante el matrimonio pertenecerá al cónyuge adquirente.

En el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges, con el fin de lograr un resultado justo. Para conseguirlo los jueces pueden dictar una gran variedad de

civiles relacionadas con el derecho de propiedad, la responsabilidad civil extracontractual, acogimiento de menores y contratos como los arrendamientos rústicos, juego y apuestas, entre otros. Estas normas no han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, debiendo citar de modo especial el caso de la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, que fue declarada conforme con la Constitución por la STC 37/1987, de 26 marzo 1987(RTC 1987\37), igualmente, podemos citar, entre otras, la Ley de Caza extremeña 8/1990, de 21 de diciembre (STC de 22 enero 1998, RTC 1998\14).

Al margen de esta cuestión nos encontramos con alguna comunidad autónoma que ha legislado directamente sobre materias civiles, -y ha modificado su Estatuto de autonomía para asumir como competencia exclusiva el derecho civil propio- cuando al tiempo de la aprobación de la CE no tenía textos civiles propios -más allá de alguna costumbre particular. Así ha ocurrido con la C.A. de Valencia, que ha dictado normas civiles, que tal y como vimos con anterioridad, han sido declaradas -total o parcialmente- inconstitucionales por el TC por falta de competencia, así ha ocurrido con la Ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano -declarada inconstitucional por la STC 28 abril 2016 (RTC 2016\82), con voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. J. A. Xiol-; con la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, -declarada inconstitucional por la STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016; con la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana -declarada parcialmente nula por la STC de 9 junio 2016 (RTC 110/2016), con voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. J. A. Xiol-, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven Pleno. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016.

87 ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El régimen económico matrimonial en el Reino Unido”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 23, 2017, págs. 201 a 207; *Notaries of Europe, Parejas en Europa*, en línea en: <http://www.coupleseurope.eu/es/home>.

órdenes o medidas judiciales que se conocen como “*ancillary relief*”, que tienen como objetivo la liquidación de los efectos económicos del matrimonio.

A pesar de ello, este sistema da lugar a numerosas situaciones injustas y de desequilibrio en caso de divorcio, por lo que un juez de familia será el encargado de determinar los efectos económicos de la disolución del matrimonio, fijando una pensión, fideicomisos o atribuyendo directamente determinados bienes a uno de los esposos.

Por su parte, el Derecho escocés⁸⁸ sí prevé una regulación legal. Se asienta sobre un régimen de separación de bienes, que se aplica por defecto y significa que los bienes adquiridos durante el matrimonio son propiedad privativa del cónyuge que los adquiere o pertenecen a los dos en proporción al dinero que cada uno haya aportado para su adquisición. En este Derecho los cónyuges se reconocen una serie de derechos recíprocos⁸⁹ y en el momento de la disolución del matrimonio (por la causa que sea), se procederá a la distribución por mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio ya que existe la presunción de que fueron adquiridos por ambos. En caso de disputa en el momento de la liquidación, el juez vuelve a tener un papel relevante, ya que se acudirá a él para que haga el reparto como estime conveniente.

Los países europeos continentales se dividen entre los que se acogen como derecho supletorio a un régimen de comunidad, los que optan por un régimen de separación y los que prefieren un régimen de participación en las ganancias⁹⁰:

- Los países donde prevalece el régimen de comunidad son: Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Italia, Francia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Letonia, Lituania, Polonia, Rusia, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría, Ucrania y Estonia (que en estos países prevalezca la comunidad no significa que los esposos no puedan elegir otro sistema diferente).

- En Alemania se opta, como Derecho supletorio, por un régimen de separación de bienes, donde cada cónyuge es titular de sus bienes privativos.

Visto todo lo anterior y volviendo al régimen económico matrimonial del Código Civil español, puede resultar llamativo que la sociedad de gananciales haya permanecido como el régimen supletorio de primer grado tras la profunda reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de 1981.

88 Notaries of Europe, *Parejas en Europa*, en línea en: <http://www.coupleseurope.eu/es/home>

89 Entre los derechos recíprocos que se reconocen destacan: Un cónyuge tiene derecho de habitación legal en el hogar conyugal, incluso si este es propiedad exclusiva del otro cónyuge. Existe un principio de distribución justa (distribución equitativa) del patrimonio matrimonial en caso de divorcio; un cónyuge superviviente cuenta con determinados derechos protegidos tras el fallecimiento del otro.

90 Se ha tomado mayoritariamente la información sobre los regímenes económicos matrimoniales en Europa en MARCO MOLINA, J., ESPIAU ESPIAU, S., ARNAU RAVENTÓN, L., NAVAS NAVARRO, S., y ZAHÍNO RUIZ, M^aL., “Capítulo 53: Los regímenes económicos matrimoniales en el derecho civil de Cataluña”, en *Tratado de Derecho de familia, La familia en los distintos Derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 296 a 298.

El hecho de que la Ley 11/1981 mantuviera al régimen de gananciales como supletorio de primer grado, se debió en gran medida a la necesidad de alcanzar la igualdad entre los miembros del matrimonio que propugnaban los valores constitucionales de la Constitución de 1978 y, se concluyó que el régimen que mejor lo lograba era éste, puesto que es el único que tiene en cuenta que mientras dura la vida en común de los cónyuges, las ganancias que se van produciendo no son fruto de uno de ellos sino de los dos. Ambos contribuyen de distinto modo, ya sea desempeñando una actividad o en el trabajo del hogar, por la buena marcha de la familia y del hogar; siendo lo justo que todas las ganancias que se produzcan mientras exista la comunidad de vida formada por ellos, les sea repartida por mitad una vez esta finalice⁹¹.

El régimen de separación de bienes es un régimen individualista, que incluso se podría denominar “egoísta”, donde cada uno es dueño de lo suyo y de lo que produce y que, para el caso de que uno de los miembros del matrimonio no trabaje, se presenta como un régimen incompleto e injusto. A pesar de que se contempla una compensación en caso de trabajo doméstico (art. 1438 CC), ésta normalmente es insuficiente y produce un desequilibrio patrimonial entre las partes.

En la actualidad, la sociedad de gananciales sigue rigiendo en muchos matrimonios. En ocasiones por el propio desconocimiento de los contrayentes, que no saben que pueden cambiarlo o quizás, porque no saben cómo hacerlo, o porque desconocen que al contraer matrimonio sin pronunciarse sobre el régimen matrimonial directamente empiezan desde la celebración a formar una comunidad conyugal.

Del mismo modo, muchas parejas desconocen la posibilidad de modificar el régimen matrimonial mediante capitulaciones y hacer a través de ellas un régimen que se ajuste a sus necesidades.

En otras ocasiones, los contrayentes celebran matrimonio siendo plenamente conscientes de someterse al régimen supletorio de primer grado y formar una comunidad. Comunidad no sólo en el aspecto patrimonial de compartir todo y hacer comunes las ganancias que se obtengan y compartir las responsabilidades que conlleva el sostenimiento de las cargas familiares, sino también la de compartir la vida en común, que al final es mucho más complicado que el aspecto patrimonial.

Son muchas las parejas que se casan sin perder de vista el momento del para “cuando esto se acabe”, siendo esta la causa por la que escogen un régimen de separación para evitar posibles problemas futuros.

Otros cónyuges o futuros cónyuges eligen un régimen de separación, no previendo una posible ruptura, sino con el fin de proteger los bienes en caso de responsabilidades e insolvencia de uno de ellos. Esta elección, por supuesto respetable, también se podría conseguir mediante la sociedad de gananciales blindando ciertos bienes o actividades a través de capitulaciones matrimoniales. Si bien es cierto, que para esto hace falta dedicarle tiempo y

91 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^aB., *op. cit.*, págs. 37 y 38.

prever de antemano distintos supuestos y situaciones que pudieran llegar a darse.

En esta misma línea, en la sociedad actual cada vez es más habitual que dos personas que inician una relación de convivencia y que no quieren contraer matrimonio se adhieran a la figura de la “pareja de hecho”, que como dice ORDÁS ALONSO⁹² *“es un hecho innegable, no de ahora, sino de todas las épocas, cuyos antecedentes pueden remontarse al concubinato romano o a la monogamia en nuestro Derecho histórico patrio, si bien, a través de la historia, haya merecido un mayor o menor reconocimiento, imperando en la época de la codificación una actitud de indiferencia y silencio ante referido fenómeno, preconizado por Napoleón, que al redactar su Código dijo: «Quien se sustrae del Derecho, debe ser ignorado por el Derecho»”*.

La evolución de la sociedad ha hecho que frente a esta realidad social, hayan desaparecido todos los términos despectivos y que haya surgido la necesidad de regular esta situación.

La STS de 18 mayo 1992 (RJ 1992\4907) fue la primera que estableció los requisitos de una convivencia estable para que pudiera ser asimilada en algún aspecto concreto a la conyugal y reconocida por el Derecho. La convivencia more uxorio tiene que desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar.

Esta sentencia ha sido seguida por muchas otras que seguían su misma estela, como, por ejemplo, la STS de 17 junio 2003 (RJ 2003\4605) al declarar *“las uniones more uxorio, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia en el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos”*.

En la actualidad las parejas de hecho son una realidad social que goza de aceptación. Se trata de un fenómeno parcialmente regulado por leyes estatales de modo fragmentario, lo que motivó que muchas CC.AA. hayan dicta normas específicas de parejas de hechas para regular materias que les afectan y que se encuentran dentro del ámbito competencial de la propia comunidad -e incluso a veces fuera⁹³-. El contenido de las leyes autonómicas sobre parejas

92 ORDÁS ALONSO, M., *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2017, pág. 551.

93 Diversas leyes de parejas de hecho autonómicas han sido declaradas inconstitucionales -al menos parcialmente- por cuestiones de competencia: así ocurrió con Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 93/2013, de 23 de abril; con la Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 81/2013, de 11 de abril; y con la Ley valenciana 5/2012, de 15 de

de hecho es por tanto muy diverso, algunas se limitan a regular aspectos civiles, otros aspectos de derecho público, y otras regulan ambos en una ley específica. En general las CC.AA. cuentan con una ley especial de parejas de hecho, aunque algunas CC.AA. con derecho civil propio han incluido la materia en su normativa civil general.

Resulta curioso que muchos de los que optan por esta fórmula, lo hacen porque pretenden huir de la institución del matrimonio, del verse atados por algún “papel” y sobre todo por evitar quedar sometidos a un régimen matrimonial. Justamente, lo curioso radica en que cuando la pareja de hecho rompe después de muchos o pocos años, con o sin hijos (aunque el problema se acentúa cuando hay hijos), los que han sido miembros de dicha pareja, reclamen derechos, reclamen participar en el patrimonio del otro exconviviente, soliciten una pensión⁹⁴.

En el momento de la ruptura es cuando se echa en falta una compensación como la que se regula para las parejas casadas en régimen de separación, o se echa en falta el que se reconozcan ciertos bienes como “comunes” o que se repartan los bienes por parte iguales, que se reconozca el sacrificio de haber renunciado a la vida laboral y haberse dedicado a la familia... como en la sociedad de gananciales⁹⁵.

Los regímenes matrimoniales podrán gustar más o menos, haber más afinidad con uno que con otro, pero lo que sí hacen todos ellos, es proporcionar más seguridad jurídica que la que ofrecen las parejas de hecho. Partiendo de la base de que toda ruptura es difícil, no sólo en el plano personal, sino también en el económico y que ningún régimen va a ser del todo satisfactorio para las partes, lo que sí está claro es que es mejor que la simple convivencia *more*

octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana -declarada parcialmente nula por la STC 110/2016, de 9 junio 2016.

Igualmente con relación al art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho el estudio de GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho", en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, coordinado por R. CASADO RAIGÓN y por I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 547 a 557.

94 RAMS ALBESA, J.J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 25, explica y defiende que “Sólo los matrimonios formales tienen régimen matrimonial. Las situaciones más o menos próximas al matrimonio pueden haber establecido pactos o reglas, algunos incluso mejores que algunos regímenes poco o mal desarrollados, pero no son un modelo más de régimen matrimonial”.

95 La STS de 5 febrero 2004 (RJ 2004\213) enjuició un caso en el que tenía lugar la disolución de una unión “*more uxorio*”, produciéndose esta disolución por voluntad unilateral de uno de los convivientes. Se declara la falta de prueba de que uno sólo de los miembros se hubiese aprovechado del trabajo y esperanzas del otro, así como la inexistencia de patrimonio alguno adquirido durante la convivencia. Declara esta sentencia que si bien la unión de hecho no es una relación sancionada legalmente, es a-jurídica (no está prevista, pero tampoco prohibida), por lo que no se le puede aplicar la normativa del régimen económico matrimonial, lo que no significa que la parte más débil de este tipo de uniones tenga por ello que quedar desprotegida. Al haber una ausencia de legislación, se opta por acudir a la jurisprudencia de los casos concretos aplicando eso sí, la norma más adecuada en busca de la solución más justa.

uxorio. Como bien defiende RAMS ALBESA⁹⁶, “en las situaciones more uxorio, puede haber y hay una economía familiar, pero no hay un régimen matrimonial. Éste se predica tan sólo del matrimonio formal”.

Son numerosas las sentencias⁹⁷ pronunciadas sobre las rupturas de parejas de hecho, algunas más favorables que otras para algunas de las partes, pero lo que está claro es que, nunca se podrá otorgar a ninguna de estas los idénticos efectos que se otorgan a un matrimonio casado bajo un régimen matrimonial, y menos el régimen de gananciales como en muchas ocasiones se ha pretendido por alguno de los integrantes de una pareja a la ruptura de la misma.

Se podrán buscar los efectos más beneficiosos posibles, pero no iguales. Porque partamos de la base de que la propia pareja, al decantarse por la figura de “pareja de hecho” lo que está haciendo es huir de la institución del matrimonio y de sus normas, de sus reglas y de su funcionamiento. Esto se traduce en que cuando se rompa la pareja, las consecuencias no podrán ser las mismas que cuando se rompe un matrimonio.

96 RAMS ALBESA, J., *op.cit.*, pág. 25, entiende que los convenientes cuasi matrimoniales que puedan surgir, se habrán de resolver mediante la aplicación de los artículos 1675 y siguientes del Código Civil con las matizaciones que tengan por conveniente.

97 SSTS 14 julio 2011 (RJ 2011/5122), 25 noviembre 2015 (RJ 2015/5322), 5 mayo 2016 (RJ 2016/2219), 26 abril 2017 (RJ 2017/1724), entre otras muchas.

La STS de 15 enero 2018 (RJ 2018/76) declaró que las normas propias del matrimonio no son aplicables analógicamente a la uniones de hecho, lo que no quita que cierta normativa sí se asemeje a estas situaciones (así, arts. 101, 175.4 y 320.1 CC, como los arts. 12.4, 16.1b y 24.1 de la LAU), o de que, rota la convivencia puedan aplicarse las reglas del enriquecimiento injusto, cuando concurran sus presupuesto (en el caso objeto de debate el tribunal no lo estima así, rechazando la atribución de pensión compensatoria a favor de la demandante).

2. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

2.1. Aproximación a las sociedades de capital

Tradicionalmente la doctrina ⁹⁸ venía distinguiendo entre sociedades personalistas y sociedades de capital, según la importancia que el elemento subjetivo tuviese en la creación, vida y extinción de las sociedades. Sin embargo, tal denominación no fue empleada por el legislados hasta la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que vino, ya en su propia denominación ha referirse a las sociedades de capital.

El Texto Refundido de la LSC supuso una “revolución” en la medida en la que por primera vez se aunaban y armonizaban en una misma norma toda la regulación de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y sociedad comanditaria por acciones.

Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS DE PRADA ⁹⁹, *“con la expresión sociedades de capital se hace referencia a tres clases de sociedades mercantiles que, no obstante poseer en cada caso una identidad propia derivada de ciertas peculiaridades tipológicas y de régimen jurídico, responden todas ellas a una caracterización común frente a las denominadas sociedades personalistas o de personas”*.

La LSC comienza su relación de artículos con la enumeración de los tipos sociales que quedan sometidas a ella y que tienen como nota común (aunque con ciertas diferencias) la importancia fundamental del capital social.

El artículo 1.1 de la LSC señala cuáles son las sociedades de capital al establecer que: *“Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la comanditaria por acciones”*.

La enumeración que hace el párrafo primero del artículo 1 LSC es exclusivo y excluyente, ya que sólo admite como sociedades de capital las enunciadas, al mismo tiempo que cierra paso a que otras sociedades puedan encuadrarse dentro de este grupo declarado por la propia Ley como un grupo cerrado. El artículo 3 en su párrafo 1 señala que *“Las sociedades de capital, en cuanto no se rijan por disposición legal que les sea específicamente aplicable, quedarán sometidas a los preceptos de esta ley¹⁰⁰”*.

El capital social es la nota común que une a los tres tipos de sociedades, el cual, constituye una cifra de retención patrimonial a la vez que de

98 GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 7ª edic., Madrid, 1976, págs. 320 y 321; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª edic., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 159.

99 GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS DE PRADA, J.L., “Lección 18: Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, dirig. A. MENÉNDEZ y A. ROJO, coord.. M^a.L. APARICIO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 393.

100 Hay algunas normas específicas que afectan ya sea a algún tipo de sociedades anónimas y/o sociedades limitadas: R.D. 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas; Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, señalando el art. 1.2 lo siguiente: *“Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley”*; R.D.Leg. 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

determinación de la proporción de derechos que corresponden a cada socio. Debe mantenerse el capital mínimo exigido por la Ley para cada tipo social, pudiendo éste aumentar cuando se requiera.

CALVO VIDAL¹⁰¹ ensalza la función del capital social a la hora de vertebrar la configuración patrimonial y organizativa de las sociedades de capital, destacando el papel de éste en el momento de caracterizar la intervención de aquéllas en el tráfico, en tanto que sirve como cifra de garantía para los acreedores sociales. Pero al mismo tiempo resalta que, *“sin embargo, en el Reglamento del Registro Mercantil la mención relativa al capital social se encuentra prevista no sólo al regular la inscripción de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, sino también aun tratándose de sociedades de tipo personalista, en la inscripción de las sociedades colectivas y comanditarias, con la única excepción de las sociedades colectivas formadas exclusivamente por socios que sólo hubieran aportado, o se hubieran obligado a aportar, servicios”*.

Para constituir una sociedad y formar parte de ella es necesaria una voluntad dirigida a tal fin y es mediante el contrato de sociedad por el cual ésta voluntad se hace firme. El contrato de sociedad no es más que la asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan realizar una aportación para lograr un fin común¹⁰².

Los socios al configurar el contrato de sociedad pueden optar por pactar la limitación de su alcance al ámbito puramente obligacional interno (semejante a la *“societas romana”*), o dejar que el contrato se desenvuelva libremente, desplegando su natural eficacia y dando lugar a la persona jurídica societaria¹⁰³.

Los diferentes tipos sociales que ofrece el ordenamiento jurídico español se caracterizan en el tráfico por el alcance del régimen de responsabilidad.

En las sociedades de capital precisamente, por el importante papel que juega el capital como cifra de garantía frente a los acreedores sociales, los socios no responden personalmente de las deudas sociales, sino que sólo responden en sus aportaciones al capital social. Así ocurre en la sociedad anónima, en la de responsabilidad limitada, y no tanto en la comanditaria por acciones, en la cual al menos uno de los socios debe responder personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

101 CALVO VIDAL, I.A., “Capítulo I: Las Sociedades de Capital”, en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 54.

102 No obstante, como adelante veremos, la normativa admite las formas especiales de sociedad anónima y limitada unipersonal.

103 Señala la RDGRN de 2 febrero 1966 (RJ 1966\1398) que en toda sociedad se distingue el aspecto contractual, (art. 1665 CC y 116.1 del Código de Comercio), del de la persona jurídica nacida una vez cumplidos los requisitos formales establecidos por la ley. La sociedad tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho, salvo aquéllos que por su propia naturaleza o por ser contraria con las disposiciones legales no pueda realizar (art. 38 CC y 116.2 CCom).

2.2. Acercamiento a la sociedad anónima

La sociedad anónima es una sociedad mercantil compuesta por el capital (dividido en acciones) que aporta cada socio. Los accionistas no responden personalmente de las deudas sociales (art. 1.3 LSC), lo que la convierte en una forma societaria atractiva frente a otras a la hora de emprender un negocio (al igual que ocurre con la sociedad de responsabilidad limitada), siendo también la forma de organización empresarial más utilizada por las grandes compañías, al poder llegar a cotizar en Bolsa si el crecimiento de éstas se lo llega a permitir¹⁰⁴.

La sociedad anónima se regula por la LSC y por el RRM (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil).

Las características esenciales de este tipo de sociedad son las siguientes:

- Respecto al número de socios no existe número máximo pero sí mínimo. Con un único socio se forma una sociedad anónima unipersonal.
- Se ha de constituir en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente (art. 20 LSC).
- Debe tener un nombre que no se haya registrado ya e ir seguido de las siglas S.A. o S.A.U., haciendo referencia en este último caso a la sociedad anónima unipersonal.
- Los socios que componen dicha sociedad sólo puedan aportar capital, es decir, bienes susceptibles de valoración económica, sin que puedan aportar trabajo o servicios (art. 58.2 LSC), quedando la responsabilidad limitada al capital aportado (art. 1.3 LSC).
- El capital social es elevado, ascendiendo a 60.000 euros suscritos (art. 4.3 LSC), aunque en momento de la constitución sólo es necesario que esté desembolsado el 25% del mismo (en caso de constitución sucesiva – arts. 41 y ss. de la LSC). Dicho capital puede estar constituido por aportaciones dinerarias -siempre en euros o determinando su equivalencia en euros- (art. 61) o no dinerarias -bienes muebles o inmuebles-, siendo necesario para ello que aparezcan reflejados en un informe realizado por un experto designado por el Registrador Mercantil del domicilio social, el cual se debe añadir a la escritura de constitución (art. 67).
- El capital estará dividido por acciones, siendo la regla general que cada acción atribuirá el derecho a emitir un voto al accionista, aunque los estatutos pueden determinar con limitaciones un número máximo de votos por cada accionista (art. 188.3).

104 GARCÍA DE ENTERRÍA, J., e IGLESIAS DE PRADA, J.L., *op. cit.*, pág. 396.

Normalmente, salvo que se disponga lo contrario en los estatutos, prima la libre transmisión de acciones, haciendo que cada socio pueda vender o ceder libremente las mismas (art. 123 LSC), lo que la convierte en una forma jurídica muy interesante para captar nuevos inversores.

Las acciones pueden estar representadas mediante títulos valores -que pueden ser nominativos o al portador-, mediante anotaciones en cuenta -manifestación del fenómeno de la “desmaterialización del título valor”¹⁰⁵.

- El objeto social es la actividad o actividades a las que la empresa se va a dedicar. Normalmente se hace una relación amplia de actividades con las inicialmente previstas y las potenciales, para evitar futuros gastos administrativos en caso de ampliar las actividades de la misma.

- En cuanto al gobierno de la sociedad, podemos señalar la existencia de dos órganos necesarios en toda sociedad: a) Por una parte la junta general de accionistas, que agrupa a todos los socios, concretando la LSC las competencias de la misma: aprobar cuentas, elección de administradores y tomar las decisiones empresariales más relevantes; b) Por otra parte encontramos el órgano de administración, encargado de la planificación estratégica de la sociedad, de las relaciones de la sociedad con terceros, de la contratación de empleados... pudiendo adoptar una pluralidad de formas: administrador único, dos administradores mancomunados, un consejo de administración (art. 210 LSC)¹⁰⁶. Por lo general, el administrador designado no ocupará su puesto por un periodo superior a 6 años, salvo reelección.

La forma societaria de sociedad anónima no es la más adecuada para las pequeñas empresas por los trámites necesarios para su constitución, por el elevado capital requerido y por la complejidad de su gestión; sin embargo, sí que es una gran alternativa para las grandes empresas que tengan muchos accionistas y necesidad de captar inversores.

2.3. Introducción a las sociedades limitadas

La sociedad de responsabilidad limitada es aquella sociedad de capital, en la que éste se encuentra dividido en participaciones, está integrado por las

105 Sobre las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, puede verse, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., “Los registros contables de valores”, *R.A.D.Pat.*, nº 2, 1999, págs. 53 a 88; del mismo autor “La naturaleza jurídica de los «valores anotados en cuenta»: el desarrollo de la doctrina de los Wertrechte en el Derecho Español”, *Derecho & empresa: revista de estudios jurídicos y de empresa*, nº. 4, 2005, págs. 4 a 27; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., “El concepto de valor anotado en cuenta -una aportación a su construcción dogmática”, en *Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, coord. por J. PEÑA GONZÁLEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 629 a 670.

¹⁰⁶ HERNANDO CEBRIÁ, V., “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, *A.D.C.*, Vol. 45, 1992-III, págs. 875 a 928.

aportaciones de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. Las participaciones no tienen el carácter de “valor” por lo que no pueden estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta (arts. 1.2; 92.2 LSC).

La sociedad de responsabilidad limitada es el tipo mercantil más extendido en España debido a las facilidades que la misma ofrece, como son la limitación de la responsabilidad al capital aportado, los rápidos trámites para su constitución, el menor desembolso de capital, la flexibilidad en su funcionamiento (estos tres últimos en comparación con la sociedad anónima).

Las características más relevantes de esta forma societaria son:

- Respecto al número de socios no existe número máximo, pero sí mínimo. Con un único socio se forma una sociedad limitada unipersonal.
- La responsabilidad de los socios está limitada al capital aportado. Los socios no responden de las deudas con su patrimonio personal (art. 1.2 LSC).
- El nombre de la sociedad no podrá estar ya registrado (siendo para ello necesario efectuar una consulta en el Registro Mercantil Central) y deberá ir seguido de las siglas S.R.L o S.L., añadiendo U. o unipersonal, en su caso.
- El capital social que se necesita para su constitución es de 3.000 euros totalmente desembolsado. No obstante, desde la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se permite la constitución de s.l. con una cifra de capital social inferior al mínimo legal en los términos previstos en el art. 4. bis (art. 4.2 LSC)
- No se admiten las aportaciones consistentes en trabajo o servicios (art. 58.2 LSC).
- El capital social se divide en participaciones sociales (art. 22.d LSC), cuya transmisión presenta ciertas limitaciones legales, que veremos más adelante. Conforme al art. 92.2 de la LSC: *“Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores”*.
- El objeto social es la actividad o actividades a las que la empresa se va a dedicar. Normalmente se hace una relación amplia de actividades con las inicialmente previstas y las potenciales, para evitar futuros gastos administrativos en caso de ampliar las actividades de la misma (art. 22.b LSC)
- Para la constitución de este tipo de sociedad, serán necesarios unos estatutos y escritura pública firmada ante notario y presentada posteriormente en el Registro Mercantil oportuno. Se detallarán las aportaciones realizadas por cada socio y el porcentaje de capital social que a cada uno le corresponda (art. 22 LSC)
- La manera de administrar y gestionar esta forma societaria es variada, debiendo constar en los estatutos por la manera elegida. Administrador único, solidarios, mancomunados o Consejo de Administración. En los estatutos se

dispondrá la duración del cargo y en su caso, la retribución acordada (art. 22.e LSC)

- La Junta General de Socios es el órgano máximo de deliberación y de toma de decisiones (art. 159 LSC). Se convoca a los administradores en los 6 primeros meses del año para presentar la gestión realizada, aprobar las cuentas anuales y el reparto de resultado (art. 164 LSC). Otros asuntos a tratar también en junta son: las modificaciones de estatutos y los nombramientos y ceses de administradores.

Las principales ventajas de esta sociedad se pueden resumir en las siguientes:

- a) La responsabilidad frente a los acreedores es limitada al capital social. Los socios no responden directamente de las deudas sociales sino sólo con su aportación. En caso de sociedad limitada de fundación sucesiva - introducida en la LSC por la Ley 14/2013, de conformidad con el art. 4.bis.2: *“En caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender al pago de sus obligaciones, los socios y los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida en la Ley”*.
- b) La relativa sencillez de los trámites burocráticos para su constitución.
- c) El capital social es relativamente bajo (3.000 euros), además de que una vez desembolsado puede destinarse a financiar inversiones o a necesidades de liquidez.
- d) Se admite en su forma unipersonal.
- e) El administrador puede fijarse un sueldo y desgravarlo como gasto.
- f) Las sociedades tienen mayor facilidad de acceso al crédito bancario que las personas físicas.

Como inconvenientes cabe reseñar:

- a) Las participaciones no son fácilmente transmisibles. El régimen legal supletorio para las transmisión “inter vivos” es más restringido que el sistema de libertad que regula la LSC para las acciones (arts. 107 y 123 de la LSC). Es por ello, por lo que no es una forma muy adecuada para la captación de inversores.
- b) Es más fácil y rápido comenzar una actividad como empresario individual que constituir una sociedad limitada, aunque constituir ésta, es más rápido que una anónima.

En este tipo de sociedad la persona del socio sí tiene importancia, su figura es relevante debido a que su condición se ha tenido en cuenta a la hora de contar con él como socio. Lo normal es que se constituyan por un grupo de personas en atención a una serie de características, profesión, conocimientos... es decir, una serie de cualidades por las que deciden asociarse con un fin común. Esto

provoca que la transmisión de las participaciones no sea tan sencilla y que esté sujeta a ciertas condiciones, con la intención de evitar que entren a formar parte de la misma personas ajenas y que se termine desvirtuando la esencia de la sociedad.

2.4. Introducción a las sociedades comanditarias por acciones

Por último, el otro tipo de sociedad de capital (art. 1.1 LSC), es la sociedad comanditaria por acciones, que es aquella cuyo capital se halla dividido en acciones, integrado por las aportaciones de los socios, de los cuales al menos uno de ellos se encargará de la administración de la sociedad y responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo, mientras que el resto de los socios comanditarios no tendrán tal responsabilidad¹⁰⁷. Señala el art. 1.4 de la LSC: *“En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo”*.

Se puede afirmar que se asemeja más a una sociedad capitalista que a una personalista por la especial importancia que en la misma se da al capital -compuesto por las aportaciones de los socios dividido en acciones-. Importa más el capital que la figura del socios, aunque al menos uno de ellos será responsable de las deudas sociales como socio colectivo. Esta es la diferencia principal entre esta sociedad y las sociedades anónimas¹⁰⁸.

Según lo dispuesto en el artículo 3.2 LSC *“Las sociedades comanditarias por acciones se regirán por las normas específicamente aplicables a este tipo social y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en esta ley para las sociedades anónimas”*¹⁰⁹.

Los socios de este tipo social pueden ser colectivos o comanditarios. El socio colectivo es aquel que se distingue del resto por el régimen de responsabilidad al que está sujeto -ilimitada-, por su contribución al haber social y por sus funciones de administración. Por su parte, el socio comanditario no participa en la gestión de la sociedad, su aportación es de capital, y participa en la organización a través de la junta general.

107 GARCÍA DE ENTERRÍA, J., e IGLESIAS DE PRADA, J.L., *op. cit.*, págs. 398 a 401.

108 En un principio la sociedad comanditaria por acciones aparecía contenida en un solo artículo del Ccom. de 1885, en concreto en el art. 160, el cual establecía que el capital de los socios comanditarios podía representarse bien por acciones u otros títulos, pero sin aportar más, lo que la dejaba sin regulación. Más tarde, el Código de Comercio fue reformado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las directivas comunitarias en materia de sociedades, quedando la sociedad comanditaria por acciones regulada de manera más precisa en los artículos 151 a 157 del mismo. Estos preceptos han sido derogados por la LSC de 2010, que en se remite en lo no dispuesto especialmente por ella a lo previsto con relación a las sociedades anónimas (art. 3.2 de la LSC).

109 Vid., igualmente, el art. 215 del RRM.

Para su constitución se requerirá escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 LSC; 81 RRM) . La no inscripción hará que adquiera la condición de irregular (art. 120 Ccom).

En la inscripción en el Registro Mercantil se harán constar las mismas circunstancias que se requieren para la sociedad anónima (art. 22 LSC)¹¹⁰

Por lo que se refiere a la denominación de la sociedad, puede emplearse una razón social o una denominación objetiva. Conforme señala al art. 6.3 de la LSC. *“La sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de «Sociedad comanditaria por acciones» o su abreviatura «S. Com. por A.»* ¹¹¹”.

En la mención relativa a las personas que se encarguen de la administración y representación de la sociedad deberá constar su condición de socios colectivos (art. 252 RRM).

En los estatutos sociales se consignará el nombre de los socios colectivos (art. 23.e LSC).

Esta sociedad tiene un especial régimen de administración, regulado en el art. 252 de la LSC. La administración corresponderá a los socios colectivos, los cuales tendrán las facultades, derechos y deberes de los administradores de la sociedad anónima con algunas especialidades. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento (art. 252.1). La separación del cargo de administrador requerirá modificación de los estatutos sociales. Añade la Ley que si la separación se produce sin justa causa el socio tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos (art. 252.2.). El cese del socio colectivo como administrador conlleva el fin de su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 252.3).

Para poder proceder a la modificación de estatutos, será necesario acuerdo de la junta general, que se adoptará según lo dispuesto en la LSC¹¹². Si la modificación de estatutos tiene por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio del objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el

110 La identidad de los socios fundadores. *“En caso de fundación sucesiva, sólo se hará constar la identidad de los promotores y de las personas que otorguen la escritura fundacional. b) La aportación de cada socio, así como las acciones, debidamente identificadas, adjudicadas en pago. c) La cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución. d) Los estatutos de la sociedad. e) La identidad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad. f) La identidad de los auditores de cuentas, en su caso. g) Los pactos y condiciones inscribibles que juzguen convenientes, siempre que no se opongan a las leyes. h) Asimismo constarán las específicas menciones correspondientes a la sociedad comanditaria por acciones”.*

111 Arts. 403 y 407 del RRM.

112 Señala el art. 288.2: *“En las sociedades anónimas y comanditarias por acciones el acuerdo de modificación de los estatutos sociales se adoptará conforme a lo dispuesto en los artículos 194 y 201”.*

acuerdo requerirá además el consentimiento expreso de todos los socios colectivos (art. 294 LSC). En los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación. (252.4 LSC).

Por lo que a las causas de disolución de la misma se refiere, serán las previstas en LSC en general para las sociedades anónimas, recogidas en el art. 263.1 LSC.. Además , existen causas específicas de disolución de la sociedad comanditaria por acciones son, el fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (art. 263.2 LSC).

3. RÉGIMEN DE GANANCIALES Y SOCIEDAD DE CAPITAL

En la práctica resulta complicado armonizar las normas que regulan el Derecho de Familia y el Derecho de Sociedades. Siguen existiendo lagunas entre ambos campos que hacen que persistan los problemas en torno a las parejas casadas bajo el régimen ganancial en las que una o ambos cónyuges pertenecen a una sociedad de capital.

Estos problemas giran fundamentalmente en torno a la titularidad de las acciones/participaciones, ya que en las ocasiones en las que se hayan adquirido constante a la sociedad de gananciales y con fondos comunes, ambos esposos se considerarán titulares de las mismas. Igualmente ocurre con el ejercicio de los derechos de socio, donde también habrá que delimitar a cual de los cónyuges le corresponde el ejercicio de tales derechos y porqué. No estará exenta tampoco de discusión la cuestión relativa a la disposición y administración de bienes, donde habrá que comprobar si el principio de codisposición propio del régimen ganancial resulta aplicable o no a las acciones/participaciones que correspondan a uno u otro cónyuge, o a los dos.

Resultará crucial el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, ya que es entonces cuando se procederá a adjudicar las acciones/participaciones a uno u otro cónyuge, en función de una serie de aspectos que se deberán de tener en cuenta.

De igual modo, habrá que atender a los posibles problemas que se deriven de las obligaciones que pueda asumir un socio (a su vez cónyuge casado en ganancial) como administrador o garante de la sociedad.

Todos estos problemas son los que se van a tratar con detenimiento a lo largo de este estudio.

CAPÍTULO II. LOS CÓNYUGES COMO ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA O COMO PARTÍCIPES DE UNA SOCIEDAD LIMITADA

1. EL CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LAS ACCIONES Y DE LAS PARTICIPACIONES. EL CARÁCTER DE LOS DIVIDENDOS, DE LAS PLUSVALÍAS Y DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN Y ASUNCIÓN PREFERENTE

1.1. Introducción a la distinción entre bienes gananciales y privativos. La presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC

Como ya se ha expuesto, los cónyuges a la hora de contraer matrimonio pueden elegir el régimen al que someter sus bienes y patrimonio (art. 1315 CC) y esta elección no les impedirá que con posterioridad puedan cambiar y optar por un nuevo régimen económico que rijan sus bienes y derechos (art. 1325 CC). Igualmente señalamos que en caso de no elegir régimen alguno, entrará en juego el régimen económico matrimonial supletorio que tenga establecido la Ley, siendo en el sistema del CC régimen supletorio de primer grado el régimen de gananciales (art. 1316 CC).

El contraer matrimonio lleva implícito una serie de decisiones que según se adopten traerán unas u otras consecuencias. No sólo es importante elegir bien a la persona con la que se va a contraer matrimonio (obviamente es la decisión más importante), sino que también el optar por un régimen matrimonial u otro puede ser determinante de cara a evitar problemas futuros, ya que de esta elección se derivarán consecuencias económicas de gran relevancia.

La elección del régimen matrimonial es siempre importante, pero especialmente en los casos en los que uno de los cónyuges o ambos forman parte de una sociedad de capital, por los siguientes motivos¹¹³:

- Porque la elección del régimen por el que se opte condicionará el carácter y titularidad de las acciones o participaciones que se adquieran durante el matrimonio.
- Porque dependiendo de qué titularidad tengan estas acciones o participaciones sociales (de las que los cónyuges sean titulares), se podrán ver afectadas por las normas contenidas en el Código Civil relativas al régimen ganancial si éstos estuvieran casados bajo este régimen.
- El régimen vigente determinará el carácter de los dividendos repartidos por la sociedad.

113 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., "Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención", *C.D.C.*, nº extraordinario de 2017, pág. 769.

- El régimen económico afectará al patrimonio que deba responder de deudas asumidas por un cónyuge con relación a la sociedad. Por ejemplo, deudas de las que deba responder un cónyuge derivadas de su actuación como administrador en la sociedad, o como avalista o garante de la misma.

Esta enumeración es una simple lista de motivos por los que poner de relieve la importancia que tiene decantarse por un régimen matrimonial u otro. Todos los regímenes tienen sus aspectos positivos y negativos, sus ventajas e inconvenientes. Por lo que habrá que estar a las circunstancias de cada matrimonio para saber cuál es el más adecuado, sabiendo que en caso de que las circunstancias cambien, siempre existirá la posibilidad de pactar en capitulaciones matrimoniales (en cualquier momento del matrimonio), un nuevo régimen que se adapte mejor a las nueva situación de los esposos.

En caso de que el régimen que elegido sea el de gananciales -o en el supuesto de que rija como Derecho supletorio¹¹⁴-, se presumirán gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer (art. 1361 CC).

Este principio consagra la vis atractiva de la sociedad de gananciales, según el cual todos los bienes del matrimonio gozan de carácter ganancial. Los bienes se consideran gananciales pudiéndose mediante prueba en contrario acreditar que determinados bienes no gozan de carácter ganancial, siendo esto una excepción a la norma.

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales conviven tres patrimonios distintos: los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges y el patrimonio común, compuesto por todos los bienes gananciales adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

Los bienes gananciales son aquellos que corresponden a la sociedad de gananciales y, por tanto, a los miembros del matrimonio -la sociedad no tiene personalidad jurídica-, mientras que los bienes privativos son los que pertenecen de manera exclusiva a uno de los cónyuges.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹¹⁵ explica que el término “bienes gananciales” tiene en nuestro Derecho un doble significado. Un primer significado sería el que considera a los bienes gananciales *“como aquellos bienes concretos que integran el activo de patrimonio ganancial y que están sujetos, por tanto, al régimen de gestión y de responsabilidad que rige en este especial patrimonio; en este sentido se emplea el término bienes gananciales o simplemente gananciales en los artículos 1347 y siguientes. El otro significado sería aquel según el cual, gananciales son las ganancias o beneficios que resultan de la sociedad una vez pagadas las deudas, y que tienen concreción tras la disolución con la liquidación: en este sentido es tradicional decir que no hay gananciales sino en el residuo (o lo que queda después de pagadas las deudas comunes) y es un concepto presente en los artículos 1344, 1371, 1379 y 1404”*.

114 En la mayoría de los casos permitir que rija el régimen supletorio supone una elección implícita a favor de ese régimen por parte de los cónyuges.

115 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1347 CC”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 645.

En cuanto a los bienes privativos, los define¹¹⁶ como aquellos que “*por oposición a bienes gananciales, son los bienes que integran el activo de cada uno de los patrimonios personales de uno y otro cónyuge, sin constituir elementos del activo del patrimonio común*”.

La importancia de determinar el carácter de cada bien y derecho que existe en el matrimonio (si privativo o ganancial), resulta trascendental durante la vida de la sociedad como al tiempo de la disolución y liquidación de la misma.

El carácter ganancial o privativo de un determinado de bien u otro dependerá del momento en el que se adquiriera, como (en principio) de la naturaleza de la contraprestación.

El Código Civil, en sus artículos 1346 y 1347 hace una enumeración de los bienes privativos y de los gananciales respectivamente. En los preceptos siguientes delimita algunos supuestos concretos, que en ocasiones aplican los principios recogidos en dichos preceptos, en otros no.

FERNÁNDEZ CANALES¹¹⁷ clasifica los artículos que el Código Civil dedica a esa materia distinguiendo entre reglas generales, especiales y de cierre:

1) Reglas generales: que son las contenidas en los artículos 1346 y 1347 del CC, que establecen con carácter general los bienes privativos y gananciales; 2) Reglas especiales: son las que se utilizan en supuestos específicos, donde se atiende o al bien o al derecho que tiene que ser calificado o al contrato por el cual se adquirieron.

En atención al bien o derecho que hay que calificar, encontramos: a) El artículo 1348 CC, para los derechos de crédito; el artículo 1349 CC, en lo que se refiere a los derechos de usufructo o pensión; el artículo 1350 CC, en lo relativo a las cabezas de ganado; el artículo 1351 CC, sobre las ganancias obtenidas en el juego, y por último, el artículo 1352 CC, referente a las participaciones y acciones sociales; b) Siguiendo con las reglas especiales, debemos hacer alusión a las que se refieren al contrato en virtud del cual se llevó a cabo la adquisición: artículos 1356 y 1357 CC, referidos a las compras a plazos; 3) Por último, estarían las reglas de cierre, que son las que complementan a las reglas anteriores, tanto a las generales, como a las especiales. Son los siguientes: el artículo 1354 CC, relativo a la inversión mixta; el artículo 1355 CC, sobre atribución voluntaria de ganancialidad; el artículo 1358 CC, que regula los derechos de reembolso; el artículo 1359 CC, referente a las edificaciones, plantaciones y mejoras en general que se hagan tanto en bienes privativos como gananciales; el artículo 1360 CC, sobre incrementos patrimoniales incorporados a una explotación o establecimiento mercantil u otro tipo de empresa, el artículo 1361 CC, que establece la presunción iuris tantum de ganancialidad y, por último, el artículo 1324 CC, que determina que los bienes

116 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1346”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 637.

117 FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, con prólogo de E. VÁZQUEZ DE CASTRO, Reus, Madrid, 2013, págs. 73 y 74.

podrán ser propios de uno de los cónyuges, por la confesión del otro -pero esto no afectará ni a los legitimarios, ni a los terceros-.

- Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges y no se incluirán en el haber ganancial a liquidar, los que recogidos a continuación.

Limitándonos en este momento a enumerarlos en general, señalemos que serán privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos de propiedad al comenzar la sociedad, bienes adquiridos a título gratuito, los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos, los bienes adquiridos por derecho de retracto de uno de los cónyuges, bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, derechos no transmisibles inter vivos (art. 1346).

Asimismo, habrá que tener en cuenta los posibles resarcimientos por los daños causados en los bienes privativos (art. 1346.6 CC), las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor (1346.7 CC), los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio con alguna excepción (1346.8 CC).

También los derechos de crédito privativos (art. 1348 CC), las acciones y participaciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras acciones o participaciones previamente privativas (art.1352 CC), los bienes adquiridos por precio aplazado constante el régimen de gananciales cuyo primer desembolso tuviera carácter privativo (art.1356 CC), bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad (art. 1357 CC) - con la excepción de la vivienda y ajuar familiar.

Edificaciones, plantaciones y mejoras sobre bienes privativos (art. 1359 CC, incrementos patrimoniales incorporados a una explotación), establecimiento mercantil u otro género de empresa de carácter privativo (art. 1360 CC), donaciones por razón de matrimonio (art. 1336 y 1342 CC).

- Los bienes gananciales que enumeran los arts. 1347 del CC y alguno de los preceptos siguientes, sin olvidar la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC. Estos bienes serán los que deban incluirse en el haber ganancial a partir al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme al art. 1347 del CC son gananciales: los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, frutos, rentas o intereses de bienes, bienes obtenidos a título oneroso a costa del caudal común, los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad con dinero ganancial (art. 1347.5 y 1354 CC)

También las ganancias obtenidas en el juego (art. 1351, 1371, 1372 y 1789 CC), los bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo serán gananciales en parte (art. 1354 CC), los bienes a los que se refiere el art. 1355 CC -atribución voluntaria de ganancialidad-, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges constante la sociedad a precio aplazado cuando el primer desembolso es ganancial (art. 1356 CC), las edificaciones,

plantaciones y otras mejoras en bienes gananciales (art. 1359 CC), incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa (art. 1360 CC), bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges sin especial designación de partes (art. 1353 CC) y también, habría que tener en cuenta los bienes adquiridos por los cónyuges tras la separación de hecho, porque a pesar de la separación la sociedad de gananciales permanece oficialmente vigente¹¹⁸.

Es importante tener claro el carácter de los bienes durante la vida del matrimonio porque los grandes conflictos entre los cónyuges o los que fueron cónyuges, se producen al tiempo de la disolución y posterior liquidación de la sociedad¹¹⁹. Habrá que concretar el carácter de los bienes existentes en el matrimonio -o en la herencia del cónyuge fallecido en su caso-, para incluir en el activo ganancial a partir los bienes y derechos que tenga este carácter¹²⁰.

Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales la estudiamos más adelante con mayor detenimiento, es preciso ir avanzando que la misma suele plantear problemas en el momento de determinar el carácter privativo o ganancial del bien objeto de disputa.

Esta disputa se acentúa en titularidades poco claras como es la que se origina sobre las acciones y participaciones adquiridas con dinero ganancial. A la hora de llevar a cabo el reparto de bienes entre los esposos, las acciones y participaciones son un foco de conflicto, porque en muchas ocasiones ambos cónyuges se consideran con derecho a las mismas, aunque sólo uno de ellos sea un “auténtico” titular respecto de la sociedad de la que éstas forman parte.

Ambos cónyuges quieren y se consideran con derecho a participar en un reparto equitativo de las mismas, bajo la consideración de que éstas les

118 Los efectos que produce la separación de hecho se estudian con detenimiento en el apartado dedicado a la disolución y liquidación de gananciales.

La separación de hecho por periodo superior al año (independientemente de la causa que la origine), puede poner fin a la sociedad de gananciales. La situación de “separación” excluye el fundamento de la propia sociedad, que no es otro que la convivencia conyugal y la aportación a la misma de los ingresos de ambos cónyuges: STS de 23 febrero 2007 (RJ 2007\656). Esta Sentencia declaró que *“Es la separación de hecho la que determina que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica, sería, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia”*. Por su parte, de la STS de 26 abril 2000 (RJ 2000\3230) se desprende que, no es necesario el periodo de un año antes mencionado para que haya real y efectiva separación, bastando con la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal.

119 No se deben confundir disolución con liquidación, ni tratar de la misma manera. La STS de 13 septiembre 2017 (RJ 2017\3916) resalta la clara diferencia que existe entre la disolución y la liquidación, ya que ésta última puede hacerse en un momento posterior a la separación legal, realizándose de forma paccionada por el procedimiento judicial recogido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

120 La STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005\5088) se refiere a un caso en el que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales se discute el carácter de un piso que había sido destinado a vivienda. Se declara el carácter ganancial del mismo, puesto que su compra se hizo para la comunidad y por tanto, prima la presunción de ganancialidad que rige en el régimen de gananciales.

pertenece por mitad al haberse adquirido con dinero ganancial, por lo que el reparto es complicado ya que habrá que tener en cuenta muchos factores, no sólo el haberse adquirido con fondos comunes, sino a qué tipo de sociedad pertenecen éstas, si a una sociedad abierta o cerrada¹²¹, si hay trabas o no la libre transmisión de acciones y participaciones, si la persona de socio es fundamental para tener tal condición. Son múltiples factores los que en la práctica hay que tener en consideración para poder hacer un reparto de las acciones y participaciones al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Estos problemas se originan tanto cuando es uno de los socios forma parte de la sociedad, como cuando son los dos socios los que forman parte de una misma o distintas sociedades. Hacemos hincapié en que será fundamental para hacer dicho reparto de acciones/participaciones, conocer el momento en el que se hizo la adquisición (si vigente o no la sociedad de gananciales), los fondos con los que se adquirieron (para determinar el juego del principio de subrogación real o, en su defecto, de un posible derecho de reembolso), y atender al tipo de sociedad del que las acciones/participaciones forman parte.

También pueden surgir cuestiones en torno a los dividendos que produzcan esas acciones/participaciones. Los dividendos, independientemente del carácter ganancial o privativo que se le reconozca a la acción o participación que los produce, tienen el carácter ganancial al estar los cónyuges casados bajo este régimen. Son frutos de bienes titularidad de uno o ambos cónyuges, por lo que se aplica la regla general del art. 1347.2º del CC. Pero, la particularidad se encuentra en que es el cónyuge socio el que puede decidir con su voto si se han de repartir o no los dividendos en un momento u otro.

Estas cuestiones y muchas otras que surgen en torno a la figura de los casados en régimen de gananciales que a su vez sean socios de una sociedad de capital, son las que se van a tratar de dar respuesta a lo largo de este estudio. Nos centraremos en este momento en el problema de la concreción del carácter ganancial o privativo de las acciones y participaciones de las sociedades de capital.

1.2. El carácter privativo o ganancial de las acciones y participaciones

121 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", *Indret* 4/2005, págs. 1 a 22, se ocupa de definir los rasgos esenciales de las sociedades cerradas y declara al respecto que *"La forma legal de sociedad cerrada de estructura corporativa es la sociedad limitada. Su regulación legal (LSRL) constituye así el «contrato-modelo» que da el legislador para las sociedades en las que las partes prevén una gran estabilidad en las personas de los socios. Debe recordarse, no obstante, que la flexibilidad de la regulación legal de la sociedad anónima en nuestro país ha provocado que se utilice esta forma social muy a menudo para organizar sociedades cerradas"*. Asimismo, también destaca que el número de socios de este tipo de sociedades es muy pequeño y que suelen ser familiares o amigos que participan activamente de la gestión social y viven de la empresa social. Además, suele ser el vehículo utilizado por aquellos que quieren constituir una sociedad personalista pero aprovechándose de una estructura corporativa.

La elección del régimen matrimonial es siempre importante, más aun cuando alguno de los esposos tiene o forma parte de una sociedad. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO¹²² enumera las circunstancias que se deberían valorar para la elección del régimen matrimonial cuando hay alguna sociedad de por medio en el matrimonio.

Las circunstancias a tener en cuenta serían las siguientes: “1) Si la sociedad se constituye constante matrimonio por uno o por ambos cónyuges o si ya existía con anterioridad; 2) si los cónyuges son o no los únicos socios fundadores; 3) si la participación que se tiene en la empresa familiar es minoritaria o de control; 4) si se concibe dicha participación como una mera fuente de rentas sin voluntad de ejercer una gestión activa o si se aspira a tener poder decisorio; 5) si existe o no una firme voluntad de trazar una rígida separación entre los patrimonios de uno u otro; 6) si la capacidad de generar ingresos de ambos es o no análoga para evitar en su caso una situación de desigualdad económica a largo plazo; 7) si vienen impuestas a los cónyuges exigencias relativas al régimen económico matrimonial originadas en un protocolo familiar o en los estatutos ya aprobados de la propia sociedad; 8) si el régimen traslativo de las acciones o participaciones sociales inter vivos o mortis causa restringe las transmisiones al otro cónyuge, los hijos u otras personas ajenas al círculo familiar a quienes se podría desear transmitir la participación propia en la empresa familiar y, por último, 9) si el hecho de que ambos cónyuges presuman que pueden contar con la aquiescencia del otro en caso de que fuera necesaria una transmisión de la participación en la empresa familiar”.

En función del régimen vigente en el matrimonio, las acciones o participaciones de los cónyuges podrán tener carácter privativo o ganancial.

Las posibilidades que pueden darse a la hora de calificarlas son las siguientes:

1. Es posible calificar como privativas a las acciones y participaciones del cónyuge socio de una sociedad de capital, aunque éstas se hayan adquirido con dinero ganancial.

La justificación de esta calificación la podríamos encontrar en que se está dando prioridad a la condición de socio de una sociedad anónima o limitada de uno de los cónyuges, resultando (en principio) indiferente la procedencia de los fondos con los que dichas acciones/participaciones se han adquirido.

Contemplamos el caso en que sólo uno de los cónyuges es socio de la sociedad, y no el otro, correspondiéndole por tanto a dicho socio la titularidad de las acciones/participaciones que ostenta en la sociedad en cuestión.

Ahora bien, “en principio” resultaría indiferente la procedencia de los fondos con el que se hubiese realizado la adquisición, pero el calificar a la acción/participación adquirida con fondos gananciales como privativa, lo que haría surgir a favor de la sociedad de gananciales de un derecho de valor comprensivo de la integridad del contenido patrimonial de la acción

122 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Conflictos...”, *op. cit.*, pág. 769.

/participación; por lo que habría que distinguir entre el derecho de participación (que sería privativo), y un derecho de reembolso de la sociedad frente al titular de la acción o participación, que sería ganancial

2. La otra posibilidad sería la contraria: calificar a esas acciones/participaciones como gananciales, bajo la creencia de ser éste su carácter debido a que la adquisición de las mismas se ha hecho con fondos gananciales. Si se adquieren con dinero común deben ser gananciales.

Lo que ocurre es que esta ganancialidad sólo sería efectiva en el ámbito interno (de los cónyuges), porque en el plano externo y frente a la sociedad, la titularidad corresponde al cónyuge suscriptor de las mismas.

La acción/participación es del suscriptor, pero a la misma vez, su contenido es ganancial. Para esta tesis habría que distinguir entre una titularidad formal de la acción o participación-que será privativa en los casos en que la misma se haya adquirido a nombre de uno solo de los cónyuges- y una titularidad material - común, ganancial- cuando se haya adquirido con contraprestación ganancial.

3. Otra manera de calificar un tanto más compleja, sería la de considerar la condición de socio como un derecho subjetivo y una relación jurídica.

Esta tesis parte de la existencia de una relación jurídica en tanto en cuanto el contrato de sociedad da lugar a relaciones entre personas, pero sin olvidar el derecho subjetivo del socio gracias al cual él puede transmitir su posición.

Se podría considerar que el derecho de participación no es otra cosa que un derecho subjetivo semejante al de propiedad o al de crédito, cuyo objeto es la posición jurídica de socio dentro de la sociedad.

De acuerdo con esta calificación, el cónyuge del socio, no forma parte de la relación jurídica societaria, lo que implicaría que ni los demás socios, ni la sociedad tienen que soportar su injerencia en el contrato de sociedad.

El cónyuge del socio no está legitimado para ejercer los derechos de socio, pero de acuerdo con las reglas que rigen la sociedad de gananciales, tiene derecho a participar en los rendimientos que produzcan las acciones/participaciones de la sociedad de la que su cónyuge es socio.

Para hacer más gráfica esta última calificación se podría decir que: *“el socio de mi socio, no es mi socio”* o *“el cónyuge de mi socio, no es mi socio”*¹²³.

Para CADARSO PALAU¹²⁴, *“la participación social considerada como un todo puede ser ganancial coexistiendo con una titularidad individual externa*

123 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio", en *Almacén de Derecho*, 25 abril 2014.

124 CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 130 y 131. Añade que *“en qué medida el personalismo de la sociedad reduce la ganancialidad a una cotitularidad interna y en qué medida restringe su eventual transformación en titularidad externa, es algo que hay que examinar en estrecha relación con la disciplina de cada tipo social, porque la mera adscripción a una u otra de las categorías*

(también como un todo) a favor de uno solo de los cónyuges. Como ganancial, está en principio avocada a la partición in natura en sede de liquidación del patrimonio común, y en este ámbito la adjudicación no envuelve el fenómeno de transmisión, tal cual señaló el TS en las sentencias de 17 de abril de 1967 y 4 de julio de 1988¹²⁵.

La conclusión que podemos obtener de las distintas maneras de calificar a las acciones/participaciones, es que independientemente de la calificación que se les de, el cónyuge del socio siempre tiene un lugar apartado de la sociedad de la que forma parte su consorte, siendo en su relación interna (sociedad de gananciales) dónde deberán resolver el carácter de las acciones/participaciones. Se considera que éstas tienen un doble carácter: uno para fuera de la sociedad ganancial y otro dentro del matrimonio.

CADARSO PALAU¹²⁶, en aras de aportar un poco de luz a esta materia tan falta de armonía, de regulación y de criterios uniformes, hace una clasificación según la cual, dependiendo de la vía de adquisición de la participación/acción, la califica como ganancial o privativa. Aunque este estudio se centra en las sociedades de capital, CADARSO PALAU se refiere tanto a éstas como a las personalistas.

1) El primer criterio a considerar es atender al momento de la adquisición.

Atendiendo a este criterio, la primera idea a concretar es si las acciones o participaciones se adquieren antes o después de la celebración del matrimonio. Matrimonio desde el cual empieza a regir el régimen de gananciales o después de celebrado el matrimonio, pero tras haberse pactado el régimen de gananciales en capitulaciones matrimoniales en un momento posterior.

Es de destacar el supuesto en que con relación a la sociedad (de la que uno de los cónyuges va a ser socio) se haya otorgado escritura constitutiva antes de la celebración del matrimonio, pero que la inscripción de la misma en el Registro Mercantil se haya producido tiempo después; y siendo la inscripción la que hace que la sociedad adquiera personalidad jurídica, la participación ya no sería privativa desde de un primer momento, sino que para su calificación habría que recurrir al criterio de la subrogación.

2) El segundo criterio, es el de la naturaleza de la aportación -o de la contraprestación en la adquisición derivativa-, que a su vez, se subdivide en distintas categorías:

a) La aportación de industria:

Este tipo de aportación se permite en las sociedades personalistas pero no en las capitalistas.

(personalista/capitalista) de la división acostumbrada no tiene más que un valor aproximativo que, como ya se dijo, ha de ser contrastado con la regulación concreta”.

125 Vid. STS de 17 abril 1967 (Id Cendoj: 28079110011967100337) y STS de 4 julio 1988 (RJ 1988\5555)

126 CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 53 a 70.

Con arreglo al artículo 1347.1º del CC se consideraría tal aportación ganancial, pero apoyándose en el art. 1346.5º CC, se podría desvirtuar tal ganancialidad y defender la privatividad de la aportación (según los casos).

b) Por la titularidad del bien aportado:

Dependiendo de cómo sea la aportación dineraria -o no dineraria-, si ganancial o privativa, el bien adquirido tendrá su misma naturaleza, entrará en juego el principio de subrogación real.

c) Por el título oneroso o gratuito de la adquisición:

La adquisición gratuita de acciones y participaciones por cualquiera de los cónyuges (herencia, donación, legado) no plantea problemas acerca de la privatividad de las mismas (1346.2º CC), sin perjuicio del caso especial del art. 1353 del CC. Para el supuesto de bienes donados o dejados en testamento a ambos cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, serán gananciales si han sido aceptadas por ambos y el transmitente -el testador o donante- no hubiese dispuesto lo contrario.

d) Por razón de una previa titularidad: Derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita:

De nuevo entramos en el ámbito del 1352 CC el cual se explica detenidamente en el epígrafe correspondiente.

e) Por voluntad de las partes: atribución voluntaria de ganancialidad:

Gracias al artículo 1355 CC los cónyuges pueden atribuir carácter ganancial a las acciones y participaciones adquiridas por medio de bienes privativos, de manera que primaría la regla de este artículo sobre el art. 1352 CC o sobre el art. 1346.2º y 3º CC. Surgiría el correspondiente derecho de reembolso del 1358 CC, aunque el artículo 1355 CC no lo diga expresamente.

f) La intransmisibilidad del bien adquirido determinante de su privatividad:

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹²⁷ razona en torno al art. 1346.5º. del CC, conforme al cual, "*Son privativos de cada uno de los cónyuges: ... 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos*".

Entiende el autor que el precepto no se refiere directamente a derechos de la persona o personalidad, los cuales no son patrimoniales, pero de la relación con estos derechos o bienes, el ordenamiento reconoce a la persona ciertas facultades de trascendencia patrimonial como: explotar la propia imagen, o las memorias sobre la vida personal o la propia obra intelectual, etc. En múltiples supuestos, la actividad o trabajo de la persona es el que ha dado lugar a la aparición de nuevos objetos de derecho subjetivos como, por ejemplo: la

127 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, P., "Artículo 1346", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 641.

grabación de imágenes y voces, obra intelectual... y de no existir esta norma especial, habría que suponer que al ser obtenidos por el trabajo o industria, deberían de ser gananciales según lo dispuesto en el artículo 1347.1º CC.

En el caso de los derecho patrimoniales no transmisibles *inter vivos*, se pueden encuadrar las participaciones de sociedades personalistas, donde el carácter personal del socio (*intuitu personae*) prohíbe/restringe la posibilidad de transferir la participación. Primaría la regla del ya citado 1346.5º CC sobre la naturaleza de los bienes con los que se haya hecho la adquisición.

1.2.2. Acciones y participaciones privativas

Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹²⁸, *“los bienes privativos, son por oposición a los bienes gananciales, los que integran el activo de cada uno de los patrimonios personales de uno y otro cónyuge, sin constituir elementos del activo del patrimonio común”*.

El CC sigue un método casuístico para determinar qué bienes son privativos de cada uno de los cónyuges y cuáles gananciales. Así, el artículo 1346 CC hace una enumeración de los bienes de naturaleza privativa titularidad de los cónyuges constante la sociedad de gananciales. Esta relación no agota todos los modos y causas de adquirir bienes y derechos, por lo que en ocasiones, habrá que acudir a otros preceptos del Código Civil para determinar el carácter de alguno de los bienes.

1.2.2.1. Acciones y participaciones adquiridas con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales (art. 1346.1º del CC)

Señala el art.1346.1º CC: *“Son privativos de cada uno de los cónyuges: 1º Los bienes y derechos que le pertenecieren al comenzar la sociedad”*.

De este primer párrafo del artículo 1346 se desprende que, serán privativos los bienes adquiridos por los cónyuges durante su soltería o aun estando casados antes de regir la sociedad de gananciales -así casados o en régimen de separación de bienes o de participación y que no se hayan aportado a la sociedad de gananciales-. Todos los bienes titularidad de uno o de ambos cónyuges -así en caso de proindiviso ordinario- antes de celebrar el matrimonio o antes de comenzar la sociedad de gananciales, conservarán su carácter de privativos -ya el bien o derecho o las cuotas del mismo.

128 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, P., "Artículo 1346", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 637.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹²⁹ hace un interesante análisis de este precepto y determina que hay una serie de bienes cuyo carácter privativo depende únicamente del momento de adquisición, independientemente del título de su adquisición (oneroso o gratuito), y cualquiera que sea el carácter de los bienes con que se realizó la contraprestación. Los bienes adquiridos serán privativos si ya pertenecían al cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales. Matiza este autor, que resulta indiferente si la adquisición se hizo a título oneroso, y si todos o parte de los plazos se hubiesen pagado con dinero ganancial (a excepción de la regla contenida en el artículo 1357.2º CC como veremos más adelante). Es irrelevante también *“si antes de comenzar la sociedad de gananciales, se tenía tan sólo un derecho de crédito, de modo que la tradición y consiguiente adquisición del derecho real se verifique después de comenzada la sociedad: ciertamente el derecho real no pertenecía al cónyuge al comenzar la sociedad, pero sí le pertenecía el crédito. El derecho real que se adquiera después, con la tradición, no será privativo por aplicación del art. 1346.1º, pero lo será por aplicación del art. 1346.3º, pues en el patrimonio personal el derecho real se adquiere en sustitución de un bien privativo, crédito, respecto del cual, la tradición es el pago”*.

También hace una importante aclaración al analizar la expresión “bienes y derechos” y explicar que bajo la misma *“deben comprenderse las diversas situaciones de poder patrimonial jurídicamente protegidas que sean derechos subjetivos, derechos potestativos (p.ej. un derecho de opción), situaciones temporalmente limitadas o situaciones jurídicas de pendencia. Pero con la precisión que imponen las reglas que específicamente confieren carácter ganancial a derechos que, aunque estipulados antes de empezar la sociedad, se devengan después y tienen el concepto de contraprestación ya del trabajo realizado después (cf. art. 1347.1º) (salarios, retribuciones), ya del goce posterior de bienes privativos (cf. art. 1347.2º) (rentas, intereses)”*.

En esta misma línea se pronuncia MONJE BALMASEDA¹³⁰ recalcando lo ya expuesto por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. El momento determinante para la calificación es el inicio de la sociedad no del matrimonio, ya que puede ser que hubiese matrimonio pero no sociedad de gananciales, y que ésta haya comenzado después al pactarse en capitulaciones matrimoniales, *“puesto que al amparo del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, cabe que se haya contraído bajo otro régimen y posteriormente, los cónyuges hayan estipulado el sometimiento al régimen de la sociedad de gananciales”*.

Dicho lo cual, MONJE BALMASEDA concluye diciendo que *“las acciones o participaciones sociales adquiridas antes de que entre en vigor el régimen de la sociedad de gananciales serán privativas del cónyuge adquirente. En relación con las adquiridas con posterioridad, la determinación del carácter ganancial o privativo no vendrá determinado únicamente por el momento de la adquisición,*

129 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, P., "Art. 1346", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 637 y 638.

130 MONJE BALMASEDA, O., "Sociedad de gananciales y participaciones sociales", en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, tomo II, ESADE/J.Mª. Bosch, Barcelona, 2008, pág. 4/14 del documento VLEX-39129256.

sino que habrá que estar al resto de los criterios¹³¹ que a continuación se exponen”.

Al trasladar este criterio al ámbito de las acciones o participaciones sociales, para poder determinar el carácter privativo o ganancial de las mismas, habrá que estar al momento de su adquisición. Siendo éstas privativas, si se adquirieron por cualquier título antes del comienzo de la sociedad de gananciales, que no necesariamente coincide con el comienzo del matrimonio.

En esta misma línea “del momento de la adquisición” se pronuncia MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO¹³² pero resaltando que éstas podrán por voluntad de los esposos cambiar su carácter. Dice así: *“El contrayente que fuere titular de acciones o participaciones sociales con carácter previo a la entrada en vigor del régimen de gananciales conservará la titularidad de las mismas una vez vigente ésta (art. 1346.1 CC), que seguirán perteneciéndole con carácter privativo. El hecho de que la celebración del matrimonio no cambie automáticamente la titularidad de las mismas no significa que éstas no puedan ser gananciales. Si tal fuere su voluntad podrá aportar dichas acciones o participaciones desde su patrimonio privativo al patrimonio ganancial (art. 1323 CC), bien sea a título gratuito u oneroso, en cuyo caso habrá una contraprestación actual o futura desde el patrimonio ganancial en favor del cónyuge aportante”.*

Continúa diciendo este autor que, diferente a esta adquisición sobrevenida es la aportación originaria del artículo 1355 del Código Civil, por el que en el mismo momento de la adquisición, en principio privativa según las normas legales, el cónyuge adquirente determina con el consentimiento de su consorte que dichas acciones o participaciones tengan *ab initio* naturaleza ganancial. Y ello sin necesidad de expresar la causa de dicha atribución y siempre sin perjuicio de los reembolsos que en su caso procedan.

En nuestro Derecho rige la teoría del título y modo para la adquisición por contrato de los derechos reales poseíbles, como sería el de propiedad. De acuerdo con esto, el título sería el contrato de compraventa por el que se adquiere el bien, y el modo, la entrega de dicho bien con finalidad traslativa.

A pesar de la claridad del párrafo primero del artículo 1346 CC, se generan dudas en torno a la adquisición de bienes inmuebles -o bienes de otra naturaleza- comprados en contrato privado antes del comienzo de la sociedad

131 MONJE BALMASEDA, O., “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, tomo II, ESADE/J.M^a. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 1 a 14 del documento VLEX-39129256.

En esta obra expone una serie de criterios (que iremos citando a medida que vayan surgiendo en el presente estudio) para la determinación de la naturaleza ganancial o privativa de las participaciones sociales (según los casos), tales criterios son:

- El criterio del momento de la adquisición
- El criterio de la onerosidad de la adquisición
- El criterio de la subrogación real
- El criterio que atiende a la previa titularidad: derecho de suscripción gratuita o de asignación gratuita.
- Atribución voluntaria de ganancialidad art. 1355 CC.

132 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Conflictos...”, *op. cit.*, pág. 774.

de gananciales y escriturados con posterioridad al mismo. La doctrina¹³³ tiende a reconocer el carácter privativo del inmueble -o del bien mueble correspondientes-, basándose en que el mismo se adquirió y pagó en su integridad por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, independientemente de que la escritura pública se otorgue durante la sociedad de gananciales e incluso el hacerse constar en la misma el carácter ganancial del bien, no desvirtúa que la adquisición se hizo por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio. Esto afectaría de igual modo a las acciones/participaciones sociales.

La jurisprudencia¹³⁴ se mueve en esta misma dirección señalando que hay que dar prioridad a la fecha del contrato de compraventa, frente a la fecha de la escritura pública (tradición). Con la escritura pública (tradición) se consuma la adquisición de un bien a costa o en sustitución de un previo derecho privativo.

La misma idea en los casos de adquisiciones a plazos se recoge en el artículo 1357 CC, al decir, pues dice que *“Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazo se satisfaga con dinero ganancial”*.

Añade JARILLO GÓMEZ¹³⁵, *“de forma amplia sería aplicable la teoría del título, contrato antecedente y el modo de entrega efectiva del bien, conforme al artículo 609 del Código Civil”*.

RAGEL SÁNCHEZ¹³⁶ elabora una enumeración de bienes de dudoso carácter para cuya determinación basta con atender al momento de su adquisición:

a) Los regalos de boda realizados antes de contraer matrimonio. Son bienes privativos de los cónyuges. La STS de 30 enero 2004 (RJ 2004\438), considera estos regalos como donaciones por razón de matrimonio (art. 1336 CC), que por el hecho de haberse producido antes del matrimonio no pueden considerarse gananciales tal y como dispone el artículo 1339 CC, en virtud del

133 La SAP de Cádiz (Secc. 5ª) de 22 enero 2007 (JUR 2007\158085) declara la improcedencia de incluir un bien en la liquidación de gananciales que se había adquirido íntegramente con dinero privativo por la esposa antes de contraer matrimonio.

En este mismo sentido se pronuncia igualmente la SAP de Ciudad Real (Secc. 1ª) de 28 diciembre 2007 (JUR 2007\89122).

134 Para la jurisprudencia prima la fecha de la compraventa sobre la de escrituración y así lo defiende en numerosas sentencias, como por ejemplo la STS de 17 abril 2002 (RJ 2002\3293) el bien privativo adquirido por la esposa no pierde este carácter por el hecho de que el que posteriormente fuese su marido y colaborase también en la adquisición del bien antes de contraer matrimonio.

Del mismo modo en la STS de 12 noviembre 2007 (RJ 2007/8107) se considera privativo del marido un inmueble adquirido por este constante la sociedad pero que le fue entregado con posterioridad al fallecimiento de su mujer, es decir, tras la disolución de la sociedad de gananciales.

135 JARILLO GÓMEZ, J.L., “Capítulo 2. Bienes Privativos”, en *Comunidad de gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 83.

136 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 23: La Sociedad de Gananciales (2). El activo de la Sociedad” *Tratado de derecho de la familia, Regímenes económicos matrimoniales (I)*, vol. III, directos. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ªedic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 848.

cual se establece que pertenecerán a ambos cónyuges en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.

b) La vivienda familiar también es un bien privativo cuando se pagó íntegramente por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio. Así se dispone en la STS de 18 junio 2008 (RJ 2008\3224), ya que el pago se había efectuado por el actor exclusivamente, a plazos durante la construcción de la vivienda, estando abonado completamente el día de escrituración, habiendo comenzado la sociedad de gananciales cinco meses después de la celebración del matrimonio. Ningún pago se hizo a cargo de la sociedad de gananciales, de ahí que el bien sea privativo.

c) Tal y como se desprende de la STS de 27 marzo 2000 (RJ 2000\2487) pertenecerá pro indiviso y con carácter privativo a ambos cónyuges, el bien adquirido por los dos, a plazos y completamente pagado antes de comenzar la sociedad de gananciales.

1.2.2.2. Acciones y participaciones sociales adquiridas constante la sociedad a título gratuito por uno de los cónyuges (art. 1346.2º del CC)

Dispone el párrafo segundo del 1346 CC que “*Son privativos de cada uno de los cónyuges: ... 2º Los que adquiera después por título gratuito*”.

Importante matiz tiene el adverbio “después”, puesto que indica que una vez casados los cónyuges bajo el régimen de gananciales, a pesar de estar sometidos a este régimen de comunidad, todo lo que adquiera cualquiera de los esposos a título gratuito, esto es, donación, testamento, sucesión intestada, contrato sucesorio -conforme a las legislaciones que lo admitan-, será privativo del adquirente, no ganancial.

Las donaciones realizadas a uno de los esposos son privativas, tanto si se ha dispuesto expresamente o si no se dice nada. Lo mismo ocurre con las adquisiciones “mortis causa”.

No obstante, el CC contempla una excepción en el art. 1353, en los siguientes términos: “*Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente o sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario*”.

En relación con esta excepción se pronuncia FERNÁNDEZ CANALES¹³⁷, apuntando que no es frecuente, ni tampoco lógico que se aplique la excepción, puesto que tanto la donación como la disposición testamentaria se hacen o se suelen hacer a favor de las personas con las que existe parentesco de consanguinidad, y no de afinidad. Pone, como ejemplo, que lo normal es que una persona haga una donación a su hijo y no al cónyuge de éste.

137 FERNÁNDEZ CANALES, C., *op. cit.*, pág. 76.

Como afirma GARCÍA CARRERES¹³⁸, *el animus donandi* no se presume, por lo que si los donantes lo reclaman, constando acreditado que los padres de uno de ellos hicieron una transferencia a la cuenta bancaria de los dos cónyuges, procede incluir en el pasivo de la sociedad una deuda por el valor de las mismas, que deberá ser devuelta por la sociedad de gananciales.

MONJE BALMASEDA¹³⁹ para determinar el carácter de este tipo de bienes, hace referencia al criterio de la onerosidad de la adquisición. Para ello, argumenta que el régimen legal de comunidad, está limitado a las adquisiciones que, a título oneroso, realicen los cónyuges durante su vigencia, por lo que las adquisiciones que sean gratuitas, no se plantea su propiedad, porque se entienden privativas del cónyuge a favor del cual tengan lugar. Por lo tanto, las acciones y participaciones adquiridas por cualquiera de los esposos a título gratuito, esto es donación, herencia o legado, serán privativas.

RAGEL SÁNCHEZ¹⁴⁰ señala que *“título gratuito no significa a título voluntario”*, y para explicarlo señala que la herencia recibida en pago de la legítima o en virtud de sucesión intestada deriva de la ley y no de la voluntad del causante, pero es una atribución a título gratuito.

En el ámbito de las acciones y participaciones, serán privativas las que adquiera uno de los cónyuges constante la sociedad a título gratuito, a pesar de estar sujeto al régimen de gananciales.

RAGEL SÁNCHEZ destaca la STS de 19 junio 2006 (RJ 2006\3381) donde se enjuiciaba un supuesto en el que coincidían fechas de fallecimiento del causante y la venta de sus acciones a todos sus herederos, estando tan sólo firmada por el corredor de comercio. El marido heredero al recibir esas mismas acciones por vía herencia, se planteaba la cuestión de si estaban afectadas o no por la venta que había ordenado el causante pero que no llegó a firmar. Para el TS se trataba de una venta de acciones simulada, apreciando dicha simulación en que la presunta transmisión onerosa de las acciones a todos los herederos y entre ellos, al demandante, tiene lugar el mismo día del

138 GARCÍA CARRERES, M^a.R y FERRER SAMA, J.L., “Capítulo 3: Regímenes económico matrimoniales”, en *Memento Práctico. Familia 2018-2019*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, pág. 118.

Ejemplo de ello son las siguientes sentencias: STS de 10 octubre 2000 (RJ 2000\9191): la donación de dinero si se acredita que se hizo a uno solo de los cónyuges, la donación es privativa.

La SAP Cáceres (Secc. 1^a) de 16 junio 2005 (JUR 2005\154474) entiende que los muebles y enseres comprados por los padres a uno de los cónyuges y llevados al domicilio familiar se reputan donados a ambos cónyuges y tienen carácter ganancial.

La SAP León (Secc.2^a) de 1 diciembre 2016 (JUR 2017\6454), la venta de una finca rústica donada al esposo por sus padres, cuyo dinero fue ingresado en una cuenta común, tiene éste un derecho de crédito frente a la sociedad conyugal.

La STS 29 noviembre 2006 (RJ 2006\10030) consideró que tenía carácter privativo la remuneración especial y extraordinaria percibida por el marido en atención al trabajo de éste en la reestructuración de una sociedad. No se trataban de dividendos, ni de acciones, sino de una atribución a título gratuito.

139 MONJE BALMASEDA, O., “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, tomo II, ESADE/J.M^a. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 4 y 5/14 del documento VLEX-39129256.

140 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 23: La sociedad de gananciales (2)”, *op. cit.*, pág. 852.

fallecimiento del transmitente sin constar su firma en la transmisión, tratando de acreditar ésta con la sola firma del corredor de comercio. A todo esto, dicha transmisión onerosa carecía de sentido por la inminencia del fallecimiento del transmitente, ya que esas acciones iban a pasar a los herederos a título de herencia. En el caso de que se hubiese hecho a modo de enajenación onerosa, el precio de la venta habría formado parte del caudal hereditario y de nuevo habría llegado a los herederos. Para RAGEL SANCHEZ no habría que haber acudido a la figura de la simulación, siendo suficiente con alegar que la venta no se había perfeccionado.

En el ámbito de las sociedades, destaca (la ya citada) STS de 29 noviembre 2006 (RJ 2006\10030) donde se declara el carácter privativo de la remuneración especial y extraordinaria que se le concedía al marido por sus trabajos en la reestructuración de una sociedad. El TS consideró que esta remuneración era algo puntual y debida a un trabajo concreto, que no se trataban de dividendos, ni de acciones, ni de sueldos... (ya que en todos estos casos sí se considerarían gananciales), sino que se trataba de una especial atribución acordada por la junta de la sociedad y que tenía la consideración de acto a título gratuito, si bien, se acercaba al concepto de donaciones remuneratorias. No probándose esta cualidad, se aplica lo establecido en el artículo 1346.2 CC, por el cual se consideran privativos los bienes adquiridos durante el matrimonio por título gratuito.

En aquellos casos en los que el cónyuge socio de la empresa familiar adquiera constante a la sociedad de gananciales acciones o participaciones, es preciso distinguir entre las que se hayan adquirido por herencia o donación, de las que tengan su origen en la compraventa de acciones o participaciones sociales de la propia empresa familiar de la que forma parte el cónyuge socio.

En el caso de las primeras (las adquiridas a título gratuito por herencia o donación), de acuerdo con lo señalado en el artículo 1346.2 del CC, serán privativas del cónyuge adquirente. A lo que señala MARTÍNEZ-CORTÉS¹⁴¹ que *“ello no obsta a que si fuere voluntad del testador o donante, dichas acciones o participaciones sociales se puedan dejar en testamento o donar con carácter ganancial (en relación con el artículo 1353 CC)”*.

En cuanto al segundo supuesto (compraventa de acciones o participaciones sociales de la empresa familiar por el cónyuge socio), de acuerdo con la presunción de ganancialidad que rige en materia de gananciales y que viene recogida en el artículo 1361 CC, al presumirse ganancial el dinero empleado en la adquisición, también será lo adquirido con él (art. 1347.3 CC), a menos que se pruebe el carácter privativo del precio o contraprestación empleado en la adquisición. Lo que matiza MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO al exponer que *“es un problema de prueba en derecho común al no existir en éste un artículo semejante al 213 del Código del Derecho Foral de Aragón¹⁴². No resulta*

141 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Conflictos...”, *op. cit.*, pág. 774.

142 El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su art. 213, consagra una presunción de privatividad, con relación al consorcio conyugal, en los siguientes términos: *“Presunción de privatividad. - 1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por*

aplicable el artículo 1352 CC porque la adquisición no es consecuencia de la titularidad de otras acciones o participaciones con carácter previo, sino que es una adquisición ex novo. Para evitar que sea adquirido con dinero ganancial el cónyuge del adquirente puede realizar una confesión de privatividad del dinero empleado (art. 1324 CC) con los límites propios de ésta (no perjudicará a legitimarios ni acreedores del confesante)”.

1.2.2.3. Acciones y participaciones adquiridas a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1346.3º CC). El principio de subrogación real

Conforme al artículo 1346 del CC: "*Son privativos de cada uno de los cónyuges: ... 3º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”.*

En los supuestos de adquisiciones onerosas, el bien adquirido por uno de los cónyuges tendrá naturaleza privativa, si tenía naturaleza el precio o contraprestación empleados en la adquisición. Así, en la compraventa o en la permuta.

Además el precepto habla de “sustitución”. Para JARILLO GÓMEZ¹⁴³ *“el término sustitución se refiere a aquellos casos en que un determinado bien privativo ha perdido valor como consecuencia de su uso y se sustituye por otro que tiene la misma naturaleza que el anterior. La principal función será mantener la integridad económica de los distintos bienes que forman parte del patrimonio familiar, situaciones como indemnizaciones, permuta, créditos y cualesquiera otros de naturaleza análoga. Es decir, se engloba tanto una adquisición a título oneroso como la de sustituir bienes dentro del propio patrimonio de un cónyuge”.*

En otras palabras diríamos que, la subrogación real es la sustitución jurídica de un bien por otro en el patrimonio de una misma persona, de tal modo que el bien nuevo, ya sea una cosa mueble o inmueble, un crédito o una indemnización, ocupe el lugar del bien antiguo para ser sometido a su mismo régimen¹⁴⁴.

cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras. - 2. La presunción admite en juicio prueba en contrario”.

143 JARILLO GÓMEZ, J.L., *op. cit.*, pág. 84

144 La resolución de la DGRN de 12 junio 2013 (RJ 2013\5439) es relativa a la aplicación del principio de subrogación real en el régimen de la sociedad de gananciales, establece que, con carácter general, y salvo excepciones expresamente consagradas legalmente, los bienes adquiridos a título oneroso por ambos cónyuges o por uno solo de ellos tendrán el mismo carácter ganancial o privativo que el dinero o contraprestación empleados en su adquisición. Tanto la RDGRN de 13 octubre 2003 (RJ 2003\8545), como el artículo 95.2 RH establecen que para la inscripción en el Registro de la Propiedad y la determinación de la naturaleza del bien, se exige en todo caso la presentación del documento acreditativo de la condición del bien, mediante prueba documental pública.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁴⁵ al estudiar el art. 1347.3º del CC declara que *“tanto en los patrimonios privativos como en el patrimonio ganancial se produce el fenómeno de la subrogación real. El bien se hace, en su caso automáticamente ganancial incluso cuando la adquisición la hace uno sólo de los esposos (cfr. art. 1370). Lo que importa no es quien aparece como adquirente del bien, sino el carácter ganancial del precio o contraprestación. Hacen, también, aplicación, para uno u otro patrimonio, del principio de subrogación real los arts. 1354, 1357.2º y 1347.5º. Sobre otros preceptos que confirman o excepcionan este principio, v. com. art. 1346 CC”*. De igual modo añade el autor que *“aunque no se dice expresamente, también son bienes gananciales los bienes adquiridos en sustitución de bienes gananciales”* y pone como ejemplo, que será ganancial el resarcimiento de daños inferidos a bienes gananciales (art. 1346.3º y 6º por analogía).

Aplicando este criterio y con la excepción que desarrollaremos más adelante del art. 1352 del CC, las acciones y participaciones adquiridas a costa de dinero o bienes privativos tendrán carácter privativo. Si la adquisición se hace con dinero o bienes gananciales, serán gananciales y si se hace en parte con dinero o bienes gananciales y privativos, en principio, se aplicará el proindiviso del art. 1354 del CC.

Para RAGEL SÁNCHEZ¹⁴⁶, la aplicación del art. 1346.3º CC no plantea problema alguno cuando se trata de la suma obtenida por la transmisión de un bien privativo (como el que se recibe por vía herencia)¹⁴⁷, o el justiprecio por la expropiación u operaciones urbanísticas que afectan a los bienes privativos, o el equivalente pecuniario o no pecuniario que se entrega en vez del cumplimiento específico (cuando éste sea imposible) y afecte a un crédito privativo¹⁴⁸.

La RDGRN de 14 febrero 2005 (RJ 2005\2455) y el párrafo sexto del artículo 95 RH, señalan que la justificación posterior se hará constar en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal.

145 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1347”, *op. cit.*, pág. 647.

En la STS de 30 junio 2005 (RJ 2005\5088) se discutía en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales el activo ganancial partible. La discusión se centraba en si atribuir carácter privativo a determinados bienes por haber sido adquiridos con el producto de la venta de otros de la misma naturaleza (principio de subrogación real), o por corresponder los saldos de las cuentas bancarias a la contraprestación de ventas de bienes privativos.

146 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 23: La Sociedad de Gananciales (2)”, *op. cit.*, págs. 855 y 856.

147 La RDGRN de 6 junio 2007 (RJ 2007\3592) versa sobre una finca proindivisa perteneciente a cuatro titulares, los cuales tiene cada uno de ellos el 25% de la misma con carácter privativo. Deciden poner fin a dicho proindiviso y acuerdan la adjudicación de toda la finca (arts. 400 y 1062 CC) a la comunera y a su esposo, pagando a los otros comuneros su parte con dinero ganancial; asimismo, acuerdan que la finca tendrá carácter ganancial, pero el 25% que ya pertenecía a la comunera mantendrá su carácter privativo originario. Se discute la naturaleza de la extinción de condominio (no es un acto traslativo), pero la Dirección General lo admite en base al amplio reconocimiento de la autonomía privada y libertad de pactos que se hace patente en el artículo 1323 CC y del cual el artículo 1355 CC constituye una aplicación concreta.

148 Ejemplo de ello es la SAP de La Coruña (Secc 3ª) de 30 septiembre 2011 (JUR 2011\356829), que considera privativo el vehículo comprado por un cónyuge con el dinero obtenido por una indemnización concedida por una incapacidad; y la STS de 24 enero 2008 (RJ 2008\217), que señala que son privativos de la esposa los apartamentos comprados por el

En la práctica pueden surgir problemas cuando la adquisición de un bien o derecho se realiza con dinero privativo pero estando éste depositado en una cuenta bancaria mezclado con dinero ganancial, lo que podría producir una confusión de patrimonios dando lugar a la presunción de ganancialidad. Trataremos más adelante esta cuestión¹⁴⁹.

El artículo 1348 CC recoge que *“Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito”*.

Lo que dispone este precepto responde al principio de subrogación real, “crédito privativo de suma que ha de ser pagado a plazos”. Para PRETEL SERRANO¹⁵⁰ este artículo no hace otra cosa que *“proclamar la no ganancialidad de las sumas que se cobren por un cónyuge vigente la sociedad de gananciales, pero que traigan causa de cantidades o créditos que sean privativos”*.

Este precepto completa lo dispuesto en el artículo 1347.2º CC, según el cual tendrían naturaleza ganancial los intereses que devengaran esos créditos durante la vigencia de la sociedad.

El cónyuge titular de un crédito privativo del que recibe cantidades de dinero en distintos plazos, tendrá que distinguir las cantidades que haya cobrado durante la vigencia del régimen de gananciales en concepto de capital, de las obtenidas en concepto de intereses. Las cantidades adquiridas en concepto de capital serán privativas, mientras que las de intereses serán gananciales.

Esto es consecuencia de la distinta naturaleza de las cantidades obtenidas como capital y como intereses, de modo que en caso de obtenerse de manera conjunta, habrá que hacer las correspondientes operaciones para diferenciar las diferentes partidas y así poder concretar o delimitar el carácter privativo o ganancial que corresponda.

Para que un crédito sea calificado como privativo¹⁵¹ se estará a lo dispuesto en el artículo 1346 CC.

marido con el dinero privativo de ella consecuencia de una herencia, se produce una destrucción de la presunción de ganancialidad.

149 La STS de 8 marzo 1996 (RJ 1996\1939) declara que la atribución de la condición de ganancialidad por ambos cónyuges no se puede aplicar a las adquisiciones anteriores a la Ley 13 de mayo de 1981. Además, en este caso prevalece la presunción de ganancialidad por falta de prueba en contrario, ya que los pagos realizados con cargo a cuentas corrientes no queda acreditado que se nutrieran exclusivamente de fondos privativos. El TS considera inaplicable el principio de subrogación real por falta de prueba de que la adquisición del inmueble se hiciera con dinero privativo.

150 PRETEL SERRANO, J.J., "Artículo 1348", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 649.

151 Como ejemplo de crédito privativo, podemos señalar el crédito que se recibe en concepto de legado o como adjudicación en la partición hereditaria.

1.2.2.4. Acciones y participaciones adquiridas por derecho de preferente adquisición perteneciente a uno solo de los cónyuges (art. 1346.4º CC). La posible excepción al principio de subrogación real

Predica el artículo 1346.4º: *“Son privativos de cada uno de los cónyuges: Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges”,* y ello con independencia del carácter del dinero o bienes empleados, en su caso, para la adquisición correspondiente de conformidad con el último apartado del art. 1346 del CC que contempla un derecho de reembolso entre las masas implicadas: *“Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.*

Al no hacer la Ley ninguna distinción respecto del tipo de retracto, se entienden incluidos todos los tipos de retractos: voluntarios, legales (art. 1507 CC y ss), los que se ejercitan judicial y extrajudicialmente. Cabe interpretar de manera amplia el art. 1346.4º CC¹⁵², referido a los derechos de preferente adquisición en general, sean de retracto, tanteo u opción¹⁵³.

En particular, en caso de transmisión de participaciones sociales de una sociedad limitada, habrá que incluir en este supuesto las adquisiciones a las que se refiere el art. 107.2 de la LSC y en caso de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones y de participaciones, los supuestos en que una persona tenga un derecho de preferente adquisición o de rescate en su caso.

Este precepto abarca por ejemplo, al retracto entre herederos, comuneros o colindantes, así como a los arrendamientos de vivienda o locales de negocio, entre otros¹⁵⁴. Puede ser ejercitado por uno de los cónyuges, por el simple

152 Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1346”, op. cit., pág. 640: *“Lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 1346 puede extenderse a derechos adquiridos a consecuencia del ejercicio de un derecho de adquisición preferente distinto del retracto, como por ejemplo el derecho de opción, el derecho de acceso a la propiedad del arrendamiento rústico, el derecho de adquisición concedido a un colindante por infracción de las normas reguladoras de la unidad mínima de cultivo, el derecho de readquisición por ejercicio de la acción resolutoria y el derecho de reversión en caso de expropiación forzosa. Pudiendo invocarse en todos estos casos que la adquisición del bien es un mero desenvolvimiento de las facultades integrantes del contenido de un derecho privativo y que afectan no al goce sino a la misma sustancia del derecho”.*

153 Vid. expresamente la RDGRN de 30 julio 2018 (BOE 14-9-2018)

154 Otros supuestos por los que se adquieren bienes por retracto u otro derecho de adquisición preferente son los recogidos en la RDGRN de 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500), que se ocupa de la elevación a público de un contrato privado de compraventa realizado por el marido antes del matrimonio (divorciado de un matrimonio anterior), efectuándose la elevación a público una vez casado sujeto al régimen ganancial (completándose el “iter” transmisivo mediante tradición instrumental ex. art. 1462.2 CC). La Dirección General entiende al respecto que aunque son parcialmente concurrentes los respectivos ámbitos de aplicación de las

hecho de corresponderle el derecho por haberlo adquirido con anterioridad al nacimiento de la sociedad de gananciales, o con posterioridad siendo privativo. Para el caso de que la adquisición del objeto en virtud del derecho de preferente adquisición se haga con fondos comunes, lo adquirido es igualmente privativo, lo único que ocurre es que la sociedad se convierte en acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

Como conclusión, habrá que atender a la naturaleza del derecho ejercitado para poder determinar el carácter del bien adquirido.

En el matrimonio casado bajo el régimen de gananciales, resulta indiferente los fondos con los que se haga la adquisición del bien, siendo relevante la naturaleza del derecho que dio lugar a esa adquisición. Si la naturaleza de los fondos empleados no es la misma que la del derecho, lo que dará lugar es a un derecho de reembolso bien a favor de la sociedad de gananciales o bien a favor del cónyuge no titular del derecho de retracto, si la adquisición se realizó con bienes privativos de éste (ex art. 1346.3 y 1347.3 CC).

Para MONJE BALMASEDA¹⁵⁵, entre los criterios que formula para determinar el carácter ganancial o privativo de las acciones o participaciones, también señala el derecho de suscripción preferente o asignación gratuita como criterio para dicha determinación (art. 1352 CC). A través de este principio explica cómo se impone la privatividad, independientemente de la naturaleza de los fondos utilizados, sin perjuicio de que haya un derecho de reembolso en caso de que se hayan utilizado bienes comunes para la adquisición, porque lo que no se quiere es desequilibrar las masas patrimoniales. Además, debemos destacar que el derecho de reembolso va a venir determinado no por el valor de la acción, sino por el importe actualizado del dinero ganancial invertido, en coherencia con el artículo 1358 CC, como bien apunta el autor. Del mismo modo, esto resulta igualmente aplicable a la inversa: aunque estemos hablando de bien privativo adquirido con fondos comunes, en virtud del 1347.4º CC, se puede aplicar perfectamente en sentido contrario.

disposiciones de los artículos 1355 y 1357 CC, debe considerarse prevalente la disposición legal sobre atribución convencional de la ganancialidad.

Por su parte la RDGRN de 8 mayo 2008 (RJ 2008\3153) recoge el supuesto relativo a la venta de una finca rústica realizada por el Estado (no era viable económicamente) a un propietario colindante en los términos previstos en el artículo 137.4.f de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Dicha adquisición la realiza un cónyuge con carácter privativo a pesar de estar casado bajo el régimen ganancial. El problema que resuelve la presente Resolución gira en torno en la interpretación que ha de darse al artículo mencionado, 137 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de Administraciones Públicas. Entiende la Dirección General al respecto, que se trata de un derecho de adquisición preferente a favor del colindante, por lo que la finca adquirida debe tener el mismo carácter que tenía la que origina dicho derecho de retracto. Se entendería que habrá un nuevo derecho de adquisición preferente, el contemplado en el artículo 137.4.f de la Ley 33/2003, el cual dispone que “4. Se podrá acordar la adjudicación directa en los siguientes supuestos: f) Cuando se trate de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar una utilidad acorde con su naturaleza, y la venta se efectúe a un propietario colindante”.

155 MONJE BALMASEDA, O., “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, tomo II, ESADE/J.Mª. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 5, 6 y 7/14 del documento VLEX-39129256.

En cuanto a la excepción al principio de subrogación real, expone MONJE BALMASEDA que en este caso se produce una ruptura de la regla de la subrogación real a favor de principio de accesión, por lo mismo que decíamos en unas líneas más arriba: se impone la privatividad, sin tener en cuenta, o mejor dicho, sin que sea determinante la naturaleza de los fondos utilizados¹⁵⁶.

Con otras palabras, la excepción se da cuando para poder ejercitar el derecho retracto perteneciente a uno de los cónyuges (al que se refiere el artículo 1346.4º CC), se emplean fondos comunes, pero el bien adquirido en vez de ser ganancial es privativo, porque prima la titularidad del derecho en virtud del cual se ha podido adquirir ese bien que la naturaleza de fondos empleados. Es por ello, por lo que se produce una excepción al principio de subrogación real, si bien el enriquecimiento injusto que se podría presentar se salva con la imposición de un crédito de reembolso en los términos antes señalados.

1.2.2.5. Las nuevas acciones o participaciones suscritas como consecuencia de otras privativas. El art. 1352 CC

El análisis de este apartado resulta clave en el desarrollo del presente estudio, al ser el artículo 1352 CC uno de los ejes fundamentales de este trabajo. Es por ello, por lo que para el desarrollo del mismo, tomaremos como modelo parte del esquema seguido por GALLEGO DOMÍNGUEZ en su artículo “Nueva emisión de acciones o participaciones sociales y sociedad de gananciales: el art. 1352 del Código Civil”¹⁵⁷, por la claridad y precisión con la que explica esta materia.

Comienza recordando el profesor GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁵⁸ que, la titularidad de acciones y participaciones por parte de personas casadas bajo el régimen ganancial presenta diversas cuestiones, planteándose con frecuencia interrogantes respecto al carácter privativo o ganancial de las acciones de una sociedad anónima, participaciones de una sociedad limitada o participaciones de otras sociedades; así como dudas en torno al carácter de los rendimientos y de los derechos que entraña la titularidad de acciones o participaciones para su titular, los actos de administración y disposición de dichas acciones o participaciones, así como la adjudicación de acciones o participaciones a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, entre otros problemas.

156 En esta misma línea se posiciona la RDGRN de 11 mayo 2016 (RJ 2016\3020), destacando que el carácter privativo o ganancial de un bien viene determinado por el origen privativo o ganancial del derecho o cuota que fundamenta la adquisición con preferencia al de la naturaleza de la contraprestación.

157 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión de acciones o participaciones sociales y sociedad de gananciales: el art. 1352 del Código Civil”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigido por C. Lasarte y M^a. D. Cervilla Garzón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 207 a 229.

158 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.*, pág. 210.

Centremos el presente estudio en torno al problema de adquisición de acciones en las sociedades anónimas y de participaciones en las limitadas, cuando éstas pertenecen a uno o a ambos cónyuges casados bajo el régimen ganancial.

No olvidemos que los cónyuges podrán adquirir acciones o participaciones de modo originario (cuando la constitución de la sociedad o en la ampliación de capital), o de modo derivativo (a título oneroso o gratuito).

Introducción al artículo 1352 CC:

El artículo 1352 del CC dice así: *“Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. - Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”*.

Es la Ley 11/81 de 13 de mayo por la que se modifica al CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, introduce el artículo 1352 en nuestro Derecho.

El 1352 CC ha dado lugar a múltiples estudios por parte de la doctrina¹⁵⁹, debido a que se considera que la redacción del mismo es bastante “básica”, dejando lagunas y la puerta abierta a multitud de interpretaciones que han sido objeto de numerosas críticas.

Para PRETEL SERRANO¹⁶⁰ este precepto supone un avance en la medida en la que fija una solución, sin embargo, admite que pueda ser susceptible de crítica por el hecho de ofrecer una solución simplista a los múltiples problemas que se puede presentar y concretamente, para el caso en el que se utilicen fondos comunes no se alterará la privatividad de lo adquirido, lo que supone una notable desviación de las reglas generales, como, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 1354 CC.

Entiende PRETEL SERRANO¹⁶¹ que lo que ha hecho el legislador con la regla contenida en el 1352 CC ha sido superponer al carácter del dividendo como fruto o beneficio la cuestión de derecho de suscripción preferente, siendo la solución establecida que el derecho de suscripción preferente se haya ideado para que con ocasión de la emisión de nuevas acciones, los socios no sufran detrimento en su posición de poder dentro de la sociedad.

PÉREZ CALVO¹⁶² señala que con el artículo 1352 CC se introduce en nuestro ordenamiento el llamado “principio de equivalencia”, en virtud del cual los nuevos títulos serán de la misma condición que los originarios, siendo este

159 TORRALBA SORIANO, V., “Art. 1352 del CC”, en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1614 a 1619.

160 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1352”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 658.

161 PRETEL SERRANO J.J., “Artículo 1352”, *op. cit.*, pág. 659.

162 PÉREZ CALVO, I., “Casos dudosos de ganancialidad o privatividad”, *Comunidad de gananciales, cuestiones prácticas y actuales*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 202.

principio de aplicación tanto para el caso de privatividad como ganancialidad de la acción originaria¹⁶³.

El artículo 1352 CC lo que ha hecho no ha sido otra cosa que introducir una institución propia del Derecho mercantil de sociedades en el Código Civil, encontrando este precepto su justificación en distintos aspectos como son:

- la ruptura del principio de subrogación real a favor del principio de accesión.
- la aplicación del principio de las reglas del ejercicio de los derechos de adquisición preferente.
- el derecho de retracto: al entender que la causa es la titularidad privativa del cónyuge, el cual como socio está capacitado y legitimado para ejercitar su derecho de suscribir nuevos títulos, que de acuerdo con el principio de equivalencia, los mismos serán también privativos.

163 La STS de 26 septiembre 2002 (RJ 2002\8485) se ocupa “del conflicto de intereses que se producen por la existencia de una comunidad económica en régimen económica en régimen de gananciales entre el causante –hermano del recurrente, actor– y su cónyuge supérstite demandada, presupuesto previo del que surge «ex post» su pretensión de rescisión parcial de la partición del patrimonio relicto de ese «de cuius», «ex» art. 1074, a resultas de una serie de operaciones y tránsitos dinerarios operativos en cada uno de las dos masas integradores de aquel acervo ganancial, reproduce un esquema de principios aplicables al litigio:

a) Principio de equivalencia o mantenimiento del carácter de los bienes: Si un bien se aportó al matrimonio como privativo de un cónyuge o se adquirió luego como ganancial, ha de mantenerse dicho carácter al disolverse la sociedad, incluso cuando haya experimentado una transformación plusvalorativa o mejora a tener en cuenta sí en su mera repercusión económica, en su caso.

b) Principio de equivalencia entre la causa y efecto de la plusvalía: Se parte de la contemplación de los módulos determinantes del superior valor en sus respectivos momentos, y, en consecuencia, si por un proceso de transformación mejorativa –plusvalía interpuesta– existe diferencia entre el valor del bien en origen al aportarlo o adquirido, según sea privativo o común, y el valor final liquidatorio, al disolverse la sociedad, la mentada equivalencia conduce a que la causa determinante del cambio, naturaleza del dinero o expensa empleada, se corresponda con el efecto económico producido, y, por lo tanto, el incremento de valor así obtenido se subsuma en una naturaleza patrimonial idéntica a la de esa causa; así si la causa –dinero– es privativa de un cónyuge, el efecto producido –mejora de un bien privativo o común– será que la parte mejorada corresponde al titular del dinero, y si esa mejora se embebe o incorpora al bien de carácter dispar –dinero privativo que mejora un bien común– el titular privativo tendrá derecho al resarcimiento económico.

c) Sistemas de reembolsos: Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular en cierto modo expoliado, bien abonando el valor de dicho bien, o bien concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio.

d) Principio de equilibrio patrimonial y juego de la subrogación real: Este equilibrio que también reaparece en los anteriores principios de equivalencia, conduce al uso de la subrogación real; en efecto, cuando acaece un cambio íntegro de un bien por otro hay que analizar la causa o proceso desencadenante de ese cambio: tanto lo sea de forma directa –v. gr., permuta– o indirecta, merced a una venta interpuesta y con su precio obtener una nueva adquisición subrogada: así, si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, es claro, que la subrogación es literalista, al igual que si se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro, también el objeto patrimonial así incorporado ha de mantener el carácter privativo de que trae causa”.

Con el artículo 1352 CC lo que se pretende es lograr la armonización entre la posición que tienen los socios en la sociedades de capital con las normas que regulan la adscripción a las masas patrimoniales de la sociedad de gananciales de las nuevas acciones o participaciones sociales; de manera, que se acepta por el Código Civil, tal y como veremos en líneas posteriores, la posición mercantilista de que las nuevas acciones y participaciones sociales no son fruto, sino que son un desdoblamiento de la cuota de socio¹⁶⁴.

Suscripción de nuevas acciones o participaciones con ocasión de una ampliación de capital:

La LSC permite en su artículo 295 y ss LSC que las sociedades anónimas y limitadas puedan aumentar su capital, suponiendo dicho aumento una modificación de los estatutos.

La manera de realizar este aumento puede ser mediante la emisión de nuevas acciones (anónimas) o participaciones (limitadas), o bien aumentando el valor de las existentes.

Nos ocuparemos de la primera modalidad destacando que, toda ampliación de capital con nuevas acciones o participaciones necesita la suscripción de la acción o participación y la correspondiente aportación, que podrá ser realizada por el suscriptor o por la sociedad. Resaltar que la LSC en su artículo 295 permite que la emisión de acciones se haga directamente con cargo a beneficios.

Las ampliaciones de capital se pueden realizar por motivos muy diversos, bien con intención de fortalecer a la sociedad, como de financiar a la misma o de restablecer el equilibrio patrimonial, tal y como se desprende del artículo 363.1 e de la LSC).

Señala MARTÍNEZ-CORTÉS ¹⁶⁵ que cuando hablamos de acciones o participaciones privativas adquiridas como consecuencia de la titularidad previa de otras privativas, parece que automáticamente encuadramos este supuesto *“en el caso más evidente como es el del aumento dinerario de capital de una empresa familiar en ejercicio de derechos de suscripción o asunción preferente, pero también comprendería, por ejemplo, los supuestos de modificaciones estructurales en los que se reciben nuevas acciones o participaciones sociales como consecuencia de la titularidad con carácter privativo de otras en la sociedad afectada o incluso las participaciones o acciones adquiridas en ejercicio del derecho de preferente adquisición contemplado en los estatutos sociales y, en su defecto, en el artículo 107 LSC (en las que resulta evidente que la adquisición «trae causa» de la titularidad previa –y privativa– de otras)”. Sigue diciendo que “En esos casos, el artículo 1352 CC determina, con fundamento en el principio de subrogación real del artículo 1346.3 CC, que las nuevas acciones o participaciones sociales serán privativas del cónyuge socio,*

164 Aun así el artículo 1352 CC no está exento de objeciones, siendo la más corriente la que alude a que el mismo podría servir de base tanto de fraude a la sociedad de gananciales, como a los derechos del cónyuge no socio, siendo el cónyuge socio el único que pueda decidir sobre el destino de la sociedad.

165 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Conflictos...”, *op. cit.*, pág. 775 y 776.

aun cuando el dinero invertido para su adquisición fuere ganancial. Y ello aunque en puridad no se sustituye un bien privativo por otro, sino que más bien existe una «accesión», un incremento o fortalecimiento de la previa posición contractual del cónyuge socio en la empresa familiar”.

En relación con lo expuesto hace esta interesante reflexión: *“Por idénticas razones sería también privativo el dinero obtenido en una eventual venta de esos derechos de adquisición preferente. El artículo ha de ser, a nuestro juicio, interpretado con cierta flexibilidad, puesto que de interpretarse restrictivamente no sería aplicable, por ejemplo, a un aumento de capital dinerario realizado en una sociedad unipersonal (en el que por definición el socio único al aumentar no ejercita derecho de adquisición preferente alguno), o a aumentos de capital dinerarios en los que los socios preexistentes renuncien en todo o en parte al ejercicio de sus derechos de adquisición preferente (por ejemplo, a fin de alterar la proporción en que se repartían el capital social con anterioridad al aumento)”¹⁶⁶.*

Explica GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁶⁷ que, *“en los casos de ampliación de capital con emisión de nuevas acciones, de nuevas obligaciones convertibles en acciones o de nuevas participaciones sociales con cargo a aportaciones dinerarias, la LSC, con la finalidad de permitir a los antiguos socios mantener su cuota de participación, tanto en su aspecto patrimonial como en el corporativo, mantener el mismo nivel de fuerza y poder en la sociedad, les atribuye un derecho preferente a suscribir el nuevo capital en la proporción en que son titulares en el capital, es lo que se denomina «derecho de suscripción preferente» para el caso de emisión de nuevas acciones o de emisión de obligaciones convertibles en acciones, «derecho de asunción preferente» tratándose de participaciones de una sociedad limitada (art. 93.b LSC). Dentro del entramado de derechos que la condición de socio atribuye a su titular, encontramos derechos económicos, derechos políticos y derechos mixtos: el que hemos señalado pertenece a esta categoría”.*

En la práctica esto supondría que siendo las acciones/participaciones primitivas privativas, aun empleando fondos comunes para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, las nuevas acciones/participaciones serán también privativas en atención a la regla contenida en el 1352 CC.

La solución de esta interpretación restrictiva del precepto quedaría resuelta aplicando el precepto a la inversa, de manera que la acción adquirida en ejercicio del derecho de suscripción preferente tendrá la misma condición (ganancial o privativa) de la acción originaria que dio lugar a dicho derecho.

¹⁶⁶ A colación de lo expuesto, continúa diciendo MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *op. cit.* págs.. 775 y 776, que también podría darse el supuesto en el que *“el aumento de capital dinerario en que el cónyuge socio adquiere más participaciones sociales de las que le corresponderían en virtud de su derecho de adquisición preferente, se considera que las adquiridas en virtud de dicho derecho están sujetas al 1352 CC y, en consecuencia, son privativas y, en cambio, las adquiridas adicionalmente no se adquieren «como consecuencia» de la titularidad de las preexistentes y por ello, al no estar sujetas al 1352 CC, caen en la regla general del artículo 1347 CC y tienen carácter ganancial. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad del recurso a los artículos 1324 y 1355 CC para alterar el régimen legal en los términos ya vistos”.*

¹⁶⁷ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *“Nueva emisión...” op. cit. pág. 215.*

Adquisición de nuevas acciones y participaciones en una ampliación de capital a consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción o de asunción preferente de los socios: el art. 1352.1 CC:

La LSC regula en sus artículos 304 y ss. el derecho de preferente suscripción de acciones o de asunción de participaciones. Se puede observar que la LSC tan sólo regula los supuestos de derecho de suscripción o asunción para el caso de emisión de nuevas acciones o participaciones con cargo a aportaciones dinerarias, limitando su atribución a los socios, sin tener en cuenta como titulares a los titulares de las obligaciones convertibles. Quedan fuera las aportaciones no dinerarias, la compensación de créditos, así como el aumento por conversión de obligaciones en acciones. Sólo podrán ejercitar este derecho los socios que no sean morosos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.2 LSC.

GARDEAZABAL DEL RÍO ¹⁶⁸ refiriéndose a los casados bajo régimen ganancial, explica que el ejercicio del derecho de preferencia corresponde a quien figure como socio, por ser éste el titular de las acciones/participaciones sociales. Siendo acciones al portador le corresponderá al cónyuge que las tenga en su poder (art. 1384 CC). Añade que, *“a estos efectos, el ejercicio del derecho de suscripción, directamente o por vía de enajenación, debe ser encuadrado entre los actos de administración. Si figuran a nombre de ambos cónyuges, frente a la sociedad existe una situación de condominio que debe resolverse mediante la aplicación de la regla propia de esta situación (art. 126 LSC)”*.

Los derechos de preferente suscripción de acciones o de asunción de participaciones tienen la naturaleza correspondiente a las acciones o participaciones que los generan, así como las cantidades obtenidas por su enajenación

Históricamente no ha estado exento de polémica la cuestión relativa a si el derecho de preferente suscripción o asunción tenía que ser considerado como fruto de las acciones o participaciones.

Explica GALLEGO DOMÍNGUEZ ¹⁶⁹ que actualmente se considera como un derecho del socio, incluíble dentro de los llamados mixtos (de acuerdo con la clasificación de derechos políticos, patrimoniales y mixtos), con sustantividad propia, siendo incluso transmisible en los mismos términos en que lo son las acciones las acciones o participaciones cuya existencia haya dado lugar al mismo (art. 306 LSC).

El artículo 306 LSC admite expresamente la posibilidad de transmisión de los derechos de suscripción y asunción preferente. Para determinar el carácter de este derecho de suscripción/asunción preferente por aplicación del artículo 1347.2 CC habrá que atender al carácter de la acción primitiva; por lo que en

168 GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J., “Artículo 304” *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 1798.

169 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 220.

caso de enajenación de dicho derecho, habrá que reparar en el carácter del mismo, si era privativo no hay en principio problema alguno, pero si se emplean fondos comunes (para la suscripción/asunción), la sociedad de gananciales tendrá derecho al reembolso, teniendo un crédito frente al titular de dichas acciones/participaciones/títulos; pero la sociedad de gananciales no ostentará ningún derecho sobre éstas. Sólo tendrá derecho al reembolso.

Del artículo 1352 CC se desprende que las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir tendrán naturaleza privativa en los casos en los que tal derecho provenga de la previa titularidad de las acciones o participaciones privativas, lo que no es más, como apunta GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁷⁰, *“una aplicación pura y dura del principio de subrogación real, pues en el fondo lo que el CC nos está diciendo es que el derecho a suscribir en tales casos tiene naturaleza privativa, y que lo obtenido a costa o en sustitución de mismo - así precio en caso de venta, otro bien o derecho en caso de permuta- tiene naturaleza privativa. De modo análogo hay que entender que si las acciones o participaciones que dieron lugar al mismo son gananciales, igualmente lo será el derecho de suscripción obtenido con su enajenación”*.

GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁷¹ hace una importante reflexión al explicar que *“la solución establecida por el artículo 1352 CC plantea en los casos de derechos privativos el problema de la posible existencia de reservas voluntarias en la sociedad – dividendos no repartidos- que hacen que aumente el valor de las acciones y participaciones y, por tanto, del derecho de preferente suscripción o asunción. Si estamos ante acciones o participaciones privativas, lo obtenido por la venta del derecho de preferente suscripción es privativo, desconociendo la existencia de una plusvalía con cargo a beneficios no repartidos, lo que sin duda perjudica a la sociedad de gananciales, sin que la ley contemple en tal punto un reembolso por el mismo”*.

Acciones suscritas y participaciones asumidas con motivo del derecho de preferencia del artículo 304:

Señala el artículo 304 LSC en su párrafo primero que *“En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea”*. Por otro lado, el 1352 CC establece que *“Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos..”* a lo que a continuación añade el precepto que *“Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”*.

Como se menciona en líneas anteriores, la solución que ofrece el artículo 1352 CC es simplista, limitándose éste a declarar que el carácter de las acciones o

170 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 221.

171 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 221.

participaciones será el mismo que tenían aquellos en cuya virtud se adquirieron con independencia de la naturaleza y el modo de materializarse las aportaciones¹⁷².

Aunque como se desprende de los artículos 299 y ss de la LSC, las aportaciones puedan ser dinerarias, no dinerarias, hacerse mediante compensación de créditos, con cargo a reservas, por conversión de obligaciones convertibles, el artículo 1352 CC únicamente prevé la emisión con cargo a aportaciones dinerarias que se deriven del derecho de suscripción o asunción preferente y las que se produzcan por emisión de nuevas acciones con cargo a beneficios.

GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁷³ hace un análisis exhaustivo de los dos tipos de emisiones que contempla el artículo 1352 CC y declara al respecto que:

En el primer caso, cuando el precepto se refiere a las nuevas acciones o participaciones suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos *“está pensando inicialmente en las nuevas acciones y participaciones adquiridas como consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción o asunción preferente, el cual, sólo procede en aumentos de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones con desembolso en metálico. Nos lleva a esta interpretación el hecho de que el mismo apartado del precepto contemple a continuación la enajenación del derecho a suscribir. No se contempla pues el derecho de suscripción o de asunción preferente cuando la emisión se hace con aportaciones no dinerarias ni mediante el sistema de compensación de créditos¹⁷⁴ [...], sin perjuicio de la posible aplicación analógica en otros supuestos”*.

La relación de los preceptos 1352 CC y 304 LSC, no hace otra cosa que reconocer a cada socio en los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones sociales con aportaciones dinerarias, el derecho de suscribir o asumir un número de acciones o participaciones proporcional al valor nominal de las que posea. La adquisición se produce en función de la titularidad legítima del socio, ya que se le está reconociendo un derecho de preferencia en la asunción o suscripción (o incluso de asignación gratuita), con total independencia de el carácter de los bienes empleados para la adquisición. Siendo esto así, quedan excluidos tanto el principio de subrogación real como el principio de accesión, porque no se está aumentando el valor de las acciones o participaciones existentes sino que lo que se está haciendo es adquiriendo otras nuevas.

De acuerdo con lo expuesto, la determinación del carácter de las nuevas acciones o participaciones sociales es muy sencilla. De este modo, si las acciones o participaciones primitivas eran privativas, también lo serán las nuevas (es decir, las adquiridas a costa de las privativas), siendo irrelevante

172 Esta postura ha sido seguida en algunas sentencias como la SAP de Alicante (Secc. 6ª) de 31 julio 2002 (JUR 2002\271364) y la SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 9 enero 2003 (JUR 2003\111150).

173 GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 222.

174 En esta línea se pronuncian las RDGRN de 4 febrero 2012 (RJ 2012\4400) y de 6 febrero 2012 (RJ 2012\4403).

que para el desembolso de las nuevas se emplearan aportaciones comunes o privativas o incluso ganancias de la sociedad, es decir, acciones liberadas.

En aras de hacer más gráfico todas las posibilidades, GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁷⁵ las resume y esquematiza en los siguientes casos:

1. En caso de aumento realizado con cargo a aportaciones dinerarias privativas del socio titular de las antiguas acciones: no hay especialidad alguna.
2. En caso de desembolso realizado con aportaciones dinerarias del cónyuge no titular de las antiguas acciones o participaciones: las nuevas acciones o participaciones serán privativas del cónyuge titular de las antiguas, pero siendo su titular deudor frente al otro cónyuge (el no socio) por el valor satisfecho actualizado (art. 1352.2 CC y 1358 CC). Podrían surgir problemas con el tema de las plusvalías.
3. De hacerse el desembolso con cargo a numerario ganancial o dinero pero sin justificar su carácter privativo (actuando por tanto la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 CC), el titular será deudor a la comunidad por el valor satisfecho actualizado. Explica GALLEGO DOMÍNGUEZ que *“el valor satisfecho es el valor nominal de la acción, y ello con independencia de que la acción o participación adquirida valga contablemente y en el mercado más que el valor nominal. La sociedad conyugal ha aportado una determinada cantidad y esa es la que hay que restituir actualizada según resulta del criterio del artículo 1352.2 y 1358 CC”*.
4. De tratarse de acciones o participaciones liberadas (emitidas con cargo a beneficios o reservas), también operará lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 1352 CC para la determinación del carácter de las nuevas acciones o participaciones, las cuales tendrán el carácter de las antiguas, a pesar de que en sentido estricto no se haya hecho uso del derecho de suscripción o asunción preferente, pero se reembolsará el valor satisfecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1352 CC.

Para entender el supuesto que está regulando el art. 1352 y en el sentido que nos interesa por el objeto de este estudio, recordemos que hay que situarse en el contexto de que nos encontramos ante un matrimonio casado en régimen de gananciales, donde uno de ellos es socio de una sociedad y tiene acciones, participaciones o títulos de carácter privativo.

Es de suma importancia que el cónyuge socio pueda probar el carácter privativo de sus títulos, porque al estar casado en régimen de comunidad opera la presunción del artículo 1361 CC mientras no pueda demostrar el carácter privativo de los mismos.

Poder demostrar el carácter privativo de los títulos es fundamental para que pueda ser de aplicación el artículo 1352 CC y poder ejercitar el derecho de suscripción o de asunción preferente en virtud del cual se pretenden adquirir los nuevos títulos. Es de tal importancia la carga de la prueba que

175 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 224.

REBOLLEDO VARELA¹⁷⁶ destaca que no es suficiente la mera titularidad formal a nombre de uno de los cónyuges derivada de la adquisición o adjudicación en la escritura de constitución de la sociedad (a menos que ésta hubiese tenido lugar antes del comienzo de la sociedad de gananciales, en cuyo caso, no habría duda sobre el carácter privativo), pero de no ser así, entramos en la esfera del 1384 CC que tan sólo legitima para realizar actos de administración y disposición sobre los mismos, debido a su carácter común, no siendo suficiente para destruir la presunción de ganancialidad.

Es básico la carga de la prueba del carácter de las acciones. Es decir, si se afirma que las nuevas acciones serán privativas si se han suscrito como consecuencia de otras privativas, el cónyuge que pretenda que las nuevas acciones o títulos sean privativos, tendrá que probar el carácter privativo de las antiguas porque de no hacerlo entrará en juego la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC y la única manera de acabar con esta presunción es probando el carácter privativo de las primitivas acciones¹⁷⁷.

Sigue añadiendo REBOLLEDO¹⁷⁸ que para poder aplicar el artículo 1352 no basta con acreditar la preexistencia de acciones, títulos, participaciones de carácter privativo, sino que hay que demostrar que se han adquirido en virtud de un derecho de adquisición preferente. Esta importancia radica en que demostrando que la adquisición se ha debido al derecho de adquisición preferente se podrá aplicar la regla del 1352 y por consiguiente, dar a los bienes adquiridos el mismo carácter que tenían los empleados para su adquisición. En caso contrario se estará a las reglas contenidas en los artículos 1346 y 1347 del CC.

La aplicación del artículo 1352.1 CC en las operaciones acordeón:

La operación acordeón es un mecanismo que se utiliza cuando una empresa entra en una situación de disolución obligatoria por desequilibrio patrimonial y, para evitar que esto ocurra, no tener que disolverla y poder sanear las cuentas, se realiza la mencionada operación, consistente en hacer una reducción y aumento de capital simultánea.

El modo de operar implica que la empresa reduce su capital social, para poder compensar el nivel de endeudamiento, sanear su balance, pero al mismo tiempo realizar una ampliación de capital, para volver a financiarse, captar nuevos recursos y así continuar con su actividad. Es muy importante que la reducción y aumento se hagan de manera simultánea. En estos casos, el derecho de suscripción preferente tiene que respetarse, pero lo que puede

176 REBOLLEDO VARELA, A.L., *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la Liquidación de la Sociedad de Gananciales*, Thomson Reuters, Navarra 2017, pág. 86.

177 La necesidad de probar el carácter privativo viene específicamente señalado en algunas sentencias, como en la STS de 15 junio 1982 (RJ 1982\3428), la cual expresamente manifiesta que *“deberá acreditarse cumplidamente, no bastando simples argumentos dialécticos”*. Por su parte, la SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 9 enero 2003 (JUR 2003\111150) declaró que *“la falta de prueba acerca del origen del dinero con el que la demandada abonó el aumento de capital no tiene la consecuencia de ganancialidad que le atribuye la juzgadora sino tan sólo la prevista en el párrafo segundo del artículo 1352 CC [...] y del que tan sólo cabe deducir la posible existencia de un crédito a favor de la sociedad de gananciales por el coste de adquisición”*.

178 REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pág. 86.

pasar es que algún socio renuncie a este derecho y las acciones y participaciones sean adquiridas por los socios antiguos. El derecho de suscripción preferente sólo existirá cuando las aportaciones sean dinerarias.

Respecto a esta operación cabe plantearse si es o no de aplicación el artículo 1352 CC, a lo que responde GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁷⁹ diciendo que *“para determinar el carácter privativo o ganancial de las nuevas acciones o participaciones suscritas por cualquiera de los socios antiguos, habrá que atender al artículo 1352.1 CC, siempre que las mismas se suscriban o asuman en ejercicio del derecho de preferencia que otorga el artículo 343 LSC”*.

Dispone el artículo 343 LSC relativo a la reducción y aumento del capital simultáneos¹⁸⁰ que *“1. El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra. – 2. En todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios”*.

Resalta BORNADELL LENZANO¹⁸¹ que *“la exigencia de respetar en todo caso el derecho de preferencia comporta, en principio, que la ampliación de capital subsiguiente a la reducción habrá de tener como contrapartida aportaciones dinerarias, pues la de otra especie no llevan consigo este derecho (art. 304.1 LSC)”*¹⁸².

Adquisición de nuevas acciones y participaciones liberadas en una ampliación de capital con cargo a beneficios o a reservas: el art. 1352.2 CC

179 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 225.

180 Destaca BORNADELL LENZANO, R., “Artículo 343” *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo II, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 118 y 119; que *“la finalidad perseguida por esa norma es impedir que, por vía del acuerdo mayoritario, los socios minoritarios queden excluidos de hecho de la compañía a causa de la reducción total, o relegados a la insignificancia a través de una minoración considerable del valor nominal de sus participaciones o acciones; con la inderogabilidad por acuerdo mayoritario del derecho de preferencia, se garantiza a todos los socios la posibilidad de permanencia en la compañía, aunque sometida a la carga de efectuar un nuevo desembolso. Ello no obstante, siempre será factible la supresión de ese derecho por acuerdo unánime de todos los socios o, en caso de no lograrse tal avenencia, con el complemento de renuncia expresa o tácita de los no asistentes”*. La SAP de Málaga (Secc. 5ª) de 3 mayo 2005 (JUR 2006\31605) declaró que *“es indiferente que el valor actual de las acciones sea superior, inferior o incluso nulo al dinero invertido, ya que el importe que ha de incluirse es el invertido por la sociedad de ganancias para la adquisición de las mismas, que el ha de ser reembolsado con los intereses devengados en el momento de la inversión”*.

181 BORNADELL LENZANO, R., *op. cit.* pág. 119.

182 En este sentido se pronuncia la STS de 9 junio 2006 (RJ 2006\8201) declarando que *“el coetáneo aumento de capital social se llevará a cabo, respetando el derecho de suscripción preferente, mediante la compensación de aquellos créditos que los socios de la sociedad pudieran ostentar contra ésta, en la proporción que cada uno participe en el capital social antes de la reducción; con la precisión de que de existir algún socio que no ostentase crédito alguno, vencido y exigible, con cuya compensación suscribir el aumento de capital social, y con escrupuloso respeto al derecho de suscripción preferente, podría (el mismo) participar en dicho aumento mediante aportaciones dinerarias”*.

El artículo 1352 CC admite que se puedan adquirir nuevas acciones o participaciones por razón de un aumento de capital, correspondiendo a la junta general la decisión de emitir las acciones o participaciones con cargo a beneficios.

El socio que adquiere los nuevos títulos no realiza ningún desembolso para la adquisición de los mismos, sino que los recibe por aplicación del llamado “derecho de asignación gratuita” de las nuevas acciones o participaciones emitidas en la proporción al capital previo. Se pronuncia en este sentido el artículo 306 LSC al disponer en su párrafo segundo que *“En las sociedades anónimas los derechos de suscripción preferente serán transmisibles en las mismas condiciones que las acciones de las que deriven. En caso de aumento con cargo a reservas, la misma regla será de aplicación a los derechos de asignación gratuita de nuevas acciones”*.

Cuando se realiza un aumento de capital con cargo a reservas los recursos que se utilizan para llevar a cabo dicho aumento ya existen en la sociedad.

Explica GARDEAZABAL DEL RÍO¹⁸³ que *“el aumento de capital constituye una operación contable consistente en traspasar los recursos de la sociedad que figuran en las partidas de reservas a la cuenta de capital. El aumento de capital puede ejecutarse mediante la emisión de nuevas acciones o mediante la elevación del valor nominal de las existentes. En ambos casos, el capital aumentado debe adjudicarse a los socios de forma rigurosamente proporcional a la cifra de que cada uno era previamente titular. El socio adquiere las nuevas participaciones o acciones sin obligación de desembolsar. De aquí resulta la atribución del carácter de gratuita a esta modalidad de aumento del capital social. El derecho del socio a recibir la parte proporcional correspondiente a su cuota en el capital social es e derecho de asignación gratuita”*.

Se podría definir al derecho de asignación gratuita, como aquel derecho individual del socio que no cabe ser restringido, ni suprimido, ni modificado por los estatutos, como tampoco por acuerdos de la junta general¹⁸⁴. La asignación de las nuevas acciones o participaciones opera de manera automática, no estando este derecho sujeto ni a caducidad, ni tampoco a prescripción.

Importante apreciación hace GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁸⁵ al matizar que los beneficios de la sociedad serán gananciales ex art. 1347.2 CC, aunque para que esto sea así, es necesario que se acuerde el reparto de dividendos. De no repartirse dividendos y destinarse a reservas, éstas pertenecerán a la sociedad.

183 GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J., “Artículo 306” *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs..1813 y 1814.

184 Esto mismo ha dicho la DGRN en las Resoluciones de 23 julio 2003 (RJ 2003\6177) y 9 diciembre 2003 (RJ 2004\1981)

185 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 226.

En cuanto al reparto de dividendos o destino a reservas¹⁸⁶, se ocupa el artículo 273, en concreto su párrafo segundo establece que *“Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta”*.

Dicho esto, se admite que la ampliación de capital de una sociedad pueda hacerse: 1. Con cargo a beneficios de la sociedad; 2. Con cargo a reservas voluntarias o estatutarias (las cuales incluyen los beneficios no repartidos).

REBOLLEDO¹⁸⁷ también se ocupa del supuesto aquel en el que el socio adquirente del derecho de suscripción preferente acude a la ampliación de capital sin hacer desembolso alguno sino haciendo uso de las reservas. En tal caso, el cónyuge que adquiere los nuevos títulos, estará dando lugar a la existencia de un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales. La cuestión que se plantea es qué se debe reembolsar, ¿valor satisfecho? ¿valor nominal? ¿el valor nominal actualizado? Lo más correcto será entender que el valor a reembolsar es el valor efectivo que se corresponda con el importe real de los beneficios que no hayan sido repartidos, que además, lo más probable sea que no coincida con el valor nominal.

Las nuevas acciones o participaciones que se emitan con cargo a reservas, tendrán la misma consideración de aquellas en cuya virtud se adquieren, por aplicación del artículo 1352 CC, pero la cuestión radica en si en este caso la sociedad de gananciales tiene o no derecho por el incremento de estas reservas sociales que se pudieran haber producido constante la sociedad. Lo que se discute es si la sociedad de gananciales tiene o no derecho sobre las reservas acumuladas durante su vigencia. Esto se podría explicar utilizando como base el artículo 1360 CC de los incrementos patrimoniales de las empresas.

REBOLLEDO VARELA¹⁸⁸ en cuanto a los beneficios reinvertidos o no repartidos, se pronuncia haciendo la siguiente reflexión: el artículo 1352 sólo concede derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales cuando acordada una ampliación de capital con derecho de suscripción preferente con cargo a beneficios (donde se encuadran las reservas voluntarias), el cónyuge titular de las acciones o participaciones privativas hace uso de tal derecho. En ese momento, a través del derecho de reembolso los beneficios no repartidos entran en la sociedad de gananciales¹⁸⁹.

186 No existe obligación por la junta general de repartir dividendos siempre que existan beneficios, pero el no repartir sin justificación alguna se puede considerar abusivo, como declaró la STS de 26 mayo 2005 (RJ 2005\5761).

187 REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.* págs.. 88 y 89.

188 REBOLLEDO VARELA A.L., *op. cit.*, págs. 89 y 90.

189 BELLO JANEIRO, D., “Aumento de capital en la sociedad anónima y la sociedad de gananciales: derechos del cónyuge no accionista”, en *Dereito, Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 2, nº 1, 1993, págs.. 264, 265 y 266., explica que

La cuestión controvertida surge en el caso de que se disuelva la sociedad de gananciales sin que con cargo a las reservas voluntarias o beneficios no repartidos, no se haya acordado la suscripción de los nuevos títulos y si tales beneficios no repartidos, así como las reservas, se tienen que tener en cuenta o no en alguna partida del inventario al practicar la liquidación de la sociedad de gananciales.

Las reservas sociales son aquellos beneficios no repartidos para hacer frente a futuras obligaciones. (*En líneas anteriores, dejábamos claro que con la expresión "beneficios" se incluyen las reservas de la sociedad, legales, estatutarias, voluntarias...*).

La legislación societaria admite que el aumento de capital pueda hacerse con cargo a beneficios o reservas, si bien, cerrado el balance del ejercicio, o un balance parcial, los beneficios pueden en vez de repartirse como dividendos, pueden destinarse a reservas y utilizarse para aumentar el capital de la sociedad, lo que se traducirá en que los anteriores socios tendrán un derecho de suscripción o asunción gratuita de las nuevas acciones o participaciones sociales, las cuales tendrán la misma condición que tenían las primitivas, (que ostentaban los socios, gracias a las cuales han podido adquirir las nuevas, por aplicación del artículo 1352 CC). Ahora bien, de producirse un aumento de capital como se ha expuesto con cargo a reservas ¿la sociedad de gananciales tendría algún derecho? Recordemos que si los beneficios tienen la consideración de frutos y por tanto carácter ganancial, la duda giraría en torno a si cuando se habla de beneficios se tiene que entender o no que en los mismos estén englobados las denominadas "reservas". En el caso de que se pudiera entender que efectivamente cuando se habla de beneficios se han de entender incluidas las reservas, la sociedad de gananciales debería de tener

para la sociedad de gananciales es una situación injusta y gravosa desde el punto de vista económico, el que las ganancias o beneficios que se materializan en dividendos y por tanto se convierten en bienes gananciales, cuando no se distribuyen sino que se reinvierten en la sociedad destinándose a reservas o para un posterior aumento de capital, se puede concebir a dicha operación como una posible vía de fraude a la sociedad de gananciales así como a los derechos del cónyuge no accionista (para el caso descrito: que el cónyuge accionista sea el que decida el destino de los beneficios de la sociedad de la que es socio). Tal y como expone este autor, esta situación en sí no es impugnabile, porque a la sociedad de capital no se la puede inmiscuir en cuestiones del régimen económico matrimonial de los cónyuges; a lo sumo, lo que se podría es imponer al accionista la obligación de satisfacer al esposo perjudicado el exceso con el que el cónyuge accionista se haya visto lucrado (art. 1390 CC), pero para ello será necesario poder probar que el acuerdo de la Junta ha sido perjudicial y que fue adoptado gracias al voto del esposo accionista. Es decir, que el voto del esposo accionista fuera el determinante para poder lograr dicho acuerdo. En opinión de BELLO JANEIRO, resulta muy difícil encontrar una solución que satisfaga los intereses de todos, a lo que añade que el artículo 1352 CC tampoco resulta de mucha ayuda en la medida en la que no contempla una solución distinta para los diferentes supuestos que pueden ocurrir, sino que además, hace que se deba acudir a una ley especial (LSC), la cual no es o no debería ser competente en "*las relaciones internas del socio con su consorte, por exceder del campo de actuación que le ha sido reservado*". Añade el autor, que no se debe perder de vista que la solución civil del problema (relativo a la propiedad definitiva de las acciones), para que pueda gozar de plena eficacia, tiene que adaptarse a las normas mercantiles (en lo que sea propio de su competencia) y en concreto, "*respecto a las especiales características que infunde a la acción su condición de título valor*", ya que éste es el ejemplo típico de coexistencia entre la aplicación de los principios civiles de usufructo sobre el régimen jurídico mercantil propio de la acción y de los derechos del accionista.

algún derecho sobre las mismas, es más, sobre el incremento que éstas hayan podido experimentar. Para lo cual, podríamos aplicar el artículo 1360 CC que dispone cómo reembolsar el incremento que se pueda producir en caso de tratarse de una explotación, establecimiento mercantil (entre otros).

Para reforzar esta postura que defiende que la sociedad de gananciales sí tendría derecho al incremento de las reservas se podría hacer uso del propio artículo 128 LSC¹⁹⁰, partiendo de la base que la sociedad de gananciales no es usufructuaria, pero que sí tiene derecho a percibir los frutos, rentas e intereses de los bienes privativos.

En la práctica, lo que ha ocurrido es que si el aumento de capital se ha hecho con cargo a reservas, se ha venido considerando que no había desembolso, sino un simple ajuste entre partidas, por lo que para el reembolso (según esto), sólo había que tener en cuenta el valor nominal de las acciones/participaciones actualizado al momento en el que se hiciera efectivo, sin tener en cuenta el incremento de valor de los títulos, ni tampoco el valor real de la acción/participación o de su cotización en el momento de la ampliación.

Para REBOLLEDO¹⁹¹ la manera de abordar el problema y dar solución el mismo habría que: *“el reembolso para los títulos cotizados más bien debe fijarse en el valor de la acción o participación liberada en el momento de la ampliación –no en el valor que pueda tener en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales-, descontando el valor del derecho de suscripción preferente, que el artículo 1352 CCC considera en todo caso privativo. Y cuando se trata de sociedades no cotizadas, establecer el reembolso en relación a las reservas aplicadas o el valor teórico real de la acción o participación”*.

Para este autor *“tal cuantificación del derecho de reembolso es en lo que ambos supuestos se puede cifrar el beneficio que recibe el cónyuge como*

190 El artículo 128 LSC regula algunos aspectos de las relaciones internas entre el nudo propietario y el usufructuario en cuanto al derecho sobre el incremento del valor experimentado por las participaciones o acciones durante el usufructo. Dice en su párrafo primero: *“Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que se la naturaleza o denominación de las mismas”*.

Encontramos bastantes similitudes entre el caso del usufructuario con el del cónyuge no socio casado en gananciales. Es muy gráfico el ejemplo del usufructuario, que tiene derecho a los dividendos que se acuerden durante el usufructo, pero hay que tener en cuenta que los dividendos no son todos los beneficios logrados por la sociedad, sino la parte de los beneficios que se reparten entre los socios. Los beneficios no repartidos se integran en las reservas y lo que puede ocurrir es que durante todo el usufructo no se repartan beneficios, por lo que la ganancia del usufructuario sea nula. En el caso del usufructuario, la Ley entiende que la parte de beneficios no repartida (incluida en las reservas), le corresponden al usufructuario cuando termine el usufructo o cuando se extinga la sociedad. Pero es importante destacar, que esos beneficios no repartidos no tienen que ser frutos. (Solución semejante a esta, se podría dar al cónyuge no socio al disolverse la sociedad de gananciales cuando durante la vigencia de la misma no ha percibido dividendo alguno y lo mismo que dispone la LSC respecto de los incrementos).

191 REBOLLEDO VARELA A.L., *op. cit.*, pág. 90

consecuencia del rendimiento económico de sus títulos privativos que habrían de ser calificados de gananciales (art. 1347.2 CC); solución que, además, sería la conforme con la propia previsión del artículo 1358 CC”.

Sigue añadiendo que “a su vez, las conclusiones expuestas lo es respecto de la calificación de la naturaleza de las acciones y participaciones adquiridas constante al régimen económico con cargo a reservas y el derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales (1397.3 CC), problema diferente, aunque estrechamente relaciones, de la repercusión que en el activo del inventario tengan o puedan tener directamente los beneficios no repartidos en sociedades en que un cónyuge es titular de acciones o participaciones privativas, bien en su destino a reservas voluntarias existentes en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, bien en su reinversión. La respuesta a tal cuestión, que se analiza posteriormente, debe encauzarse o analizarse en el ámbito del artículo 1360 CC (incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, empresa o establecimiento mercantil) o del artículo 1347.2º CC (ganancialidad de los frutos de los bienes privativos)”.

Por su parte MARTÍNEZ-CORTÉS¹⁹² aborda el problema de las reservas disponiendo que *“La teoría mayoritaria defiende aplicar, por analogía a las reservas obtenidas constante la sociedad de gananciales, el criterio previsto para el usufructo de acciones o participaciones sociales en el artículo 128 LSC. Ello supone considerar lo aportado a reservas como un crédito a favor de la sociedad de gananciales y contra el cónyuge titular con carácter privativo de las acciones o participaciones. El importe será igual al de los beneficios devengados constante la sociedad de gananciales y que, en lugar de repartirse vía dividendos, se incorporen a reservas. El problema es que lo que la doctrina y jurisprudencia consideran ganancial es el beneficio neto, no bruto, de modo que es difícil justificar que todo beneficio incorporado a reservas sea automáticamente neto (y no bruto en espera de compensar pérdidas pasadas o futuras)”.*

Si con posterioridad se realiza un aumento de capital con cargo a reservas se produce un conflicto entre la regla general del artículo 1347.2 CC y la especial del 1352 CC, que se resolverá a favor del segundo por mor del principio de especialidad. Las nuevas acciones o participaciones sociales serán privativas del cónyuge socio, sin perjuicio de reconocerse a favor de la sociedad de gananciales un derecho de crédito proporcional al importe de las reservas generadas constante ésta y que se hayan invertido en dicho aumento.

En cuanto a las reservas no repartidas, llegada la disolución de la sociedad de gananciales, la teoría mayoritaria considera, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 128 LSC antes referido, que el cónyuge socio adeudará a la sociedad de gananciales el importe proporcional de los beneficios generados durante la vigencia de ésta que, no habiéndose repartido ni consumido compensando pérdidas, se hubieran incorporado a dichas reservas.

Respecto a los beneficios no repartidos, éstos en el momento de la liquidación se incorporarán en las partidas que correspondan del inventario, como crédito

192 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Conflictos...”, *op. cit.*, pág. 777 y 778.

contra el cónyuge titular de las acciones o participaciones privativas. Señala el art. 1397.3 CC que *“Habrá de comprenderse en el activo: 3º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyan créditos de la sociedad contra éste”*.

Importante destacar, resaltar y subrayar que la cuestión relativa a las reservas ha cambiado radicalmente tras la STS de 3 febrero 2020 (RJ 2020\123) a partir de la cual se ha declarado que el carácter de los beneficios no repartidos (reservas) de la sociedad de capital en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, son privativas. Esta importante declaración supone que ya no sería de aplicación lo expuesto en líneas anteriores. Ya no entraría en juego el artículo 128 LSC y la sociedad de gananciales no tendría derecho a reembolso alguno en concepto de beneficios no repartidos, al entenderse que los mismos corresponden privativamente al cónyuge socio de la sociedad de capital.

Antes de esta esclarecedora Sentencia, el carácter de los beneficios no repartidos suponía una cuestión controvertida y complicada, que se trataba de abordar y de explicar como lo han hecho los autores previamente citados, si bien, esta Sentencia ha sido un gran avance en la materia al aportar luz sobre esta cuestión y al determinar el carácter el carácter privativo de las reservas, siempre y cuando, como bien matiza la Sentencia, el cónyuge socio no haya aprovechado su situación dominante en la sociedad de capital para defraudar a la sociedad de gananciales.

Respecto a los beneficios extraordinarios¹⁹³, subrayar que éstos no deben confundirse con los beneficios ordinarios, que son aquéllos que se originan como consecuencia de la actividad de la sociedad; mientras que los extraordinarios, son el resultado de la actualización de los balances o de la enajenación voluntaria o forzosa de algún bien.

Explicación clarificadora es la que da al respecto de los mismos MARTÍNEZ-CORTÉS¹⁹⁴ al disponer que *“No todas las rentas que proceden de la participación del cónyuge socio en la empresa familiar tienen la consideración de frutos civiles ni, en consecuencia, son gananciales. Los beneficios extraordinarios que pueda repartir la empresa constante la sociedad de gananciales no tienen la condición de frutos¹⁹⁵, puesto que, aunque su*

193 La SAP de las Palmas (Secc. 4ª) de 17 marzo 2010 (JUR 2011\12585) señala que los resultados extraordinarios de la sociedad no son fruto a los que tenga derecho el usufructuario.

194 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Conflictos...”, *op. cit.*, pág. 777.

195 Se plantea la cuestión en torno a la regla contenida en el artículo 1352 CC de si los nuevos títulos han de ser considerados bienes accesorios (no ganancias) o frutos y por tanto bienes gananciales.

En un primer momento, la jurisprudencia se pronunció al respecto en la STS de 24 noviembre 1960 (RJ 1960\3761) donde se enjuiciaba un supuesto de acciones adquiridas por un derecho de suscripción preferente, en virtud del cual se entendía que el dinero con el que se habían suscrito las ganancias eran gananciales de acuerdo con la presunción de ganancialidad, y como consecuencia de ello, las nuevas acciones debían tener el mismo carácter (quedando excluida la aplicación del antiguo 1396.4 CC). El artículo 1396 en su redacción del Código Civil de 25/7/1889, entrado en vigor a partir del 16/8/1889, disponía que: *“Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: 1º Los que aporte al matrimonio como de su pertenencia.- 2º Los*

obtención sea pre-visible o esperada, es ajena a la periodicidad inherente al propio concepto de fruto. Al no ser frutos no devendrán gananciales ex art. 1347.2 CC”.

Por último, destaca GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁹⁶ que se trata de dos supuestos distintos que hay que diferenciar en la práctica: el aumento de capital con cargo a beneficios, de la atribución que pueda hacer la sociedad de acciones que tuviera en autocartera en pago de dividendos. Como los dividendos son gananciales por aplicación del artículo 1347.2 CC, igualmente lo serán las acciones que se atribuyan para el pago de los mismos.

Para finalizar, hacer mención al supuesto de los aumentos de capital realizados con acciones o participaciones total o parcialmente liberadas, donde los socios tienen que hacer aportaciones por la diferencia de valor a la sociedad. En estos casos las nuevas acciones o participaciones tendrán el mismo carácter que tenían las primitivas, sin perjuicio del correspondiente reembolso al que se refiere el párrafo 2º del artículo 1352 CC. El reembolso será parcial o total dependiendo de cómo haya sido la adquisición.

Análisis de la STS de 24 marzo 2003 (RJ 2003\2917):

Especial importancia en esta materia tiene la STS de 24 marzo 2003 (RJ 2003\2917) que hace un análisis pormenorizado del artículo 1352 CC. Recalca esta Sentencia, que el citado precepto es una aplicación del principio de subrogación real, aunque matiza que realmente no se sustituyen las antiguas acciones por las nuevas, sino que se incorporan al patrimonio privativo del cónyuge en cuestión, por el derecho social que ostenta en la sociedad. Para tratar de aclarar esto, dice que a pesar de no haber sustitución de unas acciones por otras, y aun así ser las nuevas privativas, la causa privativa la podemos encontrar en la titularidad del cónyuge, socio de la sociedad, y gracias a ello ejerce su derecho social que le permite adquirir/suscribir nuevas acciones, y por ello, lo que resulte de esa suscripción será privativo.

Eso sí, esta Sentencia destaca que para que las nuevas acciones o participaciones en su caso sean privativas, es necesario que sean consecuencia de acciones, títulos, participaciones que también lo sean. Esto ya dependerá de si *“las aportó al matrimonio como propias, o porque las adquirió después a título lucrativo o bajo el amplio campo de la subrogación real, o sea, siempre que en su adquisición de las originarias no existiera ninguna de las variantes de comunidad con su consorte: a veces puede bastar, como indicativo de esa titularidad, la mención nominal del cónyuge propietario en el título o en los resguardos de depósito, otras, precisará, además, la exigencia de acreditar la fecha de adquisición, sobre todo, si lo fue antes del funcionamiento de la ganancialidad, y otras, en fin, a través, por ejemplo, de la*

que adquiriera, durante él, por título lucrativo. – 3º Los adquiridos por derecho de retracto o permuta con otros bienes, perteneciente a uno sólo de los cónyuges. – 4º Los comprados con dinero exclusivo de la mujer o el marido”. Se defendía que si las antiguas acciones eran privativas, las nuevas tenían también que serlo y ello, aunque se hubiesen adquirido en ejercicio del derecho de suscripción preferente, persiguiéndose de esta manera la conservación de la posición de socio dentro de la sociedad.

196 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Nueva emisión...” *op. cit.* pág. 222.

fórmula de confesión del consorte del artículo 1324 al margen de su oponibilidad a terceros –herederos o acreedores-“.

Asimismo, la Sentencia analiza el párrafo final del 1352 el cual “estructura una nueva manifestación del derecho de reembolso garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1º) se pague la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o precio de la suscripción; 2º) o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privatividad del cónyuge socio, los beneficios – dividendo o primas– a que tenga derecho el cónyuge como titular de las acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del art. 1347-2 (comunidad en las cargas y accesoriedad en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado, esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que –en una especie de autorización inversora– han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia, de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un derecho de reembolso a favor de la sociedad. Y esa llamada «autorización inversora», como acto de administración recayente en bienes comunes, no puede, en rigor, escamotearse por una decisión unilateral del cónyuge socio, que, como suele acontecer, sin conocimiento del consorte aplica tales beneficios al pago compensatorio de las acciones suscritas; esa conducta puede atacarla en vía de ineficacia el cónyuge no socio, puesto que semejante gestión inversora precisaría la participación conjunta –art. 1375–; mas, en la praxis un serio obstáculo proviene del art. 1384 al permitir la libre administración y disposición del cónyuge «a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren los títulos valores» que –aparte de su defectuosa redacción– y riesgos para el consorte no actuante en esta materia, parece como si disipara el control reseñado e inutilizara la denominada «autorización inversora», máxime si, en la técnica bursátil o societaria, la aplicación de los beneficios al pago de la suscripción opera con algún automatismo: la solución de coherencia estará en viabilizar esa práctica de decisión unilateral sin perjuicio de la eventual impugnación del consorte no actuante, con lo que se agiliza el tráfico mercantil y no se anteponen las cortapisas de la exigencia formal de esa autorización o aquiescencia previas por parte del otro cónyuge: ese remedio no hace sino reproducir en algún sentido aplicatorio el art. 1.22 del nuevo Código”.

Es conveniente tener en cuenta que el artículo 1384 CC no es aplicable a los actos de disposición que se realicen sobre las participaciones sociales de una sociedad limitada, porque de acuerdo con el artículo 92.2 LSC no son títulos valores.

El artículo 1352 CC habla de derecho de reembolso de los beneficios, pero se podría plantear la cuestión de qué ocurre cuando se emiten con cargo a reservas voluntarias. Al hablar de beneficio se plantea la duda de si se incluyen

o no en éstos las reservas. Al buscar el concepto de reservas¹⁹⁷ y dar una definición de las mismas, éstas se presentan como beneficios, de manera que, si para definir las hay que hablar sí o sí de beneficios, entendemos que aunque el artículo 1352 no se refiera a ellas expresamente, pero sí a los beneficios, éstas quedan incluidas y por tanto han de ser reembolsadas de la misma manera que los beneficios. Las reservas son los beneficios obtenidos por la sociedad y que no han sido distribuidos entre los socios.

Las nuevas acciones o participaciones que se emitan con cargo a reservas, tendrán la misma consideración de aquellas en cuya virtud se adquieren, por aplicación del artículo 1352 CC, pero la cuestión radica en si en este caso la sociedad de gananciales tiene o no derecho por el incremento de estas reservas sociales que se pudieran haber producido constante la sociedad. Lo que se discute es si la sociedad de gananciales tiene o no derecho sobre las reservas acumuladas durante su vigencia. Esto se podría explicar utilizando como base el artículo 1360 CC de los incrementos patrimoniales de las empresas.

Aplicación del artículo 1352 CC a los casos de aumento de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones en las sociedades unipersonales

GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁹⁸ hace una interesante apreciación al explicar que, en las sociedades unipersonales resulta de aplicación el artículo 1352 CC, a pesar de que en sentido estricto no juegue el derecho de preferente adquisición de acciones y de asunción de participaciones. Las nuevas acciones tendrán el mismo carácter que las antiguas, con independencia de la procedencia del desembolso o la emisión con cargo a beneficios¹⁹⁹.

Adquisición de nuevas acciones o participaciones como consecuencia del canje de acciones o participaciones en caso de modificaciones estructurales

La Ley 3/2009, de 3 de abril, relativa a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se ocupa de las figuras de la transformación, fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo sociales. Por ello, en caso de que se produzca cualquiera de estas modificaciones que afectan a la sociedad y que el socio primitivo reciba nuevas acciones o participaciones sociales a cambio de las que poseía, las nuevas recibidas tendrán el mismo carácter que tenían las antiguas (consecuencia de la aplicación tanto del artículo 1347.3 CC, como del artículo 1352 CC).

197 Las reservas comprenden los excedentes de los beneficios sociales que se acumulan año a año, constituyendo el respaldo económico de las operaciones que efectúa la empresa, unidas a las utilidades acumuladas que todavía no se han distribuido entre sus miembros.

198 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Nueva emisión..." *op. cit.* pág. 228 y 229.

199 Cuando se introdujo el artículo 1352 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en ese momento no existía la figura de las sociedades unipersonales, la cual fue introducida con posterioridad en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la transposición de la Directiva 89/667/CEE, de 21 diciembre, del Consejo, en materia de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, realizada por la LSRL de 1995. Además, la LSRL de 1995 modifica el TR de la LSA de 1989 para dar cabida a la misma figura en sede de sociedades anónimas. Actualmente las sociedades de capital unipersonales se encuentran reguladas en los artículos 12 y ss de la LSC.

1.2.2.6. El cambio del carácter ganancial a carácter privativo por voluntad de los cónyuges

El régimen de gananciales se caracteriza actualmente entre otras cosas por la amplia autonomía que concede a los cónyuges y, precisamente, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, los esposos pueden decidir el carácter de los bienes. Pueden de común acuerdo decidir que un bien tenga la consideración de privativo, lo que hace ineficaz la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, en virtud del cual *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges”*.

Los cónyuges sobre la base del arts. 1323 del CC pueden en cualquier momento atribuir a un determinado bien ganancial el carácter de privativo de uno de los cónyuges o de ambos -así, privativo en proindiviso-.

Del mismo modo, en el momento de adquisición de un bien que con arreglo a las normas generales debía considerarse ganancial, debemos plantear si los cónyuges de común acuerdo puede atribuir al mismo carácter privativo, aplicando el mismo criterio que para el caso inverso regula el art. 1355 del CC.

a) El juego del art. 1323 del CC. El problema de la causa

El artículo 1323 CC consagra el principio de libertad de contratación entre los cónyuges, permitiendo que éstos puedan transmitirse bienes y derechos por cualquier título, así como celebrar entre ellos toda clase de contratos²⁰⁰: *“Los*

200 La reciente STS de 12 febrero 2020 (RJ 2020\374) ampara los desplazamientos patrimoniales entre el patrimonio privativo y ganancial de los esposos. En cuanto al reembolso previsto en el CC procede, siempre que no haya sido expresamente excluido, siendo la razón de ser del mismo equilibrar los desplazamientos producidos.

La citada Sentencia tiene por objeto la discusión entre unos esposos que tras contraer por primera vez matrimonio y después de la adquisición del bien objeto de litigio, pactaron separación de bienes. A continuación se divorciaron, contrayendo de nuevo matrimonio más tarde entre sí bajo el régimen ganancial, para separarse nuevamente. El bien objeto de polémica es una determinada vivienda. Si bien, las peculiaridades del caso se encuentran en que, ambos esposos otorgaron conjuntamente escritura pública de compraventa después de casados y bajo la vigencia del régimen de ganancial, sin hacer mención al documento privado de compra otorgado únicamente por la esposa en estado de soltera. La esposa se limita a defender su posición de que el inmueble fue pagado por ella en su integridad, pero sin argumentar porqué se escrituró como ganancial.

A pesar de que el artículo 1355 CC se ocupa de las adquisiciones a título oneroso realizadas durante el matrimonio, entiende en este caso la Sentencia que, debido a la amplitud del artículo 1323 CC, se admite la libertad de pactos entre cónyuges y por tanto, quedan amparados los desplazamientos patrimoniales entre los patrimonios privativo y ganancial; siendo por tanto admisible que de mutuo acuerdo los esposos puedan atribuir la condición de ganancial tanto a

cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

El motivo por el que existe a día de hoy una norma como la contenida en el artículo 1323 CC se debe fundamentalmente a los precedentes de nuestro ordenamiento, ya que en el originario Código Civil no existía norma alguna referente a las relaciones contractuales entre los cónyuges, además de que la doctrina y la jurisprudencia mantenían un criterio restrictivo general a la contratación entre cónyuges; en el Código Civil tan sólo se recogían determinadas prohibiciones, tales como: donaciones (1334 CC), la compraventa (salvo en los casos de separación, art. 1458 CC) y la sociedad universal (art. 1677 CC)²⁰¹.

Señala HERRERO GARCÍA que los obstáculos alegados por los defensores de este criterio prohibitivo de la libre contratación entre cónyuges *“se referían, fundamentalmente, a la licencia y jefatura marital y al principio de inmutabilidad del régimen económico. La L 2-V-75, al suprimir la licencia marital y derogar el principio de inmutabilidad, puso de relieve lo falso de tales obstáculos, por cuanto que no llevó aparejada alteración alguna de los preceptos citados. Por otro lado, los nuevos principios de colaboración y solidaridad en las relaciones familiares que informan esta ley de 1975 brindaban otra base firme a favor de la admisibilidad de los contratos entre cónyuges, y es la indudable utilidad que ciertos contratos pueden aportarles para beneficio familiar”*. Es por ello, por lo que la autora entiende que, *“ni de la normativa del CC, ni de la tendencia jurisprudencial cabía deducir obstáculo a la existencia de un principio general de validez de los contratos entre cónyuges (salvo las prohibiciones concretas)”*.

La Ley de 13 mayo de 1981 suprime todas las prohibiciones de contratación entre cónyuges y para disipar cualquier duda introduce el artículo 1323 del CC, que reconoce expresamente la libertad de contratación entre cónyuges. Señala HERRERO GARCÍA²⁰² que: *“La norma autoriza cualesquiera contratos entre esposos, con independencia de que la causa sea onerosa, gratuita o*

un bien privativo, como a un bien en parte ganancial y en parte privativo. Lo que implica que el inmueble pueda ser calificado como ganancial por aplicación del artículo 1323 CC.

Sin embargo, la inclusión en el activo del piso litigioso debe ir acompañada del reconocimiento de un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del dinero privativo utilizado para su adquisición, al no constar que renunciara al mismo; fundamentado en que el reembolso al que hace mención el CC en los casos en los que se emplean fondos privativos para la adquisición de bienes gananciales y viceversa, se da siempre que no se excluya expresamente, con el fin (como señalábamos en líneas anteriores) de equilibrar los desplazamientos entre patrimonios.

Concluye el Tribunal diciendo que, procede que en el inventario de liquidación de los bienes gananciales se reconozca a favor de la esposa un crédito por el importe actualizado de las cantidades que ésta sufragó para la compra del inmueble antes del primer matrimonio, así como las sufragadas por ella después del pacto de separación de bienes hasta la celebración del segundo matrimonio.

201 Vid. HERRERO GARCÍA, M^a.J., " Artículo 1323", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 596.

202 HERRERO GARCÍA M^a.J., " Artículo 1323", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 597.

*remuneratoria, sin establecerse por principio excepción alguna a la transmisión de bienes y derechos por cualquier título”*²⁰³.

La conjugación de los principio de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación²⁰⁴ sirven como base para conceder a los esposos la facultad de decidir sobre el carácter que han de tener sus bienes²⁰⁵ a pesar de estar

203 HERRERO GARCÍA M^a.J., " Artículo 1323", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 597, matiza la autora que, "sin embargo, antes y ahora, la posibilidad de relaciones contractuales entre cónyuges ha de analizarse en relación con las normas de su estatuto personal y patrimonial". Añadiendo que, "en el ámbito de las relaciones personales, la plena capacidad de los cónyuges y el principio de igualdad desecha hoy cualquier obstáculo a las relaciones patrimoniales entre los mismos. En el ámbito de las relaciones patrimoniales, la viabilidad de cada contrato ha de enjuiciarse en el juego de las normas de cada tipo de régimen económico, pues cuanto más extenso e intenso sea un régimen de comunidad, más problemáticas serán las relaciones contractuales".

204 Tal y como se ha señalado en epígrafes anteriores, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., "Conflictos...", op. cit., pág. 774, defiende que "El contrayente que fuere titular de acciones o participaciones sociales con carácter previo a la entrada en vigor del régimen de gananciales conservará la titularidad de las mismas una vez vigente ésta (art. 1346.1 CC), que seguirán perteneciéndole con carácter privativo. El hecho de que la celebración del matrimonio no cambie automáticamente la titularidad de las mismas no significa que éstas no pueden ser gananciales. Si tal fuere su voluntad podrá aportar dichas acciones o participaciones desde su patrimonio privativo al patrimonio ganancial (art. 1323 CC), bien sea a título gratuito u oneroso, en cuyo caso habrá una contraprestación actual o futura desde el patrimonio ganancial en favor del cónyuge aportante".

205 La DGRN contempla en una serie de resoluciones la posibilidad de que de que se le atribuya carácter privativo a bienes gananciales, habiendo existido una evolución en materia relativa a la causa de las atribuciones.

Por ejemplo, la RDGRN de 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153) señala que si el propio artículo 1323 CC permite el trasvase patrimonial de un bien ganancial al patrimonio de uno de los cónyuges por donación, permuta, venta... se tiene que admitir de igual manera, que en caso de adquisición de un bien de un tercero, los cónyuges puedan decidir que éste entre directamente en el patrimonio de uno de ellos, aunque no se haya probado la privatividad de la contraprestación. Pero puntualiza que esto se podrá hacer siempre que el negocio conyugal atributivo se pudiera llevar a cabo sin que tuviese que operar el principio de subrogación real, que diera lugar al correspondiente derecho de reembolso (y que tampoco dicho negocio atributivo se confundiera con la confesión del artículo 1324 CC). En el caso concreto que resuelve esta resolución, los cónyuges conferían carácter privativo a parte de un bien que adquirirían, señalando que esto era por una modificación parcial de su régimen de gananciales. La Dirección General establecía que en este caso no se podía rechazar la no inscripción del bien por no acreditar de forma fehaciente la privatividad de la contraprestación, pero que no se podía admitir hasta que no conste el negocio jurídico de atribución y el régimen jurídico al que queda sometido.

En esta misma línea, la RDGRN de 21 enero 1991 (RJ 1991\592) establece que los cónyuges pueden atribuir el carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos, y siempre que el desplazamiento causado aparezca causalizado. Se entiende por desplazamiento causalizado a la situación jurídica que autoriza al adjudicatario a recibir el desplazamiento patrimonial. En materia matrimonial esos desplazamientos o atribuciones de ganancialidad pueden tener una causa onerosa o gratuita, y también admite la jurisprudencia que se trate de actos de "comunicación de bienes".

En esta Resolución lo que ocurrió fue que, el marido, que había adquirido dos fincas para su sociedad de gananciales, dona, con el consentimiento del otro cónyuge, a su hija la nuda propiedad, «reservándose para sí el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo con su esposa». El Registrador de la Propiedad inscribe la donación y según informe en el acta de inscripción aparece que «la donataria inscribe su título de donación de la nuda propiedad, denegándose la inscripción de carácter sucesivo del usufructo que se reservan los esposos donantes, ya que siendo las fincas sobre las que recae la nuda propiedad donada de carácter ganancial. Ese mismo carácter ganancial seguirá teniendo el usufructo que, sin más, excluyen de la donación

sometidos al régimen de gananciales, desvirtuando de esta manera la presunción del artículo 1361 CC.

Tras la reforma operada por la Ley 11/1981, 13 de mayo de 1981, se establece en el artículo 1324²⁰⁶ que: *“Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”*²⁰⁷. La confesión no es una manera de atribuir el carácter privativo a un bien, sino que sirve para probar tal carácter (importante matiz a tener en cuenta). La esencia de la confesión no es otra que la de perjudicar al confesante, ya que debido a su confesión, el bien no podrá ser considerado ganancial, ni tampoco privativo del que así lo declara²⁰⁸. En las relaciones entre esposos, la confesión de

y se lo reservan». La Dirección General por medio de esta resolución reitera su doctrina de que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento aparezca causalizado. Entiende que en este caso estamos en presencia de una donación inter vivos pues hay intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del donante.

En relación con la idea de que el desplazamiento patrimonial esté causalizado, es necesario hacer mención a la RDGRN de 14 mayo 2003 (RJ 2003\4939) ya que después de haber elaborado –y mantenido durante muchos años- la teoría de la necesidad de expresar una causa para atribuir carácter ganancial a un bien privativo, ahora, la Dirección, como en otros casos recientes, da un giro de ciento ochenta grados y cambia de criterio. Según esta Resolución, el cambio de naturaleza del bien no necesita expresión de causa, porque –palabras textuales- la misma causa que justifica los cambios que pueden realizarse en capitulaciones matrimoniales puede sobreentenderse en esta clase de negocios *“sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio”*.

206 HERRERO GARCÍA M^a.J., " Artículo 1324", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 599 a 602, hace una serie de precisiones en relación con este artículo y aclara que el autor de la declaración confesoria debe ser uno de los cónyuges, siendo el confesante aquel que se vea perjudicado por la confesión, puesto que el fundamento de la eficacia es que se trata de una declaración contraria al interés de su autor. Para que la confesión pueda producir efecto, debe efectuarse constante el matrimonio, entendiéndose comprendidos dentro de éste los supuestos de separación o disolución (pero sin liquidar la sociedad). Por lo que a los requisitos formales se refiere, la confesión podrá ser judicial, extra judicial, inter vivos o mortis causa.

En lo relativo a la eficacia de dicha confesión, el artículo 1324 CC reconoce a la confesión ser prueba bastante entre cónyuges y sus herederos no legitimarios a los que vinculan los actos propios de su causante.

207 En el ámbito hipotecario este precepto se complementa o desarrolla por el art. 95 del Rh, en sus apartados 4 a 6.

208 Sobre la confesión de privatividad puede verse la STS de 18 julio 1994 (RJ 1994\6447), la STS de 26 septiembre 1996 (RJ 1996\6657), la STS de 25 septiembre 2001 (RJ 2001\8152), STS de 29 noviembre 2006 (RJ 2006\10030), entre otras muchas.

Son muchas también las RR. de la DGRN que se han ocupado sobre la materia: Así, por ejemplo, la RDGRN de 8 junio 2012 (BOE 12-7-2012), RDGRN de 14 abril 2013 (BOE-5-2013), RDGRN de 8 octubre 2014 (BOE 7-11-2014) entre otras muchas.

La RDGRN de 8 junio 2012 (BOE 12-7-2012) concretando la naturaleza de la confesión de privatividad, establece los requisitos que han de cumplirse al señalar que se trata de un negocio de fijación de la verdadera naturaleza de un bien, cuando existe incertidumbre sobre su pertenencia a una determinada masa patrimonial. Respecto a los cónyuges, la confesión de privatividad se presenta como un medio de prueba muy práctico para poder acreditar que la adquisición del bien se realizó con el patrimonio privativo del cónyuge del confesante. Mediante esta confesión se destruyen las presunciones de los artículos 1361 y 1441 CC, creándose una presunción de privatividad que puede ser a su vez destruida por una prueba fehaciente y suficiente de ganancialidad, o de la privatividad del cónyuge confesante. Pero para producir

privatividad es suficiente para probar que un bien en concreto es privativo del cónyuge no confesante²⁰⁹

B) El posible juego a contrario del art. 1355 del CC

El artículo 1355 CC dispone *“Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que se la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. - Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”*.

Se podría llegar a la conclusión que en virtud del principio de autonomía de la voluntad reconocido en el ámbito de la sociedad de gananciales y por la aplicación inversa del artículo 1355 CC, los cónyuges de común acuerdo tendrían la facultad de decidir al tiempo de su adquisición que un bien ganancial fuera privativo²¹⁰. LACRUZ BERDEJO²¹¹ considera que el artículo 1355.1º es susceptible de ser interpretado en sentido contrario, siendo válido el

estos efectos debe reunir los siguientes requisitos: *“a) Que se trate de una declaración de conocimiento del confesante sobre hechos personales suyos. b) Que sobre el bien que se reconoce privativo del otro cónyuge exista incertidumbre acerca de su naturaleza jurídica, de forma que no surtirá efecto la confesión si el bien tiene una naturaleza ganancial o privativa claramente definida. c) La confesión puede referirse al título de adquisición, al precio o a la contraprestación, y de manera especial es preciso que la confesión se realice durante la vigencia del matrimonio y por tanto, del régimen ganancial. Realizada por cualquiera de quienes fueron los cónyuges una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que otorga la LEC, los cuales son limitados ya que según dicha Ley: la confesión sólo tendrá fuerza probatoria si no ha sido desvirtuada por otras pruebas”*.

209 En cuanto al valor probatorio de la confesión, una Resolución de la DGRN de 29 febrero 2012 (RJ 2012\5968) reconoce el valor probatorio entre los cónyuges de las manifestaciones que éstos hagan para establecer que determinados bienes son propios de uno de ellos, pero con la excepción de que dichas manifestaciones no perjudicarán a los herederos forzosos del confesante. Si el confesante fallece, sus herederos (legitimarios), no se van a quedar afectados por tal manifestación, salvo que corroboren la confesión de su causante. De no corroborar, los herederos legitimarios, sólo van a quedar afectados en la parte de la herencia que excediera de la legítima y para impugnar la confesión de su padre, tendrían que acreditar que tal confesión afecta a sus derechos legitimarios, y para que esta impugnación prosperara, se tendría que hacer la partición hereditaria para determinar si realmente la confesión perjudica a la legítima, recordando que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido *“ope legis”*, sino que se produce por la petición de quien esté legitimado por ser heredero forzoso y por el concurso del dato de hecho de la comprobada inoficiosidad de la disposición.

A colación de lo expuesto, hacer alusión a la STS de 15 enero 2020 (JUR 2020\23087) que declara que independientemente de cómo debería haberse otorgado la escritura de préstamo hipotecario, es decir, si podía haberse hecho únicamente por la esposa. Lo que no es objeto de discusión es ni la declaración de ganancialidad en la escritura, ni la intervención por la esposa en la misma puede considerarse prueba del carácter ganancial del inmueble a efectos de desvirtuar el reconocimiento expreso de privatividad efectuado por el marido.

210 Repetimos lo dicho por MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *“Conflictos...”*, op. cit., pág. 774, cuando señala que *“Esa aportación sobrevenida es distinta de la aportación originaria del artículo 1355 del Código Civil, por el que en el mismo momento de la adquisición en principio privativa según las normas legales, el cónyuge adquirente determina, con el consentimiento de su consorte, que dichas acciones o participaciones tengan ab initio naturaleza ganancial. Y ello sin necesidad de expresar la causa de dicha atribución y siempre sin perjuicio de los reembolsos que en su caso procedan”*.

211 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 446.

acuerdo de los esposos para otorgar la condición de privativo a un bien que por aplicación de la regla general del artículo 1347.3 CC debería ingresar en la masa común por haber sido adquirido, constante la sociedad, a costa de otro común o por inversión de caudales comunes, por entrar dentro de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Como ejemplo de interpretación a sensu contrario del artículo 1355 CC encontramos la RDGRN de 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153)²¹² la cual estimó que es posible atribuir carácter privativo a un bien adquirido y que esa atribución tenga eficacia erga omnes, siempre que conste la causa del negocio de atribución, así como el régimen jurídico al que queda sujeto.

Sin embargo, la posibilidad de aplicar el art. 1355 a la inversa encuentra gran oposición. RAMS ALBESA²¹³ se muestra contrario a ello, ya que supondría que los cónyuges libremente en juego de su reconocida autonomía de la voluntad, podrían transferirse con causa lucrativa gananciales para sus respectivas

212 Esta RDGRN de 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153) trata sobre la compra de un inmueble de una finca por unos cónyuges pactando que el 40% tenga carácter ganancial y el 60% carácter privativo, adquiriendo esta última proporción con el caudal común. En escritura complementaria dan a esa atribución privativa el carácter, y solo en cuanto a ese bien, de contrato capitular. El registrador deniega la inscripción por entender que debe acreditarse el carácter privativo del dinero. La Dirección General entiende que debe admitirse que los cónyuges con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y «erga omnes» en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3.º del Código Civil) como por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc.

Dispone el fundamento de derecho tercero de dicha Resolución que, “las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de los acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubiere tratado de eludir. Por otra, no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981\1151 y ApNDL 1975-85, 2354), de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1323 del Código Civil, respecto del cual, el artículo 1355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) que posibilita a estos, para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta -vid resolución de 2 de febrero de 1983 (RJ 1983\1088) permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1255, 1261 del Código Civil), así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y «erga omnes» en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confusión de privatividad, pues la virtualidad de esta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1324 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (vid artículo 1234 del Código Civil)”.

213 RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 190 y ss.

masas privativas y esto con efecto erga omnes: *“Sólo cabe la posibilidad de adquirir onerosamente un bien privativo cuando juega el principio de subrogación real, la confesión de privatividad o cuando la sociedad de gananciales reembolsa anticipadamente a un cónyuge el crédito de que éste sea titular”*.

De la misma opinión es PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²¹⁴ que señala que el Código sólo prevé expresamente el pacto por el que los cónyuges atribuyen la condición de ganancialidad a bienes que habían de ser privativos, por lo que el reconocimiento y admisión de la aplicación inversa del artículo 1355 CC podría encontrar obstáculos, como, por ejemplo, entender que se pretendiera perjudicar a los acreedores, ya que éstos en virtud del artículo 1373 CC pueden perseguir los bienes de la sociedad, sin embargo, los acreedores de la sociedad no pueden perseguir los bienes privativos que no pertenezcan al cónyuge deudor.

La sociedad de gananciales tiende a la ganancialidad de los bienes, tal y como se recoge en la gran mayoría de artículos que la regulan en el Código civil (la presunción de ganancialidad del artículo 1361, el conferir el carácter ganancial un bien del artículo 1355, los propios artículos 1344 y ss). Algo puntual sería que en un momento concreto se pueda atribuir el carácter privativo a un determinado bien, ya sea porque realmente se haya adquirido con los fondos propios de uno de ellos o porque simplemente así lo deseen por alguna circunstancia.

No hay que olvidar que, la sociedad de gananciales crea una comunidad de bienes entre los esposos con la que se han de satisfacer todas las cargas y obligaciones de la familia. Es una comunidad donde se quiere que todo sea común y que los esposos sean socios de la misma a partes iguales. Este régimen ganancial deja un amplio campo de actuación a los cónyuges, los cuales pueden hacer las matizaciones y modificaciones del régimen que deseen y tengan por conveniente, pero sin perder la perspectiva de que si se declara el carácter privativo de muchos bienes que serían gananciales, se pierde la esencia misma de la sociedad de gananciales.

El Código Civil permite que se reconozcan como privativos de cada esposo determinados bienes y derechos que así lo son; así se establece en el artículo 1324 CC, pero al mismo tiempo el propio Código pone limitaciones a esa confesión, al decir que no afectará ni a los herederos forzosos, como tampoco a los acreedores, ni de la comunidad, ni de cada uno de los cónyuges. ¿Por qué dice esto? La explicación es sencilla.

Respecto a los herederos voluntarios, la confesión sí que producirá todos sus efectos, porque como aclara RAMS ALBESA²¹⁵, *“ellos no pueden pretender que se incluyan en la masa hereditaria del confesante ni los bienes confesados, ni los que por subrogación lo hayan sustituido”*. En cuanto a los herederos

214 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, P., "Artículo 1355", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 667 a 669.

215 RAMS ALBESA, J., MORENO FLÓREZ, R.M., RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *Apuntes de economía del matrimonio y derecho de sucesiones*, 2ª edic. revisada y actualizada por MORENO FLÓREZ, R.Mª., Dykinson, Madrid, 2016, pág. 43.

forzosos, a los que el artículo 1324 CC contempla como excepción al disponer en “*no perjuicio*”, explica RAMS ALBESA que se refiere a la “*consideración de la confesión frente a ellos como una donación, con la consiguiente aplicabilidad del artículo 654 CC; es decir, que se considerará dentro de la masa hereditaria del confesante, al menos contablemente y acaso realmente, la participación que el bien confesado o subrogado le correspondiere*”.

En relación con la excepción de los acreedores, RAMS ALBESA²¹⁶ señala que “*a pesar del laconismo del artículo 1324, habrá que entender que se refiere a los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la confesión y que cualquier impugnación del acreedor se detendrá ante el tercero hipotecario; se detiene la impugnación por fraude ante el adquirente del donatario, a menos que sea cómplice en el fraude*”.

La DGRN se muestra conforme con la posibilidad de que se atribuya a un bien ganancial el carácter privativo, como así manifestó en la RDGRN de 21 enero 1991 (RJ 1991\592) al señalar que los cónyuges pueden atribuir el carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos, y siempre que el desplazamiento causado aparezca causalizado.

Antes de dar por concluido el epígrafe, hacer mención a la RDGSJFP de 12 junio 2020 (BOE 31-7-2020), en virtud de la cual se señala que frente al principio general de que sólo se admitían los pactos de atribución de ganancialidad ex art. 1355 CC, actualmente también se admiten los pactos o acuerdos de los cónyuges para atribuir carácter privativo a un bien ab initio, a pesar de no darse un supuesto de subrogación real, ni acreditarse mediante prueba documental pública el carácter privativo del precio (art. 95 RH), y sin que tal privatividad pueda resultar de la mera confesión del otro cónyuge. Sin embargo, se podría entender que dicho acuerdo debería estar sujeto a los mismos límites que los derivados de la confesión frente a acreedores y legitimación.

1.2.3. Acciones y participaciones gananciales

El artículo 1347 del Código civil recoge la enumeración de todos aquellos bienes que se consideran gananciales.

De la regulación recogida por el Código Civil sobre qué bienes deben considerarse gananciales, se desprende que dicha enumeración se encuentra presidida por el principio de protección de la familia.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²¹⁷ explica que “*el término gananciales tiene en nuestra doctrina tradicional, en la jurisprudencia y en las leyes dos significados: 1.º Gananciales son los bienes concretos que integran el activo de patrimonio*

216 RAMS ALBESA, J., MORENO FLÓREZ, R.M., RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *op. cit.*, pág. 43.

217 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1347”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 646.

ganancial y que están sujetos, por tanto, al régimen de gestión y de responsabilidad que rige en este especial patrimonio; en este sentido se emplea el término gananciales o simplemente gananciales en los artículos 1347 y ss. 2.º Gananciales son las ganancias o beneficios que resultan de la sociedad una vez pagadas las deudas, y que tienen concreción tras la disolución con la liquidación: en este sentido es tradicional decir que no hay gananciales sino en el residuo (o lo que queda después de pagadas las deudas comunes) y es un concepto presente en los arts. 1344, 1371, 1379 y 1440”.

1.2.3.1. Acciones y participaciones obtenidas por el trabajo de cualquiera de los cónyuges (art. 1347.1º CC). La posible remuneración de administradores sociales con acciones o participaciones

Comienza diciendo el artículo 1347: “*Son bienes gananciales: 1º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges*”.

Por “trabajo” de cualquiera de los esposos hay que entender cualquier actividad que produzca ingresos (incluyendo la actividad creativa o intelectual). Hay que entender este concepto en sentido amplio, englobando cualquier actividad intelectual o física, temporal o indefinida, por cuenta ajena o propia, dirigida a obtener una remuneración o una ganancia patrimonial, ya sea proporcional o no al trabajo realizado²¹⁸.

MEDINA SÁNCHEZ²¹⁹ señala que el hecho de que el concepto “trabajo” no esté perfectamente delimitado, hace que se produzcan dudas acerca del carácter que deben tener los rendimientos derivados del trabajo cuando uno de los cónyuges tiene un empleo que está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos, como, por ejemplo, estancos, administraciones de loterías, farmacias, taxi... o responde a condiciones o habilidades profesionales que según el artículo 1346 CC, se deberían considerar privativos por el hecho de ser personalísimos.

La STS de 20 noviembre 2000 (RJ 2000\9346), declara que, independientemente de que pudiéramos estar ante bienes privativos por su vinculación a los derechos de la personalidad, se consideran gananciales cuando se traducen en actividad por la que se generan retribuciones. Por mucho que el origen se derive de las cualidades, dones, aptitudes de uno de los esposos, en el momento en el que esa actividad genera una compensación, ésta se convierte en ganancial. Dispone esta Sentencia que la capacidad de cada cónyuge y sus cualidades personales son inherentes a su personalidad, pero eso no impide, que los ingresos que se generen gracias a estas sean gananciales. El TS distingue entre el local de negocio y el negocio en sí, declarando que el negocio de óptica ejercido por uno de los esposos pero constituido vigente la sociedad ganancial es ganancial, mientras que el local

218 Las propinas se consideran tan gananciales como el mismo sueldo.

219 MEDINA SÁNCHEZ, R.M., “Bienes gananciales”, en *Comunidad de gananciales, cuestiones prácticas y actuales*, edit. Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 98.

adquirido a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad es privativo. Es semejante el supuesto que resuelve la STS de 26 marzo 2001 (RJ 2001\6636), la cual expone que *“no cabe reducir el concepto de negocio a establecimiento mercantil, ni confundir el negocio con la cualidad personal o condición profesional de una persona. Y obviamente deben ser considerados como bienes gananciales los rendimientos de todo tipo que por el trabajo u ocupación, como por prestaciones o bienes de la persona, se obtengan durante la vigencia de la sociedad, y lógicamente se comprenden los incrementos económicos que se producen en los resultados patrimoniales como consecuencia del prestigio, valía y dedicación de la actividad profesional”*.

Explica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²²⁰ que *“son, con carácter primario, bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges (art. 1347.1º). Están comprendidos en el precepto: los mismos bienes obtenidos o producidos directamente por los cónyuges (con las excepciones que resultan del art. 1346.5º,7º,8º). Las retribuciones recibidas de otro por los servicios y trabajos prestados y tanto si se hacen en cumplimiento de un contrato como si se entregan como donación remuneratoria o legado remuneratorio. Los beneficios de cualquier tipo causados por la propia actividad; así, los que resultan de las reglas de la accesión en favor del que edifica, planta o siembra (art. 361) o de las reglas de la especificación (art. 383), en cuanto unos y otros sean imputables a la actividad o a la industria de uno de los cónyuges”*. Añade este autor que *“el art. 1347.1º se completa y se amplía con lo que dispone el art. 1351: Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales. Presentes ambos preceptos, procede una interpretación amplia de la expresión bienes obtenidos por la industria”*. Sigue diciendo este autor, que *“debe entenderse por industria no sólo la actividad que tiene por finalidad la elaboración de bienes sino también la habilidad o destreza (tener vista) para, con más o menos trabajo, procurarlos (incluida la actividad comercial). Son, pues, gananciales los bienes obtenidos en los diferentes casos de adquisición (o premio) por ocupación, descubrimiento de tesoro, hallazgo de cosas perdidas, invención (patentes), ejercicio del ius usus inocuo”*.

Para RAGEL SÁNCHEZ²²¹ la regla contenida en el párrafo primero del artículo 1347 CC se asemeja al usufructo, en el sentido de que la sociedad de gananciales tiene un usufructo sobre los bienes privativos y las actividades económicas de los cónyuges.

Obviamente no es un auténtico derecho de real de usufructo, pero sí que se encuentran semejanzas teniendo en cuenta cómo está diseñado el funcionamiento de la sociedad de gananciales.

Eso sí, en el caso de la sociedad de gananciales ésta hace suyos las rentas, frutos y productos que generen tanto los bienes privativos como gananciales

220 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1347”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 646.

221 RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Capítulo 23: La sociedad de gananciales (2)”, *op. cit.*, págs. 795 y 796.

constante la misma, pero a cambio tiene que hacerse cargo de los gastos ordinarios que generen dichos bienes.

Para poder determinar el carácter de los rendimientos, sueldos, frutos y demás, apunta RAGEL SÁNCHEZ que será preciso atender al momento de realización de la actividad que los genera²²². Para declarar la ganancialidad será requisito indispensable que la actividad generadora de los frutos, productos, bienes... se haya producido durante la vigencia de la sociedad de gananciales. No hay que atender al momento en el que se producen los ingresos, sino al momento en el que se realizó la actividad. Es decir, si la actividad productora del ingreso tiene lugar antes de la vigencia del régimen ganancial, pero el ingreso se produce una vez vigente ésta, lo que tendrá el cónyuge será un crédito privativo que se convertirá en dinero suyo propio una vez que cobre la deuda. Lo mismo ocurre en el caso contrario, si la actividad generadora del ingreso se realiza durante la vigencia de la sociedad de gananciales, pero el ingreso se produce con posterioridad una vez desaparecida ésta, la sociedad de gananciales tendrá un crédito que se transformará en dinero una vez percibida la cantidad adeudada.

Como se expone en líneas anteriores, los ingresos y retribuciones adquiridas por el cónyuge casado en gananciales son gananciales como consecuencia directa del artículo 1347.1º del CC.

Dentro de “cantidades percibidas”, quedan comprendidas tanto las que tengan su origen en la relación laboral, o por prestación de servicios profesionales, sean fijos o variables, así en el caso de remuneración vinculada a la consecución de unos objetivos²²³.

222 En la STS de 26 junio 2007 (RJ 2007\3448) se discute el carácter de la indemnización por despido obtenida por el marido (casado en régimen de gananciales) poco antes de la sentencia de separación. Declara esta Sentencia que *“el resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (sentencias de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (sentencia de 20 diciembre 2003)”*. Asimismo añade que, *“es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que, en este caso, se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar que la indemnización percibida por D. José adquirió la condición de bien ganancial, puesto que se ha obtenido aun vigente la sociedad de gananciales, que se disolvió pocos meses después de haberse cobrado, y es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor, que, además, debe calcularse según los parámetros referidos al salario percibido hasta aquel momento por el trabajador y no se pierde por la obtención de un trabajo posterior a la sentencia que la reconoce. En suma, que estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales”*.

223 La STS de 25 octubre 2001 (RJ 2001\8673) se refiere a un caso en el que dos socios constituyen una sociedad civil llamada Comunidad de Bienes a nombre de la que adquieren una serie de inmuebles pero con capital procedente de las sociedades de gananciales de

En cuanto a la naturaleza de las “*stock options*”, éstas se presentan como una forma de retribución al personal de alta dirección de una sociedad o a trabajadores, que suele consistir en la opción a adquirir de acciones o participaciones de la empresa en unas condiciones determinadas, que cuando resulta inferior al precio de mercado tendrá el optante interés en hacerlo efectivo. Estas acciones o participaciones adquiridas por uno de los cónyuges casado en régimen ganancial, aunque suponga una forma especial de retribución, no dejan de ser salario, una manera de pagar los servicios que el mismo presta a la sociedad, de donde se deriva el carácter ganancial de éstas. Si para la adquisición de las acciones o participaciones se emplea dinero ganancial no se plantea duda alguna, las acciones adquiridas serán gananciales. Si por el contrario, la adquisición de dichas acciones o participaciones se hace con dinero privativo, se entiende que el derecho por el cual se pueden adquirir esas acciones o participaciones al ser ganancial resulta de aplicación el artículo 1347.4º CC, por lo que las acciones o participaciones serán gananciales sin perjuicio de dar lugar a un derecho de reembolso, pero no serán de aplicación las reglas contenidas en los artículos 1346.3ºCC²²⁴.

En aquellos en los que un cónyuge casado en régimen de gananciales sea administrador de una sociedad, es posible que el desempeño de su función sea remunerada. La LSC establece que el desempleo del cargo de administrador es gratuito, pero permite que los estatutos sociales fijen una remuneración. Esta remuneración de los administradores de las sociedades de capital viene recogida en la LSC en los artículos: 217 -"Remuneración de los

ambos socios. Declara expresamente la Sentencia que *“han de entenderse que tienen carácter gananciales, preceptos que en forma alguna pueden considerarse, al otorgar el carácter ganancial a aquellos bienes inmuebles adquiridos de forma onerosa durante el matrimonio por los maridos litigantes, ya que la adjudicación de los mismos por la Cooperativa se hace en pago de la aportación que los socios adjudicatarios han hecho o realizarán a la Cooperativa; aportaciones que no se ha acreditado sean del dominio exclusivo de cada uno de los cónyuges, sino producto de su actividad profesional (art. 1347. 1º, del Código Civil), aunque la lleven a cabo en régimen sociedad privada, por lo que su condición de ganancial resulta patente. Por otra lado parece absurda la pretensión de la parte recurrente (por estar fuera de lo discutido en el litigio), de atribuir ese mismo carácter a la sociedad privada sin personalidad, cuando se constituye por dos profesionales para el ejercicio de su actividad profesional, conformando el conjunto de su activo y pasivo, una especie de patrimonio separado, no sólo de la sociedad de gananciales, sino de los que constituyan los bienes privativos, si los tienen, de los dos socios, debiendo de tenerse en cuenta los preceptos que se citan, cuando liquide la sociedad privada o comunidad en ejecución de sentencia y se hagan las adjudicaciones o se distribuyan las ganancias cuestiones estas ajenas al período declarativo del pleito”*.

224 MARIÑO PARDO, F., “Bienes gananciales y privativos (13)”, en *Iuris Prudente*, 6 febrero 2016) hace alusión a las stock options definiéndolas como una *“forma retributiva que inicialmente era una forma de pago para altos directivos, si bien su utilización se encuentra hoy más extendida, en la que el trabajador adquiere un derecho de opción de futuro sobre acciones de la sociedad, por un precio previamente determinado, consistiendo la posible ganancia en el incremento de valor de mercado de las acciones en relación con el precio de la opción. La jurisprudencia opta por el carácter ganancial de las stock options percibidas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por su naturaleza salarial, y ello aunque la opción se ejercite tras la extinción de la sociedad de gananciales, aunque en tal caso deberá descontarse de lo obtenido el precio de la opción que pudo haberse satisfecho con dinero privativo”*.

Por otro lado, como sentencias relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales con stock options de alguno de los cónyuges, podemos citar las siguientes: SAP Navarra (Secc. 2ª) de 23 junio 2011 (JUR 2012\92596), SAP Madrid (Secc. 22ª) de 31 marzo 2015 (JUR 2015\178488), SAP de Coruña (Secc. 4ª) de 24 marzo 2017 (JUR 2017\103873), SAP Madrid (Secc. 22ª) de 21 julio 2017 (JUR 2017\243196).

administradores, 218 -"Remuneración mediante participación en beneficios", 219 -"Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad" y 220 -"Prestación de servicios de los administradores".

El artículo 217 LSC recogiendo la estela del antiguo artículo 66.1 LSRL de 1995²²⁵ y del artículo 130 de la LSA²²⁶, afirma que el cargo de administrador es gratuito, sin perjuicio de que en los estatutos sociales se disponga otra cosa.

Se puede criticar como antigua y desfasada esta norma que declara la gratuidad del cargo de administrador salvo pacto en contrario, ya que hoy en día el cargo de administrador en la práctica se ha convertido en un órgano profesionalizado de gestión y, por ello, requiere una retribución acorde. Los estatutos pueden establecer el sistema de retribución, no siendo necesario que éstos determinen la cuantía a recibir, siendo suficiente con que señalen el sistema y método de cálculo²²⁷.

Una vez determinado por los estatutos el sistema de retribución, corresponde a la junta general su aprobación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217.3 LSC, el cual dispone: *"El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determina otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero"*.

Los problemas más reseñables en cuanto a la retribución de los administradores son los que se plantean cuando además de realizar su cargo como administradores, llevan a cabo la realización de algún tipo de prestación de servicios para la sociedad y los relativos a cómo encuadrarlos dentro del régimen de Seguridad Social²²⁸.

225 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

226 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

227 La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introduce varias modificaciones en materia de retribución de administradores. Entre otros puntos, antes de la misma, no se decía nada acerca de los sistemas de remuneración admitidos, sin embargo, tras la reforma, se dispone que *"el sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores, que podrá consistir entre otros, en uno o en varios de los que se indican"*.

228 En cuanto a su retribución por desempeño del cargo de administrador, unido a la prestación de servicios, se puede considerar que, aparte de la remuneración prevista en los artículos 217 a 219 LSC, les correspondería otra retribución por servicios de alta dirección (art. 220 LSC), o se puede entender que el hecho de que el administrador realice algún tipo de prestación de servicios, es una gestión propia de su cargo como administrador, por lo que no tiene que recibir ninguna cuantía aparte, ya está pagada dentro de lo que cobra como administrador (no estaríamos ante ningún tipo de relación laboral y, por tanto, su retribución seguiría encuadrada perfectamente dentro de los artículos ya mencionados, que para tales casos prevé la LSC).

La LSC se ocupa especialmente de la retribución mediante la participación en los beneficios y de la retribución a través de la entrega de acciones o participaciones, pero no agota la libertad de que por medio de los estatutos se puedan fijar otros medios de pago.

- Cuando la retribución consista en la participación en "*beneficios sociales*" y la sociedad sea limitada, los estatutos tendrán que fijar el porcentaje que no podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios. En este caso, la libertad de la junta está muy limitada porque sólo tiene facultades si en los estatutos se ha fijado un porcentaje máximo y además, limitadas por ese máximo (art. 218 LSC)²²⁹. Tratándose de una sociedad anónima, la remuneración únicamente podrá ser tomada de los "beneficios líquidos" tras cubrirse la reserva legal, la estatutaria (en su caso) y de haberse reconocido a los accionistas su dividendo correspondiente. Se pretende evitar que el derecho económico de los socios a participar en los beneficios sociales se vea limitado por la retribución de los administradores.

- En cuanto a la remuneración por medio de acciones o participaciones, se suele establecer mediante una retribución fija a la que se le suele añadir un incentivo, pero esto en la práctica ha dado lugar a abusos y a actuaciones contrarias al interés social. Para esta forma de retribución la Ley exige que se prevea en los estatutos y que haya acuerdo de la junta. Las acciones o participaciones que adquiriera un cónyuge casado en régimen de gananciales como remuneración por el desempeño del cargo de administrador serán gananciales.

A pesar de la claridad del párrafo 1º del artículo 1347 CC en virtud del cual los rendimientos producidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges son gananciales, así como también lo serán los frutos que produzcan los bienes privativos de cualquiera de ellos (art. 1347.2º CC), en la práctica se dan

De las dos tesis señaladas, la Ley sigue la primera, de modo que los administradores tienen derecho a cobrar independientemente de su cargo de administrador, por los servicios que realicen y así se dispone en los artículos 14.3 y 185.4RRM).

En cuanto a cómo regular su situación dentro del régimen de la Seguridad Social, se diferencian de nuevo entre dos opciones:

- Si sus funciones son de dirección y gestión de la sociedad, se les paga por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma, no tengan el control de la sociedad, estén incluidos en el régimen general (como asimilados a trabajadores por cuenta ajena), con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial (art. 97.2 d) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).
- Y si tienen el control de la sociedad, serán trabajadores por cuenta propia o autónomos (disp. adic. 27ª LGSS).

229 El artículo 218 LSC referente a la remuneración mediante participación en beneficios, dice así: "1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales. - 2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios. - 3. En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detráida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido".

numerosos supuestos en los que no resulta tan sencillo determinar el carácter de un bien por no ser fácil su concreción, es decir, por no saber si estamos ante un fruto, un rendimiento o una plusvalía.

- Tratándose de un fruto o rendimiento del trabajo, no cabe duda de que éstos serán de carácter ganancial, sin embargo las plusvalías no siguen las mismas pautas que los anteriores.

Es preciso distinguir entre las plusvalías o incrementos de valor que se producen por el transcurso del tiempo o por su propia naturaleza sin intervención de actividad alguna de ningún cónyuge, de las que se producen como consecuencia directa de dicha actividad.

Las primeras, aquellas que se puedan producir por el paso del tiempo o por su propia naturaleza en los bienes o derechos privativos, no tienen la consideración de ganancia o beneficio que se incluya en el patrimonio común y que, por tanto, en el momento de disolución y liquidación se divida entre los esposos. Corresponderán al cónyuge al que pertenezca el bien privativo que las ha originado.

Mientras que las segundas, las que tienen su causa en la actividad o trabajo de alguno de los esposos, o se deben a la inversión de uno u otro capital, se regulan en los artículos 1359 y 1360 CC, de las que nos ocuparemos más adelante.

- Otro caso dudoso es el que plantean los fondos de inversión, que por regla general serán gananciales o privativos en función de la naturaleza ganancial o privativa de la contraprestación o aportación a los mismos. Si el fondo de inversión produce frutos o rentas durante la vigencia de la comunidad, éstos tendrán la consideración de gananciales con arreglo a lo dispuesto en el art. 1347.2º CC.

En numerosas ocasiones estos fondos funcionan de manera que la rentabilidad que producen se obtiene incrementando el valor de las participaciones en el fondo, por lo que hasta el momento de la liquidación no se perciben las ganancias, planteándose la duda de si esas ganancias que se producen y se reparten a la extinción del fondo tienen o no carácter ganancial cuando la participación en el fondo corresponda a uno solo de los cónyuges.

La solución o respuesta se puede ver desde dos perspectivas distintas:

1.- Considerar que el incremento que se ha producido, ha sido un incremento en un bien de titularidad privativa y, por tanto, no es ni fruto, ni renta, y como consecuencia no es ganancial, sino que acrece al bien privativo y sigue siendo privativo del cónyuge titular²³⁰.

230 Como regla general aplicable a los casos de acciones y participaciones sociales, se podría entender que el simple incremento de valor de los bienes privativos no se considera fruto o renta de la sociedad de gananciales, pronunciándose en este sentido la SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 26 enero 2010 (JUR 2010\91178).

2.- Considerar injusta esta solución, alegando que si la sistemática de funcionamiento del fondo de inversión fuera ir repartiendo beneficios a medida que estos se van produciendo, sí tendrían la consideración de frutos o rentas y, por tanto, serían gananciales. Se podría defender que aunque el modo de operar del fondo no sea repartir los incrementos que se vayan produciendo hasta su liquidación, que esos incrementos sí son fruto o renta y por tanto comunes.

El TS en Sentencia de 3 noviembre 2014 (RJ 2014\6863) en relación con un fondo de inversión suscrito constante la sociedad de gananciales y con cargo a capital común, en el que figuraban como titulares el matrimonio y sus hijos, declaró que *“en relación a las cuentas, depósitos o fondos de inversión, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no da un valor determinante o concluyente, por sí sola, a la titularidad bancaria de los mismos ya respecto de la condición de propietarios de los partícipes, o bien, respecto del reparto o de su distribución igualitaria, pues en ambos casos habría que estar al título material que causaliza dicha adquisición o atribución patrimonial. En el presente caso, no cabe duda, conforme a la prueba practicada y al propio reconocimiento de la demandada, acerca de la naturaleza ganancial del meritado fondo”*.

Especial importancia en materia de retribución de los administradores ha tenido la STS de 26 febrero de 2018 (RJ 2018\635), ya que la línea interpretativa introducida por el Tribunal Supremo a través de la citada Sentencia se ha separado de la tesis defendida por la doctrina jurídica mayoritaria, generando un gran revuelo y movimiento a nivel societario. Esta Sentencia a pesar de no haber creado jurisprudencia por haber sido la primera en pronunciarse de este modo al respecto, sí que ha tenido considerable repercusión por la manera en la que aborda la materia, provocando cierto impacto a nivel societario.

Desde la reforma de la Ley 31/2014 hasta la promulgación de la Sentencia, se ha venido defendiendo la teoría de que las funciones propias y únicas del cargo de consejero eran de control, supervisión, y estrategia general. Como consecuencia de esto, se venía requiriendo y demandando una interpretación de la exigencia legal de aprobación por la junta general – art. 217.3 LSC- que excluye a los consejeros delegados o ejecutivos del ámbito de aplicación subjetivo.

Se precisaba una interpretación aislada de los apartados 3 y 4 del artículo 249 LSC respecto del artículo 217 LSC y siguientes.

El artículo 249 LSC en sus apartados 3 y 4 declara que: *“3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad [...].*

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas [...]. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.”

Por su parte, el artículo 217 LSC establece la gratuidad del cargo de administrador siempre y cuando no se disponga otra cosa en los estatutos, al mismo tiempo que incluye los conceptos retributivos que podrán incluirse en éstos para configurar el sistema retributivo de los administradores. Lo que ocurre es que el legislador en la redacción de este artículo introdujo la expresión de “*en su condición de tales*”.

Dicha expresión entraña problemas interpretativos, ya que no se sabe si con la misma se pretende hacer alusión únicamente a funciones deliberativas, ejecutivas o a ambas a la vez. En conclusión, la amplitud que se otorgue a dicha expresión determinará si hay que incluir los importes retributivos devengados por funciones ejecutivas en el máximo anual. Influyendo también la interpretación que se otorgue a la mencionada expresión en la retribución de los consejeros (delegados o ejecutivos) a la que se refiere el artículo 249 LSC, para saber si se deberán incluir o no en el máximo anual al que se refiere el párrafo 3º del artículo 217 LSC.

La Sentencia de 26 febrero 2018 (RJ 2018\635) entendió que el artículo 217.3 LSC en su aplicación subjetiva abarcaba tanto a los consejeros deliberativos, como a los delegados o ejecutivos, así como que lo dispuesto en los preceptos 217 y 249 LSC debía interpretarse de manera conjunta²³¹.

231 La STS de 26 febrero 2018 (RJ 2018\635) se basa fundamentalmente en:

- La no discriminación entre consejeros al declarar que “[...] *este precepto exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, cuestión objeto de este recurso, para todo cargo de administrador, y no exclusivamente para una categoría de ellos.*”

- *La condición de administrador es deliberativa y ejecutiva. Según esta Sentencia, con la expresión del artículo 217 LSC de “en su condición de tales”, se está refiriendo al administrador en el ejercicio de funciones tanto deliberativas como ejecutivas. “Si algunos miembros del consejo de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, porque solo en calidad de tales pueden recibir la delegación del consejo”.*

Entiende la citada Sentencia, que las funciones delegadas corresponden a los consejeros delegantes porque únicamente se puede delegar una competencia que se detente. “Que la ley permita la delegación de algunas de estas facultades [...] no excluye que se trate de facultades inherentes al cargo de administrador. Pueden ser delegadas justamente porque se trata de funciones propias de los administradores delegantes, inherentes a su condición de tal. Nemo dat quod non habet [nadie da lo que no tiene]”.

- Los conceptos retributivos recogidos en el párrafo 2º del artículo 217 LSC se utilizan en la práctica para determinar las remuneraciones de los consejeros delegados así como de los ejecutivos. “[...] *la mayoría de los conceptos retributivos del sistema de remuneración que establece el art. 217.2 son los propios de estos consejeros delegados o ejecutivos*”.

Es por ello, por lo que carece de razón de ser que el párrafo 2º del artículo 217 LSC se refiera exclusivamente a consejeros deliberantes.

- Asimismo entiende la Sentencia que, los artículos 217, 218 y 219 LSC deben tener el mismo ámbito de aplicación, siendo ilógico que el 217 no sea de aplicación a los consejeros delegados y ejecutivos, y que por el contrario los artículos 218 y 219 sí lo sean. “*Es contradictorio que se afirme que un precepto, el art. 217.2 TRSLC, no es aplicable a los consejeros delegados o ejecutivos, pero que sí lo son los preceptos legales que desarrollan algunas de sus previsiones, como son los arts. 218 y 219 TRLSC, que reiteran la exigencia de reserva estatutaria contenida en el art. 217 TRLSC*”.

La propia Sentencia expresamente establece que el modo de retribución de los administradores se configura en tres niveles distintos: el primer nivel lo forman los estatutos sociales, el segundo los acuerdos de la junta general, y el tercero las decisiones de los administradores.

1.2.3.2. Los acciones y participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. El principio de subrogación real (art. 1347.3º CC)

Señala el art. 1347 que *“Son bienes gananciales: ... 3º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”*.

La regla contenida en este precepto establece que los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común serán gananciales, independientemente de que la adquisición sea para la comunidad o para uno solo de los esposos.

De nuevo se recoge en este precepto el principio de subrogación real. El nuevo bien sustituye en el activo de la sociedad de gananciales al bien ganancial que se utilizó para adquirirlo. El bien adquirido se posiciona en el lugar que tenía el anterior, manteniendo la misma condición y régimen que el bien enajenado/sustituido. Los bienes adquiridos adoptan el carácter en función de los bienes empleados para su adquisición, ya sea dinero efectivo u otros bienes.

Esta adquisición/sustitución puede haberse realizado mediante: compraventa, permuta, aportación a una sociedad, en general, por contrato traslativo oneroso con fondos gananciales²³².

- Para esta Sentencia, los estatutos han de tener dos funciones básicas, como es la de determinar la gratuidad o en su caso la retribución del cargo de administrador; y por otro lado, en caso de optarse por la remuneración, los estatutos deberán aclarar qué conceptos retributivos del párrafo 2º del artículo 217 LSC componen la retribución de éstos.

- Será la junta general la encargada de aprobar mediante acuerdo el importe máximo de remuneración anual de todos los administradores: tanto el de los meros consejeros como el de los consejeros delegados o ejecutivos. El máximo establecido permanecerá vigente mientras la Junta General no lo modifique.

- Salvo acuerdo contrario de la junta general, los administradores decidirán el reparto del importe máximo de la remuneración anual. Asimismo, los propios administradores deberán aprobar los contratos de consejeros delegados y ejecutivos, cuya remuneración se incluye en el importe máximo.

Si bien la Sentencia no crea jurisprudencia, al ser la primera resolución en esta línea interpretativa, la taxatividad de ésta y sus posibles repercusiones —a nivel fiscal, principalmente,—han generado un gran movimiento a nivel societario. De hecho, son pocas las sociedades que no han revisado (i) el sistema retributivo estatutario y contractual de sus administradores y (ii) el importe máximo anual aprobado por la Junta General.

232 Respecto a la naturaleza de la subrogación real la RDGRN de 18 diciembre 2013 (BOE 3 – 2-2014), se pronunció declarando que la misma no tiene como finalidad modificar el carácter o la condición jurídica de un bien, sino que lo que pretende es someter a un nuevo bien a la afectación o a la obligación de restituir a que estaba sujeto el antiguo bien al que aquél sustituye. Es por lo que actúa siempre la subrogación real respecto de los patrimonios especiales o separados, en los que prepondera la idea del valor económico de los bienes que los integran, pues en ellos lo que interesa es que el valor se mantenga intacto, aunque cambie la expresión material del que emana dicho valor. Al producirse la modificación, afectación o situación singular que tenía el bien que sale del patrimonio se traslada al bien que lo sustituye. Por ello, en puridad, la subrogación real tiene lugar con independencia de la voluntad de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas que la producen (sin perjuicio de que pueda

El artículo 1347.3º CC únicamente se refiere a los bienes adquiridos a costa del caudal común sin hacer mención a “*los bienes adquiridos en sustitución de los bienes gananciales*” -parafraseando al 1346.3º CC-, a lo que debemos concluir que éstos serán gananciales por “*aplicación indirecta*” de lo que señala el artículo 1346.3º CC “*Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges: [...] Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos*”. De acuerdo con esto, es lógico pensar que si los bienes que se sustituyen por otros privativos serán privativos, lo mismo ha de ocurrir con los gananciales, aunque el correspondiente precepto no diga nada al respecto²³³.

Lo que sí parece extraerse de la regla contenida en el precepto, es que son necesarios tres requisitos para que puedan considerarse gananciales los bienes²³⁴. Estos requisitos serían: que se haga la adquisición vigente la sociedad de gananciales, que se haga a título oneroso y que sea a cargo del caudal común.

Cumpléndose estas tres exigencias²³⁵ queda en un segundo plano el hecho de que se hayan adquirido los bienes por los dos cónyuges o por uno de ellos sin justificar la procedencia del dinero o de los bienes utilizados para su adquisición, así como que la adquisición se haga para la comunidad o para uno sólo de los esposos, ya que entraría en juego la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC.

La regla contenida en el apartado 3.º del artículo 1347 CC se entrelaza con la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, proclamando de esta

darse, por pacto, en casos que sean análogos a los legalmente previstos). Siguen esta misma línea las RRGRN de 25 mayo 2015 (BOE 3-7- 2015), la R. de 13 diciembre 2016 (BOE 5-1-2017) y de 10 julio 2018 (BOE 24 -7-2018), las cuales declaran que la subrogación real no supone ningún tipo de transmisión del bien o derecho a que se refiere, ni pertenece al ámbito de las relaciones del derecho en relación con el sujeto, sino con el objeto.

233 Para RÁGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.*, págs. 815 y 816, dentro de este concepto de bien en sustitución, habrá que incluir el justiprecio recibido por la expropiación o por las operaciones urbanísticas forzosas que afectan a los bienes gananciales, así como el equivalente pecuniario y no pecuniario que se entregue al acreedor en lugar del cumplimiento específico que sea de imposible cumplimiento. Quedando incluidos igualmente los resarcimientos por daños inferidos en los bienes gananciales: indemnizaciones que se reciben a consecuencia de los daños infligidos a los bienes gananciales (contractuales o extracontractuales), indemnizaciones recibidas por un contrato de seguro de daños que afecte a los bienes gananciales.

Interesante destacar que serán gananciales las ropas y objetos de uso personal de uno de los cónyuges que sean de extraordinario valor que hayan sido adquiridos con fondos gananciales, porque el artículo 1346.7º excepciona la aplicación del principio de subrogación real únicamente en caso de que esos bienes no sean de extraordinario valor. De no apreciarse ese “*extraordinario valor*” se considerarían privativos.

234 Entre otras muchas, la RDGRN. de 11 mayo 2016 (RJ 2016\3020) indica que el principio de subrogación real se aplica al régimen de gananciales (como regla general y salvo excepciones), a los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges o por uno de ellos, que tendrán carácter ganancial o privativo, igual que el dinero o contraprestación empleado, volviendo al juego de los artículos ya mencionados, 1346.4º, 1347.4º, 1352 CC. En virtud de los cuales: “*El carácter privativo o ganancial de un bien viene determinado por el origen privativo o ganancial de derecho o cuota que fundamenta la adquisición*”.

235 A ello se refieren las siguientes SSTs: de 1 junio 2006 (RJ2006\3060), de 20 junio 2008 (RJ 2008\4262) y de 28 marzo 2011 (RJ 2011\939).

manera la ganancialidad de los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges sin especificación de la titularidad del bien²³⁶.

Lo que ocurre es que al tratarse de una presunción, admite prueba en contrario, pudiendo el cónyuge que la adquirió a título oneroso y vigente la sociedad acreditar que la adquisición se hizo con su patrimonio privativo.

Para el caso de las acciones/participaciones que puedan adquirir los esposos casados en gananciales, es preciso distinguir entre sociedades de personas, (en las que la condición de socio es personal y no fungible), y sociedades de capital (donde la condición es fungible). ¿Qué supone esta distinción entre las distintas clases de sociedades? Que en las sociedades personalistas, donde “*el intuitu personae*” es la base, hay que tratar de buscar dentro de la participación lo que hay de personal y de pecuniario.

Este contenido patrimonial, denominado por ULPIANO “*emolumentum*”, es lo que sí puede transmitirse y hacerse común. Es decir, todo el valor económico que se desprenda de la participación tendrán la consideración de comunes.

Esta explicación podría resultar simplista e insatisfactoria, siendo más conveniente hablar de una doble titularidad (formal y material). Esta teoría no plantea problema alguno mientras perdura el matrimonio, sin embargo, es el momento de la disolución de éste, cuando el cónyuge no socio puede tener o querer tener derecho a alguna de las participaciones, lo que puede chocar con el régimen de transmisibilidad según el tipo de sociedad del que se trate.

Esta distinción entre titularidad formal y material no sólo es aplicable a las participaciones de las sociedades personalistas, sino también a las acciones o participaciones de las sociedades capitalistas.

La RDGRN de 20 diciembre 2019 (BOE 14-3-2020) se refiere al supuesto en que un cónyuge aporta bienes gananciales a una sociedad limitada entendiendo la Dirección General que la participación social adquirida por un cónyuge a costa del caudal común se reputa ganancial, pero no quiere decir que ambos cónyuges tengan la cualidad de socios, es decir, la condición de socio derivada de una participación social ganancial corresponde exclusivamente al cónyuge socio²³⁷.

236 La RDGRN de 30 julio 2018 (BOE 14 septiembre 2018) señala que son varios los preceptos del Código Civil de los que se deduce que en los casos de adquisición a título oneroso, el carácter privativo o ganancial de un bien resultará, más que de la naturaleza de la contraprestación, de la naturaleza privativa o ganancial del derecho que fundamenta la adquisición (así, arts. 1346 y 1347 CC en los casos de adquisición por retracto, o art. 1352 CC en los casos de adquisición de títulos sociales, que serán privativos si se suscriben como consecuencia de la previa titularidad de otros privativos), sin perjuicio, claro es, del derecho de reembolso ex art. 1358 CC. Incluso, y por “*analogía iuris*”, este criterio no solo ha de seguirse en los supuestos expresamente recogidos en preceptos legales, como los citados, sino que se debe aplicar a toda adquisición derivada del ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente (como los de tanteo u opción), e incluso a la derivada de una titularidad previa, por razón del denominado desdoblamiento de la cuota (caso de la extinción de comunidad).

237 Vid. MARIÑO PARDO, F., “¿Es posible el negocio de transmisión de la condición de socio entre cónyuges respecto de unas participaciones sociales gananciales? ¿Exige expresar su

En el plano teórico ambos cónyuges tienen la percepción de ser socios, pero no en el aspecto práctico, en el que sí se aprecian las diferencias, como por ejemplo por el art. 1384 CC “*Serán válidos los actos de administración y disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*”. De acuerdo con lo expuesto en este artículo, sólo el cónyuge titular de las acciones/participaciones estará facultado para poder realizar los actos a los que se refiere el precepto: el titular formal de la acción el socio, podrá realizar tanto actos de administración como de disposición. El titular de una participación sólo podrá realizar actos de administración sin que la titularidad formal la atribuya un poder dispositivo sobre la misma al no ser un título valor.

SERRANO GARCÍA²³⁸ lleva hasta los últimos extremos la distinción entre la titularidad de la participación y su contenido económico introduciendo un nuevo término: acciones o participaciones “privativo-comunes”. Aunque tampoco parece que con este término se avance mucho en la cuestión o que solucione algún tipo de duda, más bien, parece que está diciendo lo mismo que los otros autores con distintas palabras.

El problema aparece cuando en la liquidación de la sociedad ganancial el cónyuge socio quiere formar parte de la sociedad de capital de la que era/es socio su cónyuge, pero ésta no quiere personas extrañas. Es aquí donde entraría en juego el derecho de sociedades.

Se podría plantear el interrogante de qué ocurre cuando se adquieren acciones o participaciones por uno de los cónyuges con fondos comunes, tratándose de una sociedad capitalista cerrada²³⁹.

En este tipo de sociedades la persona que ostenta la condición de socio es muy importante y se quiere evitar que pueda formar parte de la sociedad cualquier otra persona, por lo que, ya sea legalmente, ya sea estatutariamente, existen restricciones a la transmisión de la cualidad de socio, a la transmisión de acciones o participaciones en caso de sociedades de capital cerradas.

Cuando esto ocurre, encontramos un cónyuge que ha adquirido acciones/participaciones en sustitución de fondos comunes, pero sólo él ostenta la cualidad de socio, no pudiendo ostentarla su cónyuge porque se trata de una sociedad donde para ser socio se han tenido en cuenta una serie de requisitos o cualidades personales que sólo tiene el primero. Ante dicha situación, ¿cuál sería el carácter de la acción/participación?²⁴⁰

causa? La Resolución DGRN de 20 de diciembre de 2019”, en *Iuris Prudente*, 20 de marzo de 2020.

238 SERRANO GARCÍA, J.A., en CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 47.

239 Problema análogo existiría en el caso de sociedades personalistas, que no se el objeto de esta tesis.

240 La RDGRN de 18 octubre 2005 (RJ 2005\7539) conoce de un supuesto en el que se aporta un bien inmueble ganancial a una sociedad limitada, considerando la R., en aplicación del art. 1347.3º del CC que las participaciones sociales adquiridas por los cónyuges tienen carácter ganancial. La especialidad del asunto consistió en que en la escritura de aportación se decía que cada uno aportaba un 50 % de la cuota del inmueble. La DGRN estima correcto el

- Una posible solución teórica sería la de hacer coincidir la atribución y la titularidad. La acción o participación es común, como también es común de ambos esposos la condición de titular. Esta sería la teoría de la titularidad externa/interna de la acción/participación. Sin embargo, esta posibilidad sería difícil conseguir que prosperara si tenemos en cuenta que la sociedad es cerrada -con fuerte contenido personalista- y no va a reconocer la condición de titulares a ambos cónyuges.

- Otra vía sería la de separar y distinguir dos conceptos: la condición de socio, que sería privativa porque es personal, intransmisible y corresponde al cónyuge que tenga la condición de socio; de la parte económica de la acción o participación, que es ganancial por haberse adquirido con fondos comunes.

En este caso MONJE BALMASEDA²⁴¹ se inclina por la segunda postura, alegando que el carácter personal de la condición de socio deriva del Derecho societario, que impide en estos supuestos, la transmisibilidad en interés de los demás socios, que contrataron con el cónyuge atendiendo a las cualidades personales de éste; mientras que el carácter ganancial de la acción o participación deriva del propio artículo 1347.3º del CC.

En conclusión, el carácter personal de la condición de socio y el carácter ganancial de la acción o participación, se mueven en planos distintos sin que esto tenga que suponer ningún impedimento.

Para MONJE BALMASEDA no tendría por qué haber impedimento entre la condición privativa de socio y el carácter ganancial de la acción o participación, si reconocemos los dos tipos de titularidades: la formal y la material. La titularidad formal relativa al ámbito societario, y la material que rige la sociedad de gananciales²⁴², por lo que la armonización entre ambas no plantearía ningún problema durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Eso sí, los problemas aparecerán en el momento de la liquidación y, es muy fácil imaginarse el motivo.

1.2.3.3. Las acciones y participaciones sociales adquiridas por derecho de preferente adquisición de carácter ganancial. La posible excepción al principio de subrogación real (art. 1347.4º CC)

criterio del registrador de la imposibilidad de que cada cónyuge aporte un 50 % que no le corresponde, sin embargo, entiende existente el consentimiento tácito del otro en cada una de las aportaciones, por lo que al concurrir el consentimiento de ambos cónyuges la disposición de las dos cuotas del bien es válida. La DGRN no entra, por ser un tema ajeno al recurso, en el tema societario de la titularidad formal de las participaciones.

241 MONJE BALMASEDA, O., "Sociedad de gananciales y participaciones sociales", en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, tomo II, ESADE/J.Mª. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 5, 6 y 7/14 del documento VLEX-39129256.

242 No olvidemos que aun cuando estamos remitiendo al Derecho de sociedades la titularidad formal, en general el art. 1347.3ª del CC reconoce con relación a cualquier bien o derecho la posible disociación de titularidades. Y el art. 1384 del CC atribuye al titular formal de cualquier bien o derechos un especial ámbito de actuación por si solo.

Conforme al art. 1347.4^o son bienes gananciales *"Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueren con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho"*.

Se estipula que serán gananciales los bienes adquiridos por derecho de retracto ganancial, aun cuando los fondos empleados para la adquisición fuesen privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora frente al cónyuge (cuyo patrimonio privativo ha sido empleado para la adquisición del bien) por el valor satisfecho.

Este precepto no es más que la otra cara de la moneda de lo dispuesto respecto a los bienes privativos, en aplicación del principio de accesión, dando lugar a un derecho de reembolso para el caso de que los fondos para la adquisición hayan sido privativos -quedando de ese modo el principio de subrogación real²⁴³.

Si estamos diciendo que el artículo 1347.4^o viene a consagrar para los bienes gananciales lo mismo que consagra el artículo 1346.4^o para los bienes privativos, las mismas consideraciones hechas en relación a la posible excepción al principio de subrogación real tendrían cabida a la inversa. Nos remitimos a lo examinado con relación al art. 1346.4^a, recordando en particular que el juego de estos preceptos no está limitado al supuesto de adquisiciones por derecho de retracto, debiendo incluir igualmente las realizadas en virtud de derecho de tanteo o de opción.

1.2.3.4. Las nuevas acciones o participaciones suscritas como consecuencia de otras gananciales (art. 1352 CC)

En el apartado epígrafe 1.2.2.5 analizábamos el artículo 1352 CC desde la óptica en la que las acciones, títulos y participaciones fueran privativas, ahora nos planteamos si es posible aplicar este artículo a la inversa, es decir, a las acciones, títulos o participaciones gananciales.

Si empezamos por una interpretación literal del artículo, éste expresamente habla de *"nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos"*, sin referirse al posible carácter ganancial de las acciones o participaciones antiguas.

243 Destacamos la RDGRN de 12 junio 2013 (RJ 2013\5439), relativa a la compra por persona casada en régimen de gananciales de la mitad indivisa de una finca (la otra mitad le pertenecía de manera privativa). El hecho de no estar justificado el origen privativo del dinero empleado en la compra no debería ser obstáculo para que, por medio de la aplicación de los artículos 1346.4^o y 1347.4^o se pueda atribuir a la cuota adquirida tal carácter. La DGRN se pronuncia al respecto diciendo que podría atribuirse a la mitad adquirida carácter privativo, si se pudiera entender o demostrar, que la compra es la culminación de un proceso extintivo de una comunidad ordinaria surgida de una herencia; o que la compra lo que comprende es el derecho de retracto que el CC reconoce a los comuneros. Sin embargo, el Centro Directivo no se pronuncia sobre esta cuestión, por no haberse planteado en la escritura de compra calificada.

Se plantea si la regla contenida en este precepto es aplicable o no a los bienes gananciales: *“las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos”*.

El artículo 1352 CC contiene el principio de equivalencia, lo que implica que los nuevos títulos han de ser de la misma condición que los originarios con independencia de los fondos utilizados para su adquisición. Del juego de este principio con el párrafo 2º del artículo 1347 CC, se entiende que la razón de ser del mismo se encuentra en que las nuevas participaciones, acciones, títulos, no enriquecen a la parte que las adquiere como consecuencia de un derecho de suscripción privativo, sino que mantienen su cuota o participación en la sociedad.

Con arreglo al principio de equivalencia, la nueva acción adquiere por “equivalencia” la misma condición que la originaria. Esto supone que para poder declarar qué carácter tiene la nueva acción habrá que haber determinado el carácter de la acción originaria.

Lo importante para poder aplicar este precepto es conocer de antemano el carácter privativo o ganancial que tienen las acciones, participaciones, títulos originarios, que son los que dan lugar al derecho de asunción o suscripción preferente en virtud del cual se va a adquirir una nueva acción, participación o título. Precisamente por la equivalencia que reconoce el art. 1352, la nueva acción/participación/título tendrá el mismo carácter que la primitiva, siendo por ello fundamental conocer la condición privativa o ganancial de la originaria.

Aunque el artículo 1352 CC no contemple expresamente la regla para el caso de los bienes gananciales, se entiende que respecto de ellos regirá la misma premisa porque lo relevante es que en virtud del principio de equivalencia que el mismo reconoce, la nueva acción adquiere el mismo carácter que la primitiva.

En ocasiones la dificultad se encuentra en poder determinar la titularidad real de las acciones, participaciones o títulos originarios, porque no es lo mismo la titularidad nominal de la acción que la titularidad dominical.

La titularidad nominal (formal) de la acción entraña el poder ejercer los derechos que la misma confiere, mientras que la titularidad dominical es la que se deriva del régimen económico matrimonial.

Volvemos a partir de la premisa de que los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales se saben titulares los dos respecto de la acción según el régimen ganancial; sin embargo, de cara a la sociedad a la que pertenece la acción, sólo uno de ellos es titular y puede ejercer las facultades que la misma le confiere, así como ejercitar los derechos sobre la base de esa titularidad formal. Por otro lado, estará la titularidad dominical de las acciones/participaciones, que se regirá según las normas del régimen matrimonial. El “quid” de la cuestión se encuentra en que sólo uno de los cónyuges ostenta “una” de las titularidades de la acción, mientras que el otro tiene las dos.

Una vez más queda patente lo complicado que es poder armonizar el Derecho patrimonial del matrimonio con el Derecho de sociedades, sobre todo cuando estamos ante sociedades personalistas donde la transmisión de la condición de socio precisa del consentimiento de los demás socios, y donde normalmente se han puesto trabas para que esta transmisión pueda ser libre y así evitar la entrada de personas ajenas a la misma, o que reúnan unas determinadas características y desvirtúen o terminen con la esencia de dicha sociedad.

Ahora bien, si las nuevas acciones o participaciones se han adquirido gracias a un derecho de suscripción o asunción preferente basado en acciones o participaciones gananciales, tendrán este carácter aunque para su adquisición se utilizaren fondos privativos, sin perjuicio del derecho de reembolso correspondiente, porque como ya hemos dicho, lo que determina el carácter ganancial o privativo, es el derecho en base al cual se ejerce. Las nuevas acciones o participaciones serán lo que sea ese derecho.

El artículo 1352 CC al no tener carácter imperativo hace que los cónyuges con arreglo a los artículos 1323 y 1355 CC, puedan atribuir carácter ganancial a las acciones/participaciones, aunque la adquisición se haya hecho en base a un derecho de suscripción preferente privativo o al revés.

Otra posibilidad es que los beneficios de las acciones y participaciones, (gananciales por el artículo 1347.2º CC), se distribuyan como dividendos y con éstos dividendos se haga el reembolso correspondiente a las nuevas acciones/participaciones. Ahora la cuestión sería conocer la naturaleza de las mismas. La clave no estaría en si los beneficios han entrado vía dividendos en el patrimonio ganancial, sino si las nuevas acciones o participaciones se adquirieron o no en ejercicio del derecho de suscripción o asunción preferente. En caso afirmativo se aplicaría el artículo 1352 CC. De no ser así, operaría el art. 1347.2º CC.

También puede darse que el cónyuge socio adquiriera acciones o participaciones en un primer momento con dinero ganancial, por estar casado en el momento en el que se hace socio de una nueva sociedad, pero que en el momento de adquirir nuevas, media una sentencia de separación y su sociedad de gananciales está disuelta pero no liquidada. La SAP de Palencia (Secc.1ª) de 10 de junio de 2011 (JUR 2012\246005) trata un caso de asunción de nuevas participaciones sociales donde las originarias eran gananciales y para dicha asunción se utilizó dinero privativo, porque la sociedad de gananciales ya estaba disuelta pero no liquidada. La Audiencia se plantea si se estaba o no ante un auténtico derecho de suscripción preferente (ya que no se estableció plazo para el mismo, pues se entiende que fue por acuerdo unánime de los socios el de asumir las nuevas participaciones sociales) y si se podría aplicar o no la norma del 1352 CC a un caso así. Aunque la Sentencia no responde de forma directa y contundente, de ella se desprende que no debe privarse al cónyuge no socio de su participación de las nuevas acciones emitidas.

1.2.3.5. Serán gananciales las nuevas participaciones donadas o dejadas en testamento conjuntamente a ambos cónyuges sin especial designación de partes (art. 1353 CC)

El artículo 1353 del Código civil establece que *“Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario”*.

Recordemos que la regla general es que las adquisiciones gratuitas que obtengan los cónyuges constante la sociedad son privativas, ex art. 1346.2.º, conforme al cual: *“Son privativos de cada uno de los cónyuges... 2.º Los que adquiera después por título gratuito.”*

El CC en el art. 1353 contempla el supuesto de atribuciones gratuitas hechas por terceros a ambos cónyuges constante la sociedad, las cuales pueden llegar a tener carácter ganancial, siempre que se cumplan una serie de requisitos:

- Que las atribuciones se hagan conjuntamente a los cónyuges y sin especial designación de parte.
- Que el donante o testador no haya dispuesto lo contrario.
- Que se acepte la liberalidad por ambos cónyuges.

Debe quedar acreditado que se hace a ambos cónyuges conjuntamente y que concurren el resto de los requisitos, porque de no ser así, se entendería que es una adquisición a título gratuito por uno de los cónyuges o por ambos en su caso constante la sociedad, y por tanto el bien, derecho, la cuota correspondiente sería privativo (art. 1346.2º CC). El precepto 1353 CC es una excepción a la regla general del mencionado 1346.2º CC.

Para que las nuevas acciones o participaciones donadas o dejadas en testamento a ambos cónyuges sin especial designación de partes sean gananciales, tendrán que cumplirse los presupuestos explicados y recogidos en el artículo 1353 del CC. Si no se cumplieran serán privativas, pudiendo ser privativas de ambos cónyuges.

Este artículo ha sido una de las novedades incorporadas por la reforma de 1981, suponiendo un cambio de criterio con la regulación anterior, al disponerse previamente que: *“Los bienes donados o dejados en testamento a los esposos conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote a la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante o testador, y, a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto en el artículo 637”*.

Pasemos a analizar el precepto por partes:

- Comienza señalando “*Los bienes donados o dejados en testamento....*”. PRETEL SERRANO²⁴⁴ afirma que esta locución sirve de presupuesto para que exista una disposición a título gratuito, siendo indiferente que sea “*inter vivos*” o “*mortis causa*”, pura u onerosa²⁴⁵. El testamento podrá revestir cualquiera de las formas reguladas en Derecho -sea común especial- y apunta que, aunque el artículo se esté refiriendo sólo a testamentos, eso no impide que la atribución “*mortis causa*”, se pueda hacer por vía contractual -ej. pensemos en una persona de vecindad civil correspondiente a un territorio en que admiten los mismos, que instituye heredero por vía de pactos a ambos cónyuges casados en régimen de gananciales conjuntamente. Entiende que siempre hará falta una declaración de voluntad del disponente, por lo que el precepto no tendrá juego en la sucesión intestada.²⁴⁶

- Continúa el precepto señalando que la disposición anterior ha de hacerse “*a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes*”.

PRETEL SERRANO²⁴⁷ destaca que se ha defendido en algún momento que sería posible una adquisición ganancial aun cuando la disposición se realice a favor de un único cónyuge, ya que lo importante es la voluntad del disponente y éste en forma expresa puede ordenar que el bien sea ganancial, aunque se disponga a favor de uno de ellos (sin ser obstáculo para ello el principio de que no pueden adquirirse derechos en contra de la voluntad del interesado o el principio de relatividad de los contratos). Sin embargo, como destaca el autor citado, tal tesis no es correcta: “*admitir que la sola voluntad del disponente pueda determinar el carácter ganancial del bien, supone introducir una forma de adquirir bienes gananciales que no está prevista por el legislador y que, además, va en contra de un principio expreso contrario. Es privativo lo adquirido a título gratuito; la excepción a esa regla ha de admitirse cumpliendo las previsiones legales, entre las que se encuentra que la liberalidad se realice a favor de ambos consortes*²⁴⁸”.

PRETEL SERRANO apunta, “*Para que el llamamiento sea conjunto no es suficiente que se realice a favor de los esposos, sino que también es necesario que se les llame con un contenido uniforme*”... “*de tal manera que el llamamiento que se está haciendo conjuntamente no lo será si cada mitad o cada parte está sujeta a un régimen distinto de cargas, condiciones o destino sucesorio*”.

244 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1353”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 660 a 664.

245 A pesar de la afirmación, el autor citado apunta la idea de que las donaciones onerosas, no encajan del todo bien en el supuesto, ya que dentro de este tipo de donaciones cabe distinguir una parte gratuita donde sí cabe aplicar el art. 1353, de la parte onerosa donde el art. 1353 no tiene cabida.

246 PRETEL SERRANO, J.J., *op. cit.*, pág. 661, señala: “*Imprescindible que exista una declaración de voluntad respecto de la cual pueda presumirse que se desea que sean gananciales los bienes de los que se está (unilateral o bilateralmente) disponiendo, por lo que el artículo nunca puede ser de aplicación a la sucesión intestada en el supuesto de que ambos cónyuges pudieran ser llamados a suceder*”.

247 PRETEL SERRANO, J.J., *op. cit.*, pág. 661.

248 PRETEL SERRANO, J.J., *op. cit.*, pág. 662.

Se podría presentar el caso en que se instituyera conjuntamente en una cuota de la herencia a los cónyuges con otras personas. Este supuesto quedaría fuera del artículo 1353 CC, porque lo que pretende este precepto es que se haga conjuntamente a los cónyuges, sin terceros de por medio. En tal caso, perdería la “especialidad” a favor de los cónyuges y se entendería que varias personas han sido instituidas conjuntamente con la casualidad de que algunas de ellas están casadas entre sí.

Ocurriría lo mismo en el caso de que esta atribución conjunta se hiciera llamando a un cónyuge como heredero y al otro como sustituto vulgar de otro heredero, no sería aplicable el artículo 1353 CC, porque el llamamiento no es idéntico para ambos cónyuges. Sí sería aplicable si, por ejemplo, a ambos se les llama como sustitutos vulgares o fideicomisarios de una misma persona.

Otra situación que se puede plantear es que, estemos ante una herencia ab intestato en la que sean llamados como herederos intestados dos personas casadas entres sí -por ej, dos primos hermanos del causante-. Tampoco en este caso se aplicaría el art. 1353 CC porque no se ha hecho un llamamiento conjunto, ni ha sido intención del causante dejarles bienes y derechos a título por el hecho de ser esposos, sino que han heredado de una persona, dándose la circunstancia de que estaban casados, pero ambos tenían derecho a heredar por ley de esa persona.

- Añade el precepto exigiendo que la atribución gratuita se realice “... *constante la sociedad* ...”. De esta forma las donaciones hechas con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales, serán privativas, aun cuando se trate de donaciones por razón de matrimonio hechas por un tercero a los futuros cónyuges, las cuales pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa²⁴⁹.

- Finalmente señala el precepto que nos ocupa “... *se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario*”.

¿Qué ocurre en los casos en que la liberalidad sólo fuere aceptada por uno de los cónyuges? Se podría entender que el bien corresponderá en su totalidad con carácter privativo a aquel de los cónyuges que ha aceptado la liberalidad. El llamamiento conjunto supone un derecho de acrecer. Otra posible solución - que no compartimos- sería entender que en tal caso no sería eficaz la donación o disposición testamentaria porque la voluntad del disponente era que la atribución tuviera carácter ganancial.

Partiendo de la redacción del artículo 1353 CC, cabe preguntarse si el mismo, además de a las donaciones -lo que no plantea especial problema- se aplica únicamente a bienes legados o también a la institución hereditaria conjunta. Cierto es que el precepto habla de “*bienes*”, pero al decir “*bienes ... dejados en testamento*”, parece que la expresión es lo bastante amplia como para comprender ambas hipótesis y también parece ser, que no excluye a los llamamientos a una cuota (ya sea en concepto de herencia, como de legado de

249 Vid. La STS de 25 junio 2015 (RJ 2015\2251).

parte alícuota, pues una cuota hereditaria o un legado de cuota es un bien en sentido amplio).

En la misma línea, otro interrogante que se plantea es qué ocurre cuando el donante o testador utiliza las expresiones “*por mitad*” o por “*partes iguales*” ¿Sería de aplicación el artículo 1353 CC? La opinión mayoritaria²⁵⁰ es que la utilización de dichas expresiones no excluye su aplicación, lo que se fundamenta con claridad en el art. 983 del CC, dictado en sede de derecho de acrecer en los llamamientos sucesorios. Sin embargo, otra cosa distinta es que se trate de la atribución de un bien por “mitades indivisas”, en cuyo caso se entiende que la voluntad del donante o testador sí es la de excluir la ganancialidad, puesto como venimos diciendo al estudiar la naturaleza de la sociedad de gananciales, en ésta no existen las mitades indivisas sobre bienes determinados.

Otra circunstancia que podría generar dudas, es la que se produciría cuando la atribución testamentaria conjunta o por partes iguales se hace a favor de personas que en el momento en el que se otorga testamento no están casadas, pero que sí lo estarán en el momento de la apertura de la sucesión. ¿Les afecta o no el art. 1353 CC?. Parece ser que prevalece la situación existente en el momento de apertura de la sucesión, de manera que sí sería aplicable el precepto señalado porque con el art. 1353 lo que se pretende no es dar cumplimiento a la voluntad del causante, ya que dicha voluntad no queda afectada por si el bien adquiere o no naturaleza ganancial o privativa, sino que lo que pretende regular el artículo 1353 son las relaciones económicas entre los cónyuges.

¿Qué ocurriría si se dan todos los requisitos del artículo 1353, pero los cónyuges deciden que ese bien sea privativo en vez de ganancial? ¿Pueden hacer esto los esposos? Entendemos que sí sería posible que se atribuya el carácter privativo en base a lo siguiente:

- El artículo 6.2 CC permite la exclusión voluntaria de la ley aplicable, siempre que no sea contrario al interés u orden público y no perjudique a tercero.
- El propio artículo 1353 CC permite a los cónyuges influir en el carácter del bien, porque si uno de ellos renuncia, su parte acrecerá al otro y será privativo.
- Se entiende que el precepto 1353 contiene una norma especial en materia de gananciales, ya que se aleja de la solución general para la adquisición de bienes por título gratuito, lo que permite que los cónyuges puedan excluir su aplicación y aceptar el bien como privativo y en pro indiviso.
- Por el propio artículo 1323 CC, en virtud del cual los esposos pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. Sería absurdo impedir que la adquisición “*ab initio*” fuere

250 MARIÑO PARDO, F., “Bienes gananciales y privativos (3)”, en *Iuris Prudente*, 23 diciembre 2015.

necesariamente ganancial, permitiéndoles acto seguido que de común acuerdo atribuyan al bien o derecho adquirido carácter privativo.

1.2.3.6. La atribución del carácter ganancial de acciones o participaciones de común acuerdo por los cónyuges: los arts. 1323 y 1355 del CC

Los cónyuges pueden transformar un bien privativo en ganancial por medio del llamado “*negocio jurídico de aportación*”, a través del cual un cónyuge transmite un bien privativo a la sociedad de gananciales: esta atribución puede realizarse a título gratuito o no, en cuyo caso surge un crédito a favor del cónyuge titular del bien aportado, crédito que será atendido al tiempo de la disolución de la comunidad de gananciales, si es que no lo ha sido antes.

La STS de 27 mayo 2019 (RJ 2019\2143)²⁵¹ interpreta el artículo 1355 CC resaltando que lo que este artículo permite es que los cónyuges puedan de

251 La Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección Pleno) número 295/2019, de 27 mayo (RJ 2019\2143), revisa la doctrina del Alto Tribunal. VILLAPLANAS GARCIA, C., analiza y estudia esta Sentencia y la explica así:

“La Sentencia versa, como dice su fundamento de Derecho primero en los problemas que se plantean con el ámbito y los efectos de las atribuciones de ganancialidad por voluntad de los cónyuges (artículos 1323 y 1355 Código Civil) y su relación tanto con la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) como con los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes (subrogación real, artículos 1346.3 y 1347.3 del Código Civil; adquisiciones mixtas, artículo 1354 del Código Civil, «accesión económica», artículo 1356 del Código Civil), así como con la relevancia de no haber hecho reserva de que se aporta dinero privativo al adquirir un bien al que se va a atribuir carácter ganancial (artículo 1358 del Código Civil). En su fundamento tercero la Sentencia analiza el marco normativo aplicable estableciendo los distintos supuestos que en orden a la naturaleza de la adquisición determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes. Dice el citado fundamento: «a) Los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges (art. 1361 CC). Combinando esta presunción con la afirmación de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3 CC), resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios. El cónyuge que sostenga el carácter privativo de un bien adquirido a título oneroso debe probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición (a efectos del art. 1346.3 CC o, en su caso, del art. 1354 CC, o del art. 1356 CC). Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos (o que lo es el dinero empleado en su adquisición) es bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges (art. 1324 CC). b) Dada la amplitud con que el art. 1323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, son posibles acuerdos por los que se atribuya carácter ganancial a bienes privativos de uno de ellos (por ejemplo, por haber sido adquiridos antes de la sociedad, o adquiridos a título gratuito constante la sociedad, etc.). c) En este marco, en particular, el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición. Se trata de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición. El efecto del art. 1355 CC es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial. Si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del art. 1347.3 CC. No haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial. Lo que permite el art. 1355 CC es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a

común acuerdo al tiempo de la adquisición, atribuir el carácter de ganancial a un bien que se adquiera, a título oneroso, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, siendo indiferente (o con independencia) la naturaleza de los fondos empleados en dicha adquisición. Lo que hace el TS en esta Sentencia es aclarar su doctrina respecto a la atribución de ganancialidad establecida en el artículo 1355 CC, declarando que cuando la adquisición se hace por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales con su dinero privativo, el otro cónyuge (que no esté interesado en la ganancialidad) puede alegar que falta el “mutuo acuerdo” al que se refiere el artículo 1355 CC y, cuando la adquisición se haga por ambos cónyuges atribuyendo al bien “de común acuerdo” el carácter ganancial, si ésta adquisición se hizo con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba de ese carácter privativo del dinero provocará un derecho de reembolso a favor del aportante, *“aun cuando al tiempo de la adquisición no hubiera reserva alguna sobre la procedencia del dinero o sobre su derecho de reembolso”* ²⁵².

El artículo 1355 CC autoriza expresamente la atribución voluntaria de ganancialidad por la simple voluntad de los cónyuges al disponer: *“Podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o la contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”*, añadiendo que *“Si la adquisición se hiciera de forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter de tales bienes”*.²⁵³

bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal (...) Frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges. d) Sin embargo, la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 CC) (...).». Continúa la referida sentencia en su fundamento tercero concluyendo que: *«Por las razones expuestas, esta sala considera que son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso. Por el contrario, la declaración de un solo cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, por sí sola, no es suficiente para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba el carácter privativo del dinero empleado, el bien será privativo”*.

252 En este sentido la STS de 27 mayo 2019 (RJ 2019\2143) señala *“si bien son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, en el caso de que se pruebe que en la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, y ello aun cuando al tiempo de la adquisición no hubiera reserva alguna sobre la procedencia del dinero o sobre su derecho de reembolso. Por el contrario, la declaración de un solo cónyuge en el sentido de que adquiere para la sociedad ganancial, o de que adquiere con carácter ganancial, no es suficiente para fijar con carácter definitivo la naturaleza ganancial del bien, de modo que si el cónyuge adquirente prueba el origen privativo del dinero empleado, el bien será privativo”*.

253 La STS de 8 marzo 1996 (RJ 1996\1939) declara que la atribución de la condición de ganancialidad por ambos cónyuges no se puede aplicar a las adquisiciones anteriores a la Ley 13 de mayo de 1981. Además, en este caso prevalece la presunción de ganancialidad por falta

Consiste en una atribución de ganancialidad que se produce en el momento mismo de la adquisición del bien, ingresando el bien directamente en el patrimonio ganancial. La especialidad que encierra la norma contenida en el art. 1355 es que concede a los esposos la facultad de poder decidir sobre el carácter ganancial de un bien adquirido a título oneroso. Los cónyuges de mutuo acuerdo pueden optar porque un determinado bien sea ganancial y, lo importante es que dicho bien, sin ese acuerdo de los esposos habría sido privativo con arreglo a los criterios de determinación legal.

En resumen, por aplicación del artículo 1355 CC se puede determinar el carácter ganancial de un bien. El hecho de que posteriormente se demostrara que ese bien hubiese sido de carácter privativo de no ser por el acuerdo de los cónyuges, no alterará el carácter ganancial del mismo, a lo sumo lo que dará lugar a un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante (art.1358 CC).

Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁵⁴ la existencia de este pacto es una consecuencia directa de la posibilidad de contratación²⁵⁵ entre cónyuges que reconoce el artículo 1323 CC: *“No sólo se admite el pacto que excepciona el mecanismo de la subrogación real, sino también el que excepciona las demás reglas por las que el bien adquirido a título oneroso, aun pagado con bienes gananciales, sería privativo”*.

Como bien dice este autor, la ventaja de este precepto es que permite por un lado que el bien adquirido con fondos privativos sea ganancial por voluntad de los cónyuges, pero también que pueda ser considerado ganancial desde el primer momento y no sólo “presuntivamente ganancial”.

Se configura este pacto como una manifestación del principio de la autonomía de voluntad de los cónyuges, al permitir que ellos puedan conferir el carácter de común a un bien o derecho que conforme a las normas generales debería ser calificado como privativo.

FERNÁNDEZ CANALES²⁵⁶ diferencia entre dos tipos de atribuciones de ganancialidad dentro del mismo precepto, una atribución expresa y otra presunta: expresa, cuando los cónyuges así lo deciden en las adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio, con independencia del precio o contraprestación, la forma y los plazos en que se satisfaga; presunta, (o por ministerio de la ley), cuando la adquisición se hace de manera conjunta y sin

de prueba en contrario, ya que los pagos realizados con cargo a cuentas corrientes no queda acreditado que se nutrieran exclusivamente de fondos privativos. El TS considera inaplicable el principio de subrogación real por falta de prueba de que la adquisición del inmueble se hiciera con dinero privativo

254 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1355”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 667.

255 Relativa a la atribución de la condición de gananciales por ambos cónyuges, siendo inaplicable dicha atribución a las adquisiciones anteriores a la Ley 13-5-1981 es la STS de 8 marzo 1996 (RJ 1996\1939)

256 FERNÁNDEZ CANALES, C., *op. cit.*, pág. 96

atribución de cuotas, se presume la voluntad de los esposos a que el bien tenga tal carácter²⁵⁷.

La pregunta más importa que se plantea en esta materia es la relativa al momento en el que tiene que atribuirse el carácter ganancial del bien.

El TS declara que para que exista pacto de atribución de ganancialidad los bienes tienen que haber sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio²⁵⁸, siendo el momento de la adquisición al que debe atenderse para el juego del 1355. Sin embargo, no resulta pacífica esta cuestión en la doctrina. Tanto para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁵⁹ como para RÁGEL SÁNCHEZ²⁶⁰, la atribución de ganancialidad podría hacerse en un momento posterior a la adquisición del bien, que en un primer momento era privativo. No obstante, el TS en la STS de 16 octubre 1999 (RJ 1999\7331) declaró que no se podría por acuerdo posterior de los cónyuges otorgar el carácter de ganancial al bien adquirido.

El caso sería el siguiente: Uno de los cónyuges antes de casarse compra en documento privado un bien determinado, pero la escritura pública se otorga ya vigente el matrimonio (casado en gananciales), declarando los cónyuges que lo adquieren para la sociedad de gananciales²⁶¹ y ²⁶².

257 Resulta interesante poner en relación esta cuestión con lo dispuesto en el artículo 95.6 RH (relativo a la justificación o confesión de privatividad posterior a la adquisición y contraria a una aseveración o confesión previa). Mientras que el primer párrafo del artículo 1355 CC exige que para poder atribuir el carácter de ganancial a un bien sea necesario el consentimiento/acuerdo de ambos cónyuges; el párrafo segundo contiene una presunción al establecer que cuando la adquisición se haga de manera conjunta y sin atribución de cuotas, se entiende que el bien es ganancial. Para que esta presunción se pueda destruir será necesario demostrar, como señala la RDGRN de 24 julio 2019 (BOE 25 -9-2019), que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial.

258 La STS de 17 abril 2002 (RJ 2002\3293) se refiere al bien comprado por la esposa antes de contraer matrimonio, no obsta a su carácter privativo el que otra persona, que posteriormente fuera su marido, colaborase a su adquisición también antes del matrimonio. Por su parte, la STS de 27 febrero 2007 (RJ 2007\1768) sentenció que la condición del bien sólo puede tener su origen en el acuerdo de los cónyuges durante el matrimonio como se desprende del art. 1355 CC.

259 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.. "Artículo 1355", *op. cit.*, pág. 668.

260 RÁGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.*, pág. 791.

261 En la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010\2500) se discute el carácter ganancial o privativo del bien inmueble adquirido mediante precio aplazado en un supuesto de escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa suscrito por uno solo de los cónyuges, en estado de divorciado, antes de contraer el matrimonio. En el momento en que se consuma el proceso adquisitivo (con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, pues no consta de forma auténtica que hubiera tenido lugar la «traditio») está casado en régimen de gananciales. La calificación impugnada, sostiene que las fincas deben ser inscritas a favor del marido, al haber adquirido en estado de divorciado, alegando el principio hipotecario de especialidad y el artículo 9.4ª de la Ley Hipotecaria. La Dirección General después de recordar que la decisión del presente recurso ha de ceñirse exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), plantea la aplicación del artículo 1355 Cc, expresamente invocado (sobre atribución de ganancialidad al bien adquirido durante el matrimonio); o el artículo 1357, párrafo primero, del Código Civil que tendrán siempre carácter privativo los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, aunque la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con

RAGEL SÁNCHEZ²⁶³ destaca la contundencia del artículo 1347 CC frente al artículo 1355 CC en el momento de atribuir ganancialidad a un bien. La ganancialidad que ofrece el primero es “más definitiva” que la que puede ofrecer el segundo, a pesar de que esta ganancialidad por “muy definitiva” que pueda ser siempre podrá cambiar por la voluntad de los cónyuges.

Afirma el autor que *“la presunción de ganancialidad puede desvirtuarse mediante prueba en contrario concluyente realizada por el cónyuge que sostenga que el bien es privativo. La atribución voluntaria de ganancialidad vincula a los cónyuges declarantes, pero el tercero perjudicado por esa declaración podrá impugnarla demostrando la privatividad del bien”*. En relación con el ámbito de actuación del tercero respecto a la atribución legal de ganancialidad, señala que *“no podrá ser desvirtuada por el tercero”*, pero lo que sí podrá es *“ser defendida por el tercero en contra de la voluntad de los cónyuges”*. La especial situación del tercero la explica de la siguiente manera: *“Puede suceder que un bien se adquiera en una de las circunstancias recogidas en dichos preceptos, pero uno de los cónyuges confiese que es privativo de su consorte, por lo que, en la relación interna conyugal, tendrá ese carácter; sin embargo, el tercero que resulte perjudicado por la confesión de privatividad podrá impugnarla sin tener la necesidad de probar el carácter ganancial del bien porque siempre jugará con la ventaja de la presunción del artículo 1361 CC”*²⁶⁴.

dinero ganancial. Resuelve la Dirección General que *“es indudable que de la escritura calificada resulta que con su otorgamiento se completa el «iter» transmisivo mediante tradición instrumental (vid. artículo 1462.2 del Código Civil), por lo que existiendo ya el matrimonio y la sociedad de gananciales en el momento de dicho otorgamiento, no puede objetarse que se ha adquirido en estado de divorciado”*. Es decir, que la consumación de la adquisición tiene lugar durante el matrimonio por lo que se aplicaría el art. 1355 CC.

262 La SAP de Sevilla (Secc. 2ª) de 27 noviembre 2008 (JUR 2009\60023), conoce de un supuesto en el que el esposo adquiere una vivienda antes del matrimonio, no contribuyendo la esposa a pago alguno, declarándose en la escritura otorgada constante al matrimonio que la adquisición se realiza para la sociedad de gananciales. La SAP entiende que la vivienda tiene carácter ganancial, ya que la declaración efectuada ante notario es un acto inequívoco que vincula a quien la efectúa y cuenta con la cobertura legal del artículo 1323 CC, gracias al cual los esposos pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar todo tipo de contratos. No entraría en juego la aplicación del artículo 1355 CC por estar previsto para bienes adquiridos durante el matrimonio.

263 RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Capítulo 23: La sociedad de gananciales (2)”, *op. cit.*, pág. 794.

264 La RDGRN de 10 enero 1994 (RJ 1994\234) distingue entre los bienes presuntivamente gananciales, de aquellos otros que dependen del título de adquisición, quedando por tanto apartada la presunción.

Cuando el artículo 1347 CC determina que son bienes gananciales *“los obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges”*. Para RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Capítulo 23: La sociedad de gananciales (2)”, *op. cit.*, pág. 795, esta norma no hace más que responder a la idea del usufructo que invade a la sociedad de gananciales sobre los bienes privativos y las actividades económicas de los cónyuges, aunque evidentemente no es un auténtico derecho real de usufructo, sino más bien una inspiración.

La STS de 26 marzo 2001 (RJ 2001\6636) señala que *“deben ser considerados como bienes gananciales los rendimientos de todo tipo que por el trabajo u ocupación, como por prestaciones o bienes de la persona, se obtengan durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y lógicamente se comprenden los incrementos económicos que se producen en los resultados patrimoniales como consecuencia del prestigio, valía y dedicación a la actividad profesional”*.

Tras lo expuesto, se concluye que prima la convicción de que el artículo 1355 sólo es aplicable a las adquisiciones hechas durante el matrimonio, tal y como se desprende de la dicción del mismo, en el que además se establece que la atribución del carácter ganancial se hace en el momento de la adquisición, no con posterioridad, además de que la adquisición sea a título oneroso y constante a la sociedad. No dándose estos requisitos y atribuyendo el carácter ganancial a un bien, saldríamos de la esfera del 1355 CC y entraríamos en el ámbito del 1323 CC.

En conclusión, sí es posible el pacto por el cual se atribuya carácter ganancial a un bien con posterioridad a la adquisición o a la vigencia de la sociedad de gananciales, pero no gracias al artículo 1355, sino por el artículo 1323 CC. Gracias a este último sería posible que los cónyuges o partícipes de una comunidad de gananciales disuelta sin liquidar, atribuyeran el carácter ganancial a un bien.

La diferencia básica entre estos dos artículos (el 1323 y 1355 CC), estriba en que el primero permite la transmisión de bienes entre los patrimonios privativos de los cónyuges: *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*; mientras que el segundo, no busca la transmisión de bienes, sino que en sede de ganancialidad, lo que persigue es que por el simple acuerdo de los esposos éstos puedan atribuir la condición de ganancial a un bien que no lo tendría. Es causa suficiente para la atribución de carácter ganancial sin necesidad de ninguna figura traslativa. Basta con el acuerdo de los esposos²⁶⁵.

265 Hay que distinguir el negocio jurídico de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, del negocio de atribución del artículo 1355 CC. El primero se trata de un negocio atípico que carece de regulación en el Código Civil como tal. El art. 1355 se limita a aquellos supuestos de adquisición conjunta por parte de los cónyuges durante el matrimonio y a título oneroso, teniendo éste su causa en el sostenimiento de la sociedad de gananciales. Mientras que el negocio de aportación nada le impide celebrar el pacto de aportación a gananciales sobre bienes pertenecientes a uno de los cónyuges con carácter privativo por haber sido adquiridos a título gratuito o antes del nacimiento de la sociedad de gananciales.

Tampoco hay que confundir este negocio de aportación a la sociedad de gananciales con el “negocio jurídico entre cónyuges” que es aquél en el que uno de los esposos decide poner uno de sus bienes privativos o parte de éste a nombre del otro (esta “decisión” puede ser gratuita u onerosa). Esto puede dar lugar a las siguientes situaciones:

- Que el bien siga siendo privativo del cónyuge titular y de una parte de ese bien sea “copropietario” el otro cónyuge, no ocupando papel alguno la sociedad de gananciales en este supuesto.

- De haber sido la transmisión del bien onerosa y haberse utilizado fondos comunes para el pago de esa transmisión (para el pago del precio), habrá un derecho de crédito de la sociedad frente al cónyuge que adquirió privativamente con dinero ganancial.

Es importante tener en cuenta que en la aportación de bienes a la sociedad de gananciales no hay ningún negocio traslativo a favor del cónyuge no titular, ya que la que se ve beneficiada es la sociedad de gananciales en sí y no el otro cónyuge (aunque indirectamente sí se beneficie), pero a quien se busca beneficiar es a la sociedad de gananciales en su conjunto y no a los esposos en su individualidad.

Así lo expresa con claridad la STSJ Murcia, Sala 2.^a de lo Contencioso-Administrativo de 25 octubre 2018 (RJ 2018\316249): “Conceptuada la donación en el art. 618 CC como «un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta», no cabe sostener que la aportación que del bien privativo hizo el marido para la sociedad de gananciales pueda ser calificada como una donación en favor de su esposa, tal y

Respecto al pacto realizado durante la vigencia de la sociedad de gananciales, pero con relación a bienes adquiridos con anterioridad a ella, entiende RAGEL SÁNCHEZ²⁶⁶ que sí podría llevarse a cabo y para ello cita el ejemplo del matrimonio que se haya regido en un primer momento por el régimen de separación de bienes, pudiendo los cónyuges una vez sometidos al régimen ganancial atribuir carácter ganancial a bienes privativos adquiridos durante el régimen económico anterior²⁶⁷.

RAGEL SÁNCHEZ²⁶⁸ del estudio pormenorizado que realiza sobre la atribución convencional de ganancialidad, expone las características fundamentales y razón de ser del artículo 1355 CC:

- A través de la atribución de ganancialidad consagrado en el precepto se impide el principio de subrogación real del artículo 1346. 3º CC. El art. 1355 CC permite que aun pagándose con dinero privativo, no opere la regla de la subrogación real y el bien tenga el carácter que los esposos hayan acordado.
- También permite que en los casos en los que el bien habría sido calificado como privativo al ser adquirido por retracto privativo (art. 1346.4º) pueda tener carácter ganancial por atribución.
- Quedan excluidos del ámbito de aplicación del 1355 CC: los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos, porque por su naturaleza no pueden ser compartidos por ambos cónyuges.
- Quedan excluidos por expresa mención del 1355 los bienes adquiridos a título gratuito.
- La principal diferencia de este precepto respecto al 1361 CC, es que la presunción de ganancialidad produce una calificación provisional que

como ha entendido la Administración girando a ésta la liquidación por el concepto impositivo de Sucesiones y Donaciones, por cuanto parece obvio que no ha sido ella la destinataria del acto de disposición, sino que lo ha sido el patrimonio separado que es la comunidad de gananciales".

266 RAGEL SÁNCHEZ L.F., "Capítulo 23: La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.*, págs. 781 a 794.

267 La RDGRN de 16 abril 2003 (RJ 2003\4035) en el caso que trata, los cónyuges tenían pactado el régimen de separación de bienes en un inicio, cambiando posteriormente al régimen ganancial, con la intención de hacer comunes todos los bienes y deudas de cualquier de ellos. Con carácter general resulta admisible pactar un régimen de comunidad como el de gananciales, donde los esposos puedan acordar la comunicación de bienes hasta entonces privativos, dando lugar a desplazamientos patrimoniales potencialmente inscribibles en el Registro de la Propiedad. En este caso concreto, tras el cambio a sociedad de gananciales, el matrimonio se divorcia, quedando por tanto la sociedad disuelta; es durante la comunidad post-ganancial cuando el ex marido pretende hacer uso de un poder (que le fue conferido en la escritura de cambio de régimen) para inscribir como común un bien, acudiendo para tal fin a un negocio de aportación del bien a la sociedad de gananciales. Esto no es válido, porque todos los poderes mutuamente conferidos quedaron legalmente revocados por la sola admisión de la demanda de divorcio. No teniendo el poder conferido naturaleza de irrevocable, se precisa el consentimiento de ambos esposos.

268 RAGEL SÁNCHEZ L.F., "Capítulo 23: La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.*, pág. 781 a 794.

admite prueba en contrario, mientras que la atribución de ganancialidad ofrece una calificación definitiva²⁶⁹.

- El 1355 CC supone una doble confesión de ganancialidad y es por ello por lo que prevalece sobre las reglas de calificación de bienes contenidas en el Código Civil.
- Las diferencias del artículo 1355 respecto del 1324 CC (que regula la confesión de privatividad) son que, mientras el artículo 1355 tiene por objeto ampliar la sociedad de gananciales permitiendo que por pacto de los cónyuges éstos puedan tener carácter gananciales, el artículo 1324 CC hace exactamente lo contrario. Siendo la diferencia más reseñable que en el caso del 1324 del CC aunque los cónyuges no hubiesen atribuido el carácter ganancial al bien, éste sería presuntivamente ganancial y no privativo. Para que así fuera habría que confesarlo expresamente.

269 La RDGRN de 10 marzo 1989 (RJ 1989\2468) recoge los siguientes elementos definidores: *“Los tres copropietarios de un solar indiviso declaran haber construido sobre el mismo, a expensas de las sociedades conyugales respectivas, una edificación determinada; a continuación, dividen horizontalmente el inmueble y disuelven el condominio adjudicándose en pago de las cuotas respectivas las tres viviendas resultantes”. Uno de los copropietarios había adquirido su participación indivisa en el solar por título de donación, mas, conviniendo con su esposa que la vivienda que le corresponda tenga carácter ganancial, se efectúa la adjudicación respectiva en esos términos; el Registrador deniega la inscripción con tal carácter en función del artículo 1359 del Código Civil y practica el asiento a favor del cónyuge copropietario en concepto de bien privativo”. Respecto a la cuestión que propiamente constituye el objeto de este recurso: “la posibilidad de asignar por mutuo acuerdo de los cónyuges carácter ganancial a la vivienda que por vía de disolución de comunidad se adjudica a uno de ellos en pago de su cuota indivisa privativa, la Resolución determina expresamente que: a) Que el artículo 1359 del Código Civil no puede ser aplicado más allá de su ámbito propio y su interpretación no puede desconectarse de las restantes normas introducidas por la reforma de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981\1151 y ApNDL 1975-85, 2354); dicho precepto se limita a rectificar el criterio del antiguo artículo 1404, 2.º del Código Civil, declarando que la edificación durante el matrimonio por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial”; b) Que aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la estipulación III de la escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto - entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características-, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa general del Código Civil. Por tanto, la errónea alegación del artículo 1359 del Código Civil no permite sin más rechazar la inscripción solicitada. Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida, mas la necesaria concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota de calificación (artículo 117 del Reglamento Hipotecario) no permite abordar su análisis en el ahora entablado”.*

- Respecto al párrafo segundo del artículo 1355, *“Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”*. Se entiende que dicho apartado encierra una presunción *“iuris tantum”* al no declarar los esposos que adquieren para la sociedad de gananciales y tampoco atribuirse cuotas desiguales, el bien se sobreentiende ganancial²⁷⁰.
- Es necesario que haya acuerdo de los cónyuges. La falta de acuerdo excluye su posible aplicación, pero esto no impide que uno solo de los cónyuges pueda llevar a cabo la adquisición para la sociedad de gananciales y que el otro más tarde consienta dicha adquisición incluso de manera tácita²⁷¹.
- El artículo 1323 CC resulta imprescindible²⁷² cuando se quiere que un bien sea ganancial pero no concurren los requisitos del artículo 1355 para poder hacerlo a través de él.
- El pacto de atribución de ganancialidad es un negocio gratuito que implica que un cónyuge se empobrece a favor del enriquecimiento de la sociedad de gananciales²⁷³.
- Uno de los mayores problemas del pacto de atribución de ganancialidad, es distinguirlo y defenderlo respecto del negocio fiduciario, ya que

270 El artículo 93.1 RH señala que el bien se inscribiría como ganancial, a lo que se discute que realmente se debería inscribir como *“presuntivamente ganancial”* por no haberse declarado expresamente que se deseaba que el bien tuviera este carácter.

“1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas”.

271 La SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 10 octubre de 2002 (JUR 2003/28920) rechaza la aplicación del artículo 1355 a una compra realizada con dinero privativo por uno de los esposos, pero declarando que lo hace para la sociedad de gananciales. En el momento de otorgamiento de la escritura los cónyuges estaban separados de hecho y se alega el argumento de *“falta de acuerdo”* entre los esposos para la inaplicabilidad del citado precepto.

Otro ejemplo de aplicación del 1355 CC es el que recoge la STS de 9 mayo 2007 (RJ 2007/3561), donde el caso que ocupa es la compra conjunta por unos esposos de un bien ganancial, pero para la compra de dicho bien emplean el dinero obtenido por la venta de un piso privativo que les pertenecía por mitades indivisas. En este caso el TS entiende que es de aplicación el art. 1355 CC además de todo esto, el hecho de que los cónyuges hayan empleado el dinero para la adquisición de un bien ganancial, excluye la posibilidad de un derecho de crédito de cualquiera de ellos, frente a la sociedad de gananciales.

272 La STS de 25 mayo 2005 (RJ 2005\6361) determinó que *“los cónyuges tienen legalmente reconocida una amplia libertad para contratar e, incluso modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen (art. 1323 y 1355 CC), y basta el mutuo acuerdo o la conformidad para provocar que un concreto bien, el cual, en todo o en parte, pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común”*.

La RDGRN de 10 marzo 1989 (RJ 1989\2468) admite la atribución de ganancialidad aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito del art. 1355 CC, ya que el art. 1323 CC posibilita cualquier desplazamiento patrimonial entre cónyuges.

273 La RDGRN de 6 junio 2007 (RJ 2007\3592) relativa a la inscripción de los actos y derechos inscribibles. Se procede a la división de la cosa común, suponiendo ello la extinción de la comunidad y la adjudicación a uno de los comuneros; dicha adjudicación supone el aumento de la participación que incrementará la ya ostentada a la que se otorga carácter ganancial, lo cual es totalmente válido sobre la base de la libertad de pactos entre los cónyuges.

ambas figuras pueden confundirse, puesto que el segundo tiene por objeto poner bienes a nombre de uno de los esposos con la obligación de reintegrarlos en el futuro al cónyuge que ficticiamente los aportó²⁷⁴.

- Posibilidad de que se haga uso del pacto para perjudicar a terceros (acreedores y legitimarios), siendo la única vía de éstos la impugnación de la atribución y defensa del carácter privativo del bien.

Sigue añadiendo este autor, que el campo de aplicación del citado 1355 CC es tanto para:

- La adquisición de un bien.
- Como para la adquisición de uno de los bienes privativos de su consorte, con los únicos requisitos de que el acuerdo tenga lugar con posterioridad al matrimonio y que sea a título oneroso. En este punto se plantearía el dilema de si el supuesto entra o no dentro de la esfera del artículo 1355 o del 1323 CC, dependiendo de si se cumplen o no los requisitos del 1355 para que pudiera encajar en él y de no ser así, se aplicaría lo establecido en el art. 1323 CC
- El precio o la contraprestación puede ser privativo o ganancial (de forma probada o presunta).
- Si el precio es privativo, gracias al acuerdo sería ganancial y no entraría a formar parte de los bienes del cónyuge titular, sino de la comunidad. Por aplicación del artículo 1358 CC, el cónyuge que ha aportado capital tendrá a su favor un derecho de reembolso contra la sociedad de gananciales que podrá ejercitar o renunciar a él.
- Si el precio es presuntivamente ganancial, el acuerdo del que hablamos, solo serviría para afianzar tal carácter ganancial.
- Si el precio ganancial está totalmente probado y no es una presunción, este acuerdo carecería de importancia, porque estaríamos en el ámbito del artículo 1347.3 CC.

Es preciso matizar que cuando el artículo 1355 CC habla de bienes, no hay que excluir a los frutos, porque de acuerdo con el artículo 1347.2º CC, cuando habla de bienes gananciales, se refiere a *“frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales”*.

Esto resulta revelador porque antes de la reforma de 1981, el TS había optado por la postura civilista en virtud de la cual las nuevas acciones tendrían la consideración de gananciales: bien porque en la suscripción se utilizare dinero ganancial, bien por el derecho de suscripción preferente, bien por las reservas y la ampliación con cargo a ellas como frutos de las antiguas.

274 En la STS de 10 febrero 2003 (RJ 2003\1158) se declara la inexistencia de adjudicación de acciones sociales de la mujer al marido por haber una inexistencia de *“animus donandi”*, sino lo que hay es una transmisión fiduciaria sin *“finalidad perceptible”*, que se traduce en una nulidad absoluta de las adjudicaciones y por tanto, en una atribución de una titularidad meramente formal.

Sin embargo, esta interpretación quedaría descartada si las nuevas acciones no se consideran fruto y se tienen como un desdoblamiento de la cuota de socio.

Según esto, no es posible excluir el supuesto que contempla el artículo 1352 CC del ámbito de aplicación del artículo 1355 CC.

Algunos autores, entre ellos CADARSO PALAU²⁷⁵, considera que la norma contenida en el art. 1352 es de perfecta aplicación a la adquisición onerosa de acciones y participaciones sociales, cuyo carácter ganancial podrá ser determinado por acuerdo de los cónyuges con prevalencia a lo que resulte de dicha norma, que no tiene carácter imperativo.

En cuanto a la relación del artículo 1355 CC con otros preceptos del mismo cuerpo legal, destaquemos lo siguiente:

- En primer lugar, al artículo 1355 le resulta indiferente para que opere el pacto de atribución de ganancialidad, tanto la procedencia del precio o contraprestación, como la forma y plazos en que se satisfaga.

El artículo 1355 CC en relación con el artículo 1346.3º CC, serviría para efectuar la atribución expresa de ganancialidad, pero no sería aplicable al supuesto del párrafo 4º del mismo artículo.

Apunta RAMS ALBESA²⁷⁶ que el párrafo 1º del 1355 se constituye como una excepción voluntaria al artículo 1354 CC y en él *“se está en presencia de un negocio mixto de adquisición del que se conoce y se justifica la procedencia de los fondos, atribuyendo por autonomía de la voluntad la titularidad a la masa ganancial y dando lugar a los correspondientes derechos de reembolso para las masas privativas aportantes”*.

Respecto a la interactuación entre el artículo 1355 y 1356 CC, podemos destacar los siguientes aspectos:

El artículo 1356 CC se refiere a las compras a plazos constante a la sociedad: compras a título oneroso durante la sociedad de gananciales junto a un acuerdo de atribución de ganancialidad, (destacamos la buena conjugación entre ambos preceptos). Habrá que tener en cuenta lo siguiente:

- Aunque el primer desembolso se haga en todo o en parte con dinero privativo, de común acuerdo se puede atribuir el carácter de ganancial. Esta atribución jugará con relación a la totalidad del bien, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza del resto de los plazos.

275 CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 67.

276 RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, indirecta GONZALÉZ DEL POZO, J.P., “Consecuencias de la atribución de ganancialidad a los bienes adquiridos onerosamente con dinero total o parcialmente privativo de un cónyuge” en *El Derecho*, fecha 27 diciembre 2017.

- El art. 1355 CC no convierte el dinero privativo en ganancial, sino que permite transformar en ganancial lo que con él se ha adquirido, por lo que surgirá el correspondiente derecho de reembolso.

- El artículo 1355 CC no despliega su eficacia con relación al primer desembolso, sino con relación a la adquisición.

Por su parte, la STS de 27 mayo 2019 (RJ 2019\2143) se apoya en el segundo aspecto, en el derecho de reembolso, al defender que son bienes gananciales aquellos bienes que hayan sido adquiridos por ambos cónyuges cuando consta la voluntad de ambos de atribuir el carácter ganancial al bien. Pero de probarse que para la adquisición de han utilizado bienes privativos de uno de los esposos, el cónyuge titular de dichos bienes tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado y ello, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero, ni de su derecho de reembolso. Esto se debe a que no basta con la declaración de uno solo de los cónyuges de que la adquisición se hace para la sociedad o de que se adquiere con carácter ganancial. Para que esta declaración tuviera fuerza, es necesario que sea realizada por ambos esposos; por ello, si el cónyuge titular de los fondos privativos empleados para la adquisición acredita el carácter privativo del dinero utilizado el bien adquirido será privativo.

1.2.4. Acciones o participaciones adquiridas en parte con bienes privativos y gananciales

1.2.4.1. La regla general del principio de subrogación real: acciones en parte gananciales y en parte privativas. El proindiviso del artículo 1354 del CC

Recordemos que por el principio de subrogación real se produce la sustitución de un bien por otro en el patrimonio de una persona, de manera que el bien que entra en el mismo ocupa el lugar de aquél que ha venido a sustituir.

Si la adquisición de un determinado bien se hace con un bien ganancial - dinero, bienes o derechos gananciales- el bien que se incorpora en el patrimonio de esa persona que era titular de la contraprestación, tendrá también carácter ganancial y viceversa en el caso de ser privativo.

Puede darse el caso que para la adquisición de un bien, no se utilice solo dinero o contraprestación ganancial o privativa, sino que la adquisición se haga en parte con dinero o contraprestación ganancial y en parte con privativa. A esta situación precisamente es a la que se refiere el artículo 1354 de nuestro CC, al disponer: *“Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad*

de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas²⁷⁷.

PRETEL SERRANO²⁷⁸, especifica que la regla de este precepto es aplicable a las llamadas adquisiciones mixtas y que carece de precedentes en nuestra legislación antes de la reforma de 1981. Supone una aplicación del principio de subrogación real que con carácter general se contiene en los arts. 1346.3.º y 1347.3º CC.

MEDINA SÁNCHEZ²⁷⁹ señala que la regla contenida en el artículo 1354, es una regla especial frente a la regla general de subrogación real, porque tiene en cuenta no sólo los supuestos donde los fondos o bienes empleados sean gananciales, sino también cuando se trate de bienes privativos. Por nuestra no vemos excepción a la regla general, sino una aplicación de la regla recogida en los arts. 1346.3º y 1347.3º

En principio la interpretación de este artículo es clara y no induce a ningún tipo de confusión: si para adquirir un bien se utilizan bienes tanto privativos como gananciales, ese bien, tendrá en parte carácter privativo en la proporción correspondiente al titular de la contraprestación privativa y en parte carácter ganancial, correspondiendo a la sociedad de gananciales.

En cuanto al ámbito de aplicación del mismo, PRETEL SERRANO²⁸⁰ indica que es aplicable a todos los supuestos en los que pueda hablarse de subrogación real predicable tanto respecto del patrimonio privativo como ganancial, siendo indiferente cómo sea la adquisición, con o sin precio aplazado, en metálico o “in natura”, por uno o ambos cónyuges, siempre que en este último caso no sea consecuencia de lo dispuesto en el art. 1355.2 CC. Sintetiza el autor con estas precisiones:

- Adquisiciones al contado y adquisiciones con precio aplazado. El problema en este punto se encuentra en la relación que debe establecerse entre este precepto y el art. 1356 CC, dado que el segundo se refiere expresamente a los bienes adquiridos por precio aplazado y determinada el total carácter privativo o ganancial del bien, según la naturaleza privativa o ganancial del primer desembolso, aunque para pagar el precio definitivo se haya aportado tanto dinero privativo como ganancial. Puede parecer una contradicción, por lo que quizás, habría que optar por entender que el art. 1354 CC es una regla general, frente a la más especial que sería el art. 1356 CC, de manera que el art. 1354 se aplicará siempre a la compra al contado, así como a las compras con precio

277 Con relación a la norma de este precepto, recordemos lo dispuesto en el párrafo 5º del artículo 1347 para el caso concreto de las empresas o establecimientos en cuya formación concurren capital privativo y capital común, que se remite al art. 1354 CC. Tratándose de transformación o ampliación seguirá conservando el carácter privativo con independencia del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales: vid. STS de 18 septiembre 1999 (RJ 1999/6603).

278 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1354”, *Comentario al Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 664 a 666.

279 MEDINA SÁNCHEZ, R.M., “Capítulo 2. Bienes gananciales”, en *Comunidad de Gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 114.

280 PRETEL SERRANO, J.J., *op. cit.*, pág. 666.

aplazado, cuando el primer pago se haga con dinero en parte ganancial y en parte privativo; la proporción en que participarán cada uno de los cónyuges y la comunidad ganancial se fijará en función de la participación que se tenga en la cantidad entregada como primer desembolso; el artículo 1356 sólo se aplicará cuando el primer desembolso sea totalmente privativo o ganancial.

- Adquisiciones parte en dinero y parte en otra cosa, como sería el supuesto de permuta de un bien que pertenece privativamente a un cónyuge, pero en la contraprestación interviene también un suplemento en metálico ganancial. En este caso se podría aplicar el artículo 1354 CC, ya que el mismo se refiere al principio de subrogación real y, no se aprecian motivos para que el juego de tal principio sea desplazado en función de la calificación jurídica (compraventa o permuta) que merezca el acto.

- Adquisición por ambos cónyuges o por uno solo. La forma en que se realice la adquisición no influirá en el carácter ganancial o no de parte del bien (art. 1347.3º CC), sin perjuicio de que el acto de la adquisición y la forma en que se haga vaya a tener consecuencias al instante (arts. 93, 94 y 95 RH).

Los requisitos de la adquisición se pueden concretar en que ésta sea de carácter oneroso y vigente el régimen²⁸¹.

Si la inversión que se ha realizado es mixta, ganancial y privativa, el bien tendrá también ese carácter mixto, perteneciendo proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge titular de esos fondos privativos, en la proporción exacta a sus respectivas aportaciones.

En lo referente a qué tipo de adquisiciones se refiere este precepto, diremos que parece que no abarca a las que tienen lugar antes del comienzo de la sociedad de gananciales, y esta conclusión la deducimos de la propia redacción del precepto, porque al decir “*en parte ganancial, en parte privativo*”, sólo podemos hablar con estos términos una vez comenzada la sociedad de gananciales, porque cuando no hay sociedad de gananciales, estos términos no tienen cabida al no existir comunidad alguna. (Podría surgir la cuestión de comprar a plazos antes del matrimonio y una vez celebrado pagar con dinero ganancial).

Otra cuestión a tener en cuenta, es que el artículo 1354 CC es aplicable a las compras al contado y no a plazos, ya que para este caso, tenemos al artículo 1356 CC para cuando el primer desembolso sea totalmente privativo o ganancial. No obstante si el primer desembolso en la compra a plazos realizada durante la comunidad de gananciales es mixto, así lo será todo el bien con independencia del carácter del precio aplazado aplicando el criterio que resulta del 1356 del CC

Destaca MEDINA SÁNCHEZ²⁸² que dará lugar a una comunidad romana o por cuotas cuando se trate de bienes adquiridos o sustituidos por otros bienes y las

281 La STS de 1 junio 2006 (RJ 2006\3060) dispone que el artículo 1354 se aplica a la adquisición de bienes constante matrimonio, es decir, vigente el régimen de comunidad de gananciales, por precio en parte ganancial y en parte privativo, siendo el bien adquirido ganancial y privativo en proporción al dinero aportado.

empresas o establecimientos fundados durante el régimen, tendrán carácter privativo y ganancial en función del carácter de los bienes utilizados para su adquisición o fundación. Siendo las cuotas proporcionales al valor de las respectivas aportaciones. Afirmación que completa PRETEL SERRANO²⁸³ para cuando sean acciones o títulos o participaciones sociales suscritas como consecuencia de otras privativas, afirma que *“no habrá comunidad, a pesar de que se utilizaren fondos comunes, sino que lo que procederá será realizar el correspondiente reembolso (v. com. art. 1352 CC)”*. No obstante por nuestra debemos señalar que si la acción o participación que genera el derecho de suscripción o asunción preferente es mixta, así lo serán también las nuevas acciones o participaciones suscritas ex art. 1352 CC.

Explica MEDINA SÁNCHEZ que los bienes gananciales tendrán una doble regulación, por un lado al formar junto con los bienes privativos una comunidad romana, se regirán por las normas contenidas en los artículos 392 y ss del Código Civil; y por su carácter de gananciales, se regirán por las normas de la comunidad germánica o en mano común.

Esta doble regulación hace que se pueda hablar de una naturaleza mixta de los bienes (doble titularidad material: ganancial y privativa) de las acciones y participaciones a la hora de poder determinar la parte privativa y ganancial de las mismas. Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 1354 CC para los bienes en general, será aplicable a los supuestos de acciones y participaciones, donde se distinguirá con qué fondos se ha hecho la adquisición, el carácter que las mismas tienen tras la adquisición y la posibilidad de configuración mixta de las mismas atendiendo a los fondos empleados.

Estas reglas que acabamos de estudiar son aplicables en los casos de adquisiciones originarias de acciones o participaciones hechas al margen del juego del art. 1352 del CC en los que el desembolso del capital se hace en parte con dinero ganancial y en parte con dinero privativo. Igualmente en el caso de adquisiciones derivativas hechas en parte con contraprestación ganancial y en parte con contraprestación privativa.

1.2.4.2. Excepciones al principio de subrogación real

El principio de subrogación real supone la “sustitución jurídica” de un bien por otro, de tal forma, que el nuevo bien entra a ocupar el lugar del antiguo. De esta manera, cuando se produce la adquisición de un bien en virtud del principio de subrogación real, el nuevo bien adquiere el mismo carácter ganancial o privativo que tenía aquel al que sustituye.

No obstante, hay ocasiones en las que se produce una ruptura de ese principio, en las que a pesar de que un bien se adquiera gracias a otro y en sustitución del mismo, éste no tiene el carácter ganancial o privativo del sustituido,

282 MEDINA SÁNCHEZ, M.R., *op. cit.*, pág. 115.

283 PRETEL SERRANO, J.J., *op. cit.*, pág. 666.

debiéndose a que aunque para poder adquirirlo se haya utilizado un determinado bien, existe un derecho una norma especial que *atribuye* otro carácter que prevalece sobre el principio de subrogación real, por lo que el nuevo bien en vez de adquirir el carácter que tendría si sólo interviniese el principio de subrogación real, toma el que estipula la norma especial, produciéndose por tanto una excepción al principio de subrogación real. En estos casos juega como norma general, el derecho de reembolso del artículo 1358 CC²⁸⁴, con la particularidad de lo establecido en el art. 1359.2 CC que vemos más adelante.

Pasamos a tratar las excepciones:

1.2.4.2.1. Las compraventas a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales (el art. 1357 CC) y constante la sociedad (art. 1356 CC)

Una de las excepciones a esta regla general es la que se refiere a las compras a plazos, en las que independientemente de la naturaleza de los fondos utilizados para su adquisición, el bien tendrá un carácter determinado por el primero de sus desembolsos en las compras constante la sociedad de gananciales (art. 1356 del CC)²⁸⁵, o carácter privativo en las ventas celebrados con anterioridad a la vigencia del régimen de gananciales ex art. 1357 del CC²⁸⁶.

a) Dice el artículo 1356 CC: *“Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza”*.

Claramente se aprecia que se separa de la regla general, pues tan sólo importa la naturaleza del primer desembolso para determinar el carácter del bien independientemente del resto de pagos. De manera que teniendo en cuenta lo expuesto, para que esa regla tenga lugar y sea aplicable, es necesario que: 1)

284 No surge el derecho de reembolso en el caso del art. 1346.7.º del CC.

285 En esta la STS de 31 octubre 1989 (RJ 1989\7038) se enjuicia el caso en una persona adquiere una vivienda antes de contraer matrimonio con un préstamo hipotecario que se amortiza después de contraer matrimonio con dinero ganancial. El TS entiende aplicable al caso el criterio del art. 1357.2 del CC, por lo que vivienda se considera parte privativa y parte ganancial. El precio aplazado incluye tanto los supuestos en los que el precio se entrega a plazos al vendedor, como cuando se hace mediante un préstamo hipotecario cuyas cuotas se difieren en el tiempo -Realmente, aquí hay una compra al contado y un préstamo que concede una entidad o se subroga en uno anterior.

286 Vid. LACRUZ, J.L., *Elementos...*, op. cit., 2ªed., págs. 166 y 167: Para LACRUZ, estos artículos (1356 y 1357 CC), responden a un principio de cesión económica: *“un bien cuyo precio no ha sido pagado entero, pertenece en el momento inicial a un patrimonio, no cambia de adscripción por el hecho de que se emplee en pagar su precio aplazado numerario procedente de otra masa.”*

Se trate de una compra a plazos; 2) Que la adquisición se haga constante a la sociedad.

Este artículo se rige por dos criterios, el primero de carácter temporal, que atiende al momento en el que se produce la adquisición y, el segundo, el carácter del desembolso realizado. A diferencia del 1357 del CC, para el cual sólo prima el temporal -se refiere a adquisiciones a plazos hechas antes de regir la sociedad de gananciales-, con independencia de cómo sea el primer desembolso, ya que prevé que la totalidad del precio sea ganancial.

PRETEL SERRANO²⁸⁷ explica que la finalidad de este artículo es lograr certeza y claridad en las adquisiciones con precio aplazado. Finalidad que no termina de conseguir por completo ya que hay supuestos en los que es forzoso mantener una indeterminación provisional de la naturaleza del bien. Asimismo, hace alusión a la discusión que gira en torno al mismo sobre si encierra o no una presunción *"irus et de iure"*, ya que en un sentido se podría entender que sí porque habrá que acudir al primer desembolso para poder probar el carácter del bien adquirido constante la sociedad de gananciales; mientras que en un sentido negativo, no es necesario probar nada porque el legislador ya ha estipulado una concreta calificación jurídica.

Es importante poder probar cuándo se compran los bienes, para saber si ha sido o no durante la vigencia de la sociedad²⁸⁸, dado que el precepto se dedica a los bienes adquiridos a plazos durante la sociedad de gananciales. La importancia probatoria es relevante a la hora de determinar si el supuesto encaja o no en la esfera del 1356. Reiteramos que el mismo se refiere a los bienes adquiridos con precio aplazado vigente la sociedad de gananciales.

b) Tratándose de un bien adquirido a plazos antes la sociedad de gananciales será de aplicación el art. 1357 del CC, conforme al cual: *"Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. - Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354."*

El art. 1357.1 del CC califica de privativos los bienes comprados a plazos antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la

287 PRETEL SERRANO, J.J., "Artículo 1356", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 669.

288 En relación con las compras a plazos realizadas durante la sociedad de gananciales, destaca la sentencia del TS de 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4262) que procedemos a explicar. En el presente caso, el codemandado, marido de la también demandada, adquiere un inmueble haciendo un pago inicial mínimo del precio, más el IVA de la operación, subrogándose en el préstamo hipotecario que gravaba el inmueble para pagar el resto del precio. Esta adquisición se hace para la sociedad de gananciales (régimen en que estaba casado), tal y como declara y tal y como se inscribe en el Registro de la Propiedad (art. 93.4 RH). En este caso el TS distingue la titularidad del bien, diciendo: *"Que el negocio concreto de adquisición se aproxima a la adquisición de un bien a precio aplazado, y que además está asegurado con un derecho real de garantía y genera dos órdenes: 1. En cuanto a la adquisición y condición del bien. 2. En cuanto al carácter de la deuda contraída. El bien adquirido, encuadra bien en el supuesto del artículo 1356, ya que se trata de una compra a precio aplazado, constante la sociedad de gananciales, y hay un primer desembolso ganancial, y a esto, habría que añadir la declaración del cónyuge que adquiere en el sentido de que adquiere para la sociedad"*.

naturaleza del dinero (por cuanto se refiere solo a compra) utilizado en el pago de los plazos, incluso si la totalidad del precio aplazado si se ha abonado ya vigente la sociedad con fondos gananciales. Siendo imprescindible para este precepto el momento en el que se efectúa la compraventa, será básico saber cuándo se considera ésta perfeccionada.

Puede ocurrir que antes de comenzar la sociedad de gananciales uno de los cónyuges (o futuros esposos) adquiera un bien, perfeccionándose la compraventa, pero se aplaza la totalidad del precio y no se pagan los plazos sino hasta que comienza la sociedad de gananciales, siendo atendidos todos esos pagos con dinero ganancial.

Es este caso el bien es privativo, porque a lo que realmente hay que atender es al momento de perfección de la venta.

De otorgarse escritura pública de compraventa y de tener lugar el otorgamiento antes del comienzo de la sociedad de gananciales, el bien será privativo y será indiferente que el otro cónyuge contribuyera a algunos pagos antes o después del comienzo de la sociedad.

Si la compraventa se hace mediante documento privado antes de regir la sociedad de gananciales, pero se otorga escritura pública una vez comenzado el régimen gananciales, es claro que la perfección de la venta se ha producido con el documento privado y por tanto el bien adquirido a plazos tendrá carácter privativo²⁸⁹.

Otro posible supuesto sería la compraventa por parte de ambos cónyuges antes del comienzo de la sociedad de gananciales, en cuyo caso el bien sería privativo en proindiviso.

Mientras que el art. 1357.1 CC se aleja del principio de subrogación real, el art. 1357.2 exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior las compraventas a plazos referidas a la vivienda y ajueres familiares²⁹⁰ y ²⁹¹, a los que se aplicará

289 No olvidemos con relación a los documentos privados y los efectos frente a terceros el art. 1227 del CC.

290 Nuestro Código Civil no da una definición de vivienda familiar, conyugal..., de manera que el concepto viene perfilado y definido por la doctrina y la jurisprudencia. Tratando de concretar el concepto a los efectos del art. 96 CC, en la jurisprudencia abundan las definiciones y conceptualizaciones: *"aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas (art. 68 CC)"* SAP de la Coruña (Secc. 5ª) de 16 abril 2009 (JUR 2009/284114): *"aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas"* (SAP Valladolid (Secc. 1ª) de 16 abril 2004 (JUR 2004\147048).

La STS de 31 mayo 2012 (RJ 2012\6550), con relación al concepto de vivienda familiar a los efectos de atribución de su uso en los procesos matrimoniales previsto en el art. 96 C.C, señala que *"en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar"*, y define la vivienda familiar a estos efectos de la siguiente manera: *"La aplicación del Art. 96 C.C exige que (...) constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un*

la regla contenida en el artículo 1354 CC, para lo dispuesto respecto a los bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, correspondiendo proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas²⁹². Si la vivienda o ajuar familiares adquiridos antes de regir la sociedad de gananciales han sido satisfechos en su totalidad con dinero ganancial, el bien será ganancial en su totalidad, y si lo han sido con dinero privativo, el bien será privativo.

Aclarar que lo dispuesto en este párrafo segundo tan sólo será aplicable si la sociedad de gananciales y la adquisición de la vivienda han tenido lugar tras la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

1.2.4.2.2. Las excepciones al principio de subrogación real recogidas en los artículos 1346.4º, 1347.4º y 1352 CC. Remisión

Los casos de excepción al principio de subrogación real de los artículos 1346.4º y 1347.4º, son los ya vistos y explicados en los epígrafes correspondientes. Recordemos, ambos preceptos nos hablan de un derecho de retracto -habrá que entender un derecho de preferente adquisición-, en un caso privativo, en otro ganancial, y un bien que se adquiere mediante el ejercicio de ese derecho, que va a tener el mismo carácter que el derecho de preferente adquisición (ganancial o privativo), independientemente de la naturaleza del caudal con el que se adquieran, por lo que tiene supremacía la titularidad del derecho sobre el principio de subrogación real, surgiendo un derecho de crédito a favor del patrimonio utilizado para la adquisición y produciéndose por tanto, la excepción al principio de subrogación real.

concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 C.C, en relación al domicilio de los cónyuges”.

291 Por ajuar familiar se entiende todos aquellos enseres necesarios e indispensables para la normal y adecuada convivencia de la unión familiar. El ajuar familiar está integrado por muebles (sofás, mesas, sillas, camas.. etc.), electrodomésticos (nevera, lavadora, secadora, lavavajillas... etc.), y todo tipo de elementos necesarios para la vida en familia tales como vajilla, cubiertos, sartenes, sábanas, mantas, etc.

En la STS de 19 mayo 2020 (ECLI:ES:TS:2020:956), se discute el concepto de “ajuar doméstico”. En el caso tratado, un 99,97% del valor de la herencia estaba formado por acciones de una sociedad mercantil, afectos a una actividad económica inmobiliaria. El TS entiende que para interpretar el artículo 15 de la LISD hay que acudir a los artículos 1321 CC y 4.4 de la LIP; fija los criterios interpretativos sobre el concepto “ajuar doméstico”, y concluye que no puede comprender sin más un porcentaje sobre todos los bienes de la herencia sino sólo aquellos que según la normativa civil y fiscal sean propiamente “ajuar”; y que las acciones y participaciones sociales no se integran, siquiera analógicamente, en el concepto de “ajuar doméstico” (a los efectos de aplicar sobre ellas la presunción legal del 3%).

292 La STS de 3 abril 2000 (RJ 2000\2341) relativa a la vivienda familiar adquirida a plazos antes de la celebración del matrimonio con aportaciones de ambos cónyuges, perteneciendo proindiviso a la sociedad y a los cónyuges en proporción a sus respectivas aportaciones; La STS de 2 julio 2016 (RJ 2016\3722) respecto a la vivienda comprada antes de contraer matrimonio por precio aplazado, corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y a los cónyuges en proporción a lo aportado por cada uno. Habrá que incluir como bien ganancial la misma proporción en la que se haya pagado la hipoteca (ex. art. 1354 CC) respecto a su valor total de la vivienda.

En cuanto a la excepción a este principio en el artículo 1352 el CC señala que *“Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir”*, aclarando en el párrafo 2º del mismo que: *“Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”*. Cuando esto ocurra la sociedad de gananciales tendrá un derecho de crédito frente al cónyuge titular, pero lo adquirido por éste gracias a su derecho de suscripción o asunción preferente, no perderá su carácter privativo, sino que deberá abonar a la sociedad de gananciales lo correspondiente. Si las antiguas acciones o participaciones eran gananciales hay que aplicar el mismo criterio que deduce del art. 1352 del CC que sólo contempla las acciones o participaciones privativas.

Nos remitimos a las páginas anteriores donde hemos estudiado los preceptos citados.

1.2.4.2.3. Mejoras e incrementos patrimoniales: 1359 y 1360 CC

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, introdujo numerosas novedades entre ellas al artículo 1359 del CC, modificando el criterio mantenido por el antiguo 1404 CC, precepto este último que señalaba: *“Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones por la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. - Lo serán igualmente los edificios construidos durante el matrimonio en el suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca”*.

El vigente art. 1359 del CC, tras la reforma de 1981, señala: *“Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. - No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”*.

Añadiendo el art. 1360 CC una regla específica al establecer: *“Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa”*.

Con la nueva redacción del artículo 1359 desaparece la accesión invertida quedando sustituida por la accesión directa: a) En aquellos casos en los que se realiza una construcción o mejora en bienes gananciales con dinero o bienes

privativos, la misma será ganancial, sin perjuicio del derecho de reembolso del patrimonio privativo aportante para la construcción o mejora; b) En aquellos casos en los que la construcción o mejora se realiza con dinero ganancial pero en terreno privativo, la construcción no será ganancial en aplicación del principio de subrogación real, sino que por el principio “*superficie solo cedit*” del artículo 358 CC, el bien será privativo y la sociedad será acreedora aumento de valor que tenga el bien privativo como consecuencia de la edificación o de la mejora al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado ²⁹³.

La STS de 18 septiembre 1999 (RJ 1999\6603) se ocupó de un caso en el que el esposo era propietario con carácter privativo de un negocio que había heredado de su padre. El esposo fue ampliando y transformando dicho negocio durante la sociedad de gananciales con fondos comunes que más tarde se aportaron para la constitución de una sociedad anónima, de la que el esposo recibió a cambio acciones de la misma. Respecto al carácter de dichas acciones, la Audiencia Provincial entendió que eran privativas en el 20% (equivalente al valor del primitivo negocio), siendo ganancial el 80% restante. Sin embargo, el TS consideró que todas las acciones eran privativas sin perjuicio del derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales. Dicho derecho de crédito se fundamentaba en las aportaciones realizadas en el negocio privativo. El TS entiende que lo que se produjo fue una transformación y ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con cargo a fondos de la misma. Con arreglo a los artículos 1359 y 1360 CC, la sociedad de gananciales sólo tiene derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1397.3º CC). Es decir: un derecho de crédito contra el aportante. Matiz importante es que no se creó una nueva sociedad, sino que se “disfrazó” como anónima la explotación privativa.

Esta nueva redacción se considera más coherente con la manera actual de llevar a cabo la administración ordinaria de los bienes privativos, aparte de que con esta nueva regulación una de las cosas que se pretende evitar son los enriquecimientos injustos que se pueden producir en el momento de la liquidación por culpa de los reintegros y reembolsos correspondientes. Al desaparecer la accesión invertida que regulaba el anterior artículo 1404, terminan muchos abusos y situaciones injustas que se producían en la práctica.

Al no haber desplazamientos de titularidad por vías indirectas entre las diferentes masas de patrimonios se evitan también tratos diferenciados en los distintos supuestos de accesión²⁹⁴. La crítica que se podría hacer a esta nueva

293 El párrafo primero del artículo 1359 CC se aparta de su párrafo segundo en tanto en cuanto, el primero sólo se refiere a las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen sin especificar quien ha de hacerlas, por lo que cabe entender que se deberán hacer por los cónyuges y no por terceros, ni por la naturaleza. A lo que se añade, que no es suficiente una mera alegación o presunción de quién se supone que las hizo, sino que se debe probar. A ello se refiere la STS de 23 octubre 2003 (RJ 2003\7762) al considerar probada la actividad realizada por uno de los cónyuges que incrementó el valor del negocio de fontanería, porque fue debidamente acreditado por un informe pericial. En el caso de mejoras en bienes privativos sí se concreta, al exigir que sean debidas a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges.

294 La accesión (directa), es un modo de adquirir la propiedad, por el que se atribuye al propietario del suelo y le permite hacer suyo todo lo que quede unido o acrezca en dicho suelo,

redacción es que debería haber mantenido el tratamiento de la accesión invertida²⁹⁵ para el caso de la construcción de vivienda familiar con dinero ganancial sobre el solar privativo de alguno de los esposos, para así estar en plena coherencia con el artículo 1357.2 CC²⁹⁶.

bien de manera natural o artificial, por el principio de *superficies solo cedit*. Esta expresión latina significa que la superficie accede al suelo). Mientras que la accesión invertida (también llamada construcción extralimitada, que surge por una interpretación a sensu contrario del artículo 361 CC y del mencionado principio *superficies solo cedit*.

La accesión invertida o construcción extralimitada existe cuando, quien es propietario realiza en su terreno una construcción que excede de los límites de lo que es suyo, de manera que invade suelo ajeno, al tiempo que concurren una serie de circunstancias o requisitos. El primer requisito es que el edificio se haya construido en suelo propio del constructor y parte en suelo ajeno, suelo que necesariamente ha de ser colindante, y la extensión del terreno invadido no ha de ser superior a la del suelo del constructor. El segundo requisito se refiere a la exigencia de que las partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible. En tercer lugar, que el edificio tenga en su conjunto un valor económico superior al valor del suelo invadido. En cuarto lugar, la exigencia de la buena fe del constructor, bien porque desconoce que está construyendo o ha construido en suelo ajeno y actúa convencido de que no se produce ninguna extralimitación, bien porque el dueño del terreno no se ha opuesto. Por último, se tendrá en cuenta también la inexistencia de relaciones contractuales entre el constructor y el dueño del suelo parcialmente invadido.

295 Lo que sí recogen los dos párrafos del artículo 1359 son las mismas reglas de la accesión de los artículos 358 y ss del CC: se mantiene el carácter privativo o ganancial del bien al que se incorporan las mejoras, y de esta forma, se evitan problemas conyugales, porque el suelo seguirá teniendo el carácter que tenía.

¿Qué más hace el art. 1359 CC respecto de la regulación anterior? Aparte de proclamar la vigencia de los dos principios mencionados en las dos líneas anteriores y de eliminar la accesión invertida, este precepto no determina la naturaleza de los bienes -ésta no queda afectada por la mejora o edificación-, no es esa su función; su función es liquidatoria, porque lo que pretende solucionar el precepto es todo lo relativo a los reembolsos entre patrimonios. Lo que ocurre, es que tal y como destacábamos antes, al existir contradicción entre los dos párrafos del artículo 1359, las soluciones de reembolso que propone, son diferentes: 1) en el primer apartado, establece una regla general: el titular del patrimonio que ha realizado la mejora en un bien que corresponde a otra masa, tiene derecho al reembolso del valor satisfecho. Se trata de una especie de derecho de reembolso por "lo gastado", lo que ocurre es que esto plantea el problema de la depreciación monetaria, porque no se trata de una deuda de cantidad, sino una deuda de valor, porque el mismo precepto habla claramente del "valor satisfecho"; 2) en el apartado segundo, establece una regla especial para aquellos supuestos en los que la mejora se ha hecho en bienes privativos con bienes gananciales o con la actividad de cualquiera de los cónyuges, en los que para determinar el reembolso se hará teniendo en cuenta, "*el aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora*".

296 La norma consagrada en el artículo 1359 se separa del supuesto normal de adquisición a plazos de la vivienda habitual de la familia, donde la sociedad de gananciales siempre adquiere, aunque sea como mínimo, la parte proporcional a los plazos o cuotas que se hayan pagado con dinero ganancial. Sin embargo, de acuerdo con la nueva regla, cuando se construye en terreno privativo la vivienda habitual con dinero ganancial, no se aplica el artículo 1357.2, sino que rigen las normas de la accesión y éstas prevalecen sobre la protección que normalmente se brinda a la vivienda familiar.

Existen algunas sentencias que aplican la regla de la accesión invertida, como aquellos en los que el valor de la construcción es muy superior al terreno sobre el que se edificó. La sociedad de gananciales podrá solicitar el reembolso del valor invertido en la construcción, o abonar al cónyuge el valor del terreno, así lo hacen la SAP Almería (Secc. 1ª) de 2 marzo 2000 (AC 2000\2860), SAP de Valencia (Secc.10ª) de 14 de mayo 2002 (JUR 2002\188536). Destacar que a una solución así es difícil alcanzarla en un contencioso, porque los miembros de la sociedad de gananciales como sabemos son los cónyuges y que lleguen a un acuerdo así no suele ser fácil.

Los dos preceptos citados plasman la idea de que los bienes mantienen su naturaleza a pesar de que se inviertan en sus mejoras fondos de distinta condición a la que ellos tienen.

Cuando se realicen mejoras, éstas tendrán la misma condición del bien sobre el que se efectúan en virtud de la accesión y del principio “*superficie solo cedit*” contenido en el artículo 358 CC.

Los artículos 1359 y 1360 CC se refieren a las construcciones, plantaciones, así como a todas las mejoras que se hacen tanto en los bienes gananciales como en los privativos, así como los incrementos patrimoniales que se puedan incorporar a empresas o explotaciones... Adquiriendo estos incrementos y mejoras el mismo carácter (ganancial o privativo) que tiene el bien (la edificación, explotación...) al que mejoran²⁹⁷.

Se considerarán estos incrementos gananciales o privativos según corresponda por accesión, sin que el bien en el que se produce la construcción, plantación o mejora, deje de tener el carácter ganancial o privativo que tenía antes (de la mejora o incremento).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁹⁸ explica que esta solución lo que hace es estimular la realización de mejoras para la mejor explotación de los bienes privativos, porque si un bien privativo mejorado sigue teniendo este carácter, pero la sociedad se convierte en acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora al tiempo de la disolución o enajenación del bien, el cónyuge no propietario del bien tendrá interés en el empleo de fondos comunes en la mejores, ya que en tal caso no sólo serán de la sociedad los frutos, sino también el aumento de valor aportado con la mejora.

Por medio de la accesión, la mejora o incremento tendrá el mismo carácter que el bien al que mejoran o incrementan. La utilización de fondos distintos no afectará a su condición, únicamente dará lugar a un derecho de reembolso o al crédito por el plusvalor que se llevará a efecto en el momento de la extinción de la sociedad o cuando se enajene el bien mejorado o incrementado. El artículo

Donde se encuentran algunos problemas son en el ámbito registral, en situaciones de derecho transitorio, como por ejemplo, ciertos casos que ya han accedido al Registro con anterioridad a la reforma de 1981, pero que sin embargo, la declaración de obra nueva aún está pendiente (esto es bastante frecuente para conseguir tiempo ante la concesión de una hipoteca), por lo que registralmente se habrá producido una accesión invertida. O un caso contrario, cuando acceden al Registro declaraciones de obra que han sido escrituradas después de 1981, y que por aplicación del 1359 CC, no van a implicar una accesión, pero que en realidad éstas ya se habían producido por haber concluido antes del 8 de junio de 1981.

La STS de 3 noviembre 2006 (RJ 2006\9430) se refiere al bien privativo del esposo adquirido estando soltero antes de la reforma de 13 de mayo 1981. Se construye la vivienda conyugal, hay un derecho de crédito a favor de la esposa, al disolverse y liquidarse el consorcio sobre la mitad del préstamo hipotecario satisfecho por la sociedad de gananciales.

297 La SAP Pontevedra (Secc. 3ª) de 5 febrero 2007 (JUR 2007\88378) declara que son gananciales las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho, si se hizo con dinero privativo de uno de los cónyuges.

298 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1359”, *Comentario del Código Civil, Tomo II*, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 677.

1359 señala el momento en el que el aumento de valor es liquidable: cuando el dueño del bien enajena el bien privativo mejorado, o cuando se disuelva la sociedad de gananciales²⁹⁹. El crédito no es exigible hasta que no pueda ser liquidado.

RAGEL SÁNCHEZ³⁰⁰ declara al respecto que *“teniendo en cuenta que los beneficios obtenidos por la explotación de empresas gananciales o privativas serán siempre gananciales y que los ingresos brutos serán presuntivamente gananciales, serán escasos los supuestos en que se aporten fondos privativos para obtener los incrementos patrimoniales empresariales. En los supuestos normales, los incrementos patrimoniales de las empresas privativas se habrán obtenido con la reinversión de los beneficios obtenidos en las mismas, que son gananciales, aplicación para la que el empresario está facultado por el artículo 1381 CC, que permite al cónyuge administrador de su patrimonio privativo que pueda disponer de los frutos y productos de sus bienes”*. A lo que añade que, lo mismo cabe indicar respecto de las *“cuotas indivisas en una cosa común, así como las acciones y participaciones sociales de sociedades, todas ellas de carácter privativo. Cuando dichas partes incrementan su valor a consecuencia de la reinversión de los beneficios obtenidos por la explotación, la sociedad será acreedora del incremento de valor alcanzado”*.

Aunque el artículo 1359 no concrete quién tiene que hacer dichas mejoras, se sobreentiende que han de ser los cónyuges, porque siendo realizadas por terceros no se afectaría al carácter ganancial o privativo de los bienes.

Asimismo, para poder invocar la aplicación de la regla contenida en dicho precepto, es necesario probar la mejora o incremento, no pudiendo tratarse de

299 La SAP de Jaén (Secc. 3ª) de 15 octubre 2003 (JUR 2003\276438) declaró que la realización de obras de envergadura en una finca privada del marido a cuenta de la sociedad de gananciales y no del caudal privativo del esposo, da lugar a un crédito y no a una propiedad ganancial, debiendo concretarse el importe debido al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales. La presunción de ganancialidad implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba, siendo este el motivo por el que fueron probadas las mejoras, siendo por tanto la sociedad de gananciales acreedora del aumento de valor que la finca haya experimentado a consecuencia de aquellas.

Por su parte, la SAP de Sevilla (Secc.2ª) de 27 noviembre 2008 (JUR 2009\60023) se refiere discusión en torno a la inclusión en el inventario (al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales): en el activo el ajuar doméstico y en el pasivo el capital pendiente de amortizar (a la fecha de la sentencia de la separación) de un préstamo hipotecario y de un préstamo personal (a la misma fecha). En cuanto al ajuar doméstico, teniendo en cuenta la presunción iuris tantum del artículo 1361 CC, declara el TS que dicha presunción no queda desvirtuada por la simple alegación de que durante el matrimonio el marido disponía de dinero privativo proveniente de la venta de dos fincas de ese mismo carácter. Respecto del préstamo hipotecario, se trata de un préstamo para la realización de una obra en la finca privativa del esposo (basándose en que la fecha del préstamo fue coetáneo a la realización de las obras, mientras que la otra parte manifiesta que el préstamo se solicitó para atender otras necesidades y para pagar el arrendamiento de una vivienda mientras duraban las obras). Entiende el TS, en base a los artículos 1359 y 1361 CC y no constando acreditado que la obra se realizara con dinero privativo de ninguno de los dos cónyuges, que la sociedad será acreedora del aumento de valor como consecuencia de la mejora, debiendo incluirse en el pasivo (siendo los mismo argumentos válidos para el préstamos personal).

300 RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *op. cit.*, pág. 829.

una presunción³⁰¹. Explica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS³⁰², “*la mejora ha de deberse a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges. Si el bien privativo resultara mejorado por otras causas: la actividad de terceros y a su costa, o por obra de la naturaleza o del tiempo, la sociedad de gananciales no tendría derecho alguno por razón de la mejora en sí (aunque los frutos o productos del bien mejorado sí serían gananciales)*”.

Señala este autor que también surge crédito a favor de la sociedad aunque la mejora realizada en el bien privativo de un cónyuge no sea enteramente debida a la inversión de valores comunes, porque en parte sea debida a inversión de fondos privativos del cónyuge propietario. Por lo que la solución sería estimar que la sociedad de gananciales será acreedora del aumento del valor del bien privativo, sólo en la parte proporcional que corresponda al valor común empleado en la mejora dentro del total invertido.

Con relación a la cuestión sobre el contenido de la mejora o cómo ha de ser esta, el precepto guarda silencio al respecto, por lo que quedaría englobada todo tipo de mejora que exceda de la administración ordinaria de los bienes³⁰³.

Por lo tanto, se considera mejora, todo aquello que exceda de la administración ordinaria, pero a pesar de distinguir entre ordinario y extraordinario, en la práctica hay muchas situaciones donde no es fácil distinguir si estamos ante una mejora o un caso de administración ordinaria³⁰⁴.

301 En este sentido destacan la STS de 23 octubre 2003 (RJ 2003/7762), así como la STS 25 septiembre 2012 (RJ 2013\2269) “*la aplicación del artículo 1359, párrafo segundo del Código Civil, no contempla ninguna presunción iuris et de iure o iuris tantum, a favor de la ganancialidad del plus valor experimentado*”.

302 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1359”, *op. cit.*, pág. 677.

303 La STS de 25 septiembre 2012 (RJ 2013\2269) se refiere a los efectos jurídicos de la donación derivados de su propia naturaleza, lo que implicó la reversión a los padres de la farmacia donada a su hijo tras el fallecimiento de éste sin descendencia. El hijo fallecido estaba casado, por lo que dio lugar a un derecho de crédito a favor de su sociedad de gananciales por el importe acreditado del plusvalor experimentado por la inversión en las nuevas instalaciones, equipamientos y valor del fondo de comercio al tiempo de producirse el efecto reversional, sin incluirse como mejora su dedicación como farmacéutico al beneficiarse directamente la sociedad de gananciales del rendimiento de dicha actividad.

La STS de 30 enero 2004 (RJ 2004\438) se refiere a los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento que se lleven a cabo, así como de administración ordinaria, en los bienes privativos, así como en la explotación regular de sus negocios o desempeño de la profesión, arte y oficio de alguno de los cónyuges, son de cargo de la sociedad de gananciales, como dispone el artículo 1362.2ª y 4ª CC. Estos gastos al considerarse como ordinarios, no generan ningún tipo de derecho de reembolso. Los que, sin embargo, sí van a dar lugar a derecho de reembolso son los extraordinarios. Para diferenciar entre ordinarios y extraordinarios, se recurre a los artículos 500 y 501 CC, en sede de usufructo, donde especifican que los gastos ordinarios serán de cargo del usufructuario, entendiéndose todas aquellas reparaciones ordinarias por el uso natural de las cosas, mientras que las extraordinarias, como bien dice el 501 CC le corresponden al propietario.

304 Casos dudosos sobre si estamos ante una mejora o no podemos señalar: - Obra de acondicionamiento de vivienda privativa con dinero ganancial: según el tipo de obra que se realice, podemos pensar que estamos ante gastos de mera conservación y administración ordinaria, que corresponden a la sociedad de gananciales (art.1362) y por tanto sin derecho de reembolso. Como sería el caso de dinero invertido por la sociedad de gananciales para cambiar los muebles y el suelo de una vivienda privativa que se ha estropeado por su uso SAP de Asturias (Secc. 5ª) de 14 octubre 2005 (JUR 2005\232911).

- En caso de tratarse de la actividad del propio cónyuge propietario del bien privativo, cualquier mejora realizada en bienes privativos consecuencia de la actividad de cualquiera de los cónyuges, incluida la actividad del propio cónyuge propietario, hace a la sociedad acreedora por el aumento de valor que experimenta el bien. ¿Cómo es esto? Parece sorprendente que la actividad de un cónyuge en sus propios bienes haga que la sociedad de gananciales sea acreedora del plusvalor por esa mejora que ha experimentado el bien que no era de la sociedad. ¿Cómo se explica? Porque el trabajo de cada uno de los cónyuges es ganancial -accesión de trabajo ganancial a un bien privativo-, sin embargo, esta explicación no es del todo lógica, porque como dice RAMS ALBESA³⁰⁵ *“supondría la penalización más injustificada para con el cónyuge que crea riqueza, además de encontrarse aislada de su natural contexto”*. Se puede tratar de encontrar otra explicación entendiendo que nace un crédito a favor de la sociedad cuando por actividad del cónyuge propietario aumenta el valor del bien privativo, porque se han incorporado al mismo nuevas edificaciones, plantaciones u otras accesiones (art. 1359.1 CC), y no cuando el aumento del valor se debe a una mejora de gestión.

El derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal no tendría que nacer por la atención fructífera prestada al propio patrimonio, sino cuando concurren, o una inversión adicional de fondos comunes, o cuando el trabajo se oriente a la transformación del objeto en el sentido que al término “mejora” da el art. 1359.1 CC.

- La actividad del cónyuge no propietario. El trabajo del cónyuge no propietario tiene que tratarse de un auténtico trabajo u ocupación y lo que es más importante, que se pueda demostrar una relación de causa y efecto entre el trabajo realizado y el incremento experimentado en el bien o empresa del otro cónyuge. También que el cónyuge que realiza dicha actividad no cobre por ella, porque será esa retribución junto con los frutos netos del bien los que ingresarán en la masa común en calidad de gananciales; lo contrario supondría un enriquecimiento injusto a favor de la comunidad.

- La inversión de fondos comunes. Esta opción es lógica y además, es la que sirve como base al precepto. La inversión de fondos comunes en bienes privativos da lugar a un derecho de crédito (para evitar enriquecimientos injustos).

- La inversión de caudales privativos del otro cónyuge. Que un cónyuge aporte bienes privativos en los bienes privativos de otro, puede considerarse como un crédito a favor del aportante frente al beneficiario.

- Si gracias a una mejora hecha en un bien privativo, aumenta su valor, la sociedad de gananciales tiene derecho a ser reembolsada por ello. El crédito es por la plusvalía del bien mejorado y no por el importe de la inversión hecha. El momento de calcular la plusvalía es cuando la liquidación del bien SAP de Jaén 29 julio 2005 (JUR 2005\234707).

- Para que surja un crédito (art. 1359.2 CC) es necesario que la mejora se deba a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, es por ello, por lo que si el bien privativo resultara mejorado por otros motivos, como puede ser por la actividad de terceros y a su costa o por obra de la naturaleza o del tiempo, la sociedad de gananciales no tendrá derecho alguno por razón de la mejora en sí. SAP Pontevedra (Secc. 1ª) de 22 noviembre 2013 (JUR 2013\369621).

305 RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 60.

¿Cuál es la diferencia cuando se utilizan fondos privativos en bienes gananciales de cuando son fondos gananciales para bienes privativos?

La diferencia se encuentra en lo siguiente: cuando se usan fondos privativos en bienes gananciales se genera un derecho de reembolso del valor satisfecho. En el segundo caso, tratándose del trabajo de cualquiera de los cónyuges, el 1359 CC se decanta por un derecho de crédito cuyo importe será el aumento de valor o plusvalía que los bienes hayan experimentado consecuencia de la mejora en el momento de la disolución o enajenación del bien mejorado.

También juega un papel importante la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, respecto de la cual hay que distinguir: a) Mejoras hechas en bienes gananciales: se presumen que se han hecho con fondos comunes y, por tanto, no habrá derecho de reembolso en tanto no se pruebe que se han hecho con fondos privativos; b) Mejoras hechas en bienes privativos, también opera la presunción del 1361 CC (salvo prueba en contrario), de que se han hecho con fondos gananciales, prevaleciendo sobre la presunción del artículo 359 CC en sede de accesión, que establece: *“Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”*.

Junto al analizado artículo 1359 CC encontramos el artículo 1360 CC, que se presenta como una especificación del anterior, pero con la particularidad de que se refiere a una explotación, establecimiento mercantil o empresa, que puede ser ganancial, privativa o mixta. Su pretensión es extender las reglas de la accesión a la empresa, para dar cabida a la accesión económica en la sociedad de gananciales con la especialidad de los reembolsos y reintegros que procedan. El precepto señalado dice así: *“Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa”*.

El primer problema que presenta es interpretativo, ¿qué debe entenderse por incrementos patrimoniales? Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, debemos entender que son todas las mejoras que se realicen en la empresa o establecimiento mercantil -en la empresa individual en general-, ya sea en el mismo inmueble o en la maquinaria, que hagan que aumente el valor del mismo. Dicho con otras palabras, amplía este artículo el concepto incremento a cualquier incorporación material que se pueda hacer en la explotación, empresa, así como a la plusvalía que pueda experimentar.

Apunta MILLÁN SALAS³⁰⁶ que hay que relacionar esta cuestión con el artículo 1362.4ª CC, que establece que serán de cargo de la sociedad de gananciales *“la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge”*. El número 3º del mismo artículo indica que también serán de cargo de la sociedad los gastos por la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. Igual que ocurría en el supuesto del artículo 1359 CC, si se emplean fondos comunes en el negocio privativo de alguno de los cónyuges, su profesión, arte u oficio, no hay derecho

306 MILLÁN SALAS, F., “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuaderno de estudios empresariales*, nº 4, 1994,, págs. 243 y 244.

de reembolso, encontrando esto su justificación en que los gastos que haga la sociedad de gananciales para la explotación regular de los negocios de uno de los esposos se compensan con los frutos, rentas, intereses que el negocio produzca, porque éstos son gananciales. Lo normal será que los fondos gananciales que se inviertan en el negocio del cónyuge sean las propias rentas, frutos o intereses. Pero para poder hablar de reembolso, tendrá que haberse hecho una inversión extraordinaria para mejorar la situación de la empresa, no un simple ejercicio regular del negocio.

Es lo mismo que antes, pero con la diferencia de que no estamos ante una edificación sino ante una empresa, negocio o actividad de uno de los cónyuges.

Retomando otra de las situaciones que se daban antes: ¿Qué ocurre si el incremento patrimonial de la empresa de uno de ellos se debe a la actividad del otro cónyuge? ¿Hay reembolso para la sociedad de gananciales? La solución es similar al caso anterior, habrá que atender al carácter ordinario o extraordinario de la misma. Si se trata de una actividad regular, ordinaria no hay reembolso, porque se entiende “reembolsada” por lo que el negocio produzca. Distingue MILLÁN SALAS³⁰⁷ que si la actividad de los cónyuges está limitada a la explotación regular de los negocios, se produzca o no un incremento patrimonial, no habrá lugar a un derecho de reembolso a favor de la sociedad: *“Mientras que si la actividad es extraordinaria para el desarrollo del establecimiento mercantil privativo, y como consecuencia se ha producido un incremento patrimonial en el mismo, hay un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales”*. Pero si se trata de una actividad extraordinaria y gracias a ella se produce un incremento patrimonial, habrá un derecho de crédito por la plusvalía³⁰⁸.

Por último, la situación inversa ¿y si una empresa ganancial experimenta un incremento patrimonial gracias a dinero privativo? Habrá derecho de reembolso a favor del cónyuge que hizo la aportación.

Sentado todo lo anterior debemos preguntarnos por el objeto del presente estudio, las relaciones entre la sociedades de gananciales y las sociedades de capital, lo que nos lleva a tratar la cuestión siguiente: ¿es aplicable el art. 1360 y por tanto el art. 1359 a las sociedades de capital? Surge el problema del plusvalor de las acciones o participaciones privativas como consecuencia de beneficios no repartidos por la sociedad incorporados a reservas voluntarias.

Estas reservas que no han sido repartidas por la sociedad ¿podrían tener carácter ganancial? La respuesta a este interrogante no es sencilla, ni está exenta de polémica, ya que no existe legislación al respecto que regule esta cuestión expresamente, unido a que los pocos pronunciamientos judiciales sobre la materia no siguen la misma línea.

307 MILLÁN SALAS, F., “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuaderno de estudios empresariales*, Nº 4, 1994, pág. 245.

308 Vid. STS de 23 octubre 2003 (RJ 2003\7762) en un supuesto en el que gracias al trabajo de la esposa aumenta el valor de un negocio privativo del marido, de forma que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales hay que cuantificar ese trabajo e incluirlo en el activo de la sociedad de gananciales.

¿Tiene algún derecho la sociedad de gananciales sobre las reservas que se han ido acumulando durante su vigencia?

MARIÑO PARDO³⁰⁹ manifiesta que este supuesto podría encajar en el artículo 1360 CC si del mismo se hace una interpretación extensiva. Se podría entender que se trata de un incremento patrimonial de una explotación, establecimiento mercantil u otro tipo de empresa. Hace MARIÑO PARDO especial hincapié en “otro tipo de empresa”, argumentando que sobre ésta última se podría “defender la aplicación de la misma regla a las empresas que adoptan una forma societaria, al menos cuando el cónyuge tenga en ellas una participación relevante que le permita influir en su marcha y su participación no sea simple inversión financiera”.

Asimismo, hace alusión al párrafo primero del artículo 128 LSC, el cual establece que: *"Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que se la naturaleza o denominación de las mismas"*.

Matiza MARIÑO PARDO que a pesar de que la sociedad de gananciales no es en sí usufructuaria, sí que tiene derecho a recibir los frutos, rentas e intereses que se deriven de los bienes privativos, y sobre la base del artículo 128 LSC, éste derecho se extendería a los beneficios no repartidos, esto es las reservas.

Como ya avanzábamos en líneas anteriores, la jurisprudencia no mantiene un criterio uniforme al respecto.

Comencemos destacando la SAP de Valencia (Secc. 10^a) de 14 mayo de 2009 (JUR 2010\73029). Esta sentencia se ocupa de la inclusión en el inventario de la sociedad de gananciales de las partidas correspondientes a reservas (beneficios no repartidos) de dos sociedades. Una de estas sociedades correspondía en su totalidad a la esposa (el 100%), mientras que la otra, la esposa tan sólo tenía el 16% de la misma.

En este caso, el Tribunal distinguió entre ambas sociedades, entendiendo que como la primera era en su totalidad de la esposa, había sido ella quien había decidido no repartir dividendos y destinar los beneficios (no repartidos) a reservas. El Tribunal entiende en este caso que las reservas sí tendrían carácter ganancial; no ocurriendo lo mismo en la segunda sociedad, ya que al ser tan pequeña la participación de la esposa en la sociedad, ésta no había sido quien decidiera el destino a reservas de los beneficios no repartidos. En este último caso, corresponde a la junta como órgano soberano decidir el destino de los beneficios, si bien que se destinen a aumentar las reservas sociales o por el contrario que se distribuyan como dividendos.

309 MARIÑO PARDO, F., “Bienes gananciales y privativos (13)”, en *Iuris Prudente*, 4 febrero 2016.

Igualmente la SAP de Valencia (Secc. 10ª) de 7 mayo 2013 (JUR 2013\232480) entiende que el cónyuge que teniendo una participación mayoritaria en la sociedad, puede decidir y decide, que los beneficios se destinen a reservas voluntarias. Las reservas que se hayan producido durante la vigencia de la sociedad de gananciales tendrán carácter ganancial.

El criterio de la SAP de Santa Cruz Tenerife (Secc. 4ª) de 29 marzo 2006 (JUR 2006\153010) es distinto al de las anteriores sentencias, porque entiende que las reservas producidas por los beneficios no repartidos no son gananciales. Defiende que los beneficios no repartidos no han salido de la sociedad de capital (que tiene personalidad jurídica independiente) y nunca han formado parte del patrimonio de los cónyuges, por lo que no tienen ni han tenido carácter de fruto ni de renta generada por bienes privativos. Dice la Sentencia textualmente que *“esos beneficios no son dividendos repartidos a los socios (que sí tendrían la consideración de frutos civiles), sino incrementos invertidos en la propia sociedad de los que no participa el socio por esta condición”*.

Sigue esta misma estela la SAP de Madrid (Secc. 24ª) de 9 enero de 2014 (JUR 2014\58268), volviendo a negar que la sociedad de gananciales tenga algún derecho sobre los beneficios no repartidos destinados a reservas que genere una sociedad privativa del esposo. Utiliza los mismos argumentos que la anterior, defendiendo que no cabe hablar de frutos ni de rentas provenientes de bienes privativos, porque estos beneficios no han salido de la sociedad a la que pertenecen y no forman parte de ningún otro patrimonio, lo que se traduce en que conservan su carácter privativo.

De especial y significativa importancia es la STS de 3 febrero 2020 (RJ 2020\123), que ha venido a aportar luz a este cuestión tan controvertida, puesto que la misma se refiere al carácter de los beneficios no repartidos (reservas) de la sociedad de capital en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Declara esta Sentencia que las reservas que se produzcan y acumulen durante la vigencia de la sociedad de gananciales, en una sociedad mercantil en la que uno de los socios (casado bajo el régimen ganancial) que ostente acciones o participaciones privativas, éstas serán privativas.

Con este pronunciamiento, quedan excluidas las normas relativas al usufructo de acciones o participaciones. Se exceptúa, eso sí, aquellos supuestos de fraude, que en situaciones donde el cónyuge socio sea único o dominante y aproveche de su situación para defraudar los derechos de la sociedad de gananciales.

Establece la Sentencia literalmente que: *“... ostentan la consideración legal de gananciales los dividendos cuyo reparto se ha acordado, en tanto en cuanto provienen de las acciones o participaciones sociales de titularidad privativa de uno de los cónyuges, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1347.2 del CC y 93 a) LSC; mientras que los beneficios destinados a reservas permanecen integrados en el patrimonio de la sociedad, que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 LSC). En efecto, las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas, y como tales*

constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí. En este marco de la autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la junta general decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico (arts. 160 a y 273 LSC), y, por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución en reservas o el reparto de dividendos ... En definitiva, el cónyuge socio únicamente cuenta con un derecho abstracto sobre un patrimonio ajeno, que no se transmuta en concreto hasta que existe un acuerdo de la junta que ordena el reparto de dividendos en el legítimo ámbito de sus atribuciones (arts. 160 y 273 LSC), permaneciendo mientras tanto los beneficios obtenidos en el patrimonio social, dando lugar al oportuno asiento contable, que goza de la correspondiente publicidad registral mediante el depósito anual de cuentas ... , considera la sala que los beneficios generados no deben formar parte del activo ganancial, en tanto en cuanto no se declare el derecho del cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales a percibir dividendos en su condición de socio a tenor del art. 93 a) LSC, lo que únicamente acontece cuando la sociedad acuerda la conversión de ese derecho abstracto en un derecho concreto de crédito que, por su naturaleza de fruto, se integra en la masa ganancial. De tal forma que, si la decisión social de distribución de beneficios se ha acordado vigente el régimen ganancial, los dividendos serán comunes, aun cuando su efectiva percepción se materialice con posterioridad a la disolución de dicho régimen económico matrimonial, puesto que el derecho de crédito, en tal caso, nació vigente el consorcio. Sin embargo, no ostentarán tal condición jurídica, cuando el acuerdo de distribución de beneficios se adopte posteriormente; pues los frutos de los bienes privativos, tras la disolución de la sociedad de gananciales, ya no son comunes ... El usufructo regulado en la LSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo del dominio, que se puede constituir por actos inter vivos o mortis causa, tanto a título oneroso como gratuito, y las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirán por lo establecido en el título constitutivo, y, en su defecto, por lo previsto en la LSC y supletoriamente el CC (art. 127 LSC). Sería factible, por lo tanto, que en el título constitutivo se limitase el derecho a la percepción de dividendos de la manera pactada por las partes, en tanto en cuanto pueden establecer convencionalmente el contenido de tal derecho. En definitiva, como señalan las SSTs 256/2015, de 20 de mayo y 186/2017, de 15 de marzo, en el usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas, externas con la sociedad, e "internas entre usufructuario y nudo propietario, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos". Por todo el conjunto argumental expuesto, no consideramos aplicable el régimen jurídico del art. 128 LSC a la determinación del patrimonio ganancial ... en sociedades familiares o controladas por un cónyuge, como socio único (art. 12 LSC) o mayoritario, pueden adoptarse acuerdos sociales con la aviesa finalidad de que los beneficios, de uno o varios ejercicios económicos, se destinen a reservas, para hurtar el derecho a la percepción de dichas ganancias que, en concepto de frutos de bienes privativos, corresponderían a la comunidad ganancial de la que participa el cónyuge no

titular. Un comportamiento de tal clase, en atención a las circunstancias concurrentes, podría ser considerado en fraude de ley (art. 6.4 CC) y determinaría la aplicación del precepto que se pretendía eludir (arts. 1347.2 y 1397.3 del CC)".

Lo dispuesto en esta Sentencia de 3 febrero 2020 (RJ 2020\123) ha sido reiterado por la Sentencia de 15 junio 2020 (ECLI: ES: TS: 2020: 158).

1.3. En particular, el carácter de los dividendos, las plusvalías de las acciones o participaciones por la existencia de beneficios no repartidos y de los derechos de suscripción o de asunción preferente

1.3.1 Los dividendos

Toda sociedad se constituye con el ánimo de los socios de partir las ganancias. Esta idea no es exclusiva de las sociedades capitalistas, sino que forma parte del ADN de toda sociedad, adquiriendo especial importancia en el caso de las sociedades anónimas o limitadas en las que el único -o el principal- interés de los socios es obtener una retribución por la aportación hecha a la sociedad.

Los socios de una sociedad de capital tienen una serie de derechos, algunos económicos, otros políticos, otro de carácter mixto.

El primero de estos derechos, y no en vano lo trata en este orden el art. 93 de la LSC, es el derecho a participar en los beneficios de la sociedad.

En la junta general ordinaria que se celebra todos los años, la asamblea de socios debe resolver sobre la aplicación del resultado y cuando el mismo es positivo, concretar el destino a dar a los beneficios de la sociedad: atender a reservas obligatorias, voluntarias, repartir dividendos (art. 273.1 LSC). El derecho al dividendo requiere de un acuerdo social en este sentido, que materializa el abstracto derecho del socio a participar en los beneficios en un derecho concreto exigible frente a la sociedad.

Los dividendos pueden ser definidos como la parte de las ganancias o beneficios que reparte la sociedad entre sus socios: la parte de beneficios generados por la sociedad que van destinados a remunerar al accionista o al titular de participaciones. Los dividendos³¹⁰ son aquella parte del beneficio conseguido por las sociedades mercantiles cuyos órganos sociales acuerdan repartir entre sus socios. Una vez que se decide repartir dichos beneficios éstos pasan a ser un crédito del socio frente a la sociedad.

310 Tradicionalmente se venía hablado de dividendos pasivos para referirse al crédito que una sociedad anónima, en caso de fundación sucesiva o de ampliación sucesiva, tenía frente a los accionistas suscritores que no habían desembolsado totalmente las acciones. Hoy día, la normativa se refiere a los mismos como "desembolsos pendientes".

Podemos distinguir entre los siguientes tipos de dividendos:

- Dividendo a cuenta: aquel que se paga al accionista en su cuenta de efectivo como un anticipo del beneficio obtenido.
- Dividendo complementario: aquel que se añade al entregado a cuenta.
- Dividendo extraordinario: aquellos que se reparten cuando ha habido beneficios extraordinarios (valga la redundancia).
- Dividendo en acciones: cuando el dividendo se reparte en acciones y no en dinero.
- Dividendo fijo: es aquel que es fijado por la sociedad con independencia del beneficio obtenido.

Cabe distinguir entre dividendo bruto y neto dependiendo si se incluyen o no los impuestos que recaen sobre los beneficios³¹¹.

La participación en beneficios durante la vida de la sociedad se manifiesta como un derecho económico del socio. Los artículos 275 y ss. de la LSC se ocupan de recoger las exigencias necesarias para proceder a la distribución de los dividendos acordados entre los socios (tras el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 273 LSC³¹²).

Por su parte, el artículo 275 de la LSC dispone que *“1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria en los estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social.- 2. En la sociedad anónima la distribución de dividendos a las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado”*.

Este precepto regula la manera de repartir el dividendo estableciendo para las sociedades de responsabilidad limitada una distribución en proporción a la participación que tenga el socio en el capital social, aunque permite que por medio de los estatutos se disponga una distribución distinta, implicando esto un reconocimiento al principio de voluntad.

311 Señalamos a título informativo que el Real Decreto Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, dictada como consecuencia de la pandemia del COVID-19, ha establecido una limitación a la posible distribución de dividendos de aquellas sociedades que se hayan acogido a un ERTE (art. 5.2).

312 Señala el artículo 273 de la LSC que *“1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. - 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. - Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. - 3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance”*.

En relación con la sociedades anónimas, el criterio dispuesto es el de proporcionalidad respecto al capital desembolsado (sin atender al capital suscrito), calculado hasta el momento de la adopción del acuerdo de distribución de dividendos (art. 83.2 LSC)³¹³.

Explican HURTADO IGLESIAS y SERRA BOIX³¹⁴ que “*una vez acordada por la Junta General la distribución de dividendos, parte integrante de la aplicación del resultado, se concreta el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias sociales (art. 93.a LSC), surgiendo con ello un derecho de crédito a favor de éste frente a la sociedad*”³¹⁵. Añaden que no cabe hablar de un derecho subjetivo al reparto de dividendos, ya que la junta general es libre de decidir sobre el destino de los beneficios al realizar la aplicación del resultado dentro de unos límites y observando los casos en los que resulte obligatorio acordar el reparto de dividendos mínimos como sucedería ante la existencia de participaciones o acciones privilegiadas (arts. 95.2 y 498 LSC) o participaciones sin voto (art. 99.2 LSC). Ahora bien, esto no significa que la Junta General pueda impedir de manera injustificada el reparto de dividendos, ya que iría en contra de la propia esencia de la sociedad, en la que el ánimo de lucro se manifiesta como elemento fundamental.

Respecto a quién se halla legitimado para exigir la distribución del dividendo, con carácter general se entiende que será quien sea socio en el momento en el que se adopte el acuerdo con independencia de cuándo se obtuvo el beneficio. Esto no quita que puedan darse situaciones especiales o particulares en las que no sea el socio quien se encuentre legitimado para reclamar el reparto de dividendos, así, por ejemplo, en el caso de usufructo de acciones o participaciones.

En cuanto al momento y forma de pago del dividendo, indica el artículo 276 LSC que será la junta general la encargada de determinar el momento y forma de pago del dividendo acordado (sin perjuicio de que en los estatutos se hubiese dispuesto otra cosa). Para el caso que nada se dispusiera al respecto, la norma prevé una regla supletoria, en virtud de la cual el dividendo será pagadero en el domicilio social. Por lo tanto el lugar de pago será el domicilio social³¹⁶ para el caso de que la junta general o los estatutos sociales no hayan señalado lugar distinto al mismo.

Por lo que al momento de pago se refiere, el artículo 276.2 LSC contempla que a falta de disposición al respecto de la junta general o en su caso de los

313 El accionista que se encuentre en mora no tendrá derecho a percibir dividendos por la parte no desembolsada.

314 HURTADO IGLESIAS, S. y SERRA BOIX, I., “Artículo 275” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 1659.

315 Se pronuncia en este sentido la SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 16 noviembre 2012 (JUR 2013\74352).

316 Al señalar la norma como lugar de pago el domicilio social, recogiendo la regla del artículo 1171.3 del CC el cual se refiere al “domicilio del deudor”.

estatutos, sea al día siguiente de su adopción, momento a partir del cual el socio será acreedor de la sociedad³¹⁷.

En cuanto a la posibilidad de pago en especie del dividendo, el artículo 276 LSC al ocuparse de la forma de pago del mismo debería haber tenido en cuenta esta posibilidad. Se entiende que es posible el pago en especie siempre y cuando todos los socios lo acepten (art. 292 LSC)³¹⁸. También se admite la posibilidad de compensación del crédito para el caso de que la sociedad fuera titular de créditos contra los socios, pudiéndose para tal caso determinar la compensación de dichos créditos con el que se genera con el propio acuerdo de dividendos. No se admite que el pago de dividendos quede sujeto a condición alguna como tampoco a un hecho futuro. En cuanto a la posibilidad de pago fraccionado del dividendo, se podría admitir un desembolso fraccionando del importe y estableciendo un tipo de interés mercado a aplicar hasta el desembolso total del mismo.

Por otro lado, la ausencia de un precepto legal que imponga un beneficio mínimo a repartir entre los socios, ha dado lugar a numerosas situaciones de abusos por parte de los socios mayoritarios respecto de los minoritarios. Es por eso que, el artículo 1º.18 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/736/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, modificó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital para introducir en ésta el artículo 348 bis, precepto que ha vista suspendida su aplicación hasta el 30 de diciembre de 2018, y cuya redacción actual procede de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre³¹⁹. Dispone este precepto que a partir

317 El derecho al cobro del dividendo prescribirá a los 5 años desde el día señalado para su pago (art. 947.3 C. com.).

318 La Resolución de la DGRN de 30 julio 2015 (RJ 2015\4248) admite la posibilidad del pago de dividendos en especie.

319 Señala en artículo 348 bis tras la reforma de la Ley 11/2018, lo siguiente: Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: “1. *Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior,

del quinto ejercicio a contar desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios de la sociedad tendrá derecho de separación si la junta general no acuerda la distribución como dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, siempre y cuando sean legalmente repartibles. El plazo para ejercitar este derecho de separación es de un mes a contar desde la fecha en que se hubiere celebrado la junta general ordinaria de socios. Es importante destacar que este derecho de separación no es de aplicación en las sociedades anónimas cotizadas.

Los dividendos son frutos civiles que producen las acciones o participaciones. Por ello, en caso de matrimonios casados en régimen de gananciales cuyos miembros sean titulares privativos o con carácter ganancial de acciones o participaciones, habrá que aplicar la norma genérica contenida en el art. 1347.2º del CC: “*Son bienes gananciales: ... 2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*”. De esto se desprende que los dividendos acordados por la sociedad durante la vigencia de la comunidad de gananciales, al tratarse de frutos civiles, serán gananciales, ya sean los que los generen acciones o participaciones sociales gananciales o privativas [STS de 3 febrero 2020 (RJ 2020\123)].

Esto no quita que los cónyuges en ejercicio de la amplia autonomía de la voluntad que les reconoce nuestro Derecho, puedan acordar expresamente mediante pacto en capitulaciones matrimoniales dejar sin efecto a la regla contenida en el art. 1347.2º. De hacerlo así, los dividendos producidos durante la sociedad de gananciales serían privativos.

Será el momento en que surja el derecho de crédito al dividendo el que determine el carácter ganancial del mismo, con independencia del momento en que se hayan obtenido los beneficios. Pensemos en una sociedad de la cual es socio una persona que contrae matrimonio en régimen de gananciales. En los tres ejercicios anteriores al matrimonio la sociedad no ha repartido dividendos, sino que ha integrado los beneficios en reservas voluntarias. Será en momento posterior al matrimonio, cuando la sociedad acuerde distribuir como dividendos todos esos beneficios. La idea señala al principio de está párrafo nos lleva a

siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.*
- b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.*
- c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.*
- d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.*
- e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas”.*

entender que todos los dividendos serán gananciales -aun cuando respondan a beneficios sociales obtenidos con anterioridad al régimen de comunidad,

1.3.2. El problema del aumento de valor de acciones o participaciones a consecuencia de beneficios no repartidos entre los socios

Foco de numerosos problemas al tiempo de la liquidación de las sociedades de gananciales, es el aumento del valor experimentado por las acciones y participaciones sociales a causa del no reparto como dividendos de beneficios de la sociedad, que se incluyen como reservas voluntarias, capitalizando y fortaleciendo la misma.

Se ha discutido si este aumento debe considerarse ganancial con independencia del carácter de las acciones o participaciones, de modo que surja un derecho de la sociedad de gananciales al cobro del plusvalor mismo al tiempo de la liquidación.

Se puede entender que este aumento no constituye en sí mismo un incremento patrimonial como tampoco un rendimiento, no es ni privativo ni ganancial. Si como consecuencia de la enajenación de las acciones o participaciones el cónyuge socio experimenta una ganancia patrimonial, la ganancia será privativa y no originará ningún crédito a favor de la sociedad de gananciales. Este aumento de valor de las acciones y participaciones no entra dentro de los supuestos recogidos en los artículos 1359 y 1360 CC.

Las reservas también se presentan complicadas a la hora de calificarlas. Las reservas no son más que los beneficios obtenidos por la sociedad pero que no han sido distribuidos por los socios. Se podría entender que las reservas serían un crédito a favor de la sociedad de gananciales, pero que en vez de haberse repartido se han “reservado”. Sin embargo, esto no es tan sencillo, porque el beneficio que se considera ganancial es el neto y no el bruto, de manera que... ¿El beneficio destinado a reserva cómo es? ¿Bruto o neto?

El problema se complica aún cuando se hace un aumento de capital con cargo a reservas y uno de los cónyuges era titular de acciones o participaciones privativas que le dan derecho a suscribir o asumir nuevas acciones o participaciones. Para este caso concreto existe una regla específica en el art. 1352 del CC que tuvimos oportunidad de estudiar con anterioridad: las nuevas acciones/participaciones suscrita como consecuencia de anteriores acciones/participaciones privativas, serán privativas, añadiendo el precepto que: *“Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”*.

Actualmente, la discusión en torno al problema de los dividendos no repartidos por haberse destinado a reservas se encuentra resuelta por la ya STS de 3 febrero 2020 (RJ 2020\123), que tuvimos oportunidad de tratar en su epígrafe

correspondiente. Esta Sentencia analiza el carácter ganancial o privativo de las reservas, así como su diferencia con los dividendos para el caso de que se trate de acciones o participaciones privativas de un cónyuge.

Se desprende de dicha Sentencia respecto a los dividendos que:

- Los dividendos son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social generando un derecho concreto a su percepción. Esto implica que los dividendos cuyo reparto fue acordado por la junta general de socios tengan carácter ganancial.

- Los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad de gananciales deberán incluirse como activo de la sociedad ganancial aunque su percepción se materialice tras la disolución de la misma.

Respecto a las reservas entiende la Sentencia que no son fruto de los rendimientos de un bien productivo, lo que implica que:

1. Los beneficios destinados a reservas, al pertenecer a la sociedad de capital y estar sometidos al régimen normativo societario no adquieren la condición de bienes gananciales.

2. Para los casos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales e incluirlos como tales en las operaciones liquidatorias del haber común.

1.3.3. Los derechos de preferente suscripción de acciones o asunciones de participaciones

Aun cuando los hemos tratado al estudiar el art 1352 del CC, creemos interesante por razones sistemáticas hacer una breve referencia de la cuestión en este momento.

La condición de socio en las sociedades de capital está íntimamente ligada a la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones. Determinar quién es el titular de las participaciones o de las acciones es un escalón previo y necesario para que la sociedad pueda reconocer la existencia de copropiedad y atribuir la condición de socio. Una vez que la sociedad reconoce la situación jurídica de copropiedad se podrá establecer a quién le corresponden los derechos y obligaciones que se derivan de la condición de socio.

En el apartado correspondiente al análisis del artículo 1352 CC se señalaban los modos de adquirir las participaciones y acciones, pudiendo hacerse a título originario o derivativo; adquiriéndose la condición de socio (fuera cual fuese el modo de adquirir la propiedad), desde el momento en que se es titular de las

participaciones sociales o de las acciones, y siempre y cuando se tenga la propiedad de al menos una de ellas.

Dispone el artículo 91 LSC que: *“Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos”*.

Cuando el artículo 91 LSC habla de “titular legítimo”, se está refiriendo al propietario de la acción, lo que significa en palabras de MORALES CRESPO³²⁰ que, *“será considerado socio el propietario de la acción o participación, con independencia de que sobre la misma se haya formalizado algún tipo de derecho real, a modo de ejemplo, un derecho de un usufructo”*.

Lo que ocurre es que, para ser “titular legítimo” de la participación social o de la acción, no basta con acreditar ser propietario de la participación o acción en cuestión, sino que también habrá que acreditar la posesión en virtud de un título que le “autorice” para ejercitar los derechos frente a la sociedad.

En la práctica suelen coincidir las figuras de propietario y titular legítimo. Tratándose de una sociedad de gananciales, puede ocurrir que existan participaciones o acciones que pertenezcan a los bienes comunes, pero que o bien fueron adquiridas a nombre de uno sólo de los esposos, lo que supondrá que la sociedad de capital considere como socio (y “titular legítimo”), a aquél de los cónyuges que acredite su posesión ante la sociedad o aparezca como tal en el libro registro de socios o de acciones nominativas. De lo expuesto se desprende que no es necesario probar que se tiene la propiedad para poder ejercitar los derechos que se derivan de la condición de socio, siendo suficiente con demostrar la posesión o la inscripción en el libro de socios.

Para esta acreditación de la condición de socio, juega importante papel el modo o manera de documentar las acciones o participaciones sociales (art. 92 LSC).

Detentar la propiedad de acciones o participaciones sociales implica pertenecer a una sociedad, adquirir la condición de socio y como consecuencia de ello, tener un conjunto de derechos y obligaciones que van aparejados a dicha condición. Ello unido a que el artículo 90 LSC proclama que: *“Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social”*; lo que se traduce en que es imposible transmitir la titularidad de la participación o de la acción reservándose determinados derechos inherentes a la condición de socio o ceder uno o varios de estos derechos. No existe la posibilidad de fraccionar las acciones y participaciones.

Sin embargo, lo que sí puede fraccionarse es la concreción de los derechos patrimoniales que se derivan de dichas acciones o participaciones. Mientras

320 MORALES CRESPO, M., “Artículo 91 LSC” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 546.

que el derecho patrimonial que las mismas originan en sí, es abstracto, una vez que el mismo se concreta, dan lugar o bien a un dividendo o a una cuota liquidativa, convirtiéndose a su vez en derechos de crédito del socio frente a la sociedad, pudiendo éstos derechos cederse o fraccionarse sin perjudicar, ni afectar a la esencia misma de la acción o participación social originaria.

Completamente diferentes son los derechos administrativos o políticos que se derivan de las acciones y participaciones sociales. Éstos derechos son personales, irrenunciables e inderogables, siendo necesario ostentar la condición de socio para poder ejercitarlos.

Por otro lado estarían los derechos de suscripción y asunción preferente, ambos vienen recogidos en el artículo 93 LSC, el cual enumera y recoge los derechos del socio, diciendo así: *“En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previsto, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de las nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones. c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales. d) El de información”*.

El derecho de suscripción preferente es el derecho que permite a los accionistas de una sociedad, suscribir nuevas acciones en el momento de ampliación de capital en la proporción al valor que tengan en número de acciones de esa sociedad. A través de este derecho, se pretende proteger a los primitivos accionistas (antiguos socios) de los nuevos que pudieran aparecer al realizarse una ampliación de capital y en el caso de no existir este derecho.

Por lo que al derecho de asunción preferente se refiere, es igual que el anterior, pero en vez de tratarse de acciones, en este caso son participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada. Se le da al socio preferencia para asumir participaciones sociales en el caso de que haya un aumento de capital.

Los derechos de suscripción o asunción preferente tienen un doble contenido, político y económico. Además de ser derogable por la propia sociedad en beneficio del interés social (art. 308 LSC), estar sujeto a caducidad y poder el socio tanto ejercitarlo como renunciar, como transmitirlo con independencia de la acción o participación social.

En resumen, el ejercicio de los derechos de socio se han de realizar de manera conjunta por una sola persona designada al efecto (en caso de copropiedad). Respecto a los derechos económicos, una vez que éstos se concreten se podrán repartir entre los copropietarios en la proporción que les corresponda a cada uno de ellos.

Resulta muy importante no confundir la atribución de socio con los derechos y obligaciones que de dicha condición se desprenden, con el ejercicio de los mismos a título individual, ya que frente a la sociedad la actuación siempre debe hacerse a por una única persona (en caso de copropiedad) designada por todos los copropietarios, habiendo para la sociedad un único socio de

determinadas acciones o participaciones, aunque en realidad las mismas correspondan a varias personas.

2. LA ADMINISTRACION Y DISPOSICIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES PRIVATIVAS Y GANANCIALES

2.1. Introducción

2.1.1. Los conceptos de administración y disposición. Su aplicación a las acciones y participaciones de sociedades de capital

Como se menciona en la introducción de este estudio, con la reforma operada al CC con la Ley de 13 de mayo de 1981 se pretendía conseguir la proclamada igualdad de los cónyuges de los artículos 14 y 32 de la Constitución española y, para ello, se modificaron numerosas normas, entre ellas las referentes a la administración y disposición de los bienes gananciales, hasta instaurar un principio de actuación conjunta (art. 1375 CC).

El CC regula esta materia en la Sección 4 del Cap. IV del Tit. III del libro IV bajo la rúbrica: *“De la administración de la sociedad de gananciales”*, que comprende los arts. 1375 a 1391. El primero de ellos señala: *“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”*.

Por actos de administración se entienden todos aquellos dirigidos a la conservación y explotación de los bienes y derechos, con el fin de salvaguardar el patrimonio evitando su deterioro o corrigiendo éste cuando se haya producido, así como todos los actos necesarios para potenciar la rentabilidad de la cosa administrada.

Por acto de disposición se entiende aquel que tiene como finalidad la transmisión o gravamen del bien o derecho en cuestión, produciendo una disminución del patrimonio.

Además de los dos conceptos señalados, el CC emplea el de “gestión” pero de una manera un tanto indeterminada y aleatoria, pues en ocasiones lo utiliza para referirse a actos de administración y a veces a actos de disposición.

Los actos de administración -en concreto el ejercicio de los derechos de socio- y disposición referentes a las acciones y participaciones de una sociedad de capital se regirán por las mismas normas y cumpliendo las mismas reglas que se aplican para el resto de bienes que componen la sociedad de gananciales. Habrá que estar a la naturaleza del bien en cuestión para concretar a cuál de los cónyuges corresponde llevar a cabo el acto de administración o disposición en cuestión, o si deben hacerlo conjuntamente.

2.1.2. Introducción al régimen transmisivo de las acciones y de las participaciones. Las restricciones estatutarias y las recogidas en pactos parasociales a la transmisibilidad de acciones o participaciones

La LSC regula la transmisión de las acciones y participaciones, destinando a la transmisión de acciones los artículos 120 a 125 y a la transmisión de participaciones los artículos 106 a 112.

Un tema importante en la vida de la sociedad de gananciales es la posibilidad o no de transmisión de acciones o participaciones entre los cónyuges -lo que dependerá de una serie de cuestiones a las que nos referiremos a continuación-. Son igualmente destacables los problemas que se presentan al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes que forman parte del activo a cada uno de los cónyuges, que cobran una especial importancia en el caso de acciones o participaciones que aun encontrándose a nombre de uno de los cónyuges son materialmente gananciales.

Las sociedades limitadas se caracterizan principalmente por su carácter cerrado, donde la cualidad de socio es importante y la aparición de personas extrañas puede afectar tanto al resto de socios, como a la sociedad en sí misma. Esto se traduce en la regulación supletoria de la materia, estableciendo la LSC como norma general restricciones a la libre transmisibilidad “*inter vivos*” de las participaciones sociales (art. 107.2), con ciertas excepciones en las que la misma es libre, como ocurre con relación a los cónyuges de los socios (art. 107.1). Este régimen es supletorio pudiendo modificarse. Para modificar los supuestos de libre transmisibilidad del art. 107.1, como para limitar las restricciones del art. 107.2 habrá que evitar hacer totalmente libre la libre la transmisibilidad “*inter vivos*” de las participaciones (art. 108.1).

A diferencia de las sociedades limitadas, las sociedades anónimas son tendencialmente abiertas, siendo posible establecer dentro de unos límites restricciones a dicha libertad³²¹.

VALPUESTA³²² explica que el legislador español optó por crear dos formas sociales que fueran intercambiables, con amplias zonas grises, lo que hace que no se pueda dar características radicales de las mismas. La sociedad limitada no puede ser totalmente abierta porque siempre existe alguna restricción a la transmisión de participaciones (art. 108 LSC), y la sociedad anónima no puede ser totalmente cerrada porque están prohibidas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisibles las acciones (art. 123 LSC). Por esto la sociedad anónima es tendencialmente abierta, pero con posibilidades de restricción, debiendo introducirse éstas en los estatutos con los límites fijados legal y reglamentariamente³²³.

2.1.2.1. La transmisión de las acciones. Del régimen legal de libertad a la posibilidad de restricciones estatutarias

2.1.2.1.1. Régimen jurídico

Las acciones de las sociedades anónimas se caracterizan por su facilidad para la transmisión y circulación. El ordenamiento jurídico permite que los socios puedan dentro de unos límites, configurar la sociedad de la que forma que mejor les convenga de acuerdo con sus intereses, pudiendo establecer restricciones con relación a las acciones nominativas en los estatutos de la sociedad (apareciendo de esta forma el concepto de sociedad anónima

³²¹ FERRANDO VILLALBA, M^a.L., “Capítulo VI: Caracterización jurídica de las acciones y participaciones sociales, documentación transmisión”, en *Introducción al derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, dirig. J.M. EMBID IRUJO y coord. M^a.L. FERRANDO VILLALBA y V. MARTÍ MOYA, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 139 a 158.

³²² VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 2^a. edic., Bosch, Barcelona, 2015, pág. 314.

³²³ Vid. RR. DGRN de 17 mayo 1993 (RJ 1993\3928) y de 9 enero 1995 (RJ 1995\184).

cerrada) sin olvidar el posible juego de los pactos parasociales -con eficacia estos últimos con relación a los firmantes y sus herederos.

La transmisión de las acciones representadas mediante títulos, hasta la impresión y entrega de los mismos se rige por las normas de cesión de créditos y demás derechos incorporales, según lo dispuesto en el artículo 120 LSC que a su vez nos remite a los artículos 1526 y siguientes del CC³²⁴.

Tras la emisión y entrega de los títulos que documentan las acciones, hay que diferenciar: las acciones al portador que se transmitirán por tradición del documento, previo negocio transmisivo antecedente (art. 545 C.Com.); de las acciones nominativas, que también pueden transmitirse por endoso, siendo aplicables cuando sean compatibles con su naturaleza, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la LCCh (tal y como dispone el artículo 120.2 LSC).

Las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, se transmitirán por transferencia contable (art. 11.1 del TRLMV de 2015).

La LSC regula la transmisión de las acciones representadas mediante títulos, refiriéndose a las transmisiones “*inter vivos*”, las “*mortis causa*” y la forzosa.

a) Por lo que se refiere a las transmisiones “*inter vivos*”, la LSC parte de un principio de libertad en las mismas, congruente con el carácter abierto que se predica, en principio, de este tipo social.

No obstante permite, con relación a las acciones nominativas, que los estatutos recojan restricciones³²⁵ a la libre transmisibilidad de las mismas, siempre que se respeten una serie de límites (art. 123 LSC).

324 Señala el artículo 120 LSC lo siguiente: “*Transmisión de las acciones. 1. Mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de las acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales. Tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro – registro de acciones nominativas.- 2. Una vez impresos y entregados los títulos, la transmisión de las acciones al portador se sujetará a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio. Las acciones nominativas también podrán transmitirse mediante endoso, en cuyo caso serán de aplicación, en la medida que sean compatibles con la naturaleza del título, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque. La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título. Los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro – registro de acciones nominativas”.*

Por su parte, el artículo 1526 CC reza: “*La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad con los artículos 1218 y 1227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro*”. Añade el art. 1527 CC: “*El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*”.

³²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La doctrina de la interpretación restrictiva de las cláusulas estatutarias que restringen la transmisibilidad de las acciones”, en *Almacén de Derecho*, 27 marzo 2020. Explica este autor que las cláusulas restrictivas de las acciones deben interpretarse según su tenor literal y de acuerdo con la finalidad que llevó a los socios a incluirlas en los estatutos. El hecho de poner restricciones supone dar a la voluntad de los socios (respeto a la autonomía privada) toda la extensión que se deduzca de los términos

Exige que se mencionen en los estatutos las restricciones (lo que no impide que haya pactos parasociales que también afecten a la transmisión de las acciones, si bien, los mismo sólo afectan a las partes, no a la sociedad, ex. art. 29 LSC).

Las restricciones estatutarias sólo pueden afectar a las acciones nominativas (art. 123.1 LSC y 123.1 RRM). No pueden afectar nunca a las acciones al portador. Añadamos que las acciones de las sociedades cotizadas están libres de toda restricción, imponer restricciones a este tipo de acciones va en contra de la esencia de la mismas, ya que éstas se caracterizan, entre otras cosas, por su negociabilidad.

Como restricciones más comunes a la transmisión “*inter vivos*” de las acciones: a) las que imponen la autorización de la sociedad dejando la decisión mano de los administradores. La decisión negativa tiene que verse amparada en las causas denegatorias mencionadas expresamente por exigencia legal³²⁶, no siendo posible dejar en manos de un tercero la facultad de decidir sobre la transmisión o no (art. 123.3 LSC y art. 123.2 RRM); b) la atribución de derechos de preferente adquisición a otros socios, la sociedad o terceros (art. 123.3 RRM).

El régimen de las transmisiones “*inter vivos*”, también se aplicará cuando la liquidación de la sociedad suponga la adjudicación de las acciones a los acreedores en pago de sus créditos (salvo que se trate de una transmisión forzosa ex. art. 125 LSC).

c) En cuanto a las transmisiones “*mortis causa*” el artículo 124.1 LSC dispone: “*Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente sus propios estatutos*³²⁷”.

La restricción a la transmisión “*mortis causa*”, puede hacerse a través de una cláusula de rescate, quedando afectados por ella los causahabientes. La cláusula restrictiva puede que contemple las condiciones que el causahabiente deba cumplir para convertirse en socio y puede ser que alguno la cumpla y se convierta en socio. De no ser así, la sociedad presentará al heredero un

empleados por ellos en sus contratos. Que a su vez, la imposición de restricciones no implica la restricción de los derechos de los socios, todo lo contrario: amplía los derechos de éstos al quedar incluidos en los estatutos de su sociedad. Además, supone una ampliación porque consiste en atribuir derechos de opción, tanteo, autorización o rescate a otros socios o a los socios *uti universi* cuando la beneficiaria de la restricción es la propia sociedad.

326 La RDGRN de 17 mayo de 1993 (RJ 1993\3928) manifiesta la dificultad de individualizar previamente estos motivos y de contemplar en los estatutos todas las posibles causas de denegación.

327 Añade el art. 124.2: “*En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de las acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en el que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto para la adquisición derivativa de acciones propias en el artículo 146. Se entenderá como valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad que, a solicitud de cualquier interesado, nombren a tal efecto los administradores de la sociedad*”.

adquirente para las acciones, o tendrá que adquirirlas ella misma por “*su valor razonable en el momento que solicitó la inscripción*” (124.2º LSC).

Este régimen de las transmisiones “mortis causa” se aplicará también a la disolución del socio persona jurídica (art. 123.8 RRM). Surge la duda de si este mismo régimen se puede aplicar a la disolución de sociedad unipersonal con atribución al socio único de las acciones.

c) En cuanto a las transmisiones forzosas, se necesita para la validez de las restricciones impuestas a este tipo de transmisiones que consten en los estatutos sociales, siendo de aplicación el artículo 125 LSC que se remite al visto art. 124 LSC: “*Lo establecido en el artículo anterior se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución*” (art. 125 LSC).

En el caso particular de las sociedades cotizadas, la normativa del mercado de valores establece que los valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial son libremente transmisibles (art. 33.3 TRLMV), lo que implica que cuando se pretendan imponer límites a su transmisibilidad sólo se podrá hacer mediante pactos parasociales, quedando su eficacia reducida a las partes que suscriban dichos pactos y no será posible hacerlo por vía estatutaria (art. 29 LSC). La LSC se ocupa de manera particular de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas en los arts. 530 a 535, quedando los mismos sujetos a un especial régimen de publicidad. Dice la LSC que se podrán incluir determinados pactos parasociales en las sociedades cotizadas (en las que regulan el derecho de voto en la junta general, los restringen o condicionan la libre transmisibilidad de las acciones. Art. 530.1). Pero para ello la sociedad tendrá que tener forma anónima y sus acciones estar admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores. En cuanto al deber de transparencia, no existe respecto de todos los pactos sino solamente para aquellos que se entiende que se tienen que poner en conocimiento del inversor.

2.1.2.1.2. Las transmisiones de acciones entre cónyuges

Se puede afirmar que en principio las transmisiones de acciones entre cónyuges es libre. Esta libertad viene fundamentada por el propio artículo 107 LSC el cual indica que “*salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge...*”; como por el artículo 1323 CC que admite cualquier desplazamiento patrimonial entre esposos; así como por el propio artículo 123 LSC, relativo a las restricciones a la libre transmisibilidad, el cual no impone ningún tipo de obstáculo societario para que los cónyuges puedan transmitirse acciones.

Además de esta libertad respecto del cónyuge, no hay que olvidar que las sociedades anónimas son (normalmente) sociedades abiertas donde la

transmisión de las acciones en principio es libre, sin estar sometida a permisos ni autorizaciones del órgano de administración. Eso no quita que se puedan establecer cláusulas en los estatutos que limiten en algún aspecto la transmisión, pero lo que no se puede hacer es que la acción sea casi intransmisible (art. 123 LSC), porque iría en contra de la esencia de la sociedad. En el caso de que existir restricciones estatutarias ¿afectan éstas o no a la transmisión de acciones?

Tratándose de acciones gananciales (por estar los cónyuges casados bajo el régimen ganancial), se entiende que las mismas son comunes a ambos esposos y que en el caso de que se disuelva la comunidad por la causa que sea, no cabe hablar de “transmisión” sino de “concreción” de la cuota que corresponda al cónyuge del socio. No hay transmisión, tampoco hay un derecho de adquisición preferente estatutario de los demás socios. Por lo tanto, de apoyarse esta teoría de “concreción y no transmisión”, las restricciones estatutarias que pudiera contemplar la sociedad no afectarían a los cónyuges, ya que las acciones eran inicialmente gananciales y no se ha producido enajenación alguna sino que se ha “especificado” algo que ya le pertenecía al cónyuge.

Sin embargo, para el caso de tratarse de acciones privativas, la transmisión de las mismas se vería condicionada por las restricciones estatutarias al no haber cabida para la teoría de la “concreción o especificación”. Estaríamos ante una enajenación propiamente dicha y habría que respetar las restricciones estatutarias existentes.

En el caso de tratarse de acciones privativas de uno de los cónyuges y de haber restricciones estatutarias, éstas sí podrían afectar a la libre transmisión entre esposos.

De encontrarnos con acciones a nombre de los dos cónyuges, entendemos que los dos son socios y que en caso de haber una cláusula estatutaria que permita la libre transmisión entre socios pero con restricciones en relación a terceros, los cónyuges al ser los dos socios no se verían perjudicados por dicha transmisión.

De sólo constar uno de los cónyuges como socio, por estar las acciones a nombre de uno de ellos, habría que distinguir si las acciones son gananciales o privativas, porque en función de la calificación quedarían o no afectadas por las restricciones previstas en los estatutos. Tratándose de acciones gananciales no habría transmisión sino concreción; y siendo las acciones privativas, el cónyuge del socio podría tener la consideración de tercero respecto a la sociedad.

2.1.2.2. La transmisión de las participaciones. El régimen legal restrictivo de las transmisiones “inter vivos”, permisivo para las transmisiones entre cónyuges. La modificación estatutaria del régimen legal

2.1.2.2.1. Régimen jurídico

Conforme señala el art. 106.1 de la LSC: *“La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público.”* Apunta VALPUESTA³²⁸ que este precepto establece *“una exigencia formal para la transmisión de participaciones sociales y la constitución de derechos reales sobre las mismas: deberán constar en documento público para acreditar estos derechos de forma fehaciente. Si la participación estuviera incorporada a un título-valor, la constancia en el mismo de las transmisiones o gravámenes sería suficiente, pero al faltar tal incorporación, lo más seguro es exigir la constancia que procura la intervención de un fedatario público. Con el documento público se garantizan la realidad de la fecha y las declaraciones de las partes”*.

A pesar de lo dicho, la exigencia de documentación pública recogida en el art. 106.1 de la LSC es simple forma *“ad probationem”* o *“ad utilitatem”*³²⁹. Es una forma a la que los intervinientes pueden compelerse a llenar conforme al art. 1279 del CC³³⁰. La jurisprudencia ha señalado que la exigencia de documentación pública no es requisito de validez de la transmisión -no es una forma *“ad solemnitatem”*-, sino que la misma, conforme a nuestra tradición jurídica en materia de libertad de forma, es una simple exigencia *“ad probationem”* (arts. 1278 y ss. CC)³³¹.

La transmisión de las participaciones se rige por las reglas de la cesión de derechos (art. 1526 CC y ss.) y no por la cesión de títulos. Señala el art. 92.2 LSC: *“Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores”*.

La transmisión de las acciones se rige por un principio de libertad propio de una sociedad abierta como es, en principio, la sociedad anónima. Esta libertad no existe en la transmisión *“inter vivos”* de las participaciones al imponer el art. 107.2 como regla general, la necesidad de autorización de la sociedad sólo excepcionada legalmente en los casos del art. 107.1 LSC a los que nos referiremos más adelante, todo ello, sin perjuicio de posibles modificaciones estatutarias dentro de los límites permitidos por la LSC.

328 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, pág. 272.

329 Señala la STS de 5 enero 2012 (RJ 2012\305) que *“La referida exigencia formal ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial -ad substantiam o solemnitatem- para la perfección de la transmisión”, afirmando la STS de 14 abril 2011 (RJ 2011\3591) que “sólo cumple la función de medio de prueba -ad probationem- y de oponibilidad de la transmisión a los terceros -ad exercitium o utilitatem-, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil”*.

330 PERDICES HUETOS, A.B., "Documentación de las transmisiones (art. 106)", en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por A.J. Rojo Fernández y E.M. Beltrán Sánchez, Tomo I, 1ª edic., Civitas - Thomson-Reuters, Madrid, 2011, pág. 883.

331 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales y las acciones y participaciones sociales de carácter ganancial", en *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, coord. Por E. Llamas Pombo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1012 a 1020.

En particular, y de modo diferente lo visto para las sociedades anónimas, el art. 108.1 LSC declara nulas las cláusulas estatutarias que permitan la libre transmisión de las participaciones sociales por actos “inter vivos”.

La razón de ser de estas diferencias obedecen a que el tipo de sociedad es distinto. Las participaciones corresponden a sociedades que responden a un modelo cerrado y en función de ese modelo, regula la LSC el sistema transmisivo de las participaciones.

No puede liberarse de modo total la transmisión “*inter vivos*” de las participaciones (art. 108.1 LSC), como tampoco prohibirse estatutariamente salvo que se reconozca al socio el derecho a separarse de la sociedad (art. 108.2 LSC). No obstante lo dicho, el art. 108.3 permite que los estatutos puedan “*impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución*”.

Según el artículo 111 LSC “*El régimen de la transmisión de las participaciones sociales será el vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir o, en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio o en la de la adjudicación judicial o administrativa*”. Así pues, el sistema de transmisión que el socio tiene que respetar, es el que esté vigente en el momento en el que el socio hubiera comunicado a la sociedad su propósito de transmitir o cuando suceda el fallecimiento de un socios o la adjudicación judicial o administrativa.

Igual que hicimos con la acción, vamos a distinguir en las participaciones, las transmisiones “*inter vivos*”, “*mortis causa*” y forzosa.

a) El artículo 107 LSC³³² regula la transmisión voluntaria “*inter vivos*” de las participaciones. La LSC distingue dos supuestos de transmisiones “*inter vivos*”: las libres, que se llaman así porque no están sujetas a las reglas limitativas a las que se refiere el art. 107.1 LSC. Éstas encuentran su justificación en que los adquirentes son personas físicas o jurídicas que se presume que tienen conexión con los intereses del socio, ya sea por vinculación personal, familiar o societaria; el resto de transmisiones “*inter vivos*”, al no ser libres, quedarán sujetas a lo que dispongan los estatutos o en su defecto, a la “*autorización*” de la sociedad.

- Según el art. 107.1 LSC, salvo que los estatutos establezcan otra cosa, son libres las transmisiones voluntarias “*inter vivos*” entre socios a favor del

332 Señala el art. 107.1 de la LSC: “*1. Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley*”.

cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, así como a favor de sociedades que pertenezcan al mismo grupo que la transmitente.

Como se ha apuntado, es posible limitar mediante los estatutos esta libertad, estableciendo regímenes restrictivos –autorización, tanteo, retracto– para alguno de estos casos.

Como se desprende del precepto, en principio no hay impedimento alguno para poder transmitir participaciones al otro cónyuge, se le podrán transmitir a éste todas las participaciones que se deseen, sin limitación alguna, y esta libertad implicaría que también se podrían vender o donar participaciones entre los cónyuges. Únicamente habrá limitaciones cuando así se disponga estatutariamente. La libertad a que se refiere el art. 107 de transmisión de participaciones a favor del cónyuge es independientemente del régimen económico.

Es posible, como se decía en líneas anteriores, encontrar participaciones materialmente gananciales, cuya titularidad corresponda a uno solo de los cónyuges o bien, a ambos.

Si la titularidad formal de las participaciones de la sociedad limitada corresponde a uno solo de los cónyuges, -a pesar de ser las mismas materialmente gananciales- ese cónyuge será el socio de la sociedad en cuestión, y por tanto a él corresponderá en exclusiva el ejercicio de los derechos de socio. No hay limitaciones legales para que el cónyuge no socio pueda adquirir la titularidad formal -sea en su totalidad o alguna cuota- de las participaciones ex art. 107.1 LSC. El cónyuge a quien formalmente se le atribuyan participaciones que materialmente eran gananciales adquirirá derechos sobre las mismas respecto a la sociedad³³³.

- El resto de transmisiones “*inter vivos*”, quedan sometidas, salvo que los estatutos sociales establezcan otra cosa, a la “autorización” de la sociedad en los términos que regula el art. 107.2 LSC³³⁴. Se trata de una sistema legal

333 MARIÑO PARDO, F., “Las participaciones sociales”, en *Iuris Prudente*, 18 enero 2017.

334 Conforme al art. 107.2 de la LSC: “A falta de regulación estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos* se registrá por las siguientes reglas:

a) El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.

b) La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la ley.

c) La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.

Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la

supletorio de autorización societaria (no es un derecho de adquisición preferente) en virtud de la cual la sociedad tiene que “autorizar” la transmisión pudiendo denegarla, para lo que tendrá que presentar a un adquirente que asuma las participaciones por el precio y condiciones comunicados, o adquirirlas ella en su defecto).

La LSC reconoce en la transmisión de las participaciones una amplia libertad estatutaria a los socios, quienes podrán configurar el régimen de transmisión “*inter vivos*” de las participaciones, ya sea imponiendo restricciones a supuestos que legalmente se tengan como de transmisión libre, así como modificar el régimen transmisivo del resto de los supuestos.

Desde el punto de vista societario, las restricciones se presentan como la herramienta principal con la que cuentan las sociedades para poder proteger la estructura de socios. En palabras de PERDICES HUETOS³³⁵ “*la concreta configuración de esa limitación, sus beneficiarios y afectados, las transmisiones sujetas, las causas de denegación, etc., reflejarán la finalidad y alcance con que el intuitus personae afecte a la organización de la sociedad*”.

La especialidad de las restricciones estatutarias frente a otros instrumentos como podrían ser, los pactos parasociales o protocolos familiares, se encuentra en que las restricciones están “protegidas” por el ordenamiento jurídico, lo que hace que tengan un alcance y unos efectos mayores; ya que, por medio de las mismas se puede impedir la entrada a terceros ajenos a la sociedad, por no cumplir las condiciones que la sociedad en cuestión, exige para poder ser socio de la misma.

La clasificación más común de las restricciones estatutarias es aquélla que distingue entre: cláusulas de autorización, de adquisición preferente o de

que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir, conforme a lo establecido en el artículo 140.

d) El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.

En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.

En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real de las participaciones el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el registrador mercantil.

e) El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.

f) El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes”.

335 PERDICES HUETOS, A.B., Cláusulas restrictivas a la transmisión de acciones y participaciones, Madrid, 1997, pág. 100.

rescate³³⁶. Las más habituales que se utilizan por las sociedades limitadas y anónimas (cerradas), son las que permiten un derecho de adquisición preferente en caso de transmisión inter vivos a favor de los demás socios de la sociedad, así como de la sociedad misma.

En el caso de que la transmisión de las participaciones infrinja lo previsto en la Ley o en los estatutos, la sanción general es la ineficacia frente a la sociedad (art. 112 LSC), lo que supone que el adquirente no pueda ser inscrito en el libro registro de socios y por lo tanto, no estará legitimado para ejercer sus derechos ante la sociedad, produciendo la transmisión efectos únicamente inter partes, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pueda incurrir el transmitente frente al adquirente.

El régimen de las transmisiones “inter vivos” visto es supletorio, pudiendo ser modificado en los estatutos sociales, existen restricciones legales al juego de los mismos, fijando el art. 108 la LSC una serie de “*cláusulas estatutarias prohibidas*”, en los siguiente términos:

“1. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos”. La justificación se encuentra en que las sociedades de responsabilidad limitada, son sociedades cerradas, por lo que no puede haber una transmisión totalmente libre.

“2. Serán nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas”. Esto es aplicable tanto a las cláusulas que introducen el derecho de tanteo/retracto como aquellas que modifican el régimen legal del artículo 107.2 LSC. La Ley pretende conciliar el derecho de los socios a evitar que entren personas ajenas a la sociedad con el derecho de poder transmitir sus participaciones.

“3. Sólo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios”. Esta norma intenta aunar dos intereses: el de la sociedad a evitar la entrada de socios diferentes de los “elegidos”; y el

336 La STS de 10 enero 2011 (RJ 2011\1800) se ocupa de una modificación estatutaria de una SA, introduciendo un artículo que pretendía un derecho de rescate a favor de los demás accionistas y de la sociedad para el caso de que se produjese un cambio en la composición de las sociedades socias de manera que las que controlaban perdieran, por cualquier motivo, el control de las mismas. El TS, después de resaltar las diferencias de las sociedades anónimas y limitadas (abiertas y cerradas, respectivamente), se inclina porque en un futuro la diferencia esencial estribe en si son cotizadas o no, y resuelve que es inadmisibile una cláusula, llamada de “rescate”, que no es un supuesto de restricción a las transmisiones indirectas, sino un verdadero derecho de exclusión. NAVARRO LÉRIDA, M^a S., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 2011 (708/2011). Inadmisión en SA de cláusula estatutaria de transmisión indirecta de acciones”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coordinado por M. Yzquierdo Tolsada, Vol. 5, 2016 (2011-2012), pág. 597, entiende que lo “relevante sería que la autonomía de voluntad no violente la lógica del derecho de sociedades”.

interés del socio que quiere dejar de serlo. Motivo por el cual, en aquellos casos en los que exista una prohibición absoluta a la transmisión voluntaria de participaciones, deberá haber una salida para los socios en forma de derecho de separación.

Al igual que existen cláusulas estatutarias prohibidas, también las hay válidas, como son aquellas que permiten diseñar un régimen estatutario de restricciones que prime sobre el régimen legal supletorio, que no podrá contemplar ni transmisiones totalmente libres (o prácticamente), como tampoco prohibiciones absolutas sin derecho de separación.

Ejemplos de cláusulas estatutarias válidas serían las siguientes³³⁷: las de adquisición preferente, las que imponen al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o terceras personas determinadas, cuando concurren las circunstancias previstas en los estatutos, las cláusulas de adquisición obligada por los socios o la sociedad, las de prohibición de transmisión con amortización de la participación, las de autorización basadas en causas objetivas, entre otras.

“4. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos, o el ejercicio del derecho de separación, durante un periodo de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución”. Esta apartado es una excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, de carácter puramente temporal.

b) Aparte de la transmisión “inter vivos” examinada, que se produce por voluntad de uno de los socios que quiere transmitir sus participaciones, encontramos el caso de que la transmisión tenga lugar por causas ajenas a su voluntad: bien por fallecimiento del socio persona física titular o por extinción de la persona jurídica.

337 Artículo 188 RRM: Cláusulas estatutarias sobre la transmisión de las participaciones sociales. “1. Serán inscribibles cualesquiera cláusulas que restrinjan la transmisión de todas o de algunas de las participaciones sociales, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley.-2. Serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias por las que se reconozca un derecho de adquisición preferente en favor de todos o alguno de los socios, o de un tercero, cuando expresen de forma precisa las transmisiones en las que exista la preferencia, así como las condiciones de ejercicio de aquel derecho y el plazo máximo para realizarlo. -3. Serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos. -4. Las adquisiciones de participaciones sociales que tengan lugar como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas a los socios en la liquidación de la sociedad titular de aquéllas, se sujetarán al régimen estatutario previsto para la transmisión mortis causa de dichas participaciones. -5. Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales. -De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio”.

En caso de fallecimiento tendrá lugar la sucesión hereditaria, pasando al heredero o legatario la condición de socio. La Ley permite que por medio de los estatutos sociales se puedan establecer restricciones a este tipo de transmisiones, con la posibilidad de reconocer un derecho de rescate a favor de los demás socios de la sociedad o a favor de ésta (art. 112 LSC³³⁸).

Para que éstas restricciones a la transmisión “mortis causa” puedan hacerse efectivas deben haberse previsto expresamente para el supuesto de fallecimiento, no siendo posible una cláusula estatutaria de restricción genérica.

c) La transmisión forzosa que recoge el artículo 109 LSC pretende evitar que por la vía de una adjudicación judicial o administrativa de participaciones sociales dejen los socios de controlar los nuevos ingresos de la sociedad. La Ley contempla la posibilidad de que los socios o la sociedad se subroguen en el lugar del rematante o del acreedor, repartiéndose las participaciones a prorrata entre los socios que estuvieran interesados. Para que la sociedad pueda subrogarse tiene que tener reconocido el derecho de adquisición preferente³³⁹.

2.1.2.2.2. Las transmisiones de particiones entre cónyuges

a) La regla general de libertad en la transmisión “*inter vivos*” de participaciones entre cónyuges y sus posibles excepciones estatutarias

338 Conforme al art 110 de la LSC: “1. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. - 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en esta ley para los casos de separación de socios y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria”.

339 Conforme al art. 109 LSC: “Régimen de la transmisión forzosa. 1. El embargo de participaciones sociales, en cualquier procedimiento de apremio, deberá ser notificado inmediatamente a la sociedad por el juez o autoridad administrativa que lo haya decretado, haciendo constar la identidad del embargante así como las participaciones embargadas. La sociedad procederá a la anotación del embargo en el Libro registro de socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida. - 2. Celebrada la subasta o, tratándose de cualquier otra forma de enajenación forzosa legalmente prevista, en el momento anterior a la adjudicación, quedará en suspenso la aprobación del remate y la adjudicación de las participaciones sociales embargadas. El juez o la autoridad administrativa remitirán a la sociedad testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación y, en su caso, de la adjudicación solicitada por el acreedor. La sociedad trasladará copia de dicho testimonio a todos los socios en el plazo máximo de cinco días a contar de la recepción del mismo. - 3. El remate o la adjudicación al acreedor serán firmes transcurrido un mes a contar de la recepción por la sociedad del testimonio a que se refiere el apartado anterior. En tanto no adquieran firmeza, los socios y, en su defecto, y sólo para el caso de que los estatutos establezcan en su favor el derecho de adquisición preferente, la sociedad, podrán subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. Si la subrogación fuera ejercitada por varios socios, las participaciones se distribuirán entre todos a prorrata de sus respectivas partes sociales”.

1.- El art. 107.1 LSC establece un régimen supletorio de libertad en la transmisión de participaciones a favor del cónyuge del cada socio. Este régimen supletorio puede ser modificado en estatutos con los límites vistos en líneas atrás.

Es posible que un cónyuge casado en régimen de gananciales sea socio de una sociedad limitada, pudiendo darse los siguientes supuestos:

1- Es posible que uno de los cónyuges sea socio y titular privativo de participaciones sociales.

Al conjugar el régimen societario de libertad de transmisión del art. 107.1 LSC con la libertad de contratación entre cónyuges, encontramos que las transmisiones de participaciones entre cónyuges o a favor de la comunidad de gananciales, serán admisibles:

- El cónyuge titular de participaciones privativas puede transmitir las sin ningún obstáculo, ni societario -art. 107.1 LSC- ni de régimen económico matrimonial -art. 1323 del CC- a favor de su consorte, que de este modo pasará a ser socio de la sociedad limitada.

Los cónyuges de común acuerdo pueden sobre la base del art. 1323 dar a las participaciones carácter ganancial, ya sea permaneciendo como socio titular el cónyuge anterior, ya sea apareciendo como socios ambos cónyuges, o el otro cónyuge de modo exclusivo. El art. 107.1 de la LSC no da libertad desde el punto de vista societario para tales operaciones.

- Es posible que ambos cónyuges sean socios y titulares privativos de participaciones sociales, así por ejemplo, las adquirieron antes de iniciarse la sociedad de gananciales y ambos aparecen inscritos en el Libro de Socios.

Cada cónyuge es titular privativo de su cuota parte y puede transmitirla al otro con libertad, y pueden de común acuerdo atribuirle carácter ganancial.

- Es posible que las participaciones sean gananciales, ya sea titular formal uno solo de los cónyuges o ambos.

La libertad transmisiva desde el punto de vista societario permite a los cónyuges el cambio de titular formal de las participaciones y admite el cambio de titular material -que pasen a ser privativas de uno de los cónyuges, etc.

2.- La libertad referida compagina mal con el carácter cerrado de las sociedades limitadas. En la práctica es frecuente encontrar cláusulas estatutarias que someten la transmisión de las participaciones entre los cónyuges al régimen de transmisión de autorización recogido en el art. 107.2 LSC o establecer algún otro tipo de restricción.

Si las participaciones son privativas del cónyuge socio titular, ningún problema surgirá. Sí que podrá haber problemas cuando las participaciones gananciales estén a nombre de uno solo de los esposos, porque las restricciones estatutarias afectarán a la transmisión entre cónyuges, de modo la entrada como nuevo socio de la sociedad del cónyuge que no lo era, quedará limitada

en los términos pactados en los estatutos sociales. No obstante, como tendremos ocasión de desarrollar al hilo de la liquidación de la sociedad de gananciales, las adjudicaciones que se realicen a favor del cónyuge del socio, no se verá afectadas por las restricciones estatutarias, al partir el TS de que es tales caso no hay una auténtica transmisión de bienes y derechos sino una simple especificación o concreción.

Tratándose de transmisión “mortis causa”:

Cuando fallece el cónyuge socio, el cónyuge no socio pierde la vinculación que tenía con la sociedad convirtiéndose en alguien totalmente ajeno para la misma. Las acciones o participaciones del cónyuge socio fallecido formarán parte de la masa hereditaria del mismo y podrá ocurrir que se adjudiquen o al cónyuge supérstite o a un tercero a título de heredero o legatario.

Para evitar que esta adjudicación afecte a la sociedad de capital de la que forman parte las acciones o participaciones del cónyuge socio fallecido, serán de aplicación las restricciones a la transmisibilidad inter vivos establecidas legal o estatutariamente (art. 110 y 124 LSC).

Los estatutos se presentan la herramienta idónea para evitar los conflictos que de esta adjudicación (a una persona extraña para la sociedad de capital) se pudieran originar.

Es por ello, por lo que son frecuentes las restricciones al cónyuge viudo, sobre todo en sociedades familiares o sociedades instrumentales. En ocasiones los estatutos pueden prever una transmisión de las acciones o participaciones condicionada a que no se produzcan determinados hechos. Ejemplo de esto sería permitir que el cónyuge viudo adquiriera la condición de socio mientras permanezca viudo, pero en caso de contraer nuevo matrimonio o encontrar pareja, establecer un derecho de rescate a favor de los demás socios del socio, quedando el cónyuge viudo obligado a transmitir las acciones o participaciones que tuviera en su poder.

2.1.2.3. Pactos parasociales relativos a la transmisión de acciones o participaciones sociales

Las propias restricciones a la libertad de transmisión de acciones son las recogidas en los estatutos de la sociedad, restricciones que afectan tanto a los transmitentes y adquirente, como a la propia sociedad. Del mismo modo ocurre con relación a la restricciones que afecten a las participaciones sociales más allá del régimen legal.

También es posible encontrar en simples pactos parasociales o extraestatutarios restricciones a dicha libertad, fundamentalmente consistentes en otorgar a los firmantes del pacto un derecho de preferente adquisición de las acciones cuando el titular actual pretenda enajenarlas.

Estos pactos no están regulados con carácter general en nuestro Derecho, lo que hace que falte una definición legal de los mismos. La LSC se refiere a ellos en su artículo 29 relativo a los “pactos reservados” el cual establece: “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.

El hecho de que no haya una definición legal hace que, en la práctica, nos encontremos con multitud de ellas, que si bien con distintas matizaciones, todas vienen a decir lo mismo. La definición más generaliza que encontramos es la que da PAZ-ARES³⁴⁰ al describirlos como “*aquellos acuerdos adoptados por todos o parte de los socios de una sociedad, para concretar, complementar o modificar sus relaciones internas y las relaciones legales o estatutarias que las rigen, así como regular algunos aspectos que no se hayan establecido estatutariamente*”. Subraya especialmente, la idea de influencia sobre “*las relaciones internas*”, porque lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben”.

MARTÍNEZ ROSADO³⁴¹ los define como “*aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y terceros, con el fin de integrar, completar, modificar algunos aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional. Son pactos formal y materialmente independientes del contrato de sociedad, en el sentido de que únicamente producen relaciones obligatorias entre quienes los suscriben, pero que se encuentran funcionalmente conectados con la sociedad*”.

Para FELIÚ REY³⁴² “*el pacto parasocial con carácter general, es el contrato, suscrito por todos o algunos de los socios, y, en ocasiones, por la propia sociedad, pudiendo también estar suscrito, aunque no necesariamente, por personas que no tienen la consideración de socios, cuyas características principales son su autonomía respecto del contrato social y su accesoriadad funcional respecto de éste, y que tiene por objeto regular aspectos relacionados con el funcionamiento, organización y/o actividad de la sociedad, y/o relaciones entre los socios. En definitiva, el pacto parasocial gravita sobre la sociedad y su actividad*”.

El término “*parasocial*” es acuñado por hacer referencia a un pacto creador de obligaciones entre los firmantes -en principio socios- al margen o de modo paralelo a la sociedad.

El Tribunal Supremo ha definido los pactos parasociales como aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la Ley y los estatutos. Así lo manifiesta en dos sentencias del mismo día, de 6 marzo 2009 -STS nº 128/2009 de 6

340 PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica de Uría & Menéndez*, nº 5/2003, pág. 19.

341 MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 26.

342 FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 206.

marzo 2009 (RJ 2009\2793) y STS nº 138/2009 de 6 marzo 2009 (RJ 2009\2794)- y en la de 25 febrero 2016 (RJ 2016\635).

Lo que se persigue con estos pactos dependerá de cada caso, dado que pueden tener finalidades diversas. La finalidad que pueden perseguir los socios a través de ellos puede ser, de índole organizativa, personal u otros aspectos, quedando obligados por los mismos, pero sin la necesidad de incorporarlos a los estatutos.

Actualmente la admisibilidad de estos pactos está totalmente generalizada y su uso es muy frecuente, de hecho se utilizan para garantizar la estabilidad necesaria que permita el desarrollo de una política empresarial a medio o largo plazo, que de otra manera sería difícil de conseguir. Aunque esto no siempre ha sido así porque en el pasado estos pactos eran tratados con desconfianza e incluso como si con ellos se quisiera cometer algún tipo de fraude. Poco a poco han ido adquiriendo mayor presencia y relevancia, llegando a convertirse en una herramienta fundamental en el tráfico mercantil de España, como demuestran los estudios estadísticos³⁴³ y la misma práctica, donde cada día es más frecuente encontrarse con este tipo de pactos.

Como consecuencia del uso generalizado de las sociedades limitadas han aparecido los denominados “estatutos – tipo”³⁴⁴, aprobados por el Gobierno, (los cuales dejan poco margen a la autonomía de voluntad), cuyo objetivo es hacer más sencillos y rápidos los trámites de otorgamiento de escritura de constitución así como la pertinente la calificación registral.

El papel que éstos desempeñan en las sociedades anónimas es el de dotar a las mismas de una mayor flexibilidad (que no podría alcanzarse con simples modificaciones estatutarias).

Estos pactos han conseguido convertirse en piezas básicas y fundamentales para el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles (especialmente en las sociedades de capital).

La diferencia entre los estatutos y estos pactos es clara. Los primeros obligan y afectan a la sociedad, a todos los socios presentes y futuros, son oponibles a terceros y se pueden modificar por la mayoría cualificada que marca la LSC o los estatutos, en los términos permitidos por ésta. Por el contrario, los pactos parasociales sólo obligan a los socios firmantes, que no tienen por qué ser el cien por cien de los socios -principio de relatividad de los contratos ex art. 1257.1 del CC-, no son oponibles a terceros ni a la sociedad (art. 29 de la LSC)

343 Los Informes Anuales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) sobre el Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas resaltan el manifiesto aumento en la utilización de pactos parasociales. Por ejemplo, en el año 2008 los pactos parasociales declarados se encontraban en 11 entidades del Ibex, en 2010 en 15 y llegando a 17 en el 2011. Esta tendencia ha seguido, registrándose 17 nuevos pactos en el 2017, así como 14 en el 2018. Aunque en el 2018 se dieron de baja 18 pactos parasociales, lo que supuso que, al cierre del ejercicio el número de pactos parasociales declarados ascendía a 52 (56 en 2017).

344 Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo por el que se regulan los modelos de estatuto-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatuto-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva.

y se considera que para su modificación hace falta acuerdo unánime de los firmantes (a no ser que se hubiera previsto otra cosa). Para el caso de que hubiese fallecido alguno de los suscriptores del pacto, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 1257.1 CC en virtud del cual *“Los contratos producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto o por disposición de ley”*.

Estos pactos obligan al firmante de los mismos, sea o no titular de acciones o participaciones. Si es titular de acciones o participaciones y las enajena, el nuevo adquirente en principio no queda obligado por los pactos. Decimos “en principio”, porque puede ser que los haya aceptado expresamente al adquirir las acciones o participaciones.

En cuanto al contenido de estos pactos, su objeto puede ser tan variado como lo puede ser la finalidad de los mismos. Los pactos deben respetar ciertos límites³⁴⁵, como por ejemplo: no ser contrarios a normas imperativas, ni a los principios configuradores...

La admisibilidad de los pactos parasociales al amparo del art. 1255 del CC es indiscutible, sin embargo, lo que sí resulta controvertido es lo relativo a qué se puede incluir en un pacto y cómo afectan los límites al principio de autonomía de la voluntad. Para una tesis, se aplicarán a los pactos parasociales los límites generales, así como las normas imperativas de la Ley de Sociedades de Capital y los principios configuradores del tipo; no obstante, PAZ-ARES³⁴⁶ niega que se apliquen los límites derivados de los principios configuradores del tipo social y sólo se aplicarán los generales que deben aplicarse a cualquier obligación o contrato (art. 1255 CC)³⁴⁷; si bien como posición intermedia se podría sostener que se podrán incluir en el pacto parasocial reglas que se limiten a regular las relaciones entre los socios, pero no en cambio aquellas que vulneren normas del LSC que tengan por finalidad proteger intereses o expectativas de terceros.

345 Surge la duda de si estos pactos pueden ser contrarios a los estatutos, que sí son pactos legales, y en caso de que fueran contrarios, cuál de ellos prevalecería. Es una cuestión discutida, para cuya respuesta habrá que estar al caso concreto.

346 PAZ-ARES, C, “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº Extra 1, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, págs. 252 y ss. Para este autor, la cuestión de la validez de los pactos parasociales, como bien explica, *“no es una cuestión discreta porque no reclama una respuesta tajante: sí o no, todo o nada. Con carácter general hoy se admite sin ambages ni recelos la posibilidad de concertar acuerdos al margen del contrato de sociedad, y ello al amparo del principio de libertad contractual (art. 1255 CC)”*.

347 La STS de 23 octubre 2012 (RJ 2012\10123) estudió un pacto que calificó de parasocial, entre vendedor y comprador de acciones, por el que aquél se reservaba el derecho de voto de la mitad de las acciones que vendía, hasta el momento de pago completo del precio. Este desmembramiento de los derechos políticos del accionista, que también se produce en los casos de usufructo o prenda de acciones, no sería inscribible, pero sí exigible ante los tribunales. El tribunal consideró que los convenios entre socios no están constreñidos por los límites que los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, sino por los límites generales del art. 1255 CC. Asimismo, se considera que hay ausencia de infracción de los derechos políticos de los socios, licitud de la disgregación de los derechos de asistencia y voto, así como se declara la licitud de los pactos parasociales internos en garantía del pago del precio aplazado.

No resulta sencillo establecer los límites al contenido de los pactos parasociales, por lo que para se deberán establecer unos parámetros que sirvan como referencia a la hora de configurar el contenido de los mismos.

No pueden ser contrarios a la Ley, límite que resulta obvio, distinguiendo entre ley dispositiva e imperativa. No hay problema alguno en que los pactos dispongan otra cosa distinta a lo que prevé la ley con carácter dispositivo o a lo que contemplan los estatutos, eso sí, con la particularidad de que la eficacia del pacto únicamente afectará a los que sean parte del mismo.

Otro posible límite sería la moral -no puede ir contra de la moral-, así como el orden público, matizando respecto de este último, que el concepto de "orden público" no es universal, y que en cada ordenamiento jurídico éste puede incluir ciertos aspectos no incluidos en otros. Por consiguiente, un pacto podría ser lícito en un ordenamiento en el que en otro no lo sería³⁴⁸.

Existen numerosísimas clasificaciones de los pactos parasociales, como consecuencia de la amplitud de su contenido y de sus numerosas finalidades.

Hay tantos tipos de pactos de socios como sociedades, motivo por el que proliferan tanto este tipo de contratos. La gran flexibilidad que ofrecen hace que puedan adaptarse a las necesidades de cada sociedad y que sea muy complicado establecer una clasificación exhaustiva de ellos, por lo que haremos alusión a la clasificación generalizada.

PAZ-ARES³⁴⁹ señala que *"con arreglo a una clasificación bastante extendida entre nuestros tratadistas, los pactos parasociales pueden agruparse en tres grandes categorías, que, a falta de nomenclatura más exacta, denominaré: (i) pactos de relación, (ii) pactos de atribución y (iii) pactos de organización"*³⁵⁰.

Cuestión dudosa que plantean estos pactos es todo lo referente a su oponibilidad. Al hablar de oponibilidad se pretende determinar a los afectados por el pacto y saber si involucrará o no a la sociedad. La importancia de la afectación o no del pacto a la sociedad tiene trascendencia en la medida en la que los actos de la sociedad que sean contrarios o no al pacto, puedan llegar a ser impugnados si a ésta alcanza el pacto.

348 En nuestro Derecho se entiende por orden público la situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en las que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y las personas desarrollan pacíficamente sus derechos y libertades. También se puede definir como el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico.

Desde el prisma del Derecho civil, el orden público es el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos obligatorios para conservar el orden social del pueblo en un momento determinado.

349 PAZ-ARES, C., "El enforcement de los pactos parasociales", *op.cit.*, págs. 19 y 20.

350 Para situarnos en contexto, observar cómo clasifican los países de nuestro alrededor a estos pactos. Los países anglosajones hablan de tres grandes grupos: los quasi -partnership agreements, joint-venture agreements y los investments agreements. Francia, el criterio que usa para clasificarlos es en atención al contenido de los mismos, distinguiendo entre pactos relativos a los accionistas, a la sociedad y a la gestión de la sociedad; mientras que Italia reduce la clasificación a dos grupos, distinguiendo entre los que inciden sobre la organización social y los que no. Y por otro lado, estaría España haciendo la división de los tres grandes grupos ya expuestos.

Se entiende que los firmantes quedan obligados y que si alguno de ellos incumple, incurrirá en responsabilidad contractual y el perjudicado podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios, así como la ejecución *in natura* del pacto -si es que materialmente es posible.

Para resolver esta cuestión, se recurre al artículo 1257 CC, en virtud del cual, un contrato no puede vincular, ni determinar la conducta de terceros ajenos al mismo -principio de relatividad de los contratos-. Se ha defendido que el pacto será oponible frente a la sociedad cuando todos los socios sean parte del pacto (“pactos omnilaterales”).

Especial importancia en esta materia tiene el principio de relatividad de los contratos. El art. 1257.1 del Código Civil predica que *“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos: salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza o por pacto, o por disposición de ley”*.

La consecuencia de este principio es que, salvo excepciones, como es el caso de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas (que exige un ánimo de evitar la efectividad o cobro de un derecho de crédito o de otros derecho o posición jurídica), los efectos de un contrato sólo son oponibles a aquellos que los suscribieron y a sus herederos, si los derechos y obligaciones derivados del contrato son transmisibles³⁵¹.

Siendo esto así, los terceros ajenos a la relación contractual quedan al margen de las cuestiones derivadas de la interpretación, cumplimiento o ejecución del contrato que no negociaron, ni suscribieron, ni están vinculador por el mismo.

Por tanto, la sociedad al ser un tercero con relación a los socios firmantes del pacto parasocial no se encuentra vinculada por el mismo, idea, que con toda corrección recoge el art. 29 de la LSC: *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*.

Para el TS³⁵² el principio de relatividad característico de la dinámica contractual no supone un obstáculo insalvable para hacer valer lo convenido extra-estatutariamente frente a la sociedad, para lo que ha acudido a diversos expedientes: a) ha recurrido a la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica cuando el juzgador ha podido apreciar y sospechar que se estaban confundiendo personalidades, y cuando esto ocurre, aparece la necesidad de evitar que la supuesta “autonomía” del ente social sirva para

351 La STS de 26 febrero 1991 (RJ 1991\1600) se ocupa de la ficción de la existencia de una junta general en la celebración de un pacto parasocial; (caso “Munaka”).

El Supremo llegó a la conclusión de que cuando coinciden las partes del pacto con los miembros de la sociedad carece de sentido aferrarse a la regla de la inoponibilidad. La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, como hizo el Alto Tribunal en la STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6194) (caso Hotel Atlantis Playa), estimando que los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando ésta no pueda considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente.

352 La STS de 1 marzo 2011 (RJ 2011\456) relativa al levantamiento del velo jurídico y la STS de 3 noviembre 2010 (RJ 2010\8020) referente a la responsabilidad de los administradores de las SA.

amparar actos fraudulentos o abusivos³⁵³; b) ha considerado la ficción de la existencia de una junta general universal en la celebración del pacto parasocial³⁵⁴.

El hecho de que no estén estos pactos regulados legalmente, hace que sean numerosas las cuestiones que se plantean. Por ejemplo, se podría considerar que estos pactos estuvieran suscritos por personas distintas a los socios o persona autorizada. Serían aquellos acuerdos celebrados por los miembros del órgano de administración y terceros con incidencia en la organización y funcionamiento de la sociedad³⁵⁵.

Los pactos parasociales se celebran al margen del contrato de sociedad y de los estatutos. Algunas de las razones por las que se hacen al margen, son porque se pretende guardar discreción sobre su contenido y porque en ocasiones su contenido puede chocar con la Ley o sus propios estatutos, de manera que dificultaría la calificación positiva por parte del registrador. En las sociedades cotizadas sí es necesario hacer públicos algunos de estos acuerdos (arts. 530 a 535 LSC).

Los pactos parasociales tienen naturaleza contractual rigiendo en ellos el principio de libertad de forma. Son contratos autónomos e independientes respecto del contrato social, pero necesitan a la sociedad para tener una razón de ser. Necesitan a la sociedad para existir y tener un sentido, pero a la vez son independientes de ella, porque estos pactos se pueden modificar, extinguir, declarar nulos y la existencia de la sociedad no va a quedar afectada por estos hechos. Pero cualquier vicisitud del contrato social afectará a los pactos parasociales e incluso suponerle la nulidad. El contrato social es el presupuesto necesario para la existencia de los pactos parasociales.

Aunque en líneas anteriores decíamos que estos pactos a quienes obligan es a los socios firmantes, se plantea el interrogante de si su contenido puede ser o no oponible frente a terceros adquirentes de las acciones o participaciones sociales.

Distingamos según se trate de una sociedad cotizada o no.

La Ley no se ha pronunciado respecto de las sociedades no cotizadas, lo que hace pensar que los pactos no serán oponibles al tercer adquirente y que éste

353 La STS de 3 noviembre 2014 (RJ 2014\5870) trató el supuesto de pacto entre socio único de una unipersonal, donde además coincidían la figura del socio único con la del administrador único en la misma persona. En este caso, se discutía si al tratarse de una sociedad unipersonal la sociedad formaba o no parte del pacto, a lo que el tribunal consideró que si efectivamente la sociedad no lo celebró de manera "formal", no se podía considerar como un "pacto reservado" para la misma, no pudiendo alegar ésta "desconocimiento" de dicho pacto; a lo que el tribunal concluyó que no estábamos ante un pacto parasocial que obligaba a la sociedad, sino ante un pacto con la sociedad.

354 La STS de 26 febrero 1991 (RJ 1991\1600), se refiere a la ficción de la existencia de una junta general en la celebración de un pacto parasocial multilateral (caso "Munaka"). El Supremo llegó a la conclusión de que cuando coinciden las partes del pacto con los miembros de la sociedad carece de sentido aferrarse a la regla de la inoponibilidad.

355 Por ejemplo, acreedor financiero exige a cambio de otorgar financiación, determinadas condiciones de gestión en la sociedad o que se vote en la junta general en el sentido que se indique.

adquirirá las acciones o participaciones sin limitación alguna (aunque tenga conocimiento del pacto), a menos que se haya incorporado a la escritura de compraventa o a los estatutos sociales -de modo indirecto a través de la figura de las prestaciones accesorias-, en cuyo caso entrarán en juego los principios de oponibilidad registral.

Si la adquisición de las acciones y participaciones se ha producido como consecuencia de una sucesión hereditaria del estipulante, al quedar subrogado en la posición del causante, el adquirente quedará obligado por el contrato parasocial.

Tratándose de sociedades cotizadas, como se ha adelantado anteriormente, algunos de los acuerdos/pactos tienen que ser públicos. ¿Qué supone esta publicidad? Que posibles terceros adquirentes tengan la posibilidad de conocer tanto la existencia como el contenido los mismos y en especial, la posible existencia de alguna cláusula restrictiva de la transmisibilidad. Lo que se pretende con esta publicidad es llevar a cabo una labor informativa y que puedan tener conocimiento de la estructura de control de la sociedad.

Una vez expuestas las características esenciales de los pactos parasociales y los principales interrogantes que éstos plantean, procedamos al tema de las restricciones que afectan a la transmisión de acciones o participaciones. ¿Es posible establecer restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones a través de estos pactos?

En principio sí, luego dependerá de ante qué tipo de sociedad nos encontremos, donde habrá que tener en cuenta las particularidades de cada una de ellas. Respondiendo de forma genérica diremos que sí. Recordemos que estos pactos sirven para múltiples propósitos y que se utilizan tanto en sociedades anónimas como en sociedades de responsabilidad limitada, como en compañías de pocos socios, en cotizadas, en sociedades cerradas y en abiertas. Pero todas ellas en algún momento, por algún motivo y con algún propósito, hacen uso de estos pactos.

A modo de recapitulación, subrayar que la clasificación más común de los pactos parasociales es la que distingue entre pactos de relación, atribución y organización.

Los primeros son aquellos pactos a través de los cuales los socios pueden regular sus relaciones recíprocas. Ejemplos de estos pactos podrían ser: acuerdos sobre una diferente distribución de beneficios y pérdidas (distinta de lo previsto en los estatutos), el reconocimiento de derechos de adquisición preferente o venta conjunta; obligación de no aumentar la participación social por encima de determinado valor, etc.

Los pactos de atribución son aquellos que persiguen la obtención de determinadas prestaciones o ventajas para el beneficio de la sociedad. Por ejemplo: los compromisos de los socios de suscribir aumentos de capital o abstenerse de competir con la actividad de la sociedad (entre otros).

Por último, los pactos de organización persiguen (como su nombre indica) la organización o reglamentación de algunos aspectos relativos al funcionamiento de la sociedad, tales como: la determinación de quórums o mayorías específicas, la imposición de reglas relativas a la composición del órgano del órgano de administración, el establecimiento de convenios de voto en aras de mantener el control de la sociedad.

Igualmente recordar que la eficacia de estos pactos abarca a quienes los hayan suscrito, generando derechos y obligaciones para quienes se hayan obligado contractualmente sin que su eficacia pueda afectar al conjunto de la persona jurídica.

El socio que pretenda exigir los derechos que se deriven de los pactos parasociales, la única vía que tendrá para ello es la del artículo 1124 CC (aunque este presenta ciertos límites respecto a los pactos de organización, en lo referente al control de los derechos políticos de los socios).

2.1.2.4. Notas sobre la empresa familiar como sociedad cerrada

De acuerdo con la materia objeto de este estudio, no podemos dejar de nombrar a la empresa familiar, ya que su uso se está volviendo cada día más frecuente y son cada vez más numerosas este tipo de empresas.

La Exposición de Motivos del RD 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares establece: *“Una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir aquéllas en las que la propiedad o poder de decisión pertenecen, total o parcialmente a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”*.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de la misma, por lo que existe una gran variedad en base a distintos criterios, como los que se centran en la propiedad, la forma de control u otros más de tipo contractual, de identidad o de cultura empresarial.

Es así como encontramos una pluralidad de definiciones³⁵⁶ tales como: *“La empresa familiar es el producto de la interacción entre dos conjuntos organizativos, la familia y la empresa, siendo dicha interacción la que le confiere su carácter único”*; *“La propiedad y la gestión están concentradas en la unidad familiar, y en ella hay expreso deseo de incrementar el grado de implicación de la familia en la misma”*; *“La empresa familiar es una empresa*

356 PENA LÓPEZ, J.A., y SÁNCHEZ SANTOS, J., *El capital como recurso de la empresa familiar: La familiness*, Netbiblo, Universidade da Coruña, Coruña, s.f. págs. 11 y 12. Familiness es el modo de actuación que promueve la familia dentro de la empresa y los recursos que le aporta.

gobernada con la intención de darle forma y mantenerla según la visión del grupo familiar, controlada por los miembros de una familia o número reducido de esta, que sea sustentable a través de generaciones”; “La empresa familiar se define por su propiedad y su gestión, siendo ambas condiciones necesarias, pero no suficientes”; “Una empresa familiar se define por los valores y preferencias de los miembros de la familia. Lo que sí constituye una condición suficiente. Por lo tanto, no sólo se trata de la propiedad y la gestión, sino también de la intencionalidad del ejercicio de esta propiedad y gestión”³⁵⁷.

PÉREZ-SERRABONA³⁵⁸ destaca la dificultad que entraña el poder dar una definición de este concepto, debido a que las dos instituciones que lo configuran “empresa y familia”, ya de por sí encierran perfiles difusos. Pero a pesar de la dificultad de encontrar una definición satisfactoria, declara el autor que lo que resulta innegable es la importancia económica que la empresa familiar ha ido y sigue adquiriendo tanto en las pequeñas como en las medianas empresas³⁵⁹; así como cuáles son los tres requisitos que debe reunir una empresa para poder ser catalogada como “familiar”, siendo éstos: *“que sea propiedad de una o más familias que detentan (en el caso de la sociedad) una parte importante del capital social, que esta familia o familias ejerzan un liderazgo en el órgano de administración y que el grupo familiar comparta un proyecto futuro común como dueños de la empresa (fundada por ellos mismos o heredada)”³⁶⁰.*

Para GARRIDO DE PALMA³⁶¹ *“concebir a la Familia como una empresa responde a la realidad de que la misma realiza actividades económicas, de consumo y también productivas, pero no plasma toda la realidad. El calado institucional de la Familia es primordial”. Añade que “al hablar de la Familia Empresaria me refiero a que la misma puede tener, estar al frente, ser titular, la propietaria, tener el poder de decisión de una empresa, concebida ésta como una organización de capital y de trabajo con finalidad económica. Entonces la*

357 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, nº 14, 2012, págs. 4 a 41.

358 PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “La empresa familiar (consideración general sobre el nuevo modelo societario, la sociedad limitada nueva empresa - SNE-), *Derecho y familia en el siglo XIX*, vol. II, *II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores. El Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI. El Ejido, 19-22 febrero de 2008*, Universidad de Almería, Almería, 2001, págs. 673 a 682.

359 Destaca PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *op. cit.*, pág. 674, que ni el propio legislador se ha ocupado de ofrecer definiciones válidas, ni tampoco de ofrecer una regulación jurídica adecuada, aparte de ciertas normas e iniciativas que se han ocupado de esta cuestión. Resalta el autor la Ponencia en la Comisión de Hacienda del Senado (año 2001), donde se buscaba la emisión de un Informe relativo a las materias que debían ser reguladas en relación con esta materia. Dicho Informe lo que hizo fue desaconsejar la promulgación de un Estatuto Jurídico de la Empresa familiar, pero recomendando que se realizaran algunas modificaciones en el Ordenamiento jurídico civil y mercantil. Destaca PÉREZ-SERRABONA la importancia en el proceso legislativo de el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, de 2007, el cual se encarga de regular la publicidad de los protocolos familiares y su inclusión voluntaria en el Registro Mercantil.

360 PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *op. cit.*, pág. 674.

361 GARRIDO DE PALMA, V., “Capítulo 29: La familia empresaria”, en *Tratado de Derecho de familia*, Volumen IV, *Regímenes económico matrimoniales*, tomo III, direct. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 352.

Familia es empresaria y si la percepción se traslada al objeto de la titularidad, nos hallamos ante la Empresa Familiar”.

Declara este autor que al efecto de lo expuesto resultan ilustrativas las palabras con que comienza la Exposición de Motivos del R.D 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares: La clave es que los socios son familia, los cuales son auténticos partícipes con intereses en la buena marcha del negocio y no simples inversores: la actividad de la empresa familiar constituye el objeto social.

Justamente por la importancia de la figura del socio en este tipo de sociedades se comprende que éstos no puedan transmitir libremente sus acciones o participaciones sociales, lo que hace vislumbrar el carácter personal de la Empresa Familiar (*intuitus personae*).

Señala este autor³⁶² que en un principio la gestión y dirección de estas empresas serán personalistas, pero a medida que se vaya aumentando el componente personal de socios y se vaya agrandando la Empresa Familiar, el modelo deberá ser el de trabajo en equipo y profesional bajo la dirección estratégica del grupo familiar.

En la familia empresaria serán algunos familiares los que ostenten la titularidad de las acciones/participaciones. Para el caso de que el número de miembros de la familia aumente y con ello el número de socios, se irá haciendo más complicado la realidad de la empresa familiar y aparecerán distintas figuras, como por ejemplo el holding, el cual se presenta como instrumento eficaz para el desarrollo de la misma en la práctica.

Dentro de este tipo de empresas, desempeñan un papel destacado los llamados “protocolos familiares”³⁶³. El RD 171/2007 nos ofrece una definición de los mismos, ocupándose de su publicidad en caso de sociedad no cotizadas. Entiende por protocolo familiar lo siguiente: “*Conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresas que afectan a la entidad*”.

Son un tipo de pactos parasociales pero especiales de las empresas familiares. Un acuerdo paralelo al contrato social cuyo contenido puede ser de distinta índole y puede abarcar aspectos tanto jurídicos, como extrajurídicos.

Una especie de declaración de intenciones, un tipo de pautas de actuación a modo de pacto de familia, quedando formalizados a través de un documento con el que se pretenden regular los conflictos presentes y futuros entre la familia y la empresa, la propiedad y la gestión de una sociedad en concreto o

362 GARRIDO DE LA PALMA, V., *op. cit.*, pág. 357.

363 Vid. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "El protocolo familiar. Un instrumento para la vida y el relevo generacional en la empresa familiar", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, coordinado por D. Jiménez Liébana, Universidad de Jaén y Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 395 a 477.

de un grupo de ellas. Se dice de ellos, que tienen una función preventiva, en el sentido de que a través de los mismos, lo que se pretende es solucionar regladamente futuros problemas que puedan surgir. Su eficacia jurídica dependerá de la configuración que las partes quieran darle. Tema básico en los mismo es la regulación del relevo generacional³⁶⁴.

GARRIDO DE PALMA³⁶⁵ las concibe como *“el acuerdo que delimita el marco de desarrollo y reglas de actuación y relaciones entre la propia empresa familiar y su propiedad. Es el instrumento adecuado para entre otras finalidades: delimitar el acceso de los miembros de la familia a la empresa; definir los puestos de responsabilidad, tanto en la gestión como en el gobierno de las mismas; delimitar las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación con los miembros de la familia; la posibilidad de crear fondos internos de autofinanciación para situaciones puntuales, regular la transmisión de acciones y participaciones sociales; definir a los interlocutores a nivel de grupo con los gestores de la empresa; determinar la información a suministrar a los grupos familiares; la creación de la Asamblea y del Consejo familiar y en general prever la sucesión de los fundadores de dichas empresas, creando un marco que garantizando la continuidad incentive el interés de la familia o familias por las empresas y, al mismo tiempo el interés general, contribuyendo a que las mismas ganen dimensión y sean competitivas”*.

Respecto a las restricciones, destacar que si se constituye una empresa familiar como tal, es porque lo que se quiere y se pretende es eso, que sea de todos o algunos de los miembros de la familia, pero que esté cerrada a terceros.

Si lo que se quiere es cerrar a terceros y basarse en unos principios familiares, estar gestionada, llevada y organizada por personas ligadas por vínculos de sangre, es lógico que se establezcan restricciones a las transmisiones de capital social y de los derechos de suscripción de acciones o asunción de participaciones.

Estas cláusulas restrictivas podrán ser: de autorización o consentimiento, limitativas del adquirente, de adquisición preferente y de prohibición absoluta de transmisión voluntaria (en las que en plazo variará, siendo para la sociedad de dos años, y para la sociedades limitadas de cinco).

364 ABAD TEJERINA, P., “Las sociedades mercantiles familiares en la liquidación de la sociedad de gananciales” en *Derecho de Familia 2020*, dirig. E. ORTEGA BURGOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 411, señala que en muchas ocasiones cuando nos encontramos ante un negocio que adopta la forma legal de sociedad, se está refiriendo realmente a un trabajo disfrazado de sociedad mercantil. En este caso, para prevenir los posibles problemas que se podrían derivar de una ruptura matrimonial cabría, hacer capitulaciones matrimoniales, protocolos familiares, así como que la sociedad familiar dispusiera de unos estatutos ad hoc, que estuvieran totalmente adaptados a las necesidades reales del trabajo o negocio que desarrolla en la misma y los miembros de la familia que trabajan en ella, así como el futuro previsible que se espera.

365 GARRIDO DE PALMA, V., *op. cit.*, pág. 389.

2.2. Administración y disposición de acciones y participaciones gananciales

En líneas anteriores nos hemos ocupado con detenimiento de concretar cuándo una acción o una partición es ganancial o es privativa.

Nos hemos referido igualmente a la posibilidad de encontrar acciones y participaciones que sean materialmente gananciales pero que se encuentren formalmente a nombre de uno solo de los cónyuges. Esta última situación tendrá especial interés en la administración de las acciones y participaciones y en la disposición de las acciones gananciales.

2.2.1. La regla general de coadministración y codisposición conjuntas: e. artículo 1375 CC

2.2.1.1. Introducción

La regla general en materia de administración y disposición de la sociedad de gananciales es la gestión conjunta por ambos cónyuges de los bienes comunes, lo que se conoce como cogestión, que afecta en sentido amplio tanto a los actos de administración como a los de disposición.

La consagración del principio de cogestión ha sido fruto de una evolución histórica. En la redacción del Código Civil de 1889 el marido tenía poderes amplios y exclusivos, tanto para administrar los bienes comunes, como para disponer de ellos, mientras que la mujer tenía muy pocas potestades, quedando reducidas al ámbito doméstico y a la administración de sus bienes privativos.

Con la reforma llevada a cabo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que modifica determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, cambia ligeramente el panorama de la mujer casada. Adquiere cierta libertad al suprimirse el deber de obediencia y la licencia marital, sin embargo, el marido sigue teniendo las facultades de administración y endeudamiento de los bienes.

La Constitución española de 1978 en su art. 32 consagró un principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, lo que impulsó a que se reformaran y modernizaran ciertas partes de nuestro Derecho de familia.

La Ley 11/1981, 13 de mayo, modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, asumiendo el principio de

igualdad constitucional de los cónyuges (art. 66 del CC) lo que le lleva a renovar el tradicional modo de funcionamiento de la sociedad de gananciales.

Para llevar a cabo esta igualdad entre los cónyuges, el legislador podría haber optado por dos caminos: otorgar un poder solidario a cada uno de ellos o adoptar un sistema de cogestión mancomunada. Fue esta segunda vía la elegida, que quedó plasmada en el artículo 1375 CC: “*En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes*”. El legislador español se decanta por el sistema de gestión y disposición conjunta (en mano común o cogestión) como regla general, con la posibilidad de realizar en determinados supuestos especiales contemplados en la ley, actuaciones de gestión separada para flexibilizar la actuación de los cónyuges frente a terceros³⁶⁶. Al mismo tiempo, de la propia interpretación del artículo 1375 se desprende que se permite la posibilidad de que en capitulaciones se pacte otro modo de gestión y disposición.

PRETEL SERRANO³⁶⁷ hace una serie de consideraciones sobre este artículo, señalando que este precepto encierra un principio general de actuación conjunta a la vez que proclama la subsidiariedad de la administración conjunta en capitulaciones matrimoniales. Sobre la base del artículo 1375 CC los cónyuges pueden pactar un sistema de gestión distinto al que contiene el Código Civil basado en el principio de igualdad, lo que ocurre es que se produce una interferencia entre los principios de igualdad y libertad difíciles de solucionar. El artículo 1328 defiende la igualdad de los cónyuges por lo que será complicado vislumbrar el límite donde lo pactado por los cónyuges afecte a esa igualdad. Destaca este autor, que el legislador ha preferido usar el término “gestión” en vez de “administración” porque el primero tiene un contenido más amplio y puede abarcar actos dispositivos.

Por lo que al principio de cogestión se refiere, señala este autor la complejidad del mismo, ya que se encuentra íntimamente relacionado con la posición que se adopte respecto de un tema más amplio, como la naturaleza jurídica de la sociedad, así como de un tema más concreto, como las consecuencias jurídicas que pueden producirse en el supuesto de que no se actúe conjuntamente. Expone las distintas interpretaciones que pueden hacerse del mismo: en el supuesto de actuación individual, se podría entender que es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o que no es necesario porque el cónyuge que vende lo que hace es asumir la representación tácita de su consorte, por lo que el posterior consentimiento no es confirmación, sino ratificación del desplazamiento patrimonial. Otra forma de interpretarlo sería entendiendo que el poder de disposición no se ha otorgado conjuntamente a ambos cónyuges, sino que viene atribuido separadamente a cada consorte en paridad de su rango, pero con la limitación de que en el momento de ejercitar el poder, el acto de disposición debe ser consentido o autorizado por el juez (de acuerdo con el sistema establecido en el art. 1322). Otra posibilidad sería

366 A ello se refiere la STS de 14 febrero 2005 (RJ 2005\1298) y el art. 94.2 RH. Destacamos igualmente la RDGRN de 28 diciembre 1995 (RJ 1995\9395).

367 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1375”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 708 a 712.

hablar de “actuación orgánica”, en cuanto a que la actuación conjunta tiene efectos para ambos cónyuges.

Teniendo en cuenta todas estas variantes, concluye declarando que *“la actuación conjunta de los cónyuges supone (salvo el art. 1378 CC) que es posible que el acto se realice por un solo cónyuge (en cuyo caso sólo el contrata) con el consentimiento del otro, que quepa una autorización judicial supletoria (art. 1376 y 1377 CC) y que la actuación individual produzca sólo anulabilidad”*.

Este principio no impone que los cónyuges deban actuar siempre de manera conjunta, ya que en la práctica hay situaciones en las que es imposible, por lo que el mismo admite:

1. Autorización expresa o tácita, e incluso asentimiento por parte del cónyuge que no interviene en la gestión concreta.
2. Actuación de uno con el consentimiento del otro (expreso, tácito, presunto³⁶⁸).
3. Convalidación o confirmación del acto anulable (en el que se requiere el consentimiento expreso a posteriori del otro).
4. La realización por uno solo de los cónyuges de los actos necesarios para atender a las necesidades de la familia (art. 1319 del CC que recoge la denominada potestad doméstica).

Del juego del principio de cogestión del artículo 1375 CC con las reglas contenidas en los preceptos que le siguen, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL³⁶⁹ señala que la cogestión no se impone con carácter absoluto porque el CC la proclama con carácter subsidiario, dando preferencia al régimen pactado por los cónyuges en sus capitulaciones. Las conclusiones que se pueden extraer de este precepto son:

1. Que la actuación no es tan conjunta porque el art. 1375 no obliga a ello.
2. Que los actos para los que se requiere dicha actuación conjunta son limitados.
3. Para actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro en aquellos casos en los que sea preceptiva, la sanción prevista es

368 Se entiende que existe un consentimiento presunto si el cónyuge que no interviene en la realización del acto jurídico no impugna el mismo en el plazo concedido para ello. Conforme a los arts. 1376 y 1378 del CC en relación con el art. 1322, son anulables los actos de administración y los de disposición a título oneroso realizados por uno solo de los cónyuges cuando debieron intervenir ambos. Añade el art. 1301.4 CC: *“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: ... Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”*.

369 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a.A., “Capítulo IV: La administración de la sociedad de gananciales en el Código Civil”, *Comunidad de gananciales*, en *Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 262.

la mera anulabilidad -salvo que se trate de actos a título gratuito, en cuyo caso la sanción es la nulidad absoluta-. Ello implica que dichos actos producen sus efectos mientras no sean impugnados y pueden convalidarse con el paso del tiempo.

Una cosa es que no haga falta que ambos cónyuges actúen siempre juntos, porque se permite como acabamos de ver, que uno de ellos actúe en solitario, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para cada caso, pero el que actúe uno de ellos contratando o disponiendo con el consentimiento del otro, no es igual que hacerlo ambos, porque la posición de los cónyuges no es la misma que la de los copropietarios.

Así se desprende del artículo 1322 CC³⁷⁰, en virtud del cual se entiende que cada partícipe puede tomar la iniciativa y realizar por sí solo un acto de gestión, que puede ser confirmado expresa o tácitamente por el otro, pero en caso de no confirmarse puede quedar convalidado por la caducidad de la acción de impugnación del artículo 1301 CC.

La RDGRN de 9 agosto 2019 (RJ 2019\4263) recoge un interesante supuesto, en el que se constituye una sociedad y un cónyuge casado bajo el régimen ganancial aporta unos bienes del matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge. En este caso, el Registrador suspende la inscripción por entender que se trata de una enajenación que requiere el consentimiento del otro cónyuge (ex. art. 1377 CC). Entiende la Dirección General que la aportación realizada únicamente por el marido no es nula de pleno derecho sino anulable por la esposa o por sus herederos, de no haber sido expresa o tácitamente confirmada (arts. 1310 y 1322 CC); para la Dirección General al no ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil la transmisión del dominio del bien aportado, no puede el Registrador denegar la inscripción, sin perjuicio de que si la transmisión del bien deviniera ineficaz pueda la sociedad reintegrarse por los cauces legalmente establecidos³⁷¹.

¿Cómo se presta el consentimiento? ¿Dónde debe quedar reflejado? ¿Cómo se hace?

Suele ser frecuente la utilización de poderes notariales entre los cónyuges para la administración, así como para actos de disposición de los bienes de la sociedad de gananciales. Estos poderes suelen ser recíprocos, pero lo que no se puede es, a través de ellos, limitar el derecho de administración de uno de los consortes. Todo lo que sea conferir poder, promover la igualdad es correcto y válido, pero de ahí a limitar o mermar las facultades de uno de ellos no es admisible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1328 CC.

370 El artículo 1322.1 CC reza: *“Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él o que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o el de sus herederos”*.

371 Vid. MARIÑO PARDO, F., *“¿Es posible el negocio de transmisión de la condición de socio entre cónyuges respecto de unas participaciones sociales gananciales? ¿Exige expresar su causa? La Resolución DGRN de 20 de diciembre de 2019”*, en *Iuris Prudente*, 20 de marzo de 2020.

El consentimiento puede ser expreso, tácito y presunto (como avanzábamos en líneas anteriores), e incluso, se permite que tenga lugar con posterioridad a la realización del acto jurídico.

El conocimiento por parte de un cónyuge de un acto realizado por el otro, sin su consentimiento expreso, pero tampoco sin su oposición, equivaldría al consentimiento tácito.

Para proteger al tercero de buena fe que contrata con uno de los esposos, el consentimiento puede ser expreso, tácito, anterior o posterior al negocio jurídico y el silencio o pasividad por parte del cónyuge no contratante, se puede considerar como prestación de su consentimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo en múltiples sentencias³⁷² ha percibido una intención claramente defraudatoria, e incluso a veces empleada por el propio tercero para deshacer un contrato que ya no le interesaba.

Debe resaltarse la diferencia de la carga probatoria entre los actos de disposición y administración llevados a cabo por uno de los cónyuges en situación de normal convivencia del matrimonio o tras producirse la crisis matrimonial.

En el primero de los casos, se entiende que los actos que hayan sido realizados por uno de los esposos han sido hechos en beneficio e interés de la familia, para atender las necesidades, atenciones y gastos de la misma. Por lo tanto, la carga de la prueba de que esto no fue así, corresponde al otro cónyuge (al que no realizó dichos actos).

En el segundo supuesto, los actos realizados por uno de ellos, una vez producida la crisis, pero mientras que aún siguen conviviendo, corresponde al cónyuge ejecutor de dichos actos probar que todos los actos realizados se hicieron en interés de la familia y no de su beneficio propio. Se produce una inversión de la de la carga de la prueba, correspondiendo al cónyuge disponente probar que la actuación se realizó en beneficio e interés de la familia, enlazando con el deber de información del 1383 CC³⁷³.

2.2.1.2. Actos de administración

Reconocido el principio de cogestión, ambos cónyuges tendrán que realizar todos los actos de administración del patrimonio ganancial, bien los dos juntos o uno con el consentimiento del otro. El consentimiento deberá ser expreso,

³⁷² Las sentencias que se citan a continuación reconocen la validez del acto realizado por uno de los cónyuges sin la participación del otro, al considerar que ha habido consentimiento de éste, ya sea expreso o tácito, deducido de las circunstancias concurrentes, siendo admisible incluso la pasividad de la esposa o la no oposición del acto realizado por el otro; o admitiendo la validez del acto que no lleva consigo perjuicio o fraude para tercero. Consideran que en estos casos el silencio puede ser manifestación del consentimiento. La STS de 24 marzo 1983 (RJ 1983\1610) y la STS de 10 abril 1995 (RJ 1995\3252).

³⁷³ Vid. SAP de Madrid (Secc. 22ª) de 27 abril 2012 (JUR 2012\208992)

tácito o presunto. El juez puede suplir el consentimiento de alguno de los cónyuges en los términos que veremos.

A la vista está que el legislador ha querido diferenciar entre actos de administración y actos de disposición en los artículos 1376 y 1377 CC y esto se debe según FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL³⁷⁴ a que *“de la propia literalidad de los preceptos se deduce que las posibilidades de gestión separada e individual de cada uno de los cónyuges son mucho mayores cuando estamos ante actos de administración que cuando se trata de actos de disposición”*.

El artículo 1376 CC se refiere a dichos actos y establece: *“Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición”*.

De este precepto se desprende que no todos los actos necesitan la actuación conjunta de los cónyuges, porque el legislador en aras de superar los impedimentos que genera la gestión mancomunada ha querido establecer excepciones a la regla general, como por ejemplo, lo dispuesto en el art. 1381, 1384, 1386 del CC entre otros.

En la administración ordinaria de la familia se libera a los cónyuges de la obligación de administración conjunta entendiendo que hay situaciones del día a día que no requieren consenso o que por la urgencia con la que surgen hacen que no se pueda esperar a que estén los dos cónyuges juntos para llevarla a cabo.

Con esta salvedad en materia de administración ordinaria que establece el Código Civil, se entiende que para los actos de administración ordinaria no hace falta la actuación conjunta, siendo ésta exigible en los caso de administración extraordinaria, pero en este tipo de administración, con la excepción de que se trate de un caso de urgencia o necesidad en cuyo caso podrá actuar un cónyuge por sí solo (art. 1386 CC). El problema radica entonces en distinguir los actos de administración ordinaria de los actos de administración extraordinaria.

El principio de cogestión opera dentro de la esfera del matrimonio pero sin afectar a terceros.

Se explica de la siguiente manera: si el régimen de gananciales fuera de cogestión absoluta, el resultado sería la ineficacia también absoluta de las actuaciones de un cónyuge sin el consentimiento del otro. Respecto a terceros, esto viene suavizado por el artículo 1322 CC, el cual dispone: *“Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él o que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No*

374 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. A., *op. cit.*, pág. 265.

obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”.

El Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges en todos aquellos actos de administración y disposición que recaigan sobre bienes gananciales³⁷⁵ (arts. 1376, 1377 y 1378).

El consentimiento podrá ser expreso (recogido en capitulaciones o en cualquier tipo de pacto por razón del matrimonio) o tácito, el cual se deduce del comportamiento y actitud del cónyuge no interviniente, y posterior, cuando queda ratificado el acto llevado a cabo por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Por lo que a la autorización judicial se refiere, la misma se presenta como un remedio que prevé nuestro ordenamiento jurídico para los casos extremos de administración -o de disposición a título oneroso- en los que un cónyuge no quiere o no puede prestar su consentimiento. Eso sí, esta autorización judicial tendrá distinto alcance según la categoría del acto (1376 – 1377 CC), teniendo el juez para ello una discrecionalidad diferente. El juez debe ser más riguroso concediendo autorización para los actos dispositivos que para los de administración.

El artículo 1376 CC faculta al juez para autorizar la realización de un acto de administración por uno de los cónyuges para el que sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges y el otro se halla impedido para prestarlo o ser negare injustificadamente “*si encontrare fundada la petición*”, mientras que el art. 1377 CC, con relación a los actos de disposición a título oneroso, señala que el juez lo autorizará “*cuando lo considere de interés para la familia*”. Señala PRETEL SERRANO³⁷⁶ que la actuación del juez no significa que venga a ocupar el papel de celebrante del negocio jurídico, sino que declara ineficaz la negativa y valora el negocio como un acto en el que existe un consentimiento suficiente y por ello concede una autorización.

Para el caso de que el juez se niegue a conceder su autorización, no quita que en cónyuge que no quiso prestar su consentimiento en un primer momento, si luego cambia de opinión, lo preste con eficacia. Respecto a la cuestión de si el juez podría dar una autorización general, parece que sería admisible en el ámbito de los actos de administración que requieren de menos precisiones, no siendo posible, sin embargo, para los actos de disposición.

GIMÉNEZ DUART³⁷⁷ justifica esta diferencia argumentando que para los actos de disposición se necesita el criterio de utilidad, mientras que para los de administración el de no perjuicio. Lo que además es lógico, si se entiende que los actos de administración necesitan de una agilidad que no se precisa en los

375 La STS de 10 abril 1995 (RJ 1995\3252) se refiere a los actos de administración sobre un arrendamiento de industria instalado en un local ganancial, si bien la industria estaba a nombre de la esposa y el arrendamiento al del marido.

376 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1376” en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ªedic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 712 a 715.

377 GIMÉNEZ DUART, T., “La gestión de la comunidad de gananciales”, *A.D.C.*, Vol. 35, 1982-III, pág. 576.

de disposición; y que en un régimen próximo a la codisposición hay que conceder todo su valor a la negativa del consorte o al no consentimiento por imposibilidad en su caso, no autorizando la operación, sino cuando realmente es útil, de modo que de su no conclusión pudiere derivarse un perjuicio para la comunidad por la vía de lucro cesante o de otro tipo.

Para aquellos casos en los que uno de los cónyuges actúe sin el consentimiento del otro, el artículo 1322 señala que *“Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos”*. El plazo para ejercer la acción de nulidad será de cuatro años a contar desde el día desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato el legitimado, como indica el artículo 1301.4 CC.

El párrafo segundo del artículo 1322 CC dispone que *“No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”*. Asimismo, el art. 1378 CC declara que: *“Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso”*. La razón de ser de esta sanción con relación a los actos realizados a título gratuito por uno solo de los cónyuges, es que los mismos van en contra de la finalidad principal del patrimonio ganancial, que es atender las necesidades de la familia y responder de sus obligaciones y cargas³⁷⁸.

Centrándonos en el supuesto de acciones o particiones comunes de los cónyuges, debemos considerar cómo ha de jugar esta cotitularidad con relación a los actos de administración y ejercicio de los derechos de socio; podemos encontrar que los cónyuges sean cotitulares privativos de las acciones o participaciones: cada uno es cotitular de una cuota. También identificamos el supuesto de acciones o participaciones gananciales, las cuales, como venimos tantas veces diciendo, podrán encontrarse a nombre de uno solo de los cónyuges a o nombre de ambos.

a) En los casos de cotitularidad privativa en proindiviso, nos encontramos ante un supuesto de comunidad romana de los arts. 392 y ss del CC. Los administración se regulan en el art. 398 conforme al criterio de la mayoría, sin embargo, encontramos en materia de sociedades, un precepto, el art. 126 de la LSC que no debemos olvidar.

378 Recoge la STS de 24 mayo 2000 (RJ 2000\3993) un caso en el que el marido casado en gananciales adquiere un piso (constante al matrimonio), dicho piso lo alquila a una señora con la que tenía una relación extramatrimonial, a la vez que éste continuaba viviendo en su domicilio familiar y gestionando los asuntos de la familia y por ende, gestionando la sociedad de gananciales. Procede el marido a llevar a cabo una “cesión de derechos” a favor de la inquilina del piso (ganancial), siendo esta cesión una donación encubierta, y para ello es necesaria escritura pública así como intervención o consentimiento uxoris de la esposa. Se declara la nulidad de dicha “cesión de derechos” sobre la base de la apariencia de titularidad dominical.

Para VALPUESTA GASTAMINZA³⁷⁹ aplicar a la copropiedad de acciones o participaciones sociales las reglas del Código Civil, no va hacer otra cosa que generar problemas, ya que la legislación civil contempla a la copropiedad como algo estático, donde se da importancia a cómo se conserva y gestiona el “bien común”, pero no lo regula como algo dinámico que es, dejando a un lado cuestiones tales como quién obliga a los copropietarios frente a terceros o cómo se actúa ad extra, entre otras cosas. Es por lo que el autor destaca la necesidad de una norma en el ámbito societario que solucione estos tipos de problemas para los que la legislación civil no tiene respuesta.

La LSC en materia de copropiedad de participaciones sociales o de acciones se pronuncia en su artículo 126 estableciendo que *“En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”*.

De dicho artículo se desprende que los comuneros deberán nombrar de entre ellos a un representante para que actúe frente a la sociedad como si fuera un único titular, conociéndose a este tipo de actuación como bien destaca VALPUESTA *“unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio”*, lo que implica que los socios sean, sigan siendo los cotitulares, todos y cada uno de ellos, pero con la necesidad de nombrar a un representante para poder ejercitar sus derechos.

b) En caso de acciones o participaciones sociales gananciales³⁸⁰, surge la cuestión de si será o no aplicable el art. 126 de la LSC.

Entiende VALPUESTA que del art. 126 de la LSC se desprende el deseo del legislador de que sea de aplicación a *“cualesquiera situaciones de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”*, lo que se traduce en que el mismo se deba aplicar no sólo a los supuestos de cotitularidad o comunidad romana proindiviso, sino también a aquellos otros supuestos en que la titularidad de los derechos sobre las participaciones o acciones pertenece a una comunidad de tipo germánico, siendo el ejemplo más habitual en la práctica el de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, partiendo del hecho de que la titularidad formal -y por tanto la condición de socio- de la acción o participación ganancial pueda corresponder a uno solo de los cónyuges o a ambos habrá que matizar el juego del art. 126 de la LSC.

De atribuirse la condición de socio a uno sólo de los esposos, no habrá cabida a hablar de cotitularidad a los efectos del artículo 126 LSC, por mucho que las acciones o participaciones sean de carácter ganancial.

Pero si la acción o la participación ganancial se encuentra a nombre de ambos cónyuges, de tal modo que los dos son socios- sí se podría hablar de

379 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, pág. 332.

380 Vid. La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3ª) de 7 febrero 2003 (JUR 2003\141142).

cotitularidad y por tanto sí sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 126 LSC.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO³⁸¹ explica que no estaremos ante una situación de cotitularidad cuando sólo uno de los cónyuges adquirió la condición de socio, siendo por tanto el único que figura en el libro registro de socios o de acciones nominativas o en el registro contable correspondiente; ello no implica que la legislación no reconozca al cónyuge del socio (independientemente de que las acciones o participaciones sean gananciales o privativas) un trato de favor en determinados asuntos, como, por ejemplo en lo que se refiere el artículo 107 LSC al regular las restricciones a la libre transmisibilidad “inter vivos” de participaciones sociales excluya de las mismas las hechas al cónyuge, o el artículo 183 LSC que facilita igualmente en las sociedades limitadas la concesión de la representación del socio a su cónyuge.

La DGRN³⁸² ha señalado que tratándose de participaciones o acciones gananciales, el cónyuge del socio tiene derecho a solicitar la designación de auditor por mor del artículo 265.2 LSC, pero no por estar legitimado en su calidad de cónyuge del socio, sino por razones de justicia material y apoyándose en la normativa civil, concretamente en los artículos 1383 y 1385.2 CC. Sin embargo, MARTÍNEZ-CORTÉS³⁸³ se pronuncia al respecto argumentando que *“la atribución al cónyuge no socio del ejercicio de un derecho propio de socios, no obstante el argumento civilista, sigue siendo a mi juicio difícilmente justificable desde el punto de vista mercantil, puesto que el derecho de información con el que está relacionado también es obviamente privativo del cónyuge socio”*.

Habida cuenta de que la condición de socio la ostenta en exclusiva el cónyuge que sea titular de las acciones o participaciones (con independencia del carácter privativo o ganancial de las mismas), dicho cónyuge es el único legitimado para ejercer frente a la sociedad los derechos de socios. Lo que resulta verdaderamente fundamental, como bien dice MARTÍNEZ-CORTÉS³⁸⁴ es entender que la facultad que tiene el cónyuge titular para ejercer los derechos de socio frente a la sociedad, no es una facultad que le venga derivada por el artículo 1384 CC, ni tampoco del 1385 CC -precepto de atribuyen facultades de administración de bienes gananciales al cónyuge a cuyo nombre se encuentran los bienes o derechos de tal naturaleza-, sino que con arreglo al principio de especialidad la ley que determina quién es el legitimado para el ejercicio de los derechos de socio de una sociedad de capital es la Ley de Sociedades de Capital, y no el Código Civil. De hecho, el artículo 91 LSC atribuye en exclusiva a quien ostente la condición de socio los derechos reconocidos en la ley y en los estatutos.

381 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Art.126: Copropiedad de participaciones sociales o de acciones”, en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 732.

382 La RDGRN de 13 junio 2013 (RJ 2013\5441) entre otras.

383 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Art. 126”, *op. cit.*, pág. 732.

384 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Art. 126”, *op. cit.*, pág. 733.

El autor hace especial hincapié en que no estamos ante un conflicto entre la legislación mercantil y la civil, ya que ambas operan en planos separados. Para ello aclara que *“la LSC no pretende alterar las normas de administración y disposición del patrimonio ganancial, que serán las del Código Civil (arts. 1375 y ss), sino que tan sólo determina que los derechos de socio sólo pueden ser ejercidos por quien ostente dicha condición (art. 91 CC) y que en caso de auténtica cotitularidad (que ambos cónyuges ostenten por mitades indivisas o en cualquier otra cuota, aunque sea con carácter ganancial, la titularidad de varias participaciones sociales o acciones) frente a la sociedad sólo podrá ejercitar los derechos de socio la persona designada representante por los cotitulares”*.

Matiza este autor³⁸⁵, que aunque sólo el cónyuge que ostente la condición de socio puede ejercer los derechos como tal, el hecho de que las acciones o participaciones sean gananciales no resulta irrelevante a la hora de su régimen de transmisión.

FERNÁNDEZ DEL POZO³⁸⁶ también analiza el artículo 126 de la LSC y recalca que el mismo tiene vocación regulatoria de todas las situaciones de cotitularidad como resulta de su inciso final, si bien apunta, que *“la DGRN ha sido tradicionalmente reacia a aplicar el precepto a situaciones de cotitularidad diferentes de la comunidad romana o por cuotas sobre acciones o participaciones. Es decir, a comunidades tales como matrimoniales (acciones y participaciones gananciales y pendientes de adjudicación en la post-ganancialidad), la herencia yacente o la misma comunidad hereditaria”*.

Añade este auto que, *“en la situaciones de cotitularidad, como en todas, no pueden confundirse los diferentes planos: una cosa es la relación externa o de legitimación frente a la sociedad para el ejercicio de los derechos y facultades corporativos inherentes a la condición o cualidad de socio y otra, la relación interna que es la que rige las relaciones horizontales entre los cónyuges en relación con la administración y disposición de los bienes comunes. Existe una natural disociación entre estos aspectos, interno y externos o corporativo que también se dan en otros casos de los arts. 126 y ss LSC: en la misma comunidad romana o en el usufructo, la prenda o el embargo de las acciones o participaciones. En puridad, con todo, no puede argumentarse que las reglas internas de la comunidad sean totalmente ajenas a la sociedad por cuanto la designación del representante común ex. art. 126, por mayoría o unanimidad, o como proceda, deba ajustarse a estas reglas internas... cuyo cumplimiento debe contrastar el administrador antes de reconocer como representante del socio al socio designado”*.

En el ámbito civil, el CC contiene una norma en virtud de la cual en caso de que un bien ganancial está constituido a nombre de uno de los cónyuges, ese cónyuge estará legitimado para realizar por sí solo actos de administración,

385 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Art. 126”, *op. cit.*, pág. 733.

386 FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El socio casado ejerce sus derechos” en *Almacén de Derecho*, 24 enero 2016.

extendiéndose esta legitimación en caso de valores a los actos de disposición (art. 1384 del CC).

De esta forma en el ámbito de la administración/ejercicio de los derechos de socio, coinciden el CC y la normativa de la LSC. Nos remitimos al estudio del art. 1384 que realizamos más adelante.

2.2.1.3. Actos de disposición “inter vivos” a título oneroso

Por actos de disposición se entiende aquellos que al llevarlos a cabo van encaminados a un cambio de titularidad de los bienes gananciales -como es la enajenación por cualquier título: venta, permuta o donación-, o los que graven la cosa con un derecho real limitado, sea de garantía, de goce o de preferente adquisición.

Los actos de disposición pueden realizarse bien a título oneroso -a cambio, de una contraprestación-, bien a título gratuito -sin contraprestación.

El artículo 1377 del CC se ocupa de los actos de disposición a título oneroso disponiendo lo siguiente: *“Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. - Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere en interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes”.*

Los actos de disposición a título oneroso de bienes gananciales realizados por uno solo de los cónyuges, sin el consentimiento del otro o la autorización judicial supletoria son anulables, -no nulos de pleno derecho-, pudiendo ser confirmados. El plazo para el ejercicio de la acción impugnabilidad de que dispone el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido es de cuatro años y empezará a contar desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto (art. 1301 CC). La legitimación activa queda reservada al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido o a sus herederos, debiendo demandar a todas las personas que intervinieron en el acto al tratarse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

El plazo de la acciones de impugnabilidad es de caducidad. El TS superando posturas anteriores³⁸⁷, tiene declarado que el plazo ha de entenderse de

387 Vid. STS 1 febrero 2002 (RJ 2002\1586); La STS de 27 marzo 1989 (RJ 1989\2198) relativa a la enajenación realizada por el marido después de fallecida la esposa y antes de la liquidación de la sociedad de gananciales sin autorización judicial. Se llevó a cabo la aplicación del artículo 164 CC en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981. Los herederos impugnan la enajenación.

caducidad, con todo lo que ello supone. STS 23 septiembre 2010 (RJ 2010\7136).

El Supremo ha declarado que la anulabilidad se ha de ejercitar por vía de acción o reconvencción y no como excepción (STS 20 septiembre 2007 [RJ 2007\5077])³⁸⁸. El procedimiento para el ejercicio de esta acción de impugnación es el juicio declarativo que por su cuantía corresponda.

La sanción “anulabilidad” es menor que si se tratase de un acto de disposición a título gratuito, porque al existir en la enajenación onerosa una contraprestación, se entiende que en cierto modo, ha sido beneficioso para la sociedad de gananciales.

Ante la posibilidad de que uno de los esposos se niegue a prestar su consentimiento, podrá el que desea disponer del bien ganancial, acudir al juez, quien teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el interés de la familia, decidirá si suple o no dicha falta de consentimiento. La posibilidad de autorización judicial supletoria, como antes vimos, cabía también en los actos de administración, si bien, en este momento, en los actos de disposición encontramos la particularidad de que el juez podrá establecer limitaciones y cautelas si lo considera conveniente³⁸⁹.

La RDGRN de 18 octubre 2005 (RJ 2005\7539) conoce de un supuesto en el que cada uno de los cónyuges aporta a una sociedad la mitad de un piso ganancial, adquiriendo de este modo participaciones de una sociedad limitada. El registrador deniega la inscripción al entender que un cónyuge solo puede disponer de la mitad sobre un bien ganancial cuando se ha disuelto y liquidado la sociedad como consecuencia de la naturaleza de la misma. La DGRN revocó la nota del registrador argumentando que los dos cónyuges habían concurrido al otorgamiento y hecho las aportaciones de manera simultánea, y que aunque no hubiese habido un consentimiento expreso para llevar a cabo dicho acto, sí que se apreciaba la existencia de un consentimiento tácito.

En el caso de los cónyuges menores de edad, si ambos son menores de edad, al no tener ninguno de ellos plena capacidad para disponer, necesitan la concurrencia de los padres y curadores de uno y de otro para enajenar o gravar inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes (art. 323 CC). Mientras que siendo sólo uno de ellos menor, de conformidad con el art. 324 CC será suficiente el consentimiento de los dos: uno es el que dispone y otro el que consiente³⁹⁰.

388 Destacan las SSTS de 7 junio 1990 (RJ 1990\4742), 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10642), 18 junio 1993 (RJ 1993\4685) entre otras muchas.

389 Tratándose de bienes inmuebles, el artículo 93.2 RH establece: *“Para la inscripción de los actos de administración o disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria”*.

390 Señala el art. 324 C: *“Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro”*.

2.2.1.4. Actos de disposición “*inter vivos*” a título gratuito

Si para los actos de disposición "*inter vivos*" a título oneroso, se exige el consentimiento de ambos cónyuges, con mayor motivo se exige para los actos de disposición a título gratuito. En estos, en los que uno de los cónyuges actúa sin el consentimiento del otro, el ordenamiento jurídico cambia la sanción (la refuerza) de anulabilidad de los actos de disposición onerosa, por la de nulidad absoluta o de pleno derecho. Este cambio encuentra su razón de ser en la combinación de la protección a terceros con la del cónyuge cuyo consentimiento se omitió. La diferencia se encuentra en si el tercero ha satisfecho una contraprestación por la adquisición del bien ganancial -o por la constitución de un derecho real limitado- o no. Si hubo contraprestación se entiende que se ve afectado y entonces el acto es anulable, pero si no pagó nada a cambio, no se tiene porqué ver perjudicado y por ello el acto es nulo de pleno derecho.

En los actos de disposición a título gratuito no cabe la autorización judicial supletoria, ni la sanación por el transcurso del tiempo, ni la caducidad de la acción. Tanto es así, que la acción para su declaración no tiene límite de plazo.

Así lo recoge el artículo 1378 CC: “*Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso*”.

Por liberalidades de uso se entienden aquellos regalos, “donaciones” sin importancia, que no son exageradas y no suponen ningún exceso de acuerdo con la situación económica de la familia. Para realizarlas no hace falta el consentimiento de los dos esposos, pudiendo ser hechas por uno solo de los cónyuges.

2.2.1.5. Actos de disposición “*mortis causa*”

Declara el artículo 1379 CC: “*Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los gananciales*”. Este precepto ha sido una de las novedades introducidas por la Ley 11/1981, 13 de mayo. Explica SARMIENTO RAMOS³⁹¹ que la disposición específica de la mitad de gananciales ha de entenderse hecha a título de legado. La singularidad y concreción de la atribución, excluye toda posibilidad expansiva respecto de otros bienes incluidos en el acervo hereditario que sean privativos del causante. Especifica el autor que se trata de un legado *sui generis*, porque en ciertos aspectos se asemeja al de cosa específica y en otros al legado parciario. Este legado tiene

391 SARMIENTO RAMOS, J., “Artículo 1379”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 722 a 726.

por objeto la participación que al causante corresponda en la titularidad sobre la masa consorcial.

Al igual que el artículo que le precede, el art. 1380 CC es consecuencia de la reforma de 1981 y el mismo establece que: *“La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento”*.

Este precepto pretende armonizar los principios que resultan de la normativa general sobre el legado a las peculiaridades de la sociedad de gananciales. Al no admitir nuestro Código Civil el testamento mancomunado (art. 669 CC), SARMIENTO RAMOS explica que el precepto se entiende referido a la disposición testamentaria individual de uno de los esposos. Se refiere al legado de un bien ganancial concreto y aunque el art. 1380 hable de “disposición testamentaria” se entiende incluido en el mismo la promesa de mejorar hecha en capítulos matrimoniales (art. 826 CC). Asimismo, para poder llevar a efecto la regla contenida en el precepto, se entiende que la sociedad de gananciales subsiste hasta el momento del fallecimiento (o que estaba disuelta pero no liquidada) y su formulación es independiente del destinatario del legado, pudiendo ser el cónyuge viudo o el heredero.

De acuerdo con esto, cada cónyuge puede disponer por testamento sin el consentimiento del otro de la mitad de los bienes gananciales. Pero no puede concretar sobre qué bienes va a disponer por testamento, porque hasta que no tenga lugar la liquidación de la sociedad de gananciales y se atribuyan a cada cónyuge los bienes que le puedan corresponder, hasta ese momento, no tiene adjudicados unos bienes concretos, tiene una cuota global -recordemos la naturaleza de la sociedad de gananciales-. Por lo tanto, la dicción del artículo 1379 CC no es del todo correcta, porque debería decir que los cónyuges podrán disponer por testamento de aquello que en su momento se les adjudique en la liquidación.

Por su parte, el artículo 1380 CC supone una novedad de la reforma operada por la Ley 13 mayo 1981, porque representa la consagración legislativa del legado de cosa ganancial. En caso de realizarse un legado de un bien concreto, solo tiene validez si al producirse la liquidación de la sociedad de gananciales tras la muerte del cónyuge testador, el bien se adjudica a su haber ganancial.

De no ser así, el legatario tendrá derecho al valor que tuviere el bien al tiempo del fallecimiento del cónyuge testador.

Premuera o sobreviva el testador a la liquidación de la comunidad, el heredero deberá siempre hacer tránsito al legatario de la cosa legada o de su estimación al tiempo del fallecimiento del testador, o entregarle en parte la propia cosa y en parte su estimación.

2.2.2. Supuestos excepcionales de actuación individual

Existen excepciones legales y convencionales de la regla general que constituye el principio de cogestión (art. 1375 CC) en el ámbito de la administración y disposición de bienes gananciales.

2.2.2.1. Las excepciones establecidas por voluntad de los sujetos

2.2.2.1.1. Posibles excepciones establecidas en capitulaciones matrimoniales

La primera excepción (convencional) viene recogida en el artículo 1375 al disponer: “*en defecto de pacto en capitulaciones...*”. Gracias al principio de autonomía de la voluntad tan presente en el régimen de gananciales tras la modificación de 1981, se permite que los cónyuges puedan establecer el sistema de gestión y disposición de sus bienes comunes como mejor les venga y mejor se adapte a sus necesidades, con un único límite que viene marcado por el artículo 1328 CC en virtud del cual no se puede pactar en capitulaciones matrimoniales ninguna disposición “*contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*”. Respetándose esta limitación, los cónyuges podrán conferirse las facultades de gestión y disposición como estimen conveniente.

GIMÉNEZ DUART³⁹² apunta que en lo concerniente a las excepciones de índole convencional sólo cabe una: el pacto en virtud del cual la gestión corresponde de forma solidaria a ambos cónyuges. No cabe la atribución de facultades de administración o disposición a un solo cónyuge con exclusión del otro. Ni tampoco, la atribución de facultades dispositivas a uno con consentimiento habilitante del otro, (como en el régimen anterior), porque cualquiera de estos pactos infringiría lo dispuesto en el artículo 1328 CC porque podría suponer un límite a la igualdad de los cónyuges del matrimonio.

El problema es cómo establecer pactos entre los cónyuges que no supongan una limitación de la igualdad de los derechos entre los cónyuges. La opinión y explicación que da RAGEL SÁNCHEZ³⁹³ es que el cónyuge que en capitulaciones matrimoniales renuncia a una serie de derechos se está a la vez liberando de una serie de obligaciones, que sí tendría en caso de no existir dicho pacto. Pacto para cuya modificación será necesario el consentimiento de

392 GIMÉNEZ DUART, T., "La gestión de la comunidad de gananciales", *A.D.C.*, Vol. 35, 1982-III, pág. 572.

393 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Capítulo 24: La sociedad de gananciales (3). La gestión de la sociedad" en *Tratado de Derecho de Familia vol. III 2ª edic. Los regímenes matrimoniales (I)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 936 a 944.

ambos cónyuges, de manera que no hay limitación de la igualdad de los cónyuges si se analiza desde el prisma en que para distribuir sus funciones han de estipularlo los dos, igual que para modificarlo.

Como resalta el autor, nadie está obligado a firmar ese pacto siendo cada cónyuge libre de firmarlo o no y por tanto de quedar vinculado. Si se formaliza la convención, es válida de la misma manera que son válidas las donaciones entre cónyuges y otras figuras contractuales permitidas sobre la base del artículo 1323 CC, que recordemos consagra el principio de libertad de contratación entre cónyuges aplicable a cualquiera que sea el régimen matrimonial al que el mismo pertenezcan.

Para reforzar estos argumentos RAGEL SÁNCHEZ hace mención al juego entre los principios de libertad contractual e igualdad entre los cónyuges. Los cónyuges haciendo uso de la libertad contractual que les reconoce tanto nuestra Constitución como nuestro Código Civil pueden pactar en capitulaciones matrimoniales algo que podría en primera instancia parecer que provoca desigualdad entre ellos, pero que no es más que el producto de haber hecho uso de la libertad que ostentan.

Concluye este autor apuntando que esa desigualdad o contravención del límite impuesto en el art. 1328 en caso de que se atribuya la administración y disposición a uno de ellos, no se produce en tanto en cuanto está previsto en el art. 1383 CC el deber de informar periódicamente el cónyuge administrador de sus actividades económicas, así como la obligación del 1390 CC de reintegrar a la sociedad de gananciales todas las cantidades en las que haya obtenido un beneficio o lucro exclusivo de esa gestión, pudiendo el cónyuge no administrador impugnar la eficacia de los actos realizados en fraude de sus derechos (art. 1391 CC).

Los cónyuges a la hora de establecer modificaciones en capitulaciones matrimoniales tienen que tener en cuenta que la autonomía de la voluntad que tanto se les reconoce es también limitada. Ésta ha de respetar las normas imperativas de la Constitución Española y el Código Civil.

Los pactos que a priori estarían permitidos, que podrían fijar los esposos serían: los pactos por los que se permita que uno de ellos tenga la administración y poder de disposición a título oneroso de los bienes gananciales que adquiera la comunidad ganancial fruto de su trabajo o bienes privativos; igualmente son válidos los pactos de gestión indistinta o solidaria por los que cada uno pueda ejercitar por sí solo las facultades de administración y disposición a título oneroso; igualmente serán válidos los pactos de gestión conjunta sobre los bienes gananciales mencionados en el artículo 1384 CC.

2.2.2.1.2. Apoderamientos voluntarios

La representación voluntaria se caracteriza por surgir de un “acto voluntario” del representado. El representado es una persona capaz que recurre a la

cooperación de un tercero para la realización de actos jurídicos que producirán efecto en su propia esfera jurídica.

Esta representación puede tener su origen en diversos negocios jurídicos, sea en el negocio unilateral de apoderamiento, sea formando parte de algún contrato: contrato de mandato, el contrato de sociedad, de comisión, de agencia.

El apoderamiento o poder se puede definir como: un negocio jurídico unilateral y recepticio por el que una persona autoriza a otra a que realice en su nombre negocios jurídicos que produzcan efectos directos en su esfera patrimonial.

Especial importancia cobra este apoderamiento en la esfera matrimonial³⁹⁴, donde el artículo 71 CC proclama que: *“Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”*.

Los cónyuges podrán por medio de capitulaciones establecer los pactos que tengan por conveniente en cuanto a la administración y disposición de sus bienes, pero también podrán otorgar uno de ellos al otro plenos poderes o más o menos limitados, como también podrán otorgarse poderes recíprocos. Este otorgamiento de poderes podrá realizarse igualmente fuera de capitulaciones matrimoniales.

Explica RAGEL SÁNCHEZ ³⁹⁵ que *“cuando un cónyuge confiere un apoderamiento a su consorte confiriéndole facultades respecto de actos de administración extraordinaria y de disposición sobre bienes gananciales, estará prestando por anticipado, o bien su simple asentimiento a los actos que realice el apoderado, o bien estará permitiendo que el apoderado actúe por él, que disponga por él, en cuyo caso se trataría de supuestos de codisposición o consentimiento dual. Para decidir cuál de las dos modalidades se ha utilizado habrá que interpretar los propios términos en que se ha formulado la autorización y, en caso de duda entre una y otra, habrá que estar a la que produce efectos más atenuados, es decir a la modalidad de asentimiento”*.

Señala el autor³⁹⁶ que con la expresión “poder bastante”, lo que se viene a decir es que, al conferir poder al otro esposo se deberá indicar expresamente qué tipo de acto concreto se está autorizando a efectuar al apoderado (siendo esta regla de especial importancia en las disposiciones a título gratuito realizadas por el cónyuge que tiene un poder general de su consorte.

De tal relevancia resulta la necesidad de concretar el acto autorizado, que incluso en algunas sentencias se ha llegado a declarar la nulidad del acto realizado por uno de los cónyuges por no venir especificado en el poder el acto dispositivo realizado. Destaca en tal sentido la STS de 6 marzo 2001 (RJ 2001\3973) donde la esposa teniendo un poder general concedido a su favor por el marido pero sin expresión de qué actos dispositivos podía hacer a título gratuito, declaró la nulidad de la donación hecha por está de bienes

394 Tal y como se puede apreciar en las STS de 26 diciembre 2005 (RJ 2006\1213) y STS de 4 octubre 2006 (RJ 2006\6429)

395 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.* pág. 919 y 920.

396 Vid. STS de 6 marzo 2001 (RJ 2001\3973)

gananciales. En esta misma línea la STS de 4 octubre 2006 (RJ 2006\6429) declaró la nulidad de la donación³⁹⁷ por entender que la esposa había hecho un uso abusivo y malicioso de un poder no revocado por su marido, aprovechando para vaciar el patrimonio ganancial y el privativo en beneficio de uno de los hijos del matrimonio³⁹⁸.

Se admiten los apoderamientos o poderes entre cónyuges siendo éstos siempre revocables por el que lo otorgó, sin necesidad del concurso del otro cónyuge, aun cuando se hayan otorgado en capitulaciones, sin que el otorgamiento suponga una limitación a la libertad del poderdante (no infringe lo dispuesto en el artículo 1328 CC). Ello a pesar de que lo dispuesto en capitulaciones es individualmente irrevocable, de modo que para poder modificar un pacto capitular es necesario el consentimiento de ambos esposos. En los casos de separación, nulidad o divorcio, una vez admitida la demanda a trámite, los poderes que los cónyuges se hayan otorgado entre sí quedan automática y definitivamente revocados (art. 102.2 y 106.2 CC).

Distinto del apoderamiento es el asentimiento. Se entiende que hay “asentimiento tácito” cuando el cónyuge no actuante habiendo conocido el acto dispositivo realizado por su consorte, no ponga trabas al mismo y además se beneficie de las utilidades que éste le reporte. Apunta RAGEL SÁNCHEZ³⁹⁹

397 En este caso el TS consideró que no resultaba de aplicación el artículo 1301 CC “*por ser una norma que se refiere no a la nulidad absoluta, sino a la anulabilidad: contrato que adolece de un vicio que no invalida con arreglo a la Ley, esencialmente por defecto de capacidad o vicio de consentimiento*”. Se declaró la nulidad radical de la donación efectuada por la esposa a favor de uno de sus hijos, por la inaplicabilidad del plazo de caducidad de cuatro años de las acciones de anulabilidad.

398 La STS, Pleno, de 27 noviembre 2019 (RJ 2019\4811) rectifica criterio anterior sobre si es necesario o no que en el poder para disponer se concreten los bienes a enajenar: “*no procede mantener el criterio de la sentencia 687/2013, de 6 de noviembre, según la cual, «el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada»*. Por el contrario, la interpretación más adecuada del art. 1713 CC es que en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas”.

399 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Capítulo 24... » *op. cit.* pág. 922. La STS de 29 septiembre 2006 (RJ 2006\6514) enjuició un caso en el que había manifestaciones suficientes que ponían de relieve el consentimiento y asentimiento tácito de la esposa a la venta de una vivienda que pertenecía a la sociedad de gananciales realizada por su marido y un hermano. Diez años más tarde de dicha venta la esposa reclama las rentas del inmueble y el desahucio de los habitantes del inmueble. El TS señaló “*Estas circunstancias fácticas acreditadas determinan que la inferencia lógica no puede ser otra que el conocimiento y el asentimiento tácito de la demandante a la enajenación de 1985, si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, el tiempo transcurrido entre el otorgamiento del contrato privado de compraventa y el acto de conciliación intentado para lanzamiento de los demandados en 1995, después del fallecimiento del hermano de la demandante en 1993*”.

Caso semejante el que enjuicia la STS de 15 enero 2008 (RJ 2008\338) donde se produce la compraventa de una finca rústica efectuada por el marido sin la presencia física de la esposa, pero con el consentimiento implícito de la ésta. Los compradores tomaron la posesión del inmueble desde el momento de la celebración del contrato, además era usual en el matrimonio que el marido se encargara de la venta de inmuebles sin la intervención de la esposa, pero es más, en este caso la mujer estaba presente en el momento de la entrega del dinero sin hacer protesta alguna.

que si posteriormente el cónyuge no actuante impugnara el acto del cual se benefició estaría yendo en contra de sus propios actos: *“cuando un cónyuge conoce el acto de disposición sobre bienes gananciales realizado por su consorte y no se opone a él, está consintiendo tácitamente el acto”*.

2.2.2.2. Las excepciones establecidas por la Ley

Al margen de la regla general de gestión conjunta como también de los casos ya examinados (pacto en capitulaciones, apoderamientos voluntarios), existen ciertas excepciones legales en las que se permite actuar a uno de los cónyuges de manera individualizada y sin el consentimiento del otro.

2.2.2.2.1. Disposición de frutos de bienes privativos: artículo 1381 CC

El artículo 1381 CC sirve como claro ejemplo de caso de gestión privativa, puesto que dispone que: *“Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes”*.

Este precepto se divide en dos partes. Una primera que reafirma lo dispuesto en el artículo 1347.2º CC -*“Son bienes gananciales: ... los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales”*-, que determina la ganancialidad de los frutos y como consecuencia, éstos están sujetos al levantamiento de las cargas matrimoniales (art. 1362 CC).

La segunda parte -que es la que ahora nos interesa-, después de reconocer -como no podía ser de otra forma- que a cada cónyuge corresponde la administración de su patrimonio privativo, permite y concede la disponibilidad de sus productos -que sin embargo son gananciales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta disponibilidad no es total sino sólo en cuanto sea necesaria para la adecuada administración de los bienes privativos que han producido esos frutos y rendimientos.

No hay que confundir entre bienes y productos de dichos bienes. El bien será privativo del cónyuge al que pertenezca, pero los frutos/productos que ese bien produzca, obviamente son gananciales.

Igualmente la STS de 5 junio 2008 (RJ 2008\3202) en la que se pretendió declarar nula escritura de venta por decir que el faltaba el consentimiento de uno de los esposos, el Tribunal sentenció que *“el consentimiento de uno de los esposos, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentamiento, como por su quietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos”*.

El 1381 CC reconoce al cónyuge propietario la facultad de administrar su patrimonio y además le concede la facultad de administrar y disponer de determinados bienes gananciales (los que producidos por sus bienes privativos), pero esta facultad es para poder atender la administración del patrimonio que los ha generado.

El CC se refiere a los frutos y productos de cualesquiera bienes privativos, sin limitar los mismos, ya se trate de dinero, títulos valores, participaciones sociales, derechos de crédito, etc.

La regla contenida en este artículo permite disponer del rendimiento de los bienes privativos que son de naturaleza ganancial porque de esta manera se facilita la administración de los bienes propios y las relaciones de los cónyuges frente a terceros en la administración de los mismos. Esto se traduce, como dice GARCÍA CARRERES⁴⁰⁰, en que el cónyuge titular pueda por ejemplo, *“emplear el importe de las rentas de un inmueble de su propiedad en la adquisición de otros bienes o en las mejoras o reparaciones de dichos bienes, que también son a cargo de la sociedad de gananciales. Cualquier otra disposición genera derecho de reintegro a la sociedad. Asimismo, el cónyuge titular también puede disponer del producto de sus bienes privativos, como sería la venta de una cosecha, a fin de facilitar el normal funcionamiento de los negocios privativos.”*

2.2.2.2. Toma de anticipos de dinero para el ejercicio de la profesión o empresas privativas: arts. 1382 CC

La toma de anticipos de dinero aparece regulada en el artículo 1382 CC el cual dispone: *“Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o administración ordinaria de sus bienes”*.

La regla contenida en el precepto recuerda a la idea que asemejaba la figura del usufructo a la de la sociedad de gananciales, en virtud de la cual ésta debería hacerse cargo de los gastos que provengan de la administración ordinaria de los bienes privativos y el desempeño de la profesión arte u oficio de cada cónyuge (art. 1362.3º y 4º CC).

El art. 1382 CC guarda ciertas semejanzas con el art. 1381 del CC. Si bien la regla de art. 1381 tiene mayor amplitud, pues se refiere a la reinversión de las ganancias ya obtenidas en la explotación de los bienes privativos y además, permite disponer del dinero y de otro tipo de bienes gananciales; el art. 1382 también permite disponer de los fondos gananciales para poner en marcha una

400 GARCÍA CARRERES, M^a.R y FERRER SAMA, J.L., “Capítulo 3: Regímenes económico matrimoniales”, en *Memento Práctico. Familia 2018-2019*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, pág. 113.

actividad económica privativa o continuar la ya iniciada así como a la administración ordinaria de los bienes privativos.

Esta regla constituye una excepción a la regla de actuación conjunta de los cónyuges, permitiendo a uno de los cónyuges por sí solo tomar como anticipo el numerario -dinero- ganancial que necesite -de acuerdo con los usos u circunstancias de la familia- para el ejercicio de su profesión o administración ordinaria de sus bienes, sin necesidad de contar con el consentimiento del otro consorte, bastando darle conocimiento de ello.⁴⁰¹

PRETEL SERRANO⁴⁰² señala el ámbito de aplicación del precepto que nos ocupa al disponer que *“respecto a qué se entiende por anticipo se ha dicho que la norma se limita a describir el hecho económico en sí mismo sin calificar su naturaleza jurídica”*. Ciertamente es que la palabra “anticipo” puede dar lugar a confusión en el sentido de si hay obligación o no de restitución, a lo que se podría entender que no lo hay en la medida en la que como el gasto se va hacer para cubrir una necesidad de la sociedad de gananciales, no habría nada que devolver. *“Respecto de qué se entiende por «numerario ganancial» no existe duda alguna que se está refiriendo al metálico, pero no está aclarado si el numerario del que puede servirse un cónyuge es el que ya tiene en su poder o si se puede reclamar también al consorte si no se tuviere o se tuviere en cantidad insuficiente”*. El CC añade que la toma del numerario ganancial se haga con conocimiento del otro cónyuge, que sea de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia y que sea para el ejercicio de la profesión o la administración ordinaria de bienes, exigencias con relación a las cuales PRETEL SERRANO señala lo siguiente: *“El requisito de que sea necesario el conocimiento del otro cónyuge (resulta obvio cuando se trate de numerario que está bajo poder de aquél que utiliza la provisión) se ha dicho que actúa como límite que tiende a proteger al cónyuge que toma numerario frente a la posible acción del otro, en cuanto que dispone de algo que no le pertenece en completa propiedad, pero que no es necesario llegar al consentimiento porque la finalidad a que se destina el numerario es familiar. El requisito puede ser cumplido previa, simultánea o posteriormente a la provisión, y no ha de tratarse de un conocimiento expreso, sino más bien de un conocimiento genérico*

401 FAUS I PUJOL, M., “Reglas sobre la administración de los bienes gananciales”, en *Práctico Derecho de Familia*, vLex, abril 2020. (Id. vLex VLEX-590422258) señala los requisitos necesarios para que la aplicación del artículo 1382 sea válida y enumera los siguientes: *“Los requisitos para poder hacer legalmente los expresados anticipos son: 1. Que se trate sólo de dinero. 2. Que el anticipo sea necesario para el ejercicio de la profesión o la administración de sus bienes. 3. Que debe hacerse con el conocimiento del otro cónyuge, de forma que si se incumple este requisito se podrá exigir la disolución de la comunidad, por falta de la información entre cónyuges que impone el artículo 1383. 4. Que procederá su reembolso, ya que se habla de anticipo; pero es evidente a) que no devengará intereses, pues lo que se obtiene con el ejercicio de la profesión o actividad económica a la que se destina ese numerario será ganancial; b) por lo mismo, mientras lo anticipado sea lo correcto (necesario o simplemente beneficioso para la actividad o profesión a que se destina) el reembolso debería quedar, en todo caso, para el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, sin olvidar que atender la administración ordinaria de los bienes privativos, o la explotación regular de los negocios, profesión, arte u oficio de cada cónyuge son gastos o atenciones a cargo de la sociedad de gananciales según los números 3 y 4 del artículo 1362 del CC y nada habría que restituir por ello”*.

402 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1382”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 734, 735 y 736.

puesto que la única sanción posible es la que se deriva del art. 1383; por otra parte, en la vida ordinaria será muy difícil demostrar que este requisito se ha cumplido". En relación con la cantidad utilizada "este requisito supone un límite respecto al cuánto; en el supuesto de que no se respete este límite y se actúe abusivamente, podrán aplicarse los arts. 1390 y 1391, e incluso podrá solicitarse la disolución de la sociedad conyugal conforme al art. 1393.2 CC. Ahora bien, el incumplimiento de este segundo requisito (como el incumplimiento de cualquier otro) lo que determina – independientemente de lo dicho anteriormente- en que ya no estemos dentro del supuesto del art. 1382 y, por tanto, se producirán otras consecuencias como la posible calificación de préstamos al exceso de lo que es proporcionado a las circunstancias familiares o la restitución por no ser ya de cargo a la sociedad de gananciales la totalidad del gasto producido (art. 1362 CC)".

Otra aplicación del artículo 1382 CC, es la que se refiere a la inversión de los bienes gananciales previa al inicio de la actividad económica, o empezada ésta, pero sin haber producido beneficio alguno. El permitir que se pueda tomar dinero ganancial antes del inicio de la actividad económica es porque dicho permiso se halla circunscrito al ejercicio de la profesión o administración ordinaria de sus bienes privativos, siempre que la inversión sea moderada. Por inversión moderada se considera que ha de ser de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia.

Englobaría esta regla los casos de ejercicio extraordinario, como podría ser una reforma del local o espacio de trabajo. El asumir que abarque también este aspecto se apoya en que el precepto habla tan solo de "ejercicio" y se sobre entiende que si hubiese querido quedar limitado al "ordinario o extraordinario", así lo habría hecho constar.

No es tampoco necesario que la actividad económica suponga una ocupación habitual, pudiendo ser ocasional o de manera esporádica.

Por lo que al conocimiento del otro cónyuge se refiere, donde tiene importancia es en el ámbito interno del matrimonio, pero no en el externo, donde el acto llevado a cabo por el cónyuge será inatacable, salvo que se pueda demostrar que fue fraudulento.

El anticipo del numerario ganancial podrá provenir del que el disponente tenga en su poder o pedir al otro cónyuge parte del que él guarde. Esta afirmación aunque pueda resultar extraña es la que proporciona el contenido de la norma. El dinero que el disponente tiene en su poder siempre lo va a poder usar libremente respecto de terceros, otra cosa serán las repercusiones con relación a su cónyuge.

Esto encuentra justificación en que si tanto los frutos y los rendimientos de los bienes privativos y las actividades que realice cada cónyuge van a tener carácter ganancial, se entiende por lógica, que para facilitar la gestión de tales rendimientos y de esos frutos, se pueda anticipar dinero común todas las veces que sea necesario.

En cuanto al término “anticipo”, utilizado por el Código en este precepto y en este contexto, diremos que no es del todo adecuado ni acertado. De una manera literal, el anticipo implicaría o mejor dicho, daría lugar a un derecho de devolución de lo tomado a cuenta y en este contexto se está refiriendo al dinero que se toma para la administración de los bienes propios o para el ejercicio de la profesión u oficio, por lo que no procedería su devolución, porque como queda claro en la norma, tales gastos son de conformidad con el art. 1363.3.º y 4º del CC, de cargo de la sociedad de gananciales.

La toma de dinero común para la administración de los bienes privativos, así como para el ejercicio de la profesión tienen que ser razonables: acorde a los usos y circunstancias de la familia⁴⁰³.

El cónyuge deberá reintegrar posteriormente a la comunidad el anticipo que utilizó para adquirir los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio (ex arto. 1346.8º CC). También tendrá que devolver lo indebidamente tomado y gastado, como por ejemplo todo lo que excedía de lo que se consideraba moderado de acuerdo con los usos de la familia.

No existe dicha obligación de reintegrar cuando el dinero ganancial ha sido empleado en pagar bienes consumibles o servicios prestados por terceros (1362.4º), como tampoco cuando el dinero ganancial se haya invertido en la adquisición, tenencia o disfrute de bienes gananciales integrados en la explotación profesional, porque de acuerdo con el párrafo 2º del 1362 CC son gastos de la sociedad de gananciales.

En cuanto al problema relativo a la restitución del anticipo, argumenta MILLÁN SALAS⁴⁰⁴ que debemos tener en consideración si éste se produce *“para la administración ordinaria de los bienes privativos, o la explotación regular de los negocios, profesión, arte y oficio de cada cónyuge, no habrá restitución, ya que tales gastos, como hemos visto antes, son de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.3º y 4º CC). En cambio, cuando el anticipo excede de la administración ordinaria o de la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, sí habrá lugar a la restitución”*.

2.2.2.2.3. Supuestos de titularidad formal: artículo 1384 CC

El artículo 1384 CC establece que *“Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren”*.

403 La SAP de Murcia (Secc.1ª) de 16 marzo 2009 (JUR 2009\223082) enjuicia un caso en el que se habían empleado para un local bienes tanto gananciales como privativos para su construcción, de igual manera, la esposa había hecho uso del anticipo de numerario ganancial sin el consentimiento del marido, por lo que debía ser reembolsado a la sociedad, siendo deudora la esposa de la sociedad de gananciales.

404 MILLÁN SALAS, F., “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuaderno de estudios empresariales*, nº 4, 1994, págs. 246 y 247.

Este precepto permite al cónyuge que esté poseyendo o que tenga dinero o títulos valores en su poder o a su nombre y sean de naturaleza ganancial poder realizar actos de disposición sobre los mismos, a la vez que administrar individualmente el resto de bienes que se encuentren en análoga situación.

El fundamento de este precepto se encuentra en la seguridad del tráfico jurídico en la protección de terceros que se relacionan con los cónyuges.

Del análisis del citado precepto se derivan dos situaciones: por un lado, que para que el cónyuge pueda actuar individualmente el único requisito necesario es que los bienes se encuentren en su posesión o a su nombre; y por otro lado, el precepto distingue entre actos de administración y de disposición. Si bien, la distinción que hace entre estos dos tipos de actos no es del todo clara, por lo que resulta necesario determinar el radio de acción de cada uno de ellos.

Destaca DE LOS MOZOS⁴⁰⁵ *“Una vez que las ganancias de los cónyuges se han hecho líquidas, cualquiera que fuera su origen (sueldos, salarios, rentas, dividendos, frutos, productos, etc.), estos gananciales pueden quedar a disposición de uno de los cónyuges, al formar los saldos a su favor en la cuenta bancaria personal, o en la cuenta indistinta, establecida a favor de ambos cónyuges, conjuntamente, lo que deriva de acuerdos tácitos o expresos que ellos tengan establecidos. Pues bien, a partir de esta situación, cada uno de ellos, como dice el artículo 1.384, podrá administrar y disponer del dinero y de los títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren. Pero, además, el precepto se refiere a la administración de bienes en general”*.

El 1384 no pretende terminar con la regla general de cogestión que prima en el ámbito de la sociedad de gananciales, sino que lo que busca es legitimar a uno de los cónyuges para que en ciertas ocasiones pueda actuar separadamente de su consorte. De esta forma se reconocen como válidos los actos realizados por uno de ellos frente a terceros y se evita que puedan ser impugnados por el otro esposo (siempre que se cumplan con los requisitos que marca el artículo). La norma del art. 1384 no es más que una excepción al principio de cogestión del artículo 1375 CC.

Esta cuestión la explica DE LOS MOZOS⁴⁰⁶ diciendo: *“esto supuesto, y teniendo en cuenta que por esta vía los bienes que entran en el patrimonio común quedan bajo la administración del cónyuge que les adquirió, constituyendo el presupuesto de hecho que contempla la norma del artículo 1.384 en el sentido que ahora nos interesa, hemos de decir que esta administración, que debería ser conjunta, porque aquí entra en aplicación el principio general del artículo 1.375, quedará en suspenso, pues el artículo 1.384 no autoriza otra cosa, hasta tanto que el otro cónyuge no solicite su comunicación, es decir, la puesta en común de su administración, pues aunque el precepto se halle animado del deseo o intención de prolongar hasta*

405 DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1384 a 1388 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII vol. 2º, artículos 1344 a 1410 del Código Civil, Edersa, Madrid. (Id. vLex VLEX-262552).

406 DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1384 a 1388 del CC”, en *op. cit.* (Id. vLex VLEX-262552).

donde sea necesario y suficiente la iniciativa y actuación separada de cada cónyuge, para asegurar en relación con la comunidad su situación de independencia y libertad, en interés del tráfico jurídico y en favor de la propia comunidad, esa situación tiene un límite: la igualdad de los cónyuges en el seno del matrimonio, y respecto de su posición en la sociedad de gananciales, salvo pacto en capitulaciones que modifique, sin atender contra ella, la esfera concreta de sus respectivas competencias²⁰. Lo que, dicho con otras palabras, supone que la posibilidad de conservar indefinidamente la administración de los bienes adquiridos por la actuación separada de un cónyuge, conforme se deriva de la aplicación de los artículos 1.384 y 1.385, no depende de lo que estos preceptos autorizan, sino de las reglas generales sobre administración de los bienes gananciales”.

El TS en una sentencia de 14 febrero 2005 (RJ 2005/1298) describe la norma contenida en el artículo 1384 como una norma de protección del tráfico a través de la cual se da validez a los actos de administración o disposición de ciertos bienes gananciales realizados por cónyuge a cuyo nombre figuren -o en cuyo poder se encuentren. Mediante este precepto se pretende dar flexibilidad y facilidad en el tráfico a determinados supuestos en los que la aplicación del principio de cogestión propio del régimen de gananciales supondría un obstáculo o traba.

Aparte de la agilización del tráfico mercantil y no mercantil que se pretende conseguir con este precepto, su finalidad también es armonizar y coordinar el aspecto obligacional con el régimen de gananciales, ya que desde la perspectiva obligacional, el cónyuge actuante es el que queda obligado con el tercero con el que contrata y es al único al que se le puede exigir de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1257 CC.

Pero desde el ámbito ganancial, el bien objeto de contrato forma parte de la masa ganancial y pertenece a ambos cónyuges, por lo que habría que seguir las normas establecidas al respecto de la sociedad de gananciales.

Es por esto, por lo que es necesario compatibilizar estas dos perspectivas, para poder dar una solución tanto dentro del matrimonio, como fuera de él, ya que hay dos titularidades distintas operando cada una de ellas en un ámbito diferente. En el matrimonio rige la titularidad material y fuera del matrimonio, la titularidad formal, siendo para el tercero que contrata con el cónyuge actuante, totalmente indiferente el estado civil del contratante, como el carácter del bien.

Esto es precisamente lo que hace el art. 1384, legitimar al cónyuge titular formal del bien o derecho, evitando que el tercero tenga que hacer ningún tipo de averiguación respecto del bien en concreto y agilizando el tráfico mercantil (y no mercantil), produciéndose de esta manera la mencionada ruptura del principio de cogestión propio del régimen ganancial, que si bien en ocasiones supone una gran ventaja o beneficio, en otras supone un obstáculo que es necesario superar.

Respecto a la posibilidad de estar bajo el régimen ganancial y que un bien ganancial esté a nombre de uno solo de los esposos, la sociedad de gananciales permite que un bien común figure a nombre de uno de ellos, como

tantas veces hemos señalado en el presente trabajo, estando admitido expresamente por el art. 1347.3.º del CC. El ejemplo más típico de esta situación es el sueldo o salario de los cónyuges: aparece a nombre de uno sólo de ellos pero es ganancial. Lo mismo ocurre con la cuenta bancaria abierta por uno de ellos y cuya titularidad ostenta un solo consorte pero en la que se ingresan numerario ganancial.

Las adquisiciones que haga el consorte con el dinero ganancial que se encuentre en su poder o figuren a su nombre, entrará en la masa ganancial por el principio de subrogación real (art. 1352 CC).

El tercero que contrate con el cónyuge que actúe individualmente legitimado por el art. 1384, queda exonerado de comprobar la procedencia del dinero o el carácter del bien.

El hecho de que un bien se encuentre a nombre de uno de los esposos o que se halle en su poder produce la apariencia respecto de terceros de legitimación para la realización de actos de administración, y en algunos casos de disposición, pero eso no impide que el otro cónyuge en cualquier momento pueda solicitar la actuación conjunta con relación a dicho bien.

La manera de probar que un bien se encuentra a nombre de uno de los consortes será mediante los documentos pertinentes como recibos, facturas de adquisición, resguardos... o en su caso inscripción registral en la que el cónyuge figure como titular único. La posesión exclusiva producirá los mismos efectos.

En cuanto al dinero, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1384 CC tanto en los casos en los que se trata de dinero en metálico y es poseído por uno de los cónyuges, como cuando se trate de una cuenta bancaria donde tan solo uno de ellos es titular, como en el caso de cuentas corrientes de las que ambos aparecen como titulares.

Una cuestión que se plantea del análisis del art. 1384 es a qué tipo de bienes es aplicable. La respuesta viene de la mano del tipo de acto al que nos referimos:

a) Tratándose de actos de administración el precepto es aplicable cualquiera que sea el tipo o naturaleza del bien al que nos enfrentemos. Basta que el bien se encuentre a nombre de uno de los cónyuges o en su poder para que, a pesar de ser gananciales, sean válidos los actos de administración que les afecten. Por tanto el precepto abarca tanto a los bienes muebles como inmuebles

b) Por el contrario los actos de disposición sólo serán admisibles con relación al dinero y los títulos valores. Esto no significa que éstos no estén sujetos al principio de cogestión. Lo están y lo siguen estando durante toda la vigencia de la sociedad ganancial, lo que ocurre es que el acto de disposición o administración realizado por el cónyuge poseedor o titular será válido frente a terceros.

Estos actos de gestión considerados válidos, plantean a su vez la cuestión de si despliegan sus efectos respecto de terceros que interactuaron con el cónyuge actuante o en el ámbito interno de los esposos vinculando al cónyuge no actuante. La respuesta abarca ambos supuestos, ya que se entiende que el objetivo de legitimar al cónyuge titular o poseedor para poder actuar individualmente tiene su fundamento en buscar lo mejor para la comunidad ganancial y de este manera lograr un interés común (que no es otro que atender diligentemente las cargas del matrimonio), a la vez que se está protegiendo al tercero que contrató con el cónyuge actuante.

Los actos que realice el cónyuge actuante de acuerdo con los presupuestos del art. 1384 del CC serán válidos y frente a los mismos no cabe impugnación alguna. Ello no impide que el otro cónyuge en cualquier momento pueda reclamar la gestión conjunta, pero mientras no se reclame los actos realizados individualmente serán válidos.

Añade DE LOS MOZOS que “el límite que cada uno de los cónyuges no debe franquear, aunque se halle legitimado para disponer frente a terceros dentro de los límites del artículo 1.384, no hay que considerar que cada uno de ellos está pensando en sus propios intereses, sino más bien que está actuando los de la propia sociedad, pero esto hay que mirarlo de una manera distinta, mientras ejerza las potestades domésticas que a los dos competen por igual, puesto que éstas son carga de la sociedad de gananciales (art. 1.362.1), o sus actividades particulares que se hallan amparadas por la misma regla (art. 1.362.3 y 4), puesto que ellas son fuente de nuevos bienes gananciales, y en el caso de que con su actuación proceda a la inversión o reinversión del remanente ganancial, ya que, entonces, en la relación inter partes, reaparece con toda su fuerza el principio de la gestión conjunta”.

El hecho de que sean válidos implica como adelantábamos en líneas anteriores, que no puedan ser impugnados. El cónyuge no actuante no podrá instar la anulación del acto, ni reclamar los reembolsos al otro, salvo en aquellos casos en los que resulte de aplicación lo dispuesto en los arts. 1390 y 1391 CC.

Centrándonos en los actos de disposición recordemos que además del dinero, el precepto se refiere a los títulos valores, lo que debe llevarnos en principio a excluir de dicho ámbito las participaciones de las sociedades limitadas, las cuales conforme al art. 92.2 de la LSC no son valores. La disponibilidad de títulos valores quedará limitada a los que el cónyuge disponente tenga a su nombre (tratándose de títulos nominativos, a la orden).

Siendo títulos al portador que se transmiten por la simple entrega, podrá disponer de ellos cualquier cónyuge, aunque esto se debe más por el propio sistema de transmisión de estos títulos que por el propio artículo 1384 CC.

En cuanto a los frutos, rentas, ganancias de una explotación mercantil o industrial, cuando éstas se hacen líquidas, así como cuando se perciben dividendos, salarios, sueldos, honorarios, tales bienes gananciales -porque recordemos, que todos estos son gananciales de conformidad con el art. 1347.2º CC-, pueden quedar en manos de ambos cónyuges o tan solo en uno

de ellos según se depositen en una cuenta bancaria conjunta o en una personal de una de ellos.

El que el dinero, dividendos, rentas... pueda estar en manos de los dos esposos o en poder de solo uno de ellos, es lo que fundamenta las normas contenidas en los artículos 1384 -que ahora nos ocupa- y 1385 CC -que veremos más adelante.

Estos dos preceptos han sido pensados: 1. En beneficio del tráfico jurídico (para proporcionar seguridad, agilidad y rapidez). 2. En interés del cónyuge titular foral o tenedor (para poder realizar transacciones inmediatas sin tener que esperar consentimientos, ni autorizaciones). 3. En interés de terceros (para que puedan contratar libremente sin tener que estar comprobando la legitimación para hacerlo de quien les compra o les vende).

Este precepto es de una gran trascendencia en la sociedad conyugal, porque al ser una excepción al principio de cogestión, lo que hace es conceder un amplio margen de actuación a los esposos. De no existir este precepto, no se permitiría esta actuación individual tan amplia, sino que quedaría reducida a aquellos casos previstos en el Código Civil o en los casos en los que se permite establecer excepciones convencionales como veremos más adelante.

Son numerosas las operaciones que se hacen diariamente, tales como constituir fondos, sacar dinero, contratar con un tercero con relación a ciertos bienes gananciales. Se entiende que estas operaciones se realizan en beneficio de la comunidad y por tanto para los dos esposos, y si para llevarlas a cabo hubiera que esperar a que ambos las hicieran conjuntamente, sería mucho más complicado poder hacerlas efectivas, muchas de ellas se dilatarían demasiado en el tiempo, otras se perdería la oportunidad de hacerlas y el tráfico jurídico se vería perjudicado.

Partimos de la buena fe de los esposos y de que desean lo mejor para su comunidad, por lo que entendemos que todos los actos que realicen por su cuenta, están hechos pensando en el interés común. Obviamente, puede ocurrir que alguna operación no produzca el beneficio esperado o que no salga correctamente, pero sin haber intervenido mala fe por parte del cónyuge actuante.

A tenor del artículo 1384 CC cualquiera de los cónyuges en una cuenta corriente personal depositar en ella todos los conceptos mencionados (los cuales son presuntamente gananciales), así como hacer por si solo un depósito de acciones, sin justificar sus poderes, ni su régimen matrimonial. De esta manera, los títulos y fondos de un cónyuge que deposita en un banco a su nombre son jurídicamente poseídos y detentados por él.

La razón por la que nos interesa, es porque se trata de dinero ganancial depositado por un cónyuge en una cuenta, fondo o depósito a su nombre, lo que implica que por la norma contenida en el artículo 1384 CC puede realizar una serie de actos como por ejemplo, retirar fondos, vender títulos... sin que el banco le pueda exigir justificación de sus poderes o el destino de los fondos. De esta manera el cónyuge titular cuenta con una gran facilidad de gestión y

además, no está haciendo nada prohibido, porque dichos actos están amparados por la norma del 1384 CC al tratarse de dinero o de títulos valores, que o bien están a su nombre o se encuentran en su poder, pero sin olvidar que son gananciales. Esta norma no entraría en juego para el caso de tratarse de bienes privativos.

Indica DE LOS MOZOS⁴⁰⁷ que *“en el supuesto particular de las cuentas corrientes indistintas, a las que se abonan ingresos obtenidos por cualquiera de los cónyuges o en beneficio de uno de ellos, librando talones y extrayendo fondos cada uno de ellos con independencia del otro, no cabe duda que tales fondos figuran a nombre de cualquiera de ellos, y es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.384. Lo mismo hay que entender respecto de los depósitos indistintos de títulos valores”*.

La redacción del 1384 CC es tan simple que no especifica qué clases de actos de disposición del dinero o valores están autorizados al cónyuge, por lo que cabe preguntarnos si entran o no los realizados a título gratuito. Se podría defender que sí quedan incluidos en la norma, pero que se presumirán fraudulentos cuando no se puedan imputar en la mitad ganancial del cónyuge disponente. También se podría defender que no quedan incluidos y que el art. 1384 únicamente se refiere a los realizados a título oneroso, tomando como base el art. 1378 CC el cual proclama la nulidad de los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, salvo que se trate de liberalidades de uso. También sirve como justificación para no considerar incluidos los realizados a título gratuito, el argumentar que el cónyuge actuante debe hacerlo en interés de la sociedad y beneficio de la familia, por lo que resulta complicado coordinar esto con las disposiciones gratuitas a favor de terceros.

Al amparo del art. 1384 del CC se admiten los negocios de garantía por deuda propia o ajena. Un cónyuge puede pignorar los bienes gananciales -títulos valores o dinero- que tiene a su nombre para garantizar un préstamo que contrata en interés exclusivamente personal, o para garantizar una deuda ajena.

Volviendo a las cuentas bancarias: estando permitidas las cuentas bancarias personales, la constitución de depósitos, la constitución de fondos a nombre de uno solo de ellos... ¿Qué ocurre con las cuentas indistintas? Aquellas en las que se abonan los ingresos obtenidos por cualquiera de ellos o en beneficio de uno de ellos, extendiendo talones o sacando fondos cada uno con independencia del otro. ¿Podrían entenderse que tales fondos figuran a nombre de cualquiera de los esposos, aunque quien disponga de ellos no fuera quien los ingresó?

La respuesta es afirmativa. Recordemos que lo que se pretende es que haya agilidad en el tráfico y cuantos menos obstáculos mejor que mejor. Se entiende que estos bienes de los que uno de los cónyuges está disponiendo, se encuentran a su nombre aunque no sean solo suyos, pero lo cierto es que están a su disposición y también, en cierto modo, están en su poder, por lo que

407 DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1384 a 1388 del CC”, en *op. cit.*. (Id. vLex VLEX-262552).

puede utilizarlos como considere oportuno -sin perjuicio de las responsabilidades internas-, siempre y cuando permanezcan en la cuenta.

No se le da importancia al origen del dinero o de los títulos, si lo ganó uno u otro, sino que al hacer la cuenta bancaria indistinta⁴⁰⁸, ya existía la voluntad de ponerlo todo a disposición de ambos, quedando facultados para poder retirar el objeto depositado y una vez retirado, el que lo retire, lo tiene en su poder y puede por tanto contratar o realizar cualquier acto frente a tercero, porque está legitimado para ello. De tratarse de dinero privativo ingresado en una cuenta indistinta, es importante matizar, que el hecho de que el cónyuge no titular de ese dinero privativo disponga de él, no es al amparo de la regla del art. 1384 (la cual ha sido diseñada para bienes gananciales), sino que podrá disponer de ese dinero, sacarlo o hacer lo que estime conveniente, por las facilidades que le otorga la propia cuenta del banco, que como ya hemos repetido, si está a su nombre, no le exige ningún poder o justificante con el que tenga que probar si lo ha ganado él o su cónyuge o si es su verdadero titular. El banco en ese aspecto no pone trabas.

Qué ocurriría si existen bienes gananciales (muebles o inmuebles) que se encuentran en poder o a nombre de uno solo de los esposos, y por tanto, bajo su administración y en caso de ser dinero o títulos valores también bajo su disposición.

La respuesta a esta cuestión no la encontramos en el artículo 1384 CC, porque no se pronuncia al respecto de una administración y disposición indefinida. Como tampoco otorga una administración y disposición exclusiva. Únicamente declara válidos respecto a terceros, así como también dentro del matrimonio, los actos de administración sin distinguir bienes y los de disposición respecto a determinados bienes. Se limita a decir qué actos de gestión serán válidos, lo que nos lleva a la conclusión de que el otro cónyuge está facultado para en cualquier momento exigir a su consorte la administración y disposición conjunta de los bienes que el otro por sí solo está gestionando. Incumplir esta petición del cónyuge, podría considerarse como limitativa de la igualdad de los derechos que proclama el artículo 1328 CC, así como una vulneración del principio de cogestión, regla general, propia y característica del régimen de gananciales⁴⁰⁹.

Esta facultad del cónyuge no actuante para reclamar la gestión conjunta ha de darse sobre aquellos bienes en los que sea posible, porque por ejemplo, para el caso de una acción nominativa ganancial inscrita en el libro registro de acciones solo a nombre de uno de los socios, por mucho que el cónyuge no

408 Ser depositario no equivale a ser titular, pero si el depósito es indistinto puede actuar por sí solo.

409 Sin embargo, en el momento en el que la sociedad está disuelta pero sin liquidar, ésta dejará de regirse por las normas de administración y disposición propias de la sociedad de gananciales ya que se someterá a la de la comunidad de bienes, es por ello, por lo que la STS de 10 julio 2005 (RJ 2005\8991) declaró que en tal caso uno de los cónyuges no puede realizar disposición de bienes, amparándose en las normas previstas para los bienes gananciales, porque esos bienes que eran gananciales, ahora forman parte de una comunidad postmatrimonial (hasta que tenga lugar la liquidación), con una naturaleza diferente a la anterior y por tanto, sometiéndose a distintas reglas que la ganancial.

actuante quisiera solicitar la gestión conjunta, su actuación no tendría eficacia respecto de la sociedad para la cual él no es socio.

La solución que ofrece el art. 1384 a los cónyuges casados en gananciales tiene como finalidad facilitar el tráfico jurídico y económico y encuentra su base en la existencia de una titularidad formal o en la posesión.

A pesar de que el juego del Registro de la Propiedad no nos interesa en el objeto de esta tesis, para completar el estudio del artículo 1384 CC, lo incluimos brevemente por su relevancia. Especial importancia tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de administración o disposición a título oneroso sobre bienes gananciales. El artículo 51.9 RH concretamente determina que la inscripción del bien a favor de uno de los cónyuges expresará el nombre y apellidos del cónyuge del titular registral. De lo establecido en los artículos 93.4 y 94.1 RH se deduce que a efectos de propiedad, el hecho de mencionar al consorte del titular en el Registro de la Propiedad no hace que el inmueble quede inscrito a nombre de ambos, ya que únicamente se considera como titular al cónyuge adquirente. Respecto a bienes inmuebles, habrá que distinguir entre las distintas maneras en las que se puede inscribir un bien ganancial: 1. Bien inscrito a nombre de ambos cónyuges. 2. Bien inscrito a nombre de un cónyuge como ganancial. 3. Bien adquirido como presuntivamente ganancial: En el primer caso el bien se inscribe a nombre de los dos, de manera que ambos esposos ostentan tanto la titularidad formal como la material del mismo, lo que implica que para hacer cualquier acto de administración o disposición a título oneroso sobre él, será necesario el consentimiento expreso del otro cónyuge o en su caso la autorización judicial supletoria. En cuanto a la inscripción de un bien como ganancial o como presuntivamente ganancial, da lugar al desdoble de titularidades. La titularidad formal corresponderá al cónyuge a nombre del que se practica la inscripción del bien ganancial, mientras que la titularidad material la ostentarán ambos cónyuges (al ser materialmente ganancial).

Para RAGEL SÁNCHEZ⁴¹⁰ estas dos titularidades ni chocan ni se contradicen, sino lo que hacen es producir un tipo de apoderamiento legal a favor del titular formal de manera que éste queda legitimado para actuar en nombre del otro, por lo que a todos los efectos es como si hubiesen actuado los dos. A efectos del Registro de la Propiedad, cuando el bien aparece inscrito a nombre de uno de los cónyuges, de los artículos 93.4 y 94.3 RH se deduce la misma necesidad de consentimiento expreso, asentimiento o autorización judicial supletoria, para poder inscribir los actos de disposición, de la misma manera que ocurría cuando el bien aparecía inscrito a nombre de ambos esposos. Esta exigencia del reglamento hipotecario está en total consonancia con la regla del 1384 en virtud del cual, se está legitimando a uno de los cónyuges a actuar en nombre del otro, el cónyuge que es titular del bien inscrito podrá realizar por sí solo los actos de administración⁴¹¹.

410 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Capítulo 24... » *op. cit.*, pág. 956

411 A pesar de ello, el artículo 94.2 RH permite la inscripción para el caso del bien inscrito como presuntivamente ganancial al disponer que *“las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por*

Una vez explicado el alcance y sentido del artículo 1384, corresponde analizarlo desde el prisma de las sociedades, para ver si el mismo tiene aplicación en los casos de acciones o particiones gananciales en casos en los que el socio sea solo uno de los cónyuges:

a) Comencemos con las sociedades personalistas, que son, como hemos visto con anterioridad, aquellas en las que la figura del socio cobra especial relevancia y significación: así caso de un socio civil o un socio colectivo.

Si la participación se adquiere por persona casada en régimen de gananciales con dinero ganancial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1347.3 CC sería ganancial la participación, pero ello no implica que su consorte ostente la condición de socio. La ganancialidad opera en el ámbito interno, mientras en el ámbito externo el cónyuge que aparece como socio es único que cuenta para la sociedad personalista. El cónyuge no socio no tiene intervención en la vida de la sociedad y carece de legitimación para el ejercicio de los derechos de socio.

De reconocerse la ganancialidad de la participación (aunque solo en el ámbito interno), no es obstáculo para que los beneficios que produzca la participación ingresen en el patrimonio común, pero en cuanto a su consideración como derecho de crédito nos conducirá a la aplicación del artículo 1385 CC, lo que supone que serán ejercitados por el cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos, lo que se traduce en que el cónyuge socio que es el que aparece como titular, es el que tiene legitimación para ejercitarlos y una vez más, este cónyuge se vería amparado por la norma del 1384 para realizar los actos pertinentes a los que el precepto se refiere.

Los derechos del cónyuge no socio no llegan más allá que lo dispuesto en los artículos 1390, 1391 y 1393.2 CC.

b) En las sociedades capitalistas, en concreto en las sociedades abiertas -así una sociedad anónima en la que no existan restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones- o de sociedades más o menos cerrada -como una sociedad limitada o una sociedad anónima en la que existan restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones- encontramos que la condición de socio va incorporada a titularidad de la acción -en la sociedad anónima- o de la participación -en la sociedad limitada-.

Existen acciones gananciales representadas mediante títulos al portador que se encuentren en posesión de uno solo de los cónyuges. Hay acciones gananciales representadas mediante títulos nominativos a nombre de uno solo de los cónyuges, acciones representadas mediante anotaciones en cuenta a nombre de uno solo de los consortes y participaciones gananciales de una sociedad limitada a nombre de uno solo de los unidos en matrimonio.

En todos estos casos en que la titularidad formal de las acciones o participaciones gananciales corresponde a uno solo de los cónyuges, el mismo

sí solo por el titular registral” lo que como dice RAGEL SÁNCHEZ, L.F., op. cit., pág. 956, “significa que en el supuesto de un bien adquirido para la sociedad de gananciales se necesita el consentimiento de ambos cónyuges para inscribir esos actos”.

será el socio de la sociedad -la sociedad sólo reputará como socio al que se encuentre inscrito como tal en el libro registro correspondiente (art. 104, 116 y 118.3 de la LSC), sin que a pesar del carácter material ganancial de la acción o participación el otro consorte pueda ser considerado como socio. De igual modo en los casos de acciones al portador la sociedad sólo considerará socio a aquel cónyuge que presente el título o el certificado de depósito.

Llegados a este punto se observa que juega un papel relevante el art. 1384 CC, porque gracias a él se permite la armonización entre el Derecho de sociedades y el Derecho patrimonial de la familia. Para el Derecho de sociedades el único que puede ejercitar los derechos de socio es el socio, sin que el consorte, a pesar del carácter ganancial de la acción o participación, pueda ejercitar tales derechos, pueda administrar la acción o participación en relación con la sociedad.

a) Cuando el art. 1384 del CC permite al cónyuge a cuyo nombre se encuentre constituida un determinado bien o derecho -en nuestro caso una acción o participación- o en cuyo poder se encuentre -en cuanto ahora nos interesa una acción al portador- realizar por si solo actos de administración, de los que debemos considerar el ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio, está aunando el derecho de sociedades con el derecho matrimonial: para el derecho de sociedades el cónyuge socio es el único al que debemos atender⁴¹².

La legitimación para realizar actos de administración rige tanto para las acciones de una sociedad anónima como para las participaciones de una sociedad limitada (SAP de Tenerife (Secc. 3ª) de 7 febrero 2003 [JUR 2003\141142])

b) El art. 1384 del CC permite la realización de actos dispositivos de *“títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.”*

La legitimación para disponer que marca el art. 1384 del CC se consagra para los “títulos valores” lo que nos plantea su concreto ámbito de aplicación:

- Resulta aplicable a las acciones representadas mediante títulos ya sean nominativos o al portador, porque entran dentro de la categoría de los títulos valores.

Si las acciones nominativas se encuentran a nombre a de uno sólo de los cónyuges -e inscritas a su nombre en el libro registro de acciones nominativas- dicho consorte, podrá por si solo, de conformidad con el art. 1384 del CC enajenar las acciones.

Si las acciones se encuentran a nombre de ambos cónyuges será necesario el consentimiento de los dos. En caso de enajenación a título oneroso realizada por uno solo de los cónyuges, ésta será anulable; y de haberse realizado a

⁴¹² La legitimación para realizar actos de administración rige tanto para las acciones de la sociedad anónima, como para las participaciones de la sociedad limitada: SAP de Tenerife (Secc. 3ª) de 7 febrero 2003 (JUR 2003\141142).

título gratuito, será nula de pleno derecho con arreglo a los artículos 1322 y 1378 CC, igual que en el caso anterior.

- De no haberse impreso y entregado los títulos, la transmisión de las acciones se llevará a cabo según las normas que regulan la cesión de créditos y demás derechos incorporales (art. 1526 y ss. del CC ex art. 120 LSC), de manera que será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, siendo nuevamente de aplicación lo dispuesto en los artículos 1322 y 1378 CC para el caso de que no se hiciera con el consentimiento de los dos cónyuges.

- Asimismo, si además de no haberse impreso y entregado los títulos, existieran resguardos provisionales (art. 115 LSC), partiendo de que son títulos valores, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1384 CC para la enajenación de acciones.

- Surge la duda si sería aplicable a las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, ya que responden a la llamada desmaterialización de los títulos valores. Realmente estas acciones no son títulos valores sino que son simples valores. Entendemos que resulta aplicable el art. 1384 del CC. Si el mismo no los menciona es simplemente porque en el año 1981, fecha de redacción del actual art. 1384, no había nacido aún en nuestro ordenamiento jurídico esta forma de representar las acciones.

- Igualmente surge la cuestión si el art. 1384 del CC cuando atribuye la legitimación dispositiva al cónyuge titular es o no aplicable a las participaciones de una sociedad limitada.

En cuanto las participaciones de una sociedad limitada no son susceptibles de incorporarse a títulos y en ningún caso tienen la cualidad de valores (ex art. 92.2 de la LSC), no quedan incluidas en la regla de disposición individual del art. 1384 del CC⁴¹³ por lo que juega siempre la regla general de codisposición del art. 1375 y ss. del CC: R. de la DGRN de 25 mayo 1987 [RJ 1987, 3929]; STS de 14 abril 2011 (citada por STS 16 abril 2012); STS de 16 abril 2012 [RJ 2012\5904⁴¹⁴]).

El artículo 1384 CC no recoge nada en cuanto a los actos de disposición realizados sobre las participaciones gananciales, por lo que en caso de que uno de los cónyuges (sin el consentimiento del otro), enajene a título oneroso algunas de las participaciones comunes, la enajenación será anulable. Si el acto de disposición es a título gratuito (y realizado por uno solo de los cónyuges), el acto será nulo de pleno derecho (arts. 1322 y 1378 CC).

- El siguiente problema que se plantea es el de si siendo la acción o participación ganancial, puede un cónyuge por sí solo renunciar al derecho de suscripción preferente de acciones o si se considera un acto de disposición que

413 De modo criticable la SAP de Murcia (Secc.1ª) de 19 octubre 2004 (JUR2005\69882), referido a un caso de renuncia del derecho de asunción de participaciones entiende aplicable el art. 1384 ya se considere tal renuncia como un acto de administración, ya como un acto de disposición.

414 La STS de 16 abril 2012 (RJ 2012\5904) confirma la SAP de Málaga (Secc. 6ª) de 5 marzo 2009 (AC 2009\871).

requiere el consentimiento de ambos esposos. La SAP de Murcia (Secc.1ª) de 19 octubre 2004 (JUR 2005/69882) analiza el caso en que la esposa solicita la declaración de nulidad de la renuncia del derecho de suscripción preferente realizada por el esposo. La pretensión de ésta se rechaza considerando que el acto está amparado por el artículo 1384 CC, por lo que no se necesita el consentimiento del cónyuge no socio para tal renuncia. Dice así la sentencia: *“Ninguna duda asiste a la Sala que la renuncia al derecho de suscripción preferente de participaciones no requería el concurso de voluntades de los esposos. La apelante centra toda su atención en el artículo 1378 CC, cuando el aplicable es el 1384, que expresamente proclama la validez de los actos de administración y disposición de los títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren, estableciendo así una excepción a la regla general de cogestión, para los actos de disposición”*.

En esta misma línea se pronuncia la DGRN en una Resolución de 25 mayo 1987 (RJ 1987\3929) en la que señala: *“en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, 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 figuren”*.

Por su parte ALFARO ÁGUILA-REAL⁴¹⁵ opina que *“el individuo casado en gananciales que constituye una sociedad limitada, en la generalidad de los casos adquiere participaciones sociales para la sociedad de gananciales pero adquiere también la condición de socio con carácter estrictamente*

415 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio", en *Almacén de Derecho*, 25 abril 2014.

ALFARO ÁGUILA REAL, J., "Más sobre el ejercicio de derechos de socio por parte del cónyuge del socio casado en régimen de gananciales. Un comentario a la Resolución de la DGRN de 25 julio 2014", en *Almacén de Derecho*, fecha 15 septiembre 2014. El artículo 265.2 LSC atribuye al socio que tenga al menos el 5% del capital social la posibilidad de solicitar al Registrador Mercantil la designación de un auditor de cuentas. El objeto de la presente Resolución es la designación de auditor por parte del cónyuge del socio, a lo que la sociedad se niega pero la Dirección General lo admite. La Dirección General reconoce legitimación al cónyuge del socio para ejercitar derechos sociales en el caso de que las participaciones sociales sean gananciales. Entiende que sí está legitimado el cónyuge del socio con la simple aportación de un principio de prueba que le legitime (ser el cónyuge del socio, estar casado en gananciales y que las participaciones sean gananciales) y entiende esta legitimación sobre la base del artículo 351.2 RRM el cual no es muy estricto exigiendo especialidades para la acreditación del cónyuge del socio.

ALFARO contradice la Resolución al exponer que:

. En base al artículo 265.2 LSC sólo el socio puede solicitar la designación de un auditor, teniendo la consideración de socio aquel que aparezca inscrito en el libro-registro de socios.

. No habría que hacer alusión a la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, para defender la administración de la misma por parte de ambos cónyuges, sino más como una comunidad de bienes regida por los arts. 392 y ss CC. Además, habría que tener en cuenta a los artículos 1375 y 1384 CC.

. Sí es de aplicación el art. 106 LSC a pesar de que la Dirección General entienda que no, por no tratarse de una comunidad de bienes normal, sino especial como es la ganancial (y en concreto la post-ganancial).

. La Resolución contradice lo dispuesto en el artículo 126 LSC.

personal, esto es, no es su voluntad ni, desde luego, la voluntad de los demás socios con los que contrae sociedad, convertir a su cónyuge en socio/a de la sociedad limitada”.

Interesante apreciación hace al explicar que el error que se produce en estas situaciones (foco del conflicto), es en confundir la “gestión y administración de la sociedad de gananciales” con “*la gestión y administración de la sociedad limitada*”, como tomar en vano el artículo 1256 del CC.

Para este autor la raíz del problema se encuentra en haber prescindido de la distinción fundamental que hace el Derecho de Sociedades al diferenciar entre “*las dos calificaciones jurídicas que reciben las partes de socio: la condición de socio es un derecho subjetivo y una relación jurídica*”.

No hay duda de que se trata de una relación jurídica que opera en el ámbito interno: “*el contrato de sociedad da lugar a relaciones de una persona con otras personas*”, unido a que además, se trata de un derecho subjetivo en las sociedades externas o personificadas, lo que viene a significar que además de la condición de parte de un contrato, la condición de socio puede ser objeto de tráfico autónomo, es decir, que el socio puede transmitir su posición de socio.

“El derecho de participación constituye así un derecho subjetivo similar al derecho de propiedad, al derecho de crédito o al derecho sobre bienes inmateriales, dotado de un contenido personal y patrimonial, cuyo objeto es la posición jurídica de socio dentro de la sociedad”.

Para ALFARO esta distinción es básica porque a través de ella se explican los efectos de la ganancialidad de la participación social al suponer que “*El cónyuge deviene cotitular del derecho subjetivo patrimonial, del objeto del tráfico autónomo, del «derecho... similar al derecho de propiedad» que es la participación social. Pero el cónyuge del socio no deviene parte de la relación jurídica societaria y, por lo tanto, no puede ni los demás socios ni la SL tienen que soportar su injerencia en la ejecución del contrato de sociedad. De modo que el cónyuge no está legitimado para ejercer los derechos del socio. El socio es el cónyuge que haya suscrito o asumido las participaciones. El cónyuge tiene derecho, de acuerdo con las reglas sobre bienes gananciales, a participar en los rendimientos, esto es a los flujos que produzca el activo ganancial si las participaciones se califican como gananciales en lugar de considerarse privativas*”.

Según lo expuesto, el primer error radica en confundir la gestión de la sociedad de gananciales con la de la sociedad limitada a la que pertenezca uno de los cónyuges, creyendo que sobre la base del 1384 CC el cónyuge no socio puede gestionar las participaciones por el simple hecho de éste considerarlas “gananciales”.

Ante esto, argumenta ALFARO que “*La titularidad del bien en sí mismo – la participación – sería íntegramente privativa pero a favor de la sociedad de gananciales aparecería un derecho de valor comprensivo de la integridad del contenido patrimonial de la participación o emolumentum. Con eso se verificaría una distinción entre el derecho de participación, de carácter privativo,*

y la parte del socio en el fondo social, de carácter ganancial... En consecuencia, si se ha verificado la adquisición de una participación social privativa con cargo a bienes gananciales, el consentimiento de(l)... cónyuge adquiere una relevancia societaria en el sentido de constituir una participación integral en la economía de la parte de socio; es decir, una subparticipación (art. 1669 CC)”.

Añade que hay que tener en cuenta qué es ganancial y qué implica esa ganancialidad puesto que ésta *“lo es solo en el plano interno mientras que, externamente y frente a la sociedad... la titularidad corresponde al cónyuge suscriptor... la participación... corresponde privativamente a(l) suscriptor y, al mismo tiempo, su contenido patrimonial se hace ganancial”.*

El segundo problema del que se ocupa es el relativo al que surge en torno a la comprensión del artículo 1256 CC (su significado y efectos del libro registro de socios).

Partiendo de la base de que la inscripción en el libro registro es constitutiva (en el sentido de que las sociedades limitadas tienen por socio al que figura en él y no considera legitimado a ningún tercero), no pueden tener por socio y admitir el ejercicio de los derechos de socio a nadie que no aparezca inscrito en el mismo.

Además, añade ALFARO que *“el Código Civil no legitima al cónyuge para ejercer los derechos de socio cuando la participación social es (quod non) ganancial. El Código Civil dice que ambos cónyuges pueden administrar los bienes gananciales no, – sería una locura – que ambos cónyuges devienen parte de los contratos celebrados por cualquiera de ellos por el mero hecho de que el contenido patrimonial de dichos contratos (los bienes objeto de esos contratos) tenga carácter ganancial”.*

2.2.2.2.4. Ejercicio de derechos de crédito por el cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos: el art. 1385

Estipula el artículo 1385 CC que: *“Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos. Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción”.*

Del párrafo primero de este precepto se extrae que cualquiera de los cónyuges podrá percibir directamente las cantidades que se le adeuden como retribución de su trabajo o en cualquier otro concepto aun cuando sean gananciales.

Se desprende del párrafo segundo que ambos cónyuges por separado están legitimados para la defensa de los bienes y derechos comunes, por vía de acción o excepción. Esta legitimación se entiende tanto para la defensa en juicio como fuera de él. Si se le legitima para actuar por vía contenciosa,

también para hacerlo por vía amistosa o pre-contenciosa. Sería ilógico obligarle a acudir por la vía judicial si por la extrajudicial puede solucionar el problema.

El artículo 1385 CC faculta a los cónyuges (a cualquiera de ellos) a ejercitar la defensa de los derechos comunes. El alcance procesal de esta norma es evidente: cualquier cónyuge podrá, por ejemplo, interponer una demanda dirigida al cobro de un crédito ganancial u oponerse por vía de excepción, a la reclamación contra el consorcio. El que se faculte a cualquiera de los cónyuges para representar y defender procesalmente a la sociedad, tiene su fundamento

en la carencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales (art. 6 y 7 LEC)⁴¹⁶.

DE LOS MOZOS⁴¹⁷ destaca que sobre la base de este precepto *“cada cónyuge puede ejercitar los derechos de crédito constituidos a su nombre, cualquiera que sea su naturaleza. Ejercitar un derecho de crédito, en general, es satisfacer el interés del acreedor, interés que dependerá de la naturaleza del mismo, pero notemos que, por esto, no se pone ninguna limitación. En unos casos, ejercitar el derecho de crédito será extinguirlo, lo que ocurrirá siempre que el crédito se extinga con su ejercicio, en otros no, puesto que la naturaleza del mismo dará lugar a un tracto continuo o sucesivo”. pretender el cobro en su condición de créditos gananciales, ni aun solicitando autorización judicial en vista de la deficiente administración del cónyuge acreedor*”. También añade el matiz de que *“sólo cuando el Juez establezca el pago directo al otro esposo como cautela de una obligación de alimentos o de levantamiento de las cargas del matrimonio se podrá prescindir del artículo 1.385”*.

Por lo que al ejercicio de los derechos de créditos se refiere, para DE LOS MOZOS resulta básico interpretar este ejercicio en sentido amplio, así como dentro del contexto sistemático en el que la norma se produce. Señala que *“no tendría sentido comparativamente que pudiera disponer de dinero y títulos valores y no pudiera realizar actos extintivos o modificativos de los créditos a su nombre. Por ello mismo, el cónyuge a cuyo nombre se halle el crédito constituido podrá dar «carta de pago», o «finiquito» de una relación crediticia, así como cancelar por pago la hipoteca, como reconoce el artículo 178.5 del Reglamento Hipotecario en su nueva redacción⁴¹⁸, según el cual: “Bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal de aquél”*.

Se desprende del 1385 CC que la legitimación activa corresponde a los cónyuges, quienes podrán actuar por separado para defender sus bienes comunes.

416 La STS de 14 febrero 2000 (RJ 2000\676) reconoce que un cónyuge esté legitimado para actuar en solitario y defender los derechos gananciales sobre la base del 1385.2 CC que concede un ejercicio solidario.

417 DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1384 a 1388 del CC”, en *op. cit.*. (Id. vLex VLEX-262552)..

418 Se refiere a la redacción dada por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, que se encuentra aún vigente.

Del artículo 1385.1º CC se deduce la legitimación activa de aquél cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido un derecho de crédito ganancial para un acto de administración fundamental, como es el cobro, lo que además viene reforzado por el artículo 1164 del mismo cuerpo legal al disponer: “*El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor*”.

La legitimación pasiva es sin embargo, mucho más compleja, ya que cuando se accione contra los bienes y derechos comunes se tendrá que demandar a los dos esposos.

Las acciones en las que será necesario demandar a ambos cónyuges: 1. Acciones reales declarativas o contradictorias del dominio 2. Disposición de gananciales por uno sin consentimiento, ni autorización del otro⁴¹⁹ 3. Para determinar la eficacia o ineficacia de un contrato en el que ambos intervinieron.

Es interesante saber que cuando una persona física o jurídica demande ante los Tribunales a uno solo de los cónyuges (cuando debería haber demandado a los dos), el demandado (el cónyuge), podrá oponer la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, suponiendo el fracaso de la demanda interpuesta.

Haciendo referencia al litisconsorcio pasivo necesario, en los procesos que deba responder la sociedad de gananciales, lo primero que tendremos que determinar es si estamos ante el ejercicio de acciones limitativas del dominio o si se trata de acciones personales nacidas de negocios jurídicos realizados individualmente por uno solo de los esposos.

En el caso de tratarse de una acción real limitativa del dominio sobre bienes gananciales, hará uso de la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario, así como en las reclamaciones que se realicen frente a uno solo de los cónyuges cuando el bien que deba responder sea ganancial.

Aunque cualquiera de los cónyuges estaría autorizado para defender los bienes y derechos comunes, no es justo que solo uno de ellos tenga que soportar pasivamente las consecuencias de la acción judicial dirigida contra la sociedad de gananciales. Por este motivo, la acción debe dirigirse contra ambos⁴²⁰.

Por el contrario, de encontrarnos ante el ejercicio de una acción personal que se derive de las obligaciones surgidas de un negocio jurídico en el que sólo hubiese intervenido uno de los esposos, la acción puede ser dirigida contra el

419 El inconveniente de la “*disposición de gananciales por uno sin el consentimiento, ni la autorización del otro*”, es que quien insta la anulabilidad es el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido y no puede codemandarse el propio actor.

420 El TS en numerosas sentencias como las de 26 julio 1993 (RJ 1993\6315), 13 julio 1995 (RJ 1995\6005), 14 febrero 2000 (RJ 2000\824), 5 mayo 2000 (RJ 2000\3389) admite que el art. 1385.2 CC concede a ambos cónyuges la facultad para ejercer la defensa de los bienes y derechos por vía de la acción, pero en el ámbito de la legitimación pasiva las acciones contradictorias del dominio de bienes gananciales tienen que dirigirse necesariamente contra ambos cónyuges.

que realizó dicho negocio, sin que pueda apreciarse la excepción del litisconsorcio pasivo necesario⁴²¹.

Esto no impide que cualquiera de ellos pueda en beneficio de la sociedad ejercer cualquier acción sin necesidad de actuar conjuntamente, pero es importante saber que la sentencia produce efecto de cosa juzgada para el cónyuge del demandante, de manera que los casos que no actúen conjuntamente sino que actúe uno de ellos defendiendo los bienes gananciales y sea vencido en juicio, el otro cónyuge no podrá plantear la misma pretensión contra los mismos demandados y con la misma *causa petendi*⁴²².

Si para demandar no se necesita que actúen conjuntamente, situación diferente es cuando el demandado es uno de los cónyuges y el procedimiento judicial versa sobre los bienes gananciales. En tal caso, el cónyuge del demandado no puede ser condenado sin haber tenido oportunidad de defenderse⁴²³ como se deriva del art. 24 de la Constitución Española. Es por ello, por lo que el artículo 1385.2 CC permite a cualquiera de los cónyuges la intervención procesal en un procedimiento instado por un tercero contra sólo uno de los esposos, siendo la defensa de los bienes comunes el motivo que justifica dicha intervención. Del mismo modo, el cónyuge puede intervenir después de que se le haya notificado el embargo de bienes gananciales en un procedimiento iniciado contra su cónyuge deudor, para oponerse a la deuda o proceder a la disolución de la sociedad de gananciales 1373 CC y 541 LEC.

Cuando se pongan en peligro bienes gananciales en un procedimiento judicial deberá demandarse también al cónyuge que no es titular de la relación jurídica, pero al que la sentencia que se dicte le pueda afectar⁴²⁴.

Como explica RAGEL SÁNCHEZ⁴²⁵, “*si la ley exige que ambos cónyuges dispongan conjuntamente de los bienes gananciales, también está exigiendo implícitamente que se les demande conjuntamente cuando el proceso puede producir la extinción de esos mismos bienes o derechos*”. Esto no es más que un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (art. 12.2 LEC). En todo litigio del que pueda derivarse la ejecución directa sobre los bienes gananciales resulta imprescindible que se demanden a los dos cónyuges, uno de ellos en

421 La STS de 11 abril 2003 (RJ 2003\3518) señala que en puridad no es necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, por lo que la falta de litisconsorcio activo necesario se traduce en un defecto de legitimación *ad causam* o una legitimación incompleta de la misma naturaleza.

422 Vid. STS de 6 noviembre 2002 (RJ 2002\9638).

423 Vid. STS de 13 julio 1995 (RJ 1995\6005)

424 Para el TS habrá que demandar a ambos cónyuges cuando el litigio versa sobre un derecho real de carácter ganancial y al cónyuge deudor o contratante cuando se trata de un derecho de crédito. STS de 6 julio 2000 (RJ 2000\6012).

Aunque existen otras sentencias en las que se determina que sí hay litisconsorcio pasivo necesario cuando se ejercitan derecho de crédito. SSTS de 9 junio 1994 (RJ 1994\6724), 10 noviembre 1995 (RJ 1995\8116), 26 noviembre 1996 (RJ 1996\8588), entre otras.

La DGRN considera inexcusable que la demanda deba dirigirse contra ambos cónyuges en el ejercicio de acciones personales al amenazar la integridad del patrimonio ganancial. RDGRN de 28 diciembre 1995 (RJ 1995\9395), 19 junio 2010 (RJ 2010\3758).

425 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Capítulo 24...” *op. cit.* pág. 982.

concepto de deudor y otro en concepto de persona que puede verse afectado por el resultado del procedimiento.

2.2.2.2.5. Gastos urgentes: El artículo 1386

Otra excepción al principio general de actuación conjunta de los cónyuges es la posibilidad de que uno de ellos realice una serie de actos sin en el concurso del otro, siempre y cuando obtengan la calificación de “urgentes” y sean “necesarios”. El artículo 1386 del CC dispone: *“Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges”*.

DE LOS MOZOS⁴²⁶ opina que *“la norma se halla concebida tanto en interés de los cónyuges o hijos comunes, como en interés de su patrimonio respectivo, o del patrimonio ganancial”*.

Este precepto es de una lógica aplastante, la urgencia de la situación hace que no se pueda esperar al consentimiento del otro cónyuge, aun tratándose de un gasto extraordinario, porque se entiende que si se tuviere que esperar, se podrían producir daños y perjuicios en la persona o bienes de los cónyuges o hijos. Es tal la lógica del mismo, que se ha venido reconociendo esta potestad a uno de los cónyuges desde mucho antes de que se suprimiera la licencia marital en 1975 y por tanto de que existiera el citado precepto, como es el caso que recoge la STS de 24 noviembre 1900 (ROJ: STS 93/1900), que admitió la validez del arrendamiento de habitación concertado por la esposa por hallarse el marido en paradero desconocido, ya que se entendía que necesitaba de dicha renta para poder tener un ingreso para satisfacer sus necesidades básicas. En la misma línea otra sentencia del Tribunal Supremo de 19 mayo 1934 (RJ 1934/904) que declaró la validez de la contratación de servicios médicos efectuada por una mujer casada para atender a su marido gravemente enfermo.

La urgencia de la situación hace que el interés familiar prime sobre los intereses individuales y la existencia de circunstancias anómalas hacen que uno de los cónyuges quede legitimado para disponer de bienes gananciales sin el consentimiento del otro. La ratio del artículo es salvaguardar el interés de la familia en aquellas situaciones en las que no se puede esperar ni al acuerdo del otro cónyuge y mucho menos a obtener una autorización judicial en caso de

426 DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1384 a 1388 del CC”, en *op. cit.*. (Id. vLex VLEX-262552).

negarse el otro cónyuge. La urgencia justifica que se prescinda del consentimiento del otro cónyuge.

Parece que este artículo se refiere a las disposiciones de dinero para la realización de estos gastos, así como la posibilidad de obligar a la sociedad de gananciales para responder sobre créditos contraídos por un cónyuge para atender gastos que se produzcan sobre el sostenimiento de las cargas de la familia. En definitiva, cualquier acto útil para atender la urgencia. Para FAUS I PUJOL⁴²⁷ *“los gastos urgentes no deben entenderse sólo como pagar ahora, también incluye el poder de contraer deudas y compromisos de cara al futuro”*.

Distinto es que posteriormente en el ámbito privado los cónyuges discutan la oportunidad del gasto y el patrimonio que definitivamente tenga que soportarlo. Esta posibilidad de actuación individual para responder a gestiones urgentes no excluye la posibilidad de convalidación o autorización posterior, expresa, tácita o presunta del cónyuge ausente o impedido, así como tampoco, la exigencia de responsabilidad ante posibles excesos⁴²⁸.

2.2.2.3. Supuestos de atribución global por ley: casos en los que un cónyuge es representante legal del otro. Los arts. 1387 y 1389 del CC

La Ley contempla aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges es representante legal del otro y se produce una atribución global de la actuación individual de uno de ellos sobre el patrimonio ganancial.

El Código Civil en su artículo 1387 en esta dirección señala: *“La administración y disposición de los bienes gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte”*.

La transferencia de la gestión se produce de manera automática al nombrado tutor o representante legal del cónyuge en el procedimiento de modificación de la capacidad o ausencia.

Este precepto atribuye al cónyuge representante de su consorte tanto la administración como la disposición de los bienes gananciales.

El tutor conforme al art. 267 CC es el representante legal de la persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente. De tal modo que si uno de los cónyuges es incapacitado, se le modifica judicialmente la capacidad de obrar y

427 FAUS I PUJOL, M., “Reglas sobre la administración de los bienes gananciales”, en *Práctico Derecho de Familia*, vLex, abril 2020. (Id. vLex VLEX-590422258).

428 La SAP de Zamora (Secc. 1ª) de 30 noviembre 2005 (AC 2005\2340) recoge el caso relativo al esposo que empezó a disponer de dinero ganancial para hacer frente a gastos urgentes y a desviar dinero de cuentas comunes para sufragar gastos suyos personales y de su empresa. Se encontraba en proceso de separación mientras disponía de dichas cantidades y la esposa al darse cuenta de estas disposiciones le demanda y se estima la demanda ya que dichos “gastos urgentes” no habían sido destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio.

es designado tutor el otro consorte, a éste corresponderá por ministerio de la ley la administración y disposición de los bienes gananciales, además de los privativos de la persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente⁴²⁹. Asimismo, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 184.1 CC que señala: *“Salvo motivo grave apreciado por el Juez corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho”*. Para el nombramiento de tutor se atenderá al orden de preferencias que indica el artículo 234 del CC, el cual contempla en su párrafo segundo que *“al cónyuge que conviva con el tutelado”*.

Se puede ser representante legal de una persona no sólo por ser su tutor, sino también en el caso del declarado ausente, al cual, de conformidad con el art. 184 CC se le ha de nombrar un representante.

Las facultades de administración y disposición tendrán la extensión concretada en el art. 1389 del CC: *“El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, establezca cautelas o limitaciones. - En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial.”* Este precepto queda modificado tras la reforma de la LJV de 2015 en virtud de la cual se omite del artículo la expresión *“con previa información sumaria”*. El hecho de que se haya omitido no supone que el juez a la hora de transferir la administración no recabe cierta información al respecto y que ordene la transferencia por la simple petición del otro cónyuge.

Tras las declaraciones judiciales oportunas, el cónyuge administrador quedará facultado para administrar y disponer de los bienes gananciales, pero para poder disponer de bienes gananciales que sean establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios (salvo el derecho de suscripción preferente), necesitará obtener autorización judicial, la cual se obtendrá a través de procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 90.1.e LJV⁴³⁰).

PRETEL SERRANO⁴³¹ critica al párrafo segundo de este precepto porque entiende que las limitaciones que contiene no encajan bien con las legitimaciones individuales existentes en el Código Civil.

Puede ocurrir que el cónyuge al que se le transfieren las facultades de gestión acordadas por los tribunales se encuentre en una posición de actuación mucho

429 A colación de la materia que estamos tratando, la STS de 23 septiembre 2010 (RJ 2010\7136) versa sobre un caso de arrendamiento de inmuebles donde el marido es tutor de su esposa incapacitada, que al tratarse de un arrendamiento superior a 5 años -en concreto fue por 25 años- el TS consideró que debía considerarse un acto de disposición donde era necesaria la autorización judicial con la que no había contado el cónyuge tutor, por lo que el contrato era anulable.

430 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

431 PRETEL SERRANO, J.J., *“Artículo 1389 CC” Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 754.

más restringida que la que tendría si no hubiese pedido nada judicialmente. Además de las restricciones del artículo 1389.2 del CC, el tutor o representante legal quedará sujeto a las cautelas y restricciones que haya podido fijar el juez.

2.2.2.4. Atribución judicial de facultades de administración y disposición a un cónyuge en caso de que el otro se encontrare en imposibilidad de prestar su consentimiento, hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho: artículos 1388 y 1389 CC

Señala el artículo 1388 CC que *“Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia⁴³² o existiere separación de hecho”*.

El procedimiento para que el Juez pueda conferir las facultades del art. 1388 del CC⁴³³ es el procedimiento de jurisdicción de voluntaria, regulándose en los arts. 90 y ss de la LJV de 2015.

La competencia corresponde al juzgado de primera instancia del lugar donde esté o haya estado el último domicilio común. No se necesita la intervención de abogado y procurador, salvo que los intereses económicos que estén en juego sean superiores a 6000 euros. Se prevé el establecimiento de cautelas o limitaciones al cónyuge a quien se autorice para realizar actos de administración o disposición. Siempre que haya menores o personas con la capacidad modificada, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, para asegurar y velar por los intereses de éstos.

PRETEL SERRANO ⁴³⁴ analiza la transferencia de la administración que concede este precepto y señala las siguientes conclusiones:

432 El legislador no ha especificado qué debe entenderse por abandono de la familia, por lo que deberá ceñirse a aquellos casos en los que ha sido condenado penalmente como autor de un delito de abandono de la familia.

433 La SAP de Murcia (Secc. 4ª) de 6 octubre 2016 (JUR 2016\254080) señala con relación al art. 1368 que *“El precepto responde a la misma idea del art. 1388 CC, esto es, que durante la separación de hecho la sociedad de gananciales sigue en vigor, con obligación de atender las cargas propias del matrimonio, en este caso los alimentos de los hijos, pero se modifican las reglas generales en cuanto a la gestión del patrimonio común por esa situación anormal, la derivada de la ruptura de hecho de la convivencia entre los esposos. En este caso, los actos de administración y disposición realizados por uno solo de los cónyuges para atender los alimentos de los hijos tienen plena validez y vinculan a los bienes gananciales a su satisfacción, por el contrario, si no se han realizado en beneficio de dicha comunidad, el disponente responde frente a la misma de las cantidades dispuestas unilateralmente (arts. 1390 y 1391 CC)”*.

434 PRETEL SERRANO, J.J., “Artículo 1388 CC”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 752.

1. La transferencia de las facultades de la administración se produce por decisión de la autoridad judicial, por lo que mientras que ésta no sea firme se entenderá como no producida. Su justificación para actuar en el tráfico se encuentra en el testimonio mismo de la resolución judicial. Esto como norma general, pero también existe la posibilidad de que la resolución judicial acceda al Registro de la Propiedad art. 96.2 RH) mediante nota marginal, aunque esto es de escasa utilidad práctica porque normalmente los actos de administración no acceden al Registro de la Propiedad.
2. La transferencia se produce respecto de los actos de administración. El concepto de administración es un concepto económico y no jurídico (art. 1375 y 1376 CC), por lo que también puede comprender actos dispositivos (art. 1381 CC); además, se trata de administrar bienes propios, no ajenos, y en consecuencia, el concepto de administración debe entenderse en sentido amplio.
3. La transferencia estará vigente mientras subsista la situación de imposibilidad, abandono o de separación. Cuando cesen estas circunstancias será necesario una nueva resolución judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El artículo 1389 CC complementa al artículo 1388 CC al estipular: *“El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere en interés de la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. - En todo caso, para realizar actos de disposición, sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial”.*

Para el caso de enajenación de valores mobiliarios gananciales que figuren a nombre del cónyuge gestor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1384 del CC y no lo dispuesto en el art. 1389 CC.

2.2.2.5. Actos de administración realizados por uno solo de los cónyuges con beneficio exclusivo para él o con daño para la sociedad de gananciales

Como se ha examinado, en ocasiones, cuando se dan determinadas circunstancias se puede atribuir a uno de los cónyuges facultades para realizar ciertos actos de administración o disposición.

Puede ocurrir que dicha gestión se efectúe de manera irregular provocándose un daño a la sociedad o que se obtenga un beneficio exclusivo para el “cónyuge administrador”, como también puede pasar que se lleve a cabo una

actuación individual no permitida para la que era necesaria la actuación conjunta de los esposos.

El Código prevé que esto pueda pasar y regula un régimen específico de responsabilidades al que quedará sujeto el esposo que realice de manera indebida los actos para los que estaba autorizado o que realice actos sin estar autorizado.

Este régimen de responsabilidad lo recoge el Código en sus artículos 1390 y 1391, que pasamos a considerar.

Señala el art. 1390 que *“Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto”*⁴³⁵.

No es necesario que el otro cónyuge haya impugnado el acto (el cual puede ser válido para terceros), sino que puede hacer valer sus derechos sin necesidad de impugnación cuando se proceda a liquidar la sociedad de gananciales, limitando su juego a las relaciones internas entre los cónyuges.

Es necesario que se acredite el beneficio exclusivo de uno de los cónyuges o en su caso el daño a la sociedad de gananciales para que el cónyuge afectado pueda hacer valer sus derechos. Corresponde al cónyuge afectado demostrar el beneficio exclusivo obtenido por el otro o el daño ocasionado a la sociedad para que se pueda declarar la obligación de reintegrar. La obligación de reintegrar puede venir determinada por el acuerdo de los esposos o ser declarada por el juez en un procedimiento contradictorio.

La regla de este precepto se refiere a aquellos casos en los que un cónyuge puede quedar obligado a reintegrar a la sociedad de gananciales el valor por el que se haya enriquecido unilateralmente o intencionadamente haya dañado a la sociedad⁴³⁶.

Respecto de los actos en provecho propio del actuante, habrá que distinguir según esté o no formalmente legitimado para su realización. En caso de estarlo, el consorte afectado sólo podrá pedir la compensación al patrimonio ganancial del lucro indebidamente obtenido por aquél o dejado de obtener por el consorcio. Pero si el actuante careció de legitimación suficiente, el esposo afectado podrá también (aparte de lo anterior), impugnar el acto de acuerdo con los artículos 1322, 1377 o 1378 CC.

Sin embargo, no procederá el reintegro en aquellos casos en los que habiendo actuado individualmente y no estando legitimado para ello, no se perjudiquen

435 Sentencia relativa a una sociedad de gananciales donde se concede la administración y disposición a uno de los consortes, es la STS de 28 febrero 2001 (RJ 2001\2558): Tiene lugar el arrendamiento de local por parte de la esposa, separada de hecho y sin consentimiento de su consorte, a una sociedad integrada por ella y sus hijos, recibiendo las rentas en beneficio exclusivo suyo.

436 En esta línea destacan la STS de 2 diciembre 1997 (RJ 1997\8721) y la STS de 21 diciembre 2001 (RJ 2001\387).

los intereses del otro cónyuge en la sociedad de gananciales y la acción de anulabilidad haya prescrito.

Por su parte, el artículo 1391 CC predica: *“Cuando el cónyuge hubiere realizado 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”*.

Este artículo permite que se pueda rescindir el acto siempre que el tercero conozca la actuación fraudulenta llevada a cabo por el cónyuge titular formal⁴³⁷, donde dejaría ser de aplicación la regla contenida en el art. 1384 CC.

El cónyuge que hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte tendrá que abonar el beneficio obtenido y resarcir el daño ocasionado y además, el acto será rescindible⁴³⁸, aunque se entiende, que quizás lo que quiere decir es que sea anulable, porque por ello se aplica un plazo de 4 años para interponer la demanda, siendo un plazo de caducidad. En esta línea la STS 31 enero de 2006 (RJ 2006\363) dispone que: *“salvo que se acredite que la víctima del fraude conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado, en cuyo caso comenzará desde tal conocimiento efectivo”*.

2.2.2.6. Referencia al deber recíproco de información del art. 1383 del CC

El artículo 1383 CC recoge el deber de información que han de profesarse los cónyuges en los siguientes términos: *“Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya”*.

Este deber de información abarca tanto a las gestiones que realice un cónyuge sobre los bienes gananciales, como sobre los suyos propios, pero esto no quiere decir que haya que estar informando continua y periódicamente, sino que hay obligación de proporcionar dicha información siempre que el otro cónyuge pregunte o solicite saber en concreto o en general sobre la marcha de la situación económica de la sociedad de gananciales. Cuando la actividad económica se refiera a los bienes gananciales, el cónyuge que no tenga facilidades para obtener la información la requerirá a su consorte si la tiene quedando éste obligado a proporcionarla una vez se le solicite⁴³⁹.

La obligación nace una vez es requerida, en el momento en el que uno de los cónyuges muestre su deseo de conocer determinados aspectos económicos o la situación en general.

437 Vid. STS de 28 febrero 2001 (RJ 2001\2558)

438 GIMÉNEZ DUART, T., "La gestión de la comunidad de gananciales", A.D.C., Vol. 35, 1982-III, pág. 589, entiende que cuando el artículo 1391 CC sanciona como rescindibles los actos llevados a cabo por uno de los consorte en fraude de los derechos del otro, la rescisión en este caso no se plantea como un remedio subsidiario, sino más bien optativo, conclusión a la que llega por el uso que hace el CC del adverbio "además".

439 Vid. RDGRN de 29 julio 2010 (RJ 2010\5137)

Esta obligación de informar no implica que haya que estar proporcionando una información diaria y constante, ni tampoco se refiere a los gastos de bolsillo, pero sí a todos aquellos actos, gestiones, rendimientos que resulten relevantes para conocer el estado de la sociedad de gananciales y de los cuales el otro cónyuge tiene derecho a conocer y puede querer saber con exactitud en un momento determinado.

No hay que informar de todas las actividades que no generan ingresos pero sí de deudas y gastos notables, como los gastos que se deriven de las aficiones de uno de los esposos y que excedan de lo que pueda considerarse “gastos de bolsillo”. Como indica RAGEL SÁNCHEZ⁴⁴⁰ el problema radica en poder discernir los gastos relevantes de los llamados gastos de bolsillo.

También habrá que informar de sueldos, cargos, funciones que desempeñen los cónyuges cuyas retribuciones son gananciales.

Aunque pueda parecer que este deber de información no es tan importante como otras normas que rigen en materia de gananciales, no es así.

Es tan importante que incluso nuestro Código lo recoge como un motivo suficiente para poder dar por concluida a la sociedad de gananciales por decisión judicial, al disponer en su artículo 1393 que "*Concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguiente: ...4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas*".

En la práctica es frecuente el incumplimiento de este deber, incluso se le ha llegado a llamar “infidelidad financiera”, consistente en ocultar al otro cónyuge la apertura de cuentas corrientes, productos de inversión, contratación de préstamos... en general, la realización de cualquier actividad económica al margen o a espaldas del otro esposo.

Esta “infidelidad financiera” es particularmente grave en matrimonios casados en régimen de gananciales, donde la información es un deber y un derecho que tienen los esposos⁴⁴¹ (art. 1383 CC).

La negativa a facilitar información al cónyuge que la solicite, una vez requerido para ello, si es constante y reiterada implica un grave incumplimiento del deber de información siendo causa de disolución de acuerdo con lo recogido en el art. 1393.4º CC.

440 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Capítulo 24... » *op. cit.* pág. 1029

441 La SAP Segovia (Secc. Única) de 22 noviembre 2001 (AC 2001\2497) declara abiertamente la obligación de información recíproca que existe entre los cónyuges, con su consiguiente obligación de rendición de cuentas. En el presente caso, la actora reclamaba que se declarara el carácter ganancial de las rentas del arrendamiento de determinados locales comerciales de los que su esposo era titular proindiviso y que se le condenara al mismo a rendir cuentas. El artículo 1383 CC expresa la colaboración que en un contexto “*bona fides*” debe imperar entre personas vinculadas pro razón de matrimonio; pero quebranta la “*fides pacti*” en las relaciones de los esposos, no resultando posible hacer exigible esa obligación.

Otras veces, es el propio Código Civil el que impone directamente que se informe al otro cónyuge, cuando dice que “*ha de hacerse con el conocimiento del otro cónyuge*”, como ocurre en el ya examinado artículo 1382 CC.

Traigamos a colación como los socios de una sociedad -sea personalista o capitalista- tienen un derecho de información frente a la sociedad⁴⁴². Respecto de estas sociedades tiene un carácter auxiliar en relación con otros derechos y atribuciones que se reconocen a los socios. Destaca CAMPUZANO⁴⁴³ la naturaleza instrumental de este derecho que debe reconocerse a todos los socios para la defensa de sus intereses en la sociedad y en atención a un mejor desarrollo del interés social. El hecho de que los socios tengan intereses diversos y dispares, no es motivo para admitir la desigualdad en la atribución a los socios del derecho de información.

2.3. Administración y disposición de acciones y participaciones privadas

El hecho de que los cónyuges estén casados bajo el régimen económico de gananciales no les impide poder administrar su patrimonio privativo. El artículo 1381 CC reconoce esta facultad a los esposos y aunque no exista una norma idéntica respecto los actos de disposición, se deduce que también puede disponer unilateralmente de sus bienes privativos al tomar como referencia el artículo 6 Ccom el cual permite que el cónyuge comerciante pueda enajenar e hipotecar sus bienes privativos incluyendo su empresa privativa.

Sin embargo, este reconocimiento para realizar actos de administración y disposición unilateralmente sobre bienes propios no está exento de limitaciones.

La limitación principal es la que se refiere a los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. El artículo 1320.1 CC establece expresamente que “*Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial*”⁴⁴⁴.

Igual limitación contiene el art. 1321 CC al referirse a las ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual de los esposos y pertenezcan privativamente a uno de ellos, no podrá disponerse “*mortis causa*” de los mismos, los cuales se entregarán al cónyuge supérstite sin computárselo a su haber.

442 La LSC se ocupa del mismo en el art. 196 con relación a la sociedad limitada y en el art. 197 referido a la sociedad anónima.

443 CAMPUZANO, A.B., “Las clases de acciones: tipología y limitaciones”, en *Estudios jurídicos sobre la acción*, dirigido por A.B. VEIGA COPO, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 65.

444 Añade el art. 1320.2: “*La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*”.

El 1383 CC también se podría concebir como una limitación en términos amplios en tanto en cuanto, impone el deber de informar de los rendimientos que produzcan sus bienes y negocios privativos⁴⁴⁵.

De conformidad con lo expuesto, en aquellas casos en los que uno de los cónyuges sea titular de acciones o participaciones con carácter privativo, sin perjuicio de que los ganancias y dividendos obtenidos de la sociedad tengan carácter ganancial, corresponderán en exclusiva los actos de administración y disposición sobre las mismas al cónyuge titular.

3. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. Introducción a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En particular la causas de disolución

La disolución y liquidación de la sociedad de gananciales aparece regulada en la Sección Quinta del Libro IV, Título tercero del Código Civil, en los artículos 1392 a 1410.

La disolución de la sociedad de gananciales produce como efecto el cese de la existencia de una comunidad dinámica de bienes, convirtiéndose en una comunidad estática pendiente de liquidación y partición.

La sociedad de gananciales puede terminar de manera automática (por ministerio de la Ley), por alguna de las causas que recoge el artículo 1392 CC o por decisión judicial a instancia de uno de los cónyuges como indica el artículo 1393 CC. Además, el art. 1393 en su último párrafo hace una remisión a las reglas contenidas en los artículos 1373 y 1374 del CC.

El artículo 1392⁴⁴⁶ señala que *“La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1º Cuando se disuelva el matrimonio. 2º Cuando sea declarado nulo. 3º Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges. 4º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”*.

445 Se entiende que la obligación de informar se extiende a la adquisición de bienes privativos por título gratuito. RDGRN 16 julio 2009 (RJ 2009\5552).

446 El art. 1392 ha sido objeto de reforma por la LJV de 2015.

Respecto a las causas de disolución enumeradas en el citado precepto, DE LOS MOZOS⁴⁴⁷ declara que la sociedad ganancial se disuelve “*porque cesa la vida en común, o porque los cónyuges quieren organizar su convivencia de otro modo*”.

En esta misma línea se pronuncia el artículo 95.1 CC al disponer que “*La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto*”⁴⁴⁸.

Frente a las causas automáticas de disolución se encuentran las que facultan a uno de los cónyuges a pedir al Juez que decrete la disolución de la comunidad ganancial, a las que se refiere el artículo 1393 CC al disponer que “*También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, ausente o en quiebra*”⁴⁴⁹ o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. - Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiera presente la correspondiente resolución judicial. - 2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos de disposición o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. - 3º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o abandono del hogar. - 4º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.”. Añade el precepto: “*En cuanto a la disolución de la sociedad por embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código*”. En este último párrafo la remisión se refiere a las reglas contenidas en los artículos 1373 y 1374 CC.

Del análisis de los dos preceptos citados concluye ALBÁCAR⁴⁵⁰ que realmente en siete de las ocho causas que dan lugar a la disolución de la comunidad se requiere la intervención y decisión judicial, con el matiz de que las contenidas en el art. 1393 CC generan una resolución judicial específicamente disolutoria de la comunidad conyugal en tanto en cuanto son fruto de una acción dirigida a tal fin. Por nuestra parte debemos señalar que al permitirse en ciertos casos el

447 DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1392 a 1395 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII vol. 2º, artículos 1344 a 1410 del Código Civil, Edersa, Madrid. (Id. vLex VLEX-262555).

448 El precepto añade: “*Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte*”.

449 La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, derogó la diferencia que tradicionalmente existía en nuestro Derecho en los procedimientos universales de ejecución, que distinguía entre quiebra (aplicable a los comerciantes) y concurso (para los no comerciantes), regulando un único procedimiento concursal aplicable a cualquier caso de insolvencia. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal -en vigor desde el 1 de septiembre de 2020-, sigue el mismo criterio.

450 ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo IV, Madrid, 1991, pág. 1004.

divorcio y la separación no judicial, este razonamiento de ALBÁCAR debe ser adaptado.

La disolución del matrimonio lleva consigo la del régimen matrimonial, ya que ambos se necesitan para poder existir. No es posible matrimonio sin régimen matrimonial y viceversa. El artículo 85 CC declara que *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*. A tenor de lo dispuesto, la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio supondrán la extinción del matrimonio y con ello, la del régimen matrimonial.

El momento a partir del cual comenzarán los efectos de la disolución de la comunidad ganancial serán para el caso de muerte de un cónyuge, desde la fecha de su fallecimiento⁴⁵¹; para el supuesto de declaración de fallecimiento, la fecha en la que se determine judicialmente de acuerdo con el artículo 195 CC⁴⁵²; y para el caso de divorcio⁴⁵³, nulidad o separación, la fecha de la firmeza de la sentencia o decreto, o la fecha de la escritura pública, según lo dispuesto en el artículo 95 CC.

Para los casos de nulidad, separación y divorcio debemos distinguir:

- Cuando el matrimonio sea declarado nulo (art. 73 CC), la sociedad de gananciales se disolverá una vez sea firme la resolución que declare la nulidad del matrimonio⁴⁵⁴. Declarar un matrimonio nulo supone constatar que el mismo nunca existió. No obstante el mismo ha producido efectos y no todos quedarán invalidados. El artículo 79 CC -regulador de la figura del “matrimonio putativo”- establece que *“La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. - La buena fe se presume”*.

El matrimonio putativo es aquel que se ha declarado nulo, pero que produce efectos por ministerio de la Ley respecto de hijos siempre, y respecto del cónyuge o cónyuges que lo hubieran contraído de buena fe.

De manera que, habiendo contraído ambos cónyuges matrimonio de buena fe y rigiendo en el mismo el régimen de gananciales, les será de aplicación además de lo dispuesto en el art. 79 CC, el régimen de liquidación de gananciales como si el matrimonio hubiese sido válido hasta la declaración de nulidad.

451 La Sentencia del TS de 21 noviembre 1987 (RJ 1987/8638) se ocupa de un caso en el que se disuelve la sociedad de gananciales por fallecimiento de la esposa y el marido pretende que la comunidad responda de las deudas que ha contraído tras la disolución de la sociedad de gananciales aún no liquidada. A lo que el TS responde que la sociedad de gananciales no responde de las deudas contraídas por el esposo en este período.

452 Art. 195 CC: *“Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario”*. Conforme al art. 74 de la LJV de 2015, el Decreto del Letrado de la Administración de Justicia que declare el fallecimiento de una persona, expresará *“la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte”*.

453 Vid. STS 18 marzo 2008 (RJ 2008\2941), la STS 17 marzo 2010 (RJ 2010\2403), STS 28 mayo 2019 (RJ 2019\2165), STS de 27 septiembre 2019 (RJ 2019\4033) entre otras.

454 La STS de 18 diciembre 1981 (RJ 1981\5273) trata la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio contraído en el extranjero por católicos.

Si sólo uno de los cónyuges hubiese contraído matrimonio de buena fe, dicho cónyuge podrá optar por liquidar el régimen matrimonial según las normas del régimen de gananciales o por las normas del régimen de participación (arts. 1395 y 95.2 del CC)⁴⁵⁵.

La última de las posibilidades que podemos encontrar es que ambos cónyuges hubiesen obrado de mala fe. En tal caso de conformidad con el art. 95.1, 95.2 y el art. 1395 CC el régimen de gananciales se disuelve sin especialidad alguna, más allá de que la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos en el ámbito del régimen económico matrimonial⁴⁵⁶.

Indicábamos en líneas anteriores que la disolución de la sociedad de gananciales puede deberse tanto a causas extrajudiciales como a judiciales.

Entre las primeras estaría la muerte de uno de los esposos, el pactar en capitulaciones un régimen distinto al de gananciales o por la separación o divorcio ante notario. Asimismo, también son causas extrajudiciales de disolución, el decreto de separación o divorcio o declaración de fallecimiento de uno de los esposos declarada por el secretario judicial.

A partir de la LJV de 2015 se permite la separación o el divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, siempre y cuando no existan menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente y que dependan de sus progenitores.

Se plantean dudas en torno a la separación de hecho, si es posible o no que ésta pueda disolver la sociedad de gananciales. ¿Queda disuelta la sociedad de gananciales cuándo se produce la separación de hecho, o hay que estar a la sentencia de separación o divorcio? Una primera respuesta nos la ofrece el art. 1393.3.º que permite solicitar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales en los casos de separación de hecho que haya durado más de un año, lo que nos lleva a entender que por sí sola la separación de hecho no extingue la sociedad de gananciales.

La regla general es que la disolución de la sociedad de gananciales se produce por sentencia firme de separación o divorcio⁴⁵⁷- o por la firmeza del decreto

455 Art. 1395 CC *“Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta Sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”*.

456 Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 1395”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 767.

457 Vid. STS 18 marzo 2008 (RJ 2008\2941), la STS 17 marzo 2010 (RJ 2010\2403), STS 28 mayo 2019 (RJ 2019\2165), STS de 27 septiembre 2019 (RJ 2019\4033) . La STS de 28 mayo 2019 (RJ 2019\2165) en relación con la disolución de la sociedad de gananciales, para determinar el momento en el que ésta se produce recurre al análisis de interpretación de los artículos 95 y 1392.1 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial. Por su parte, en cuanto a la liquidación se refiere, la STS 3 febrero 2006 (RJ 2006/622): declara la ineficacia de la liquidación contenida en documento privado, por tratarse de una separación de hecho.

La STS de 27 septiembre 2019 (RJ 2019\4033) manifiesta que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho cuando se disuelve el matrimonio y es la sentencia firme la que produce la disolución del régimen económico matrimonial. La sociedad de gananciales va a

correspondiente o la fecha de la escritura pública. Lo que ocurre es que la regla general tiene excepciones, ya que en ocasiones la jurisprudencia⁴⁵⁸ varía su criterio para adaptarse y actuar conforme al principio de buena fe de la realidad social, entendiendo que la separación de hecho disuelve la sociedad de gananciales, eso sí, siendo necesario que para ello concurren una serie de requisitos. Tales requisitos son, que haya cesado de manera efectiva la convivencia conyugal, que no se trate de una simple interrupción en el tiempo, que sea un cese serio, prolongado, acreditado o confirmado por los actos correspondientes a obtener la formalización judicial de esa separación o divorcio; además, que haya una voluntad de poner fin a la sociedad, en el sentido de actuar económicamente de tal manera que se evite la confusión de patrimonios⁴⁵⁹.

Como causas judiciales, habría que distinguir cuando se produce de manera automática, como es la sentencia de separación, nulidad o divorcio de los

sobrevivir a pesar de la separación de hecho, si bien, cabe la posibilidad de que se rechace la pretensión del cónyuge a reclamar derechos sobre los bienes en cuya adquisición no ha contribuido por haberse producido durante el periodo de separación.

458 Son muchas las sentencias que tratan esta cuestión. Por ejemplo, la STS de 23 diciembre 1992 (RJ 1992\10653) declara que *“la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde a la realidad social”*. Parecida declaración vuelve hacer el TS en sentencia posterior de 27 enero 1998 (RJ 1998\110): *“la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges”*. En el momento en el que se rompe la convivencia conyugal desaparece la posibilidad de reclamar derechos sobre bienes a cuya adquisición no contribuyeron ambos esposos, de lo contrario supondría un abuso de derecho, así como se trataría de una conducta contraria a la buena fe.

La SAP de Granada (Secc.5ª) de 1 junio 2012 (JUR 2012\324735) entiende disuelta la sociedad de gananciales desde la separación de hecho y no desde la sentencia de divorcio, por ello todos los créditos y deudas posteriores no pueden ser tenidos como gananciales.

459 La STS de 21 febrero 2008 (RJ 2008/1701) se ocupa de una separación de hecho con ruptura irreversible de la convivencia no habiendo posibilidad de incluir en la sociedad de gananciales los bienes obtenidos por los cónyuges en este periodo. Se entiende que con esta separación de hecho se pierde el sentido, la función y finalidad de la comunidad conyugal. El marido empieza una nueva relación con otra señora, por lo que en este caso la separación de hecho es tenida en cuenta para concretar el momento en que se debe entender disuelta la sociedad de gananciales, lo que deberá ser objeto de cumplida prueba. Si la falta de convivencia es probada y como decíamos irreversible, se entiende que la sociedad de gananciales ha dejado de existir, aunque como en el caso que trata esta sentencia, el marido hubiese otorgado testamento ológrafo favoreciendo a su mujer (de la que se había separado). Porque a pesar de esto, el matrimonio estaba roto y así lo manifestaban los ex esposos.

Sin embargo, si existe separación de hecho previa, pero se mantiene la unión patrimonial, porque no hay separación de cuentas, de ingresos, de nóminas, no se tendrá en cuenta a efectos de la disolución de la sociedad de gananciales la fecha en la que tuvo lugar la separación de hecho, sino que habrá que estar a la sentencia de separación o divorcio. Como ejemplo de ello, citamos la sentencia del TS de 26 abril 2000 (RJ 2000\3230), que mantiene el carácter ganancial de la nave industrial adquirida tras la separación de hecho libre y mutuamente consentida, porque hay una inexistencia de voluntad inequívoca consentida de poner fin al régimen económico matrimonial.

La STS 27 enero 1998 (RJ 1998\110) trata un caso de separación de hecho donde queda claro la exclusión del fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia entre los cónyuges. No se le pueden reclamar a la mujer derechos por los bienes en cuya adquisición no contribuyó.

cónyuges, de las que se producen a petición de uno de los cónyuges, que son a los que se refiere el art. 1393 CC⁴⁶⁰.

El momento a partir del cual se entiende disuelto el matrimonio para los casos de sentencia de nulidad, separación o divorcio es cuando adquiere firmeza la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio, o el decreto correspondiente. Este ha sido el pronunciamiento de numerosas sentencias tales como: la STS 18 marzo 2008 (RJ 2008\2941), la STS 17 marzo 2010 (RJ 2010\2403), STS 28 mayo 2019 (RJ 2019\2165), STS de 27 septiembre 2019 (RJ 2019\4033), entre otras muchas.

Para aquellos casos en los que la disolución de la sociedad de gananciales se produce por decisión de los cónyuges, los efectos de la disolución se producirán desde la firmeza del decreto del secretario judicial o desde que los cónyuges lo manifiesten ante notario mediante escritura pública.

También se disolverá la sociedad de gananciales cuando los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales un régimen distinto, o cuando acuerden en capitulaciones disolver la sociedad de gananciales, pero sin pactar un nuevo régimen, en cuyo caso regirá el de separación de bienes, ya que es el supletorio de segundo grado (art. 1435.2.º CC).

Será también posible que los cónyuges pacten en capitulaciones que el régimen de gananciales se disolverá cuando se cumpla la condición resolutoria o el término final que hubiesen establecido en las mismas.

El CC contempla en el art. 1393 una serie de causas cuya concurrencia permiten a uno de los cónyuges acudir al juez solicitando la extinción del régimen de gananciales: *“También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:*

1º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, ausente o en quiebra⁴⁶¹ o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. - Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial”. En los casos de incapacitación, ausencia o prodigalidad, concurso de acreedores o abandono de la familia, se produce un supuesto de pre-judicialidad. Para que proceda la disolución judicial de la sociedad de gananciales en todos estos casos es necesario que las causas citadas hayan sido declaradas por una sentencia judicial previa, -o en

460 La STS de 16 febrero 1999 (RJ 1999\1241) enjuicia un supuesto de sociedad de gananciales que se disuelve por decisión judicial ya que los esposos llevaban separados de hecho más de un año, los cónyuges vivían en domicilios separados y además había un incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre la marcha de los rendimientos económicos: cuentas bancarias abiertas a nombre del esposo, desconocimiento de éstas por parte de las esposa, así como disposiciones hechas por el esposo, ignorancia total de la mujer de la rentabilidad que proporcionaban las fincas gananciales.

461 Como antes señalamos la tradicional distinción entre quiebra y concurso fue superada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal -en vigor desde el 1 de septiembre de 2020-, sigue el mismo criterio.

caso de ausencia, un Decreto del Letrado de la Administración de justicia-, siendo una resolución penal condenatoria para el caso de abandono del hogar.

2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos de disposición o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.” La expresión “venga realizando” se refiere a que no puede tratarse de un hecho aislado, sino que tiene que ser repetitivo, en el sentido que se trate de un conjunto de actuaciones

3º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o abandono del hogar”. La ratio de esta causa es el hecho de que falta el fundamento básico del matrimonio que es la convivencia conyugal.

4º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas”, causas que debemos relacionar con el art. 1383 del CC: “*Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya*”.

Añade el precepto: “*En cuanto a la disolución de la sociedad por embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código.*” En este último párrafo la remisión se refiere a las reglas contenidas en los artículos 1373 y 1374 CC. El artículo 1373 CC prevé la posibilidad de instar la disolución de la sociedad de gananciales cuando se pretendan embargar bienes gananciales como consecuencia de las deudas privativas de uno de los cónyuges. Se otorga al cónyuge no deudor la posibilidad de evitar que se embarguen bienes gananciales exigiendo “*que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla*”⁴⁶². El régimen que instaura el art. 1374 CC es el de separación de bienes en sentido estricto, sin modificación alguna, que quedará

462 El art. 541 de la LEC 1/2000, que tiene por rúbrica “*Ejecución de bienes gananciales*”, regula procesalmente la norma del artículo 1373 CC. Dice así el art. 541: “1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales. - 2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente. ‘3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes. - 4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales”.

regulado por los artículos 1435 y ss del CC, ello, *“salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales”*.

3.2. La comunidad postganancial

Una vez que se produce la disolución de la sociedad de gananciales y hasta que se realiza la liquidación del patrimonio, se forma la llamada comunidad postganancial. Para GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁶³ la comunidad postganancial es una comunidad distinta a la ganancial, se trata de una situación interina hasta que se liquida la comunidad de gananciales, que en ocasiones se puede prolongar en el tiempo. *“El conjunto de bienes gananciales preexistentes pasa a constituir una comunidad de ambos cónyuges o ex cónyuges (del sobreviviente y los herederos del premuerto, o de los herederos de ambos fallecidos) sobre el patrimonio global, diferente de la comunidad germánica ganancial, sin que puede entenderse que los titulares sean comuneros por cuotas de todos y cada uno de los bienes que conforman dicha comunidad”*.

El Código Civil no concreta las normas por las que ha de regirse esta comunidad tan sólo se limita a decir en su artículo 1396 CC lo siguiente: *“Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.”* El Código tampoco ha previsto un plazo para pedir la liquidación de la sociedad, pudiendo ésta permanecer en estado de indivisión de manera indefinida.

Tampoco la Ley 11/1981 introdujo reglas por las que esta comunidad debía regularse. El problema radica en saber cómo regir los bienes que la componen, cuestión especialmente interesante cuando se prolonga durante mucho tiempo hasta que se produce la liquidación. Los bienes y deudas que integraban la sociedad de gananciales ya no pueden quedar sometidos a las reglas que la regulaban puesto que ésta se ha disuelto, por lo que hay que determinar por qué normas se rige el patrimonio aun no dividido.

La comunidad postganancial posee una naturaleza especial debido a la particularidad de sus rasgos. No son los de una comunidad ordinaria ni germánica, tampoco son los de la sociedad de gananciales, ni los de la comunidad hereditaria.

Como características más destacadas de esta comunidad podemos señalar las siguientes:

- Los bienes que formaban parte de la sociedad de gananciales son ahora titularidad de los ex cónyuges o en su caso, del cónyuge supérstite y los

463 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales y las acciones y participaciones sociales de carácter ganancial”, en *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, coord. por E. Llamas Pombo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 1007.

herederos llamados del premuerto. Existe el mismo vínculo personal que ya existía en la sociedad de gananciales.

- Al igual que en la sociedad de gananciales, la cuota que ostentan los titulares del patrimonio postganancial es una cuota abstracta. Dicha cuota se mantendrá así hasta que se produzcan las correspondientes operaciones liquidatorias.

- El patrimonio del que se compone la comunidad postganancial es un patrimonio separado, que no se confunde ni activa ni pasivamente con los bienes y deudas privativos de los titulares.

- Este patrimonio postganancial se verá aumentado por las rentas o incrementos que se deriven de los frutos o rentas que generen los bienes gananciales, así como de la de los frutos privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución o el cobro de créditos. Asimismo, este patrimonio se reducirá por las deudas contraídas con anterioridad a la disolución y por las que se generen por alimentos (art. 1408 CC), así como por gastos de administración o gestión. No obstante, este patrimonio no se verá aumentado con las rentas de trabajo, ni capital, ni con los frutos procedentes de bienes privativos que pertenecen a su titular.

- Este patrimonio no asume nuevas deudas, lo que no quita que siga respondiendo de las obligaciones contraídas vigente la sociedad de gananciales, pero las contraídas posteriormente por cualquier título recaerán sobre su propio patrimonio, siendo admisible que los acreedores puedan pedir el embargo de la cuota abstracta que tenga sobre el patrimonio común, quedando ésta concretada en bienes determinados al producirse la división y adjudicación (nunca antes de este momento).

Partiendo de todas estas especialidades que definen y caracterizan a la comunidad postganancial se puede concluir, que se trata de una comunidad con cierta autonomía y de carácter transitorio. En el caso de que se mantenga durante mucho tiempo en estado de indivisión o que no se desee hacer una división, se perderá la esencia así como el fin mismo de dicha comunidad, convirtiéndose en una masa de bienes en proindiviso o incluso en una comunidad empresa en el caso de que los bienes que la formen sean objeto de explotación.

La jurisprudencia⁴⁶⁴ manifiesta que esta nueva comunidad no puede mantener el mismo régimen que tenía la anterior, sino que debe de ser el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el total ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que la integran. La cuota será abstracta hasta que se produzcan las pertinentes operaciones liquidatorias.

464 Vid. SSTS 21 noviembre 1987 (RJ 1987\8638) y 8 octubre 1990 (RJ 1990\7482). La STS de 17 febrero 1992 (RJ 1992\1258) afirma que durante el periodo de tiempo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y la liquidación de la misma, surge una comunidad postmatrimonial formada por los bienes que componían la sociedad de gananciales, lo que ocurre es que dicha comunidad no se podrá regir por las normas que regulaban la sociedad de gananciales, sino que quedará sometida a las normas que regulan la comunidad ordinaria.

Asimismo, la jurisprudencia ha entendido en numerosas sentencias⁴⁶⁵ que aunque sus titulares sean partícipes de una comunidad ordinaria, ésta no reúne las características de una comunidad de tipo romano, sino que se trata de una comunidad de naturaleza especial⁴⁶⁶.

Se concibe al patrimonio como una unidad, pero está integrado por un conjunto heterogéneo de bienes, derechos y obligaciones, sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que finalice el estado de indivisión con la partición⁴⁶⁷.

Los actos de disposición sobre los bienes integrantes de esta comunidad requieren el consentimiento unánime de todos miembros de la misma⁴⁶⁸.

La DGRN⁴⁶⁹ también reconoce que disuelta la sociedad de gananciales pero aun sin liquidar, los cónyuges no pueden disponer individualmente de una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran.

Pueden ser sujetos de la comunidad postganancial o bien los cónyuges, o en caso de haber fallecido uno de ellos, titulares de la comunidad hereditaria -los herederos del fallecido y, en caso de existir, los legatarios de parte alícuota⁴⁷⁰.

Si muriese uno de los partícipes antes de efectuarse la partición y tuviese a su vez más de un heredero, se creará una comunidad hereditaria sobre la cuota del partícipe fallecido. En tal caso señala el art. 1055 CC: *“Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación”*.

465 La STS 28 septiembre 1993 (RJ 1993\6657), STS 8 marzo 1995 (RJ 1995\2158), STS 17 octubre 2006 (RJ 2006\6561).

466 La STS 7 noviembre 1997 (RJ 1997/7937) dispone que *“La remisión contenida en el artículo 1410 del Código Civil permite mantener que nos encontramos durante el periodo transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares ambos cónyuges; esos bienes comunes se verán incrementados si producen frutos, pero no con los bienes privativos ni sus productos o el trabajo de cada cónyuge, precisamente por el cambio de régimen económico matrimonial y el acogimiento al de separación de bienes”*.

467 STS 23 diciembre 1992 (RJ 1992/10689) nos encontramos ante dos sociedades de gananciales sucesivas, donde se aclara que las plantaciones de eucaliptos realizadas durante el primer matrimonio no son bienes gananciales pertenecientes a las segundas nupcias. En cuanto al régimen de los beneficios obtenidos en la fase liquidatoria. Se establece una comunidad de tipo germánico.

468 La STS de 10 junio 2010 (RJ 2010/5387) trata sobre el arrendamiento de una vivienda ganancial por el plazo de 15 años, celebrado por el cónyuge supérstite y por alguno de los herederos del cónyuge fallecido, sin que hayan concurrido los demás herederos, por lo que se declara la nulidad de dicho arrendamiento, con la obligación además de restituir y abonar en concepto de frutos civiles la diferencia entre la renta pactada y el precio de mercado del arrendamiento. Estamos ante una comunidad postganancial donde las relaciones entre los titulares es la de una comunidad hereditaria y los actos de disposición sobre la cosa común deben contar con la voluntad de todos los comuneros.

469 Destacan en este sentido las siguientes RRDGRN 28 febrero 1992 (RJ 1992\2881), 10 octubre 1998 (RJ 1998\7223), 19 noviembre 2007 (RJ 2008\386).

470 La STS 28 septiembre 1993 (RJ 1993\6657) recoge un caso de disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, en el que se dispone de los bienes que formaban dicha sociedad, antes de haber procedido a la liquidación y sin contar con la intervención de todos los partícipes.

El activo de esta “nueva” comunidad continuará respondiendo de las deudas de la sociedad de gananciales, pero las deudas contraídas por uno de los cónyuges o excónyuges con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales serán deudas propias del sujeto que las haya contraído. Lo que sí podrán hacer los acreedores será solicitar para su cobro que se embarguen los derechos que al deudor le pudieran corresponder al tiempo de la liquidación de la comunidad postganancial⁴⁷¹.

Respecto del modo de pago de las deudas de la sociedad de gananciales contraídas durante el matrimonio, la norma general es que sean pagadas por los dos ex cónyuges por mitad. Si bien, puede ocurrir que la resolución judicial por la que se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales haya dispuesto cómo debe hacerse. Para el supuesto de haberlo previsto si uno de los excónyuges incumple y el otro es el que cumple, en el momento de la liquidación se podrá pedir que la deuda se incluya en el pasivo de la sociedad o instar la ejecución de la sentencia reclamando la mitad de lo pagado. De no haber previsto la resolución judicial el modo de contribuir a las deudas, y es uno de ellos el que las satisface de manera voluntaria, cabría de nuevo esperar a la liquidación para incluirlo en el pasivo, sin embargo, no se podría pedir la ejecución de la sentencia, lo que resulta obvio, porque no ha habido sentencia que determinara el modo de contribución, del mismo modo que tampoco cabría exigirlo por vía ordinaria, ya que al no estar liquidada la sociedad, no puede pretender uno de los ex esposos que le sean resarcidos los pagos efectuados por deudas de la sociedad [SAP de Jaén (Secc. 2ª) 11 abril 2002 (JUR 2002\154322)].

Un rasgo atípico de la comunidad postganancial que la separa y diferencia de la sociedad de gananciales, es la posibilidad de ser transmitida.

Los miembros de dicha comunidad tienen un derecho de copropiedad sobre los bienes que forman la comunidad que no pueden transmitir de manera individual, lo que sí pueden transmitir es su derecho abstracto de copropiedad sobre la globalidad.

No transmiten los bienes que forman la comunidad pero sí el derecho que el partícipe ostenta sobre la misma. Derecho que quedará materializado una vez se proceda a la partición.

La transmisión del derecho podrá hacerse a título oneroso o gratuito, por título “*inter vivos*” o “*mortis causa*”, y podrá inscribirse de forma marginal en el Registro de la Propiedad donde consten los bienes inmuebles, aunque no se podrá llevar a cabo el cambio de titularidad del bien hasta que no se realice la partición y se adjudiquen a cada uno de los comuneros bienes o cuotas

471 Dispone la STS 21 noviembre 1987 (RJ 1987/8638) que disuelta la sociedad de gananciales por el fallecimiento de la esposa, pero aún no liquidada la sociedad, ésta no responderá de las deudas contraídas por el marido en este período. Durante este periodo, los bienes forman una cotitularidad ordinaria, donde cada comunero tiene una cuota abstracta sobre el “totum” ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que la integran. Hasta que no se realicen las operaciones liquidatorias pertinentes, dicha cuota no quedará individualizada y entregada a cada uno de los comuneros.

concretas. Las normas que regirán para llevar a cabo dicha transmisión son las contenidas en el artículo 399 CC relativa a la posibilidad de transmisión de la parte que corresponda a cada propietario en la comunidad de bienes, el artículo 1532 CC sobre la transmisión de créditos o derechos, el art. 1067 CC en la comunidad hereditaria. Los límites que se puede imponer a la transmisión del derecho abstracto de copropiedad son las que se imponen a los comuneros, como es el derecho de retracto entre comunero, pudiendo uno de ellos ejercitarlo y obtener por el mismo precio el derecho a la cuota abstracta que pertenecía al otro.

Una vez se produce la disolución del régimen ganancial, las reglas que regían durante su vigencia no serán de aplicación a la comunidad postganancial, al no haber ya una comunidad dinámica de ingresos y gastos. Tampoco habrá cabida para la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC⁴⁷².

Al no aplicarse las normas propias de la sociedad de gananciales a la comunidad postganancial habrá que determinar cómo se va a regir ésta durante su existencia.

Por lo pronto regirá lo dispuesto el artículo 1435.3 CC, lo cual aparece corroborado por la jurisprudencia -por ejemplo, por la STS 14 abril 1992 (RJ 1992\10724) que determina que los cónyuges separados judicialmente les será de aplicación el régimen de separación de bienes.

Durante la vigencia de la comunidad postganancial se pueden apreciar distintos tipos de bienes como ocurría durante el régimen ganancial. Cabrá hablar de bienes gananciales y bienes comunes, entendiendo que los primeros son los bienes comunes matrimoniales existentes al tiempo de la extinción de la comunidad de gananciales -y algún otro como señalamos a continuación- y los segundos los “postgananciales”. También existirán bienes privativos de cada cónyuge o ex cónyuge, siendo éstos los que siempre tuvieron esta calificación durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y aquellos adquiridos durante la comunidad postganancial que no llegan a integrarse en la comunidad como, por ejemplo: los obtenidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges o excónyuges, los rendimientos de las empresas y establecimientos fundados con bienes privativos, los dividendos de acciones o participaciones privativas, los que se adquieran con fondos privativos, las cantidades percibidas por las pensiones de la jubilación, entre otras.

La comunidad postganancial puede prolongarse en el tiempo⁴⁷³ y puede ser que mientras esté vigente sus integrantes adquieran bienes y derechos.

472 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Capítulo 26... » *op. cit.*, pág. 1289.

Declaró la STS de 17 marzo 2010 (RJ 2010\2403) que estando recurrida la sentencia de separación el marido adquiere dos apartamentos, en este momento ya no opera la presunción de ganancialidad por lo que se sobre entiende que la adquisición de dichos inmuebles no se hizo con dinero ganancial.

473 Manifiesta la RDGRN 6 septiembre 2005 (RJ 2005\9799), que a pesar de que el artículo 1396 del CC determine que “*Disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad...*” no existe plazo legal para que los cónyuges deban practicar las operaciones de liquidación, pudiendo por tanto,

Durante la vigencia de la comunidad postganancial no rige la presunción de ganancialidad de 1361 CC, de modo que, para poder entender que son gananciales bienes adquiridos durante la misma, la persona que los adquiera deberá probar que para su adquisición se utilizaron fondos gananciales. De no poderse probar, el bien adquirido será considerado privativo automáticamente. Sería considerado como ganancial por el principio de subrogación real, donde el bien adquirido ocuparía el lugar del bien empleado para su adquisición. Para ser considerado como privativo resalta RAGEL SÁNCHEZ⁴⁷⁴ que *“cabe pensar que la salida de fondos gananciales destinados a la adquisición de nuevos bienes, al exigir el consentimiento de todos los partícipes, supondría una partición parcial de la comunidad postganancial, que se habrá reducido por acuerdo de sus partícipes, con lo que el bien adquirido será privativo, correspondiendo a cada partícipe una parte indivisa sobre el mismo”*. Este autor⁴⁷⁵ se inclina más por una posición intermedia al declarar que la solución más adecuada es *“considerar que los bienes adquiridos con fondos gananciales se subrogan en el lugar que tenían éstos, salvo que los partícipes manifiesten haber realizado una partición parcial de la comunidad, en cuyo caso los bienes adquiridos serán privativos, correspondiendo con ese carácter una parte indivisa sobre los mismos a cada partícipe”*.

Las ganancias y frutos que provengan de empresas y bienes gananciales conservarán su carácter común durante el tiempo que perdure la comunidad postganancial.

Las mejoras que se realicen en los bienes gananciales tendrán la condición ganancial del bien al que se incorporan, sin perjuicio del reintegro que corresponda, en su caso, al cónyuge que aportó los fondos privativos, no existiendo dicho derecho de reintegro si la mejora se hizo con fondos gananciales, como es obvio.

Respecto a la administración y gestión de los bienes de la comunidad postganancial, quedan excluidas todas las normas contenidas en el Código aplicables a la sociedad de gananciales.

Los bienes comunes gananciales integrantes de la comunidad postganancial son objeto de administración y disposición de modo conjunto por los integrantes de la comunidad. Los actos de administración se rigen por el principio mayoritario del art. 398 del CC y los de disposición exigen unanimidad. Con relación a los actos de administración, en caso de desacuerdo cabe acudir a la decisión judicial, siendo frecuente acudir al nombramiento de un cónyuge como administrador de determinados bienes y al otro como gestor del resto, debiendo rendirse cuentas en el momento de la liquidación.

En caso de acciones o participaciones gananciales que se encuentren inscritas a nombre de uno de los cónyuges, deja de tener virtualidad el art. 1384 del CC. La enajenación de acciones gananciales aun inscrita a nombre de uno de los socios, requiere el consentimiento de ambos. Con relación al ejercicio de los

prolongarse de esta forma en el tiempo de manera indefinida: sociedad ganancial disuelta pero sin liquidar.

474 RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *op. cit.*, pág. 1298.

475 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.*, pág. 1299.

derechos de socio, si la acción o participación está inscrita a nombre de uno de los cónyuges, por aplicación del Derecho de sociedades que reputa socio al titular inscrito y no ambos -aun cuando la acción o la participación sean materialmente gananciales-, corresponderán a dicho cónyuge socio -no obstante, como ahora veremos, la STS de 14 febrero 2005 (RJ 2005\1298) entiende otra cosa-. Si la acción o participación está inscrita a nombre de ambos cónyuges, deberán nombrar un representante ex art. 126 de la LSC: *“En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”*.

La STS de 14 febrero 2005 (RJ 2005\1298) declara que al tratarse de una sociedad de gananciales disuelta pero sin liquidar, no se debería haber aplicado el artículo 1384 CC, sino que la gestión se debe de regir por las normas relativas a la comunidad de bienes -se trataba de un supuesto de asistencia y voto en junta general-. Resulta *“errónea la aplicación del artículo 1384 CC para afirmar que el cónyuge supérstite es titular de las 420 acciones que suscribió y no se le puede negar el derecho de voto que de tal titularidad se desprende”*. Sigue diciendo la Sentencia que *“establecida legalmente una individualización de titularidad sobre un tipo concreto de bienes –dinero y títulos valores–, no existe razón para que tal sistema, que en definitiva presupone una afección de parte del caudal ganancial a un concreto cónyuge, no siga vigente en el periodo que media entre la disolución y liquidación, vigencia que en la práctica es difícil negar respecto al dinero, no existiendo motivo sólido que permita adoptar otro criterio en cuanto a los títulos valores –en este caso acciones- de la que es titular el cónyuge supérstite”*. Como conclusión, sólo se aplicará el artículo 1384 CC cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, no cuando se haya ya disuelto. En esta misma línea se pronunció previamente la STS de 31 diciembre 1998 (RJ 1998\9987) en un supuesto de enajenación de acciones.

FERNÁNDEZ DEL POZO⁴⁷⁶ analiza el caso concreto de postganancialidad y explica, con base en la RDGRN de 25 junio 2015 (RJ 2015\3736), que cuando *“se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y consiguiente existencia de una situación de cotitularidad post-ganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 LSC en cuanto se exige en él que se designe «una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio»*. Sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad. *Es decir, se ha de exigir que o bien concurren todos los interesados, que el solicitante tenga el apoderamiento o representación del otro cónyuge o que quien actúe sea el que hubiere sido designado representante ex art. 126 LSC, circunstancia por cierto que debe ser debidamente acreditada”*.

476 FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El socio casado ejercita sus derechos” en *Almacén de Derecho*, 24 enero 2016.

De igual manera que durante la sociedad de gananciales podía haber necesidad de defender intereses de la misma y se reconocía esta facultad a cada una de los cónyuges, en la comunidad postganancial la legitimación para actuar en defensa de los intereses del patrimonio común estará sujeta a las normas que rigen la comunidad ordinaria de bienes (arts. 392 y ss CC), según las cuales, cualquier comunero puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, de modo esta legitimación no juega cuando se demuestre que su actuación es en beneficio propio⁴⁷⁷ (art. 394 CC).

Respecto a las acciones y participaciones gananciales, durante el periodo de existencia de la comunidad postganancial, para saber cómo les va a afectar la nueva situación y cuál va a ser su régimen jurídico, GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁷⁸ señala que se deberá atender al carácter de la misma, para lo cual, distingue entre tres grupos:

1. Acciones/participaciones privativas. 2. Acciones/participaciones gananciales inscritas a nombre de ambos cónyuges. 3. Acciones/participaciones gananciales inscritas a nombre de uno solo de ellos.

- Tratándose de acciones/participaciones privativas, permanecerán en el patrimonio privativo de cada uno de los ex esposos y los dividendos que éstas generen no tendrán la consideración de gananciales.

- Por el contrario, si las acciones o participaciones gananciales son nominativas por constar así inscritas en los correspondientes libros registro de acciones nominativas (art. 126 LSC) o de socios de la sociedad limitada (art. 104 LSC), seguirán manteniendo su carácter común y formarán parte de la comunidad postganancial y, corresponderá la gestión y administración de las mismas a los ex esposos o al cónyuge sobreviviente y a los herederos del premuerto conforme al principio mayoritario del art. 398 CC, siendo necesario el consentimiento de todos los comuneros para los actos de disposición (art. 399 CC).

Para el ejercicio de los derechos de socio de estas acciones/participaciones comunes y nominativas de ambos miembros del extinto matrimonio, regirá lo dispuesto en el artículo 126 LSC, el cual señala: *“En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”*.

En estos casos, los socios siguen siendo los cotitulares, pero para poder ejercitar los derechos se requiere de la designación de un representante que

477 La STS de 13 diciembre 2006 (RJ 2006\8237) destaca la falta de legitimación del comunero para ejercitar acciones en interés propio y no de la comunidad.

478 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales y las acciones y participaciones sociales de carácter ganancial”, en *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, coord. por E. Llamas Pombo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1013 y 1014.

actúe con una única voz⁴⁷⁹. En las sociedades anónimas, la designación podrá recaer en un cotitular o en un tercero, mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada se podría aplicar por analogía la limitación que contiene el art. 183.1 LSC, el cual dispone que: *“El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas”*⁴⁸⁰.

Para poder llevar a cabo la designación de este representante durante la vigencia de la comunidad postganancial, habrá que atender a cómo se ha producido la disolución de la comunidad de gananciales.

Si la disolución ha tenido lugar por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, la figura del representante se requiere desde el momento de admisión de la demanda. Se requiere nombrar de nuevo un representante ya que el art. 102 CC señala que *“Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro”*.

Si la disolución de la comunidad ganancial se ha debido al fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio, es necesaria la designación de representante aunque el cónyuge supérstite sea el que actuaba como representante, puesto que por el fallecimiento se extinguen también los poderes concedidos (art. 1732.2 CC).

Habiéndose producido la disolución de la sociedad de gananciales por alguna de las causas del 1393 CC, al no entrar en este caso en juego lo dispuesto en el art. 102 CC, el otro consorte podrá mostrar su oposición a que siga siendo representante el primero. Esta oposición se hará bien mediante notificación a la sociedad o bien de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1394 CC.

Será el juez quien designe a un representante si fuera imposible que las partes lleguen a un acuerdo sobre el nombramiento, ex. art. 398.3 CC.

- Por último, quedarían las acciones/participaciones gananciales pero inscritas a nombre de uno solo de los cónyuges o excónyuges.

Para este supuesto de la comunidad postganancial no entraría en juego lo dispuesto en el art. 1384 CC, ya que el mismo sólo es aplicable para la comunidad ganancial en funcionamiento y no para la postganancial.

El hecho de que el art. 1384 CC no rija, no implica que el Derecho de sociedades también quede apartado en este supuesto. Es más, será el Derecho de sociedades el que marque las pautas en estos supuestos, puesto

479 La RDGRN 8 febrero 1996 (RJ 1996\8880) considera que la comunidad de bienes es el “socio”, reconociéndole de esta manera cierta “personificación”.

480 La STS de 17 febrero 2005 (RJ 2005\1303) en relación con las sociedades anónimas, determina que los acuerdos sociales de éstas son nulos y por tanto improcedentes, cuando no se designa a una persona para su representación en la junta, respecto de acciones que existan en régimen de proindivisión con otra persona.

que a la sociedad de la que forman parte las acciones/participaciones inscritas a nombre de una persona, le resulta indiferente la situación matrimonial del socio. El cónyuge que aparezca inscrito en los libros societarios será el que deberá ejercer los derechos de socio. Si hubiese fallecido, serán sus herederos quienes deberán asumir el ejercicio de dichos derechos hasta que la sociedad se liquide.

Matiz importante es el que indica GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁸¹ con relación a estas acciones/particiones al resaltar que respecto a las mismas, en la práctica, habrá que distinguir entre los derechos de socio y la realización de actos de disposición.

Respecto a los derechos de socio, queda claro que será el cónyuge a cuyo nombre las mismas figuren, al que le corresponderá el ejercicio de los derechos anejos a las acciones en cuestión, así como el ejercicio de los derechos con relación a terceros. De haber fallecido el cónyuge titular, los legitimados para dicho ejercicio serán sus herederos.

Sin embargo, para poder realizar actos de disposición sobre dichas acciones durante la existencia de la comunidad postganancial, será necesario el consentimiento de todos los comuneros so pena de nulidad.

La razón de esta limitación se debe a que la situación que produce la comunidad postganancial extingue la legitimación dispositiva que atribuía el art. 1384 CC. Es necesaria la unanimidad de todos los comuneros (art. 397), de manera que la venta de acciones llevada a cabo en exclusiva por el titular formal de las mismas, es nula de pleno derecho tal y como ha señalado el TS en múltiples sentencias: STS de 31 diciembre 1998 (RJ 1998\9987), de 14 febrero 2005 (RJ 2005\1298), entre otras.

Por lo que se refiere a la disposición de las participaciones de sociedades limitadas, en ningún caso era de aplicación el art. 1384 CC, ya que el mismo se refiere a títulos valores y éstas no lo son. Aun así, también regirá lo dispuesto en el 397 CC, en virtud del cual será necesario la unanimidad de todos los comuneros para la enajenación de las mismas.

3.3. La liquidación de la sociedad de gananciales

3.3.1. Inventario y avalúo

481 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales y las acciones y participaciones sociales de carácter ganancial", en *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, coord. por E. Llamas Pombo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 1015.

Tras la disolución de la sociedad de gananciales y el nacimiento de la comunidad postganancial, llega el turno de la liquidación, tal y como establece el CC en su artículo 1396 CC: *“Disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que comenzará con un inventario del activo y pasivo de la sociedad”*.

Para LACRUZ BERDEJO⁴⁸² la liquidación supone *“el tránsito desde la indivisión orgánica hasta el estado de titularidad individual que ofrece, en la práctica ciertas dificultades, pues es entonces cuando han de analizarse y liquidarse, por lo general, las repercusiones de los hechos, actos y negocios de los cónyuges realizados constante matrimonio, en la economía común: sólo después de iniciarse la división propiamente dicha. (...) En la sociedad de gananciales han de precisarse, en el momento de la disolución, relaciones que durante lustros y décadas permanecieron sin cualificación específica; ha de concretarse la condición privativa o ganancial de los bienes, de las deudas ganadas y de las que restan por pagar. En suma, ha de reconstruirse, a través del tiempo pasado, una historia que está por escribir. Esta reconstrucción se hace en el Derecho español sobre la base de bienes, y sólo subsidiariamente de valores”*.

Para RAGEL SÁNCHEZ⁴⁸³ *“la liquidación consiste en hacer líquido algo, lo que en nuestro caso se traduce en deducir las deudas para calcular el valor neto, que es el valor que se tendrá en cuenta para practicar la partición”*. A su vez, define a la partición como *“el acto jurídico o, en su caso, cuando es convencional, un contrato que extingue total o parcialmente el estado de indivisión de la comunidad postganancial, atribuyendo bienes y derechos singulares a los partícipes; también son particiones la transformación de la comunidad postganancial en comunidades ordinarias sobre cada uno de los bienes que la componen, la aportación de sus cuotas globales a una sociedad y la transmisión a un tercero de un bien ganancial”*.

Por su parte, MILLÁN FERNÁNDEZ⁴⁸⁴ define la liquidación de la sociedad de gananciales como *“el procedimiento que, previa determinación del activo y pasivo de la sociedad, tiene como fin proceder al pago de las deudas y a la división y adjudicación a cada cónyuge de las ganancias resultantes, mediante alguna de las formas siguientes:*

a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges, materializándose a través de alguno de los siguientes procedimientos:

- Otorgamiento de capitulaciones matrimoniales ante un notario.*
- En el convenio regulador de separación o divorcio.*
- Presentando ante el tribunal un convenio de liquidación, una vez iniciada la liquidación de la sociedad.*

482 LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.*, pág. 241 (revisado edic. 2010).

483 RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.*, pág. 1344.

484 MILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 5ª edic. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 599.

b) *A través del procedimiento judicial regulado en los artículos 1396 y siguientes del Código Civil y por remisión en los artículos 806 a 811 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*⁴⁸⁵.

485 Refiriéndonos brevemente al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial que regula la LEC, señalemos que el artículo 806 LEC se ocupa del ámbito de aplicación, conforme al cual: *“La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables”*. De este precepto se desprende que la liquidación se podrá llevar de mutuo acuerdo, pero en defecto de acuerdo, habrá que acudir al procedimiento judicial de liquidación, que se hará según lo dispuesto en el Capítulo II, Título II, Libro IV, de la LEC y normas civiles que resulten aplicables.

El art. 807 LEC, que tiene por rúbrica “Competencia”, reza: *“Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil”*. Este artículo debe ponerse en relación con el art. 769 LEC.

Centrándonos en el procedimiento, tal y como dispone el artículo 806 LEC, los cónyuges pueden liquidar la sociedad de gananciales de mutuo acuerdo de forma extrajudicial, y si no se llega al acuerdo extrajudicial deberá acudir al Juzgado de Primera Instancia para resolverse conforme al procedimiento que especial que tratamos. El procedimiento distingue entre una fase de inventario - arts. 808 –“Solicitud de inventario-”, 809 -Formación de inventario- y una fase de liquidación propiamente dicha -arts. 810.,

- Artículo 808: *“Solicitud de inventario. 1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario. - 2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil. A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta”*.

- Artículo 809. Formación del inventario. *“1. A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, el Letrado de la Administración de Justicia señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges. En el día y hora señalados, procederá el Letrado de la Administración de Justicia, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate. Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto. 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. - 2. Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Letrado de la Administración de Justicia hará constar en el acta las pretensiones de cada una de las partes sobre los referidos bienes y su fundamentación jurídica, y citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. 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”*.

- Artículo 810: *“Liquidación del régimen económico matrimonial: 1. Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de éste. - 2. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables. - 3. Admitida a trámite la solicitud de liquidación, el Letrado de la Administración de*

Para proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales (previamente disuelta), es preciso realizar en primer lugar la formación del inventario⁴⁸⁶ de bienes y deudas (activo y pasivo), el cual una vez determinado, y liquidadas las deudas en su caso, será repartido por mitad entre los cónyuges o excónyuges, cónyuge superviviente y herederos.

Para formular el inventario de la sociedad habrá que previamente formar las partidas que componen el activo y el pasivo de la misma⁴⁸⁷. El inventario es eficaz en cualquier forma que se otorgue.

Justicia señalará, dentro del plazo máximo de diez días, el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante el mismo al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y, en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias. - 4. Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de esta Ley. - 5. De no lograrse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico-matrimonial, se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 de esta ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes”.

486 En todo lo no previsto en la normativa relativa a la disolución de la sociedad de gananciales, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado en dicha normativa, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia (art. 1410 CC). Ahora bien, a pesar de esta remisión, conviene hacer mención a la STS de 28 julio 2020 (ECLI: ES:TS:2020:2502), la cual señala que aunque la pública subasta es el procedimiento establecido para los casos de indivisibilidad de bienes, no es aplicable a aquellos supuestos en los que el procedimiento implica un desmerecimiento absoluto del bien que se trate. En este caso, al tratarse de participaciones de una sociedad familiar, la venta en pública subasta nunca llevaría a un resultado de venta al precio de mercado, sino que supondría a abocar a que nadie que quiera ser socio minoritario compre, y que por lo tanto la subasta tuviera que ser cubierta por los propios litigantes (en este caso los ex cónyuges), al intentar liquidar la sociedad de gananciales, lo que supondría una distorsión en el precio. Por lo tanto, lo que viene a disponer esta Sentencia es que la liquidación de la sociedad de gananciales se remite a las normas de la partición de herencia y ésta a la formación de lotes iguales, y a su vez a la pública subasta cuando se trate de bienes indivisibles. En definitiva lo que viene a decir la Sentencia es que, en atención a la naturaleza de los bienes se puede prescindir de la pública subasta y de la formación de lotes homogéneos atribuyendo a uno de los cónyuges la propiedad de los bienes con la obligación de pagar su justa valoración al otro.

487 La SAP de Asturias (Secc. 4ª) de 17 septiembre 2010 (JUR 2010\354860) enjuicia un asunto relativo a una impugnación sobre la propuesta de formación de inventario, ya que el simple hecho de que uno de los esposos deposite en una cuenta bancaria común una cantidad considerable de dinero, no implica que esa cantidad pierda su naturaleza (privativa o ganancial) por estar en una cuenta ganancial. Para determinar la naturaleza de la aportación habrá que acudir a la fuente de procedencia del dinero. De la misma manera se esclarece que no se puede entender o considerar la existencia de una donación, ni tampoco declara que exista intención de mantener una titularidad compartida sobre dicha cantidad.

Respecto a dinero depositado en cuentas comunes, la STS de 1 junio 2020 (RJ 2020\1345) se ocupa de un supuesto parecido. En este caso estamos ante una donación dineraria hecha por la madre de la esposa (a su hija). La cantidad donada se deposita en una cuenta común del matrimonio y se emplea para la compra de bienes comunes. En el momento de la liquidación se discute si esa cantidad debe formar parte del pasivo (a favor de la esposa), o si se presume su carácter ganancial al no haberse hecho manifestación alguna durante el matrimonio sobre su carácter privativo y consiguiente derecho de reembolso a favor de la esposa. El TS entiende que surge un derecho de reembolso a favor de la esposa.

OSTOS MOTA⁴⁸⁸ define al inventario “como la relación detallada y precisa, por escrito, de los bienes, derechos y obligaciones que constituye el activo y el pasivo de la masa ganancial en el momento de afrontar su liquidación. Cumple una función de importancia excepcional, según declara la jurisprudencia, cual es la de ser la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales y debe reunir los requisitos de fiabilidad, integridad y neutralidad para que las operaciones particionales puedan ser realizadas con éxito”.

Retomando la formación de inventario, el activo deberá comprender las siguientes partidas (art. 1397 CC)⁴⁸⁹: 1. Bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. 2. El importe actualizado de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento que no hayan sido recuperados. 3. Importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad a cargo de un único cónyuge y otros créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Se incluirán en el patrimonio los bienes gananciales existentes en la sociedad de gananciales en el momento en el que se produzca la disolución (por cualquiera de las causas analizadas). Es por ello, por lo que es en este momento al que hay que atender para verificar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes existentes en el patrimonio de los cónyuges. Asimismo, habrá que distinguir entre bienes inmuebles y muebles⁴⁹⁰.

Los bienes inmuebles⁴⁹¹ deberán incluir los datos identificativos de los mismos y la participación que en la propiedad ostenta la sociedad de gananciales,

488 OSTOS MOTA, M^a.J., “Capítulo VI. Extinción de la comunidad de gananciales” en *Comunidad de Gananciales, cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 371 y 372.

489 Art. 1397 CC: “Habrán de comprenderse en el activo: 1º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. 2º El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados en negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados. 3º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste”.

490 No es necesario que en esta fase de inventario se incluya la valoración de los bienes, ya que los bienes cuando han de ser valorados es en la última fase, en la de liquidación propiamente dicha. Únicamente deberá incluirse la valoración cuando se haga en una sola fase inventario y liquidación. La valoración se hace el día de la liquidación tal y como indica la STS de 23 diciembre 1993 (RJ 1993\10113).

491 En cuanto a la valoración del derecho de uso de la vivienda familiar, la jurisprudencia es contraria que en el momento de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales, se tenga en cuenta como carga o disminución del valor de la vivienda familiar el derecho de uso constituido sobre la misma, haya sido atribuido a uno de los cónyuges y a los hijos que con él convivan. Este derecho de uso se califica como una compensación económica que tiene por objeto satisfacer a la contribución alimenticia de los hijos (art. 93 CC), no pudiendo considerarse como una carga que pesa sobre la vivienda, sino como un ingreso obtenido por el cónyuge beneficiario de dicha atribución. El derecho de uso no constituye un derecho real que grave la vivienda disminuyendo su valor, ni constituye una carga de la misma, sino una forma de dar cumplimiento a una obligación personal del cónyuge propietario. STS 23 diciembre 1993 (RJ 1993\10113), 29 abril 1994 (RJ 1994\2945), 14 julio 1994 (RJ 1994\6439), de 23 enero 1998 (RJ 1998\151) que señala: “la adjudicación del uso del domicilio familiar a la esposa, de la que se puede privar, mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir, sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo”.

No procede la valoración del uso en ninguno de los supuestos de adjudicación de la vivienda familiar, tanto si se adjudica al cónyuge titular de ese derecho, como si es adjudicada al otro cónyuge: SAP Madrid (Secc. 24^a) 13 septiembre 2007 (JUR 2007\325846).

haciendo constar el título de adquisición, así como los datos de inscripción registral, si los hubiera. En caso de existir un proindiviso entre uno de los cónyuges y la sociedad de gananciales en la forma prevista en el art. 1354 CC, habrá que indicar la participación ganancial en el inventario haciéndose constar igualmente que el resto, hasta completar la totalidad del bien, es de carácter privativo de alguno de los cónyuge. En este caso, habría que indicar el título de adquisición para facilitar la inscripción final en el Registro de la Propiedad, pues generalmente no consta inscrita la distinta participación en la que concurren las partes.

En la partida de bienes muebles se deberán incluir los saldos bancarios, fondos de inversión o cualquier otro activo financiero perteneciente a la sociedad. Durante el periodo de la comunidad postganancial habrá que comprobar si ha habido o no disposición de dinero por alguno de los cónyuges. En caso afirmativo, indicar el saldo existente en el momento de la disolución, para poder adjudicar al cónyuge que dispuso de la cantidad dispuesta o para incluir una deuda del disponente frente a la sociedad de gananciales. En caso de no haberse dispuesto de cantidad alguna, se incluirán en el inventario el importe a la fecha de su formación.

En la partida de bienes muebles se incorporarán tanto los títulos valores como las participaciones sociales gananciales con la descripción del título de su adquisición.

GALLEGO DOMÍNGUEZ ⁴⁹² enumera los siguientes bienes o créditos gananciales (en lo que a las sociedades de capital se refiere) existentes al tiempo de la liquidación:

- Las acciones o participaciones que uno de los cónyuges haya recibido en pago de su trabajo o servicios durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1347.1 CC).

Tampoco se incluye el derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por el tiempo que uno de los cónyuges estuvo usando la vivienda familiar tras la disolución de la sociedad de gananciales durante el periodo de la comunidad post ganancial.

Si la vivienda sale a subasta pública con la intervención de licitadores extraños, se ha de tener en cuenta la atribución del derecho de uso al cónyuge y a los hijos, ya que resulta evidente la minusvaloración que va a sufrir el inmueble si finalmente es adquirido por un tercero ajeno a la relación matrimonial. Establece la STS de 27 junio 2007 (RJ 2007\3865) que es en el momento de su valoración para su salida a subasta cuando se ha de considerar dicha carga a fin de obtener el valor real del inmueble.

Otro caso en el que se admite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños y reparto del producto de la venta al 50%, es el que recoge la STS de 27 enero 2017 (RJ 2017\342), al enjuiciar un caso en el que en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales se declara el carácter indivisible de la vivienda familiar, ya que los cónyuges manifiestan no querer la adjudicación de la vivienda con compensación en metálico a la otra parte, por no tener medios económicos para ello. No procede por tanto adjudicar a uno la vivienda con compensación en metálico al otro y por ello se recurre a la venta en pública subasta.

492 GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., "La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales y las acciones y participaciones sociales de carácter ganancial", en *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, coord. por E. Llamas Pombo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. págs. 1013 y 1014.

- Las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, ya se haya hecho la adquisición para la comunidad o para uno solo de los cónyuges (art. 1347.3 CC).
- Las acciones o participaciones adquiridas por derecho de retracto de carácter ganancial, aun siendo con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho (art. 1347.4 CC).
- Las acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros gananciales y las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir (art. 1352 CC).
- Las acciones o participaciones donadas o dejadas en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiera dispuesto lo contrario (art. 1353 CC).
- La cuota ganancial que en su caso pudiera corresponder conforme al art. 1354 CC.
- Las acciones o participaciones que sean gananciales por voluntad de los cónyuges (art. 1355 y 1323 CC).

También los dividendos producidos por acciones/participaciones durante la vigencia de la sociedad de gananciales, siendo irrelevante su carácter privativo o ganancial, formarán parte del activo del inventario⁴⁹³ (art. 1347.2 CC).

Si los dividendos se originan durante la comunidad postganancial serán gananciales. Como bien matiza GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁹⁴, en sentido estricto no deben ser gananciales, porque ya no hay sociedad ganancial y el activo no puede crecer, pero en la práctica deben quedar incluidos en el activo.

Se plantea la cuestión sobre qué hacer con los beneficios no repartidos (reservas voluntarias), si se han de incluir o no en el activo ganancial. En ocasiones los tribunales se han mostrado favorables a aplicar la solución del artículo 128 LSC para los casos de liquidación de usufructo, si bien, en otras ocasiones se han apartado de esta regla⁴⁹⁵. Debemos señalar que hoy es un tema que ha quedado resuelto por la STS 3 febrero 2020 (RJ 2020\123) ya analizada.

El importe actualizado del crédito que la comunidad ostente contra uno de los cónyuges que ha adquirido una acción o participación por ejercicio de un derecho de retracto privativo, habiendo sido realizado el pago de ésta con dinero ganancial (art. 1346.4 y 1358 CC).

493 Si la junta general de la sociedad acuerda el pago de dividendos durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 273 LSC), pero al tiempo de la liquidación el pago no se ha efectuado (art. 276 LSC), en el activo se deberá incluir un crédito de la sociedad al cobro de los mismos, debiendo en caso de acciones o participaciones de titularidad única, cobrar el socio dichos dividendos SAP de Murcia (Secc. 1ª) de 14 mayo 2007 (JUR 2007\368230), SAP de Murcia (Secc. 4ª) de 22 febrero 2011 (JUR 2011\158662).

494 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La disolución..." *op. cit.*, pág. 1014.

495 Destaca la SAP de Salamanca (Secc. 1ª) 30 marzo 2017 (JUR 2017\123122).

El importe actualizado que la comunidad ostente contra uno de los cónyuges que haya adquirido nuevas acciones o asumido nuevas participaciones sociales como consecuencia de la titularidad de otras acciones/participaciones privadas, si para el pago de la suscripción se utilizaron fondos comunes o se emitieron las acciones o participaciones con cargo a beneficios (art. 1352 y 1358 CC).

Formarán parte del activo igualmente, el importe actualizado de los bienes enajenados por negocio fraudulento (art. 1397.2º CC). Es decir, aquellos bienes de los que hubiese dispuesto uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro y que no se hallan en el patrimonio de la sociedad al tiempo de la liquidación.

También incluirán en el activo el importe actualizado de las cantidades abonadas por la sociedad y que fueran a cargo de uno de los cónyuges (art. 1397.3º CC), ya por tratarse de aportaciones a sus bienes privados o por consistir en otros derechos de reembolso.

Para el cálculo del importe actualizado se podrá utilizar como criterio bien el IPC como así lo señala la STS de 6 junio 2006 (RJ 2006\3523), bien aplicar el interés legal del dinero como hace la STS 20 diciembre 2004 (RJ 2005\61).

Por lo que al momento en el cual debe actualizarse el importe, el TS ha entendido que es al tiempo de la liquidación y no al de la disolución de la sociedad de gananciales: SSTS de 21 noviembre 1987 (RJ 1987\8638), de 8 octubre 1990 (RJ 1990\ 7482), de 17 febrero 1992 (RJ 1992\1258), de 23 diciembre 1993 (RJ 1993\10113), de 6 noviembre 2013 (RJ 2013\7078), entre otras.

Estas serían las partidas que formarían el activo del inventario de la sociedad, mientras que el pasivo estaría compuesto por las que señala el art. 1398 CC: 1. Las deudas pendientes que sean a cargo de la sociedad. 2. El importe actualizado del valor de los bienes privados cuya restitución deba hacerse en metálico al sido haber gastados en interés de la sociedad⁴⁹⁶. 3. El importe actualizado de las cantidades que, pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad, y en general, las que constituyan créditos de alguno de los cónyuges contra la sociedad.

En concreto tengamos en cuenta que deberán incluirse en el pasivo, los gastos de adquisición, tenencia y disfrute de acciones o participaciones gananciales (ex arts. 1362.2 CC, 1347.4º y 1352 CC), que hayan sido atendidas con dinero privado.

Tendrán también la consideración de deuda de la sociedad, los “desembolsos pendientes” -tradicionalmente denominados “dividendos pasivos” derivados de la suscripción de nuevas acciones adquiridas por ambos cónyuges constante la sociedad, o por uno, cuyo desembolso no esté totalmente realizado.

496 Será de aplicación esta misma regla para los deterioros producidos en los bienes por su uso en beneficio de la sociedad.

3.3.2. Liquidación de deudas y adjudicación de lotes

Con la determinación del activo y pasivo quedaría finalizado el inventario, por lo que se procedería a la fase de liquidación en sentido estricto, que concluye con la adjudicación de los bienes entre los cónyuges -o sus herederos-, si bien para ello habría que seguir las siguientes fases: 1) Avalúo -en el caso de partición judicial el avalúo forma parte de la fase de liquidación en sentido estricto-; 2) Liquidación de deudas: Alimenticias; deudas de la sociedad frente a terceros; deudas frente a los cónyuges, reintegros y reembolsos debidos; 3) División del haber partible y adjudicación de lotes.

Con relación al avalúo de acciones o participaciones, debemos al menos atender a los valores fiscales de las mismas, recogidos en los arts. 15 y 16 de la LIP: Con relación a la valoración de acciones, en el caso de que pertenezcan a una sociedad que cotice en Bolsa, se deberá atender al valor de negociación media del cuarto trimestre de cada año. Por el contrario, tratándose de una sociedad anónima que no cotiza en Bolsa o de una sociedad limitada, se tendrá en cuenta si la sociedad está o no auditada: a) Si lo está, y no tiene reparos el informe de auditoría, hay que estar al valor que resulte del último balance aprobado; b) Si la sociedad no está auditada o estándolo, el informe de auditoría presenta reparos, hay que estar al mayor de los tres valores siguientes: nominal, el que resulte del último balance de la sociedad o el que resulte de capitalizar al 20 % los rendimientos de los últimos tres años.

Esta inclusión que se hace en el activo de las acciones/participaciones gananciales, se hará con independencia de que figuren en el libro registro de acciones nominativas y en el libro registro de socios de la sociedad limitada, a nombre de uno sólo de los cónyuges.

De llevar a cabo el reparto de bienes entre los esposos, las acciones y participaciones son un foco de conflicto, ya que en muchas ocasiones ambos cónyuges se consideran con derecho a las mismas, aunque solo uno de ellos sea un "auténtico" titular respecto de la sociedad de la que éstas forman parte.

Para el pago de las deudas se seguirá el orden de prelación establecido por el Código Civil, empezando por las alimenticias, que tienen el carácter de preferentes y a continuación, las deudas frente a terceros y por último, las deudas con relación a los propios cónyuges (arts. 1399 a 1403 CC).

Las deudas deberán satisfacerse en metálico, pero en caso de ser éste insuficiente, se pueden adjudicar bienes gananciales, aunque si cualquier partícipe o acreedor lo solicita, se procederá a su venta para pagar el importe en metálico.

Una vez satisfechas las deudas, obtendremos el remanente que deberá dividirse por mitad entre los cónyuges (art. 1404 CC). Para llevar a cabo las adjudicaciones entre los esposos habrá que tener en cuenta las normas de la partición de la herencia, que se aplicarán con carácter supletorio por remisión expresa del Código Civil (art. 1410 CC), así como los derechos de adjudicación

preferente (arts. 1406 y 1407 CC). Estos últimos suponen una excepción a la igualdad en la adjudicación de lotes expresamente consagrada en el art. 1061 del CC, por los que se faculta a cada cónyuge para solicitar se adjudique en su haber, en principio hasta donde alcance⁴⁹⁷, los siguientes bienes: 1.º Los bienes de uso personal de extraordinario valor; 2.º La explotación económica que efectivamente gestione; 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión u oficio; 4.º. En caso de muerte de uno de los cónyuges, la vivienda donde tuviese la residencia habitual el sobreviviente.

Los cónyuges, ya sea en capitulaciones matrimoniales o fuera ellas, habrán podido sentar la bases para una futura liquidación de la sociedad de gananciales y haber fijado normas convencionales de preferente adjudicación de bienes al lote de cada uno de ellos.

1) ¿La adjudicación de acciones o participaciones gananciales en el haber del cónyuge no socio supone una transmisión de las mismas que pueda estar afectada por posibles restricciones a la transmisión de las acciones o participaciones?

Centrándonos en la liquidación de una sociedad de gananciales en cuyo activo se incluyan acciones o participaciones de sociedades de capital, se plantean diversas cuestiones, fundamentalmente derivadas de la posible adjudicación a uno de los cónyuges de acciones o de participaciones de sociedades, de las que no es socio sino el otro cónyuge. En líneas atrás hemos tratado la posible disociación entre titularidad formal y titularidad material de acciones o participaciones. De este modo es posible que acciones o participaciones materialmente gananciales, se encuentren a nombre de uno solo de los cónyuges, siendo el mismo, el único socio de la sociedad de capital. Podemos diferenciar diversos supuestos:

a) En primer lugar podemos encontrarnos con acciones o participaciones sociales gananciales que se encuentren a nombre de los dos cónyuges: En este caso, la adjudicación de acciones o participaciones a uno u otro cónyuge a la liquidación de la sociedad de gananciales no supondrá problema alguno, ya que ambos cónyuges tienen la consideración de socios. Aun existiendo restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones, siempre que las mismas admitan la libre transmisión entre socios, no habrá problema alguno, puesto que ambos cónyuges tendrán tal cualidad.

b) El problema se plantea en el caso en el que las acciones o participaciones gananciales estén a nombre de uno solo de los cónyuges, supuesto en el que estaríamos ante la ya explicada disociación entre titularidad formal y material

497 El art. 1407 del CC elimina esta restricción para los casos de los arts. 1406.3.º y 4.º, al decir: *“En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero”*.

que se produce en los casos en los que interactúa la sociedad de gananciales con alguna sociedad de capital. Se pueden generar problemas en los casos de restricciones estatutarias (sociedad cerrada) a la libre transmisibilidad entre cónyuges o entre no socios.

De no existir restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones o participaciones a favor del cónyuge del socio, no habrá problema alguno desde la perspectiva de la sociedad para que las acciones/participaciones, ya sea en su totalidad o en parte, sean adjudicadas en la liquidación de la comunidad de gananciales al cónyuge titular formal o al cónyuge no socio.

El problema aparece cuando se pactan en los estatutos una cláusula por la que las acciones/participaciones no sean libremente transmisibles por un socio a su cónyuge, así, cuando se pacte un derecho de preferente adquisición a favor de todos o alguna clase de socios, de la sociedad o de terceros, o una cláusula de autorización por parte de la sociedad, o un derecho de rescate por parte de la misma.

Esto hará plantearse si la adjudicación de determinados bienes gananciales, acciones/participaciones a un cónyuge, con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales, se encuentra o no afectada por la cláusula restrictiva, haciendo que las acciones/participaciones deban adjudicarse necesariamente al lote del cónyuge titular formal -y único socio de cara a la sociedad de capital a la que pertenecen las acciones/participaciones.

Es importante precisar que para que las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones o participaciones puedan tener eficacia frente a la sociedad, y por tanto para poder plantear si las mismas afectan a la sociedad al tiempo de las adjudicaciones derivadas de la liquidación de una sociedad de gananciales, deberán constar de modo expreso en los estatutos⁴⁹⁸.

La adjudicación de las participaciones sociales y de las acciones en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando figuran a nombre de uno de los cónyuges, se adjudicarán al cónyuge no titular al entenderse que no se ha producido ni una enajenación, ni una transmisión, sino una adjudicación específica consecuencia de un acto declarativo.

Tratándose de una sociedad anónima o limitada profesional, regulada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, la condición de socio profesional por ley es "*intuitu personae*". De acuerdo con el artículo 12 de la Ley es intransmisible a menos que medie el consentimiento de todos los socios profesionales, pudiéndose pactar en el contrato social que la transmisibilidad pueda ser autorizada por la mayoría de los socios profesionales. El artículo 15 contempla la posibilidad de poder establecer en el contrato social, o con posterioridad con el consentimiento de todos los socios profesionales la posibilidad de que la participación/acción del socio profesional no se transmita a sus herederos a su fallecimiento, procediéndose a abonar en tal caso, la cuota de liquidación correspondiente. La misma regla se aplicará a

498 Las restricciones que se incluyan en pactos parasociales no son, en principio, eficaces u oponibles frente a la sociedad (art. 29 de la LSC).

las transmisiones forzosas inter vivos *“a los que a estos solos efectos se asimila la liquidación de regímenes de cotitularidad, incluida la sociedad de gananciales”*.

Visto lo anterior, pasemos a considerar algunas sentencias del TS que han tenido ocasión de tratar cuestiones referidas a sociedades en las que existían restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y su afectación en caso de transmisión entre cónyuges, en caso de adjudicaciones al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales en supuestos en los que la acción era materialmente ganancial pero formalmente parecía a nombre de uno solo de los cónyuges.

a) Veamos en primer lugar sentencias de casación en materia de liquidación del régimen de gananciales y acciones de una sociedad anónima.

1- La STS de 17 abril 1967 (Id Cendoj: 28079110011967100337) -caso de “Hijos de Sabino Santos, S.A.”-, trata de una sociedad anónima cerrada que había surgido de la transformación de otra anterior de responsabilidad limitada. Destaca una cláusula de sus estatutos que va a ser clave para la resolución del caso: *“Ningún accionista podrá enajenar sus títulos a personas extrañas a la sociedad sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración... El precio de venta de los títulos será el que resulte como valor en el último balance practicado... Los mismos derechos adquirirán los accionistas respecto a los títulos adquiridos por terceras personas mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, exceptuándose únicamente las transmisiones por herencia”*.

En el presente caso uno de los cinco hermanos fundadores, que se encontraba casado en régimen de gananciales en el momento de la constitución de la sociedad se separa judicialmente de su mujer. A la hora de liquidar su sociedad de gananciales y proceder al reparto de bienes se le adjudicaron a la esposa una serie de acciones de la sociedad en cuestión. Ante tal adjudicación, la propia sociedad - "Hijos de Sabino Santos, S. A."- y los socios hermanos del marido (sus cuñados), interponen demanda exigiendo el ejercicio del derecho de rescate que les reconocen los estatutos.

La demanda interpuesta fue desestimada tanto por el Juzgado de primera instancia, igualmente lo fue la apelación por la Audiencia Territorial correspondiente, llegando el tema al TS que declaró, por su parte, que no había lugar al recurso de casación.

Para ello el TS se basó en el carácter capitalista de la sociedad y en la transmisibilidad de las acciones.

El Tribunal se apoyó más en el hecho de que fuera una sociedad anónima, sin hacer caso o recaer en el detalle de que además era “cerrada”. El detalle de ser cerrada, la hace especial respecto a la simplemente anónima, pero el Tribunal prefirió considerar únicamente la condición de anónima, catalogándola como sociedad capitalista y no personalista, y de este modo las acciones eran susceptibles de ser adjudicadas a la esposa en la liquidación de sus gananciales, aunque en este punto el TS matizó, *“siempre y cuando no*

representen un derecho relativo al respeto, conservación y desarrollo de la personalidad inseparable de ella que pudiera justificar su intransmisibilidad y obligarse a la satisfacción de su equivalente en dinero”.

En relación a las restricciones estatutarias a la transmisión de acciones cuya efectividad se demanda, el Tribunal se pronunció diciendo que lo que pretenden los actores es convertir sociedades abiertas o de capital en otras de estructura cerrada.

Para el TS las restricciones a la transmisión suponen una derogación convencional a la regla general de las sociedades anónimas, donde la acción se caracteriza entre otras cosas, en que es un título valor concebido para circular y transmitirse libremente y el imponer restricciones va en contra de su esencia y de su carácter. Añade el TS, que el carácter puramente obligacional de dichas cláusulas no podrá alterar el carácter de la acción, entendida como algo material y corporal, susceptible de transmisión, así como de adquisición, con plenos efectos reales, y que por tanto, producirá efectos tanto respecto al adquirente, como respecto a terceros; eso sí, independientemente de las consecuencias que esto pueda acarrear en el ámbito interno de la sociedad, así como de las reacciones del ente societario ante el incumplimiento de lo pactado.

El TS respecto a la sociedad de los hermanos, entendía que la mujer de uno de ellos (socio fundador), estaba recibiendo lo que era suyo y no únicamente del marido.

El Tribunal explicó que la cláusula referida no estaba en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones, aunque éstas estuvieran a nombre del marido, porque éste respecto de las mismas, lo que ostentaba era el carácter de administrador de la sociedad de gananciales a las que las acciones pertenecían y cuyo patrimonio era de los dos esposos -ambos eran cotitulares del mismo.

En la liquidación de la sociedad de gananciales no se está haciendo ninguna enajenación, ni se vende nada a favor de la esposa y ésta tampoco lo adquiere como consecuencia del ejercicio de una acción judicial (que eran los supuestos que contemplaban los estatutos de la sociedad), sino que se adjudica a la mismas acciones que eran, que le correspondían por estar casada en gananciales, no pudiendo quedar perjudicada por la cláusula restrictiva por ir en contra de la esencia de la sociedad.

Creemos que la resolución del TS no fue muy acertada, porque contempló a la sociedad cuestionada como una sociedad anónima normal, sin tener en cuenta el gran detalle de que sí, se trataba de una sociedad anónima pero añadiendo el carácter de “cerrada”, lo que implica una serie de consecuencias y diferencias respecto a la simplemente abierta. La sociedad anónima cerrada, tiene como peculiaridades el valorarse la personalidad del socio, lo que se traduce en la existencia de restricciones a la libre transmisión.

El TS obvió, no tuvo presentes las diferencias que existen entre las sociedades anónimas abiertas y cerradas, dándoles ante el problema que resolvió el mismo

tratamiento. En la definición de las mismas se observa que ni las características de las dos son iguales, ni los fines perseguidos por una y otra. Por lo tanto, el tratamiento no puede ser exacto para ambos tipos.

Las cláusulas restrictivas impuestas en la sociedad de "Hijos de Sabino Santos S.A." se tendrían que haber respetado o por lo menos, considerado y no echado por tierra desde un primer momento, haciendo alusión al carácter y esencia de la acción. Las sociedades anónima abiertas y cerradas dividen su capital en acciones, pero unas y otras no son iguales.

2.- Otra sentencia a destacar es la STS de 4 julio 1988 (RJ 1988\5555), en el asunto "Joyería Pedro Álvarez, S.A." De nuevo una situación en la que uno de los socios casado en régimen de gananciales se separa, lo que viene seguido de la correspondiente liquidación de gananciales y fruto de esta liquidación, la atribución a la mujer de la mitad de las acciones que aparecían a nombre del marido.

Tras dicha adjudicación la mujer se dirige a la sociedad de la que su esposo separado aparece como socio y pide que se le haga entrega de los títulos correspondientes, a lo que la sociedad decide ejercitar el derecho de retracto que se le reconoce en sus estatutos sociales: *"la sociedad, en la transmisión de acciones ordinarias por actos inter vivos a favor de extraños, se reserva el derecho de retracto, que podrá ejercitar a su favor o de los restantes accionistas, teniendo la sociedad preferencia, si la junta convocada al efecto decidiera ejercitarlo, con cargo a beneficios sociales, para amortizar las acciones transmitidas, sin que la duración del derecho reservado a favor de la sociedad pudiera exceder del plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha en que se hubiera inscrito la transmisión"*.

Ante la intención de la sociedad de ejercitar el derecho de retracto la esposa adjudicataria demandó a la misma pidiendo la declaración de nulidad de la cláusula estatutaria señalada y de los acuerdos sociales relativos al ejercicio del retracto y, subsidiariamente, hacía alusión a la caducidad del retracto por no haber sido ejercitado en el plazo legal.

Frente a esto, el Juzgado de Primera Instancia rechazó la primera petición de todas (la de declarar nulos los artículos de los estatutos donde se establecía la cláusula restrictiva), pero admitió la petición de nulidad de los acuerdos sociales. En instancia superior, la Audiencia sin embargo, considera válidos los acuerdos sociales, pero declara que la sociedad no había ejercitado conforme a derecho el retracto, con caducidad del mismo y sin efectos subrogatorios respecto a la adquisición de la actora. La sociedad recurre en casación dicho pronunciamiento, desestimando el TS el recurso, manteniendo la decisión de la Audiencia.

El TS para argumentar la improcedencia del retracto, reitera los argumentos y razonamientos ya utilizados en la anterior Sentencia de 17 abril 1967 (Id Cendoj: 28079110011967100337).

Vuelve a repetir que la cláusula restrictiva no puede impedir la atribución a la esposa, que las acciones son gananciales, y por tanto *"no hay enajenación ni*

transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal. La esposa adjudicataria no es ni extraña, ni ajena a la sociedad, por lo que no se dan los presupuestos necesarios para poder ejercitar el retracto que se habían previsto en los estatutos (los cuales tienen que interpretarse de manera restrictiva, en cuanto imponen límites, trabas o dificultades a la libre transmisibilidad de acciones, aunque se admita su licitud de acuerdo con el artículo 1255 CC, siempre y cuando no traspasen los límites señalados en el propio precepto).

Como señala SERRANO GARCÍA⁴⁹⁹, lo que se plantea en esta sentencia, así como en otras similares, es un conflicto de intereses. Por un lado tenemos las acciones nominativas de un cónyuge adquiridas con bienes gananciales, el cónyuge que no figura como socio, pero tiene derecho a la mitad de los bienes comunes y los restantes socios (o en su caso, la sociedad), que en el caso de que existan restricciones estatutarias a la libertad de enajenación de acciones, tienen derecho a impedir el ingreso de nuevos socios.

¿Cómo se resolvería este conflicto de intereses? Para SERRANO GARCÍA⁵⁰⁰ son dos las posibles soluciones:

- Destaca la posición que adopta el TS en el presente caso de “Joyerías Pedro Álvarez S.A.”, el que si bien no se discute el carácter ganancial que tenían las acciones objeto de disputa, entiende que aunque es lícito, en el presente caso no se dan los presupuestos necesarios para ejercitar el derecho de retracto. Como motivo ofrece el TS la idea de que en la partición de la sociedad de gananciales no se enajena ni vende nada a favor de los cónyuges, sino que éstos reciben lo que ya era suyo (de ambos), lo único es que ahora se especifican y determinan los bienes que pasan a titularidad de cada uno de ellos. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones que había impuesto la sociedad, para lo que van a servir, es para cerrar la sociedad a futuros adquirentes, pero éstas no pueden impedir la atribución a un cónyuge de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del otro. Esto es así, porque estaban casados en gananciales. La adjudicación de lo que ya era común, no supone una enajenación, ni venta a favor de la esposa, que tampoco está adquiriendo algo nuevo, sino que recibe algo que ya era suyo, por lo que estamos ante un acto meramente declarativo y de ahí, que no se cumplan los requisitos para poder ejercitar el retracto por parte de la sociedad, que pretendía cerrar sus puertas a la mujer de uno de ellos. El retracto es una cláusula que limita las posibilidades de enajenación, pero como aquí no se estaba produciendo tal enajenación, no procedía su utilización. Admitida la licitud de las cláusulas estatutarias restrictivas de la libre transmisibilidad y admitido que los intereses tutelados con ellas, son el interés social y el interés de los demás socios de controlar el ingreso de personas distintas en la gestión de la compañía y en el ejercicio de los derechos políticos que acompañan la cualidad de accionista, el hecho de que las acciones pasen a manos de la

499 SERRANO GARCÍA, J.A., “Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales. (En torno a la sentencia del TS, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)”, *A.D.C.*, vol. 42, 1989-III, pág. 1028.

500 SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.* págs. 1032 y ss.

mujer de uno de los socios, era justamente lo que dichas cláusulas restrictivas trataban de evitar.

- La otra postura o solución del conflicto habría sido considerar que en la división y adjudicación de las acciones gananciales, hay algo análogo a una transmisión, por lo que de existir restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad, la sociedad o los socios pueden privar al cónyuge no titular de su derecho a la adquisición de la mitad de las acciones comunes. Con esta medida, la sociedad podría evitar que ingresara un nuevo socio, pero lo que ocurriría es que se estaría vulnerando el derecho del cónyuge no socio en la liquidación de la sociedad de gananciales. Ahora bien, si las acciones tuvieran la consideración de enteramente gananciales, los cónyuges tendrían los mismos derechos en la partición del patrimonio común, sin que puedan resultar alterados por ordenamientos privados ajenos a la sociedad de gananciales. En este supuesto, los cónyuges podrían convenir el tipo de división que les resulte más rentable, incluso la no división, pero lo que es muy importante, no tendrían o no estarían obligados a partir respetando las limitaciones estatutarias de la sociedad anónima.

Sigue diciendo SERRANO GARCÍA que los estatutos de la sociedad anónima no pueden alterar desde fuera el régimen propio de la sociedad de gananciales modificando los derechos de terceras personas. Pero también el ordenamiento económico del matrimonio tiene que ser flexible en la calificación de los bienes conyugales y no calificar del mismo modo a las acciones adquiridas con bienes gananciales, de una sociedad capitalista pura, que de aquellas en las que la condición de socio es muy importante. En estas últimas, el valor económico de las acciones podrá ser ganancial, si así lo han decidido los esposos, sin embargo, la condición de socio del cónyuge a cuyo nombre figuran, (debido al carácter personalista de la sociedad), podrá ser privativo.

Se pregunta SERRANO GARCÍA si el personalismo de la condición de socio sería suficiente para atribuir al cónyuge socio un derecho de atribución preferente en la división de la sociedad de gananciales. Añade, que es en la calificación de las acciones donde hay que hacer valer el personalismo de la sociedad anónima. En esta misma línea cita la STS de 17 abril 1967 ("Hijos de Sabino Santos, S.A."), donde las cláusulas de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones tienen una gran importancia. Se destaca que lo que importa no es tanto que se excluya el principio de la libre transmisibilidad de la acción, como el por qué se excluye. El artículo 46 de la antigua LSA, representa el reconocimiento legal de que, aunque otra cosa pudiera deducirse de la ley, todas las sociedades anónimas no son iguales, ni responden a las mismas necesidades, y por tanto no tienen que quedar sujetas a un mismo régimen jurídico.

Volviendo a la calificación de las acciones, SERRANO GARCÍA⁵⁰¹ sigue diciendo que si éstas se califican como exclusivamente privativas de uno de los

501 Para SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.* págs.. 1041 y 1042; estas son las soluciones alternativas que se desprenden del régimen de gananciales teniendo en cuenta la mayor o menor relevancia del "*intuitu personae*" de la condición de socio en la sociedad anónima cerrada. Soluciones que parecen ajustarse tanto a la jurisprudencia de intereses como a las

cónyuges no van a estar afectadas por la disolución de la sociedad de gananciales. Pero si se califican como exclusivamente gananciales, a pesar de las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad, formarán parte del caudal partible tras la disolución del consorcio. (Y quedaría en el aire el hipotético derecho de atribución preferente que antes se comentaba). Por otro lado, si las acciones de la sociedad anónima (con notas “personalistas”) se califican como gananciales en lo patrimonial y privativas en la condición de socio, únicamente será divisible el valor real de las acciones, pero no la titularidad que seguirá siendo privativa del cónyuge a cuyo nombre figuran.

3.- Otra sentencia a destacar referida a la sociedad conyugal de conquistas es la STSJ de Navarra de 30 marzo 2002 (RJ 2002\5775). El marido antes de contraer matrimonio adquiere acciones de una sociedad, de la que una vez casado, sigue adquiriendo acciones. El marido hace testamento dejando a su mujer tanto las acciones adquiridas constante matrimonio, como las adquiridas antes.

Una vez fallecido su esposo la viuda se considera socia de la sociedad de la que éste formaba parte y quiere ejercitar los derechos que como tal le corresponden. Sin embargo, se encuentra con que la sociedad tenía una serie de restricciones a la transmisibilidad “*mortis causa*” de las acciones. Además, se considera que las acciones adquiridas por el esposo durante el matrimonio, eran consecuencia del derecho de suscripción preferente del marido.

La viuda demanda a la sociedad y terminan llegando al TSJ de Navarra, que acaba fallando que la viuda es titular de la totalidad de las acciones que estaban registradas a nombre del marido, primero de acuerdo con el régimen de conquistas las adquiridas durante el matrimonio y sus derivadas, y segundo, como heredera universal del mismo por adquisición “*mortis causa*” del resto de las acciones titularidad del finado; procediendo en consecuencia el pago a la demandante de intereses y dividendos pendientes.

Como la propia Sentencia indica, los antecedentes necesarios para el estudio de la misma, se encuentran en sus Fundamentos de Derecho Primero y Segundo.

Dispone así en su Fundamento Derecho Primero lo siguiente:

Se plantea en el presente procedimiento la determinación de la titularidad de 6.987 acciones que figuran inscritas en el Libro Registro de acciones nominativas de La Información, SA, a nombre de don Francisco U. G., de condición civil navarra, fallecido sin descendencia en Pamplona el 19 de julio de 1997, bajo testamento de hermandad en que instituyó heredera universal a su esposa.

Resulta acreditado en autos que don Francisco, en el momento de contraer matrimonio con la actora, doña Carmen L. J., el 18 de octubre de 1961, era titular exclusivamente de 65 acciones nominativas de la citada sociedad,

que pretenden superar los inconvenientes de cotitularidad de la condición de socio y la tesis de que la partición supone transmisión pese a la ganancialidad de las acciones.

habiendo adquirido las restantes, en distintas fechas y por diversos títulos, durante el matrimonio.

Establecida en la escritura constitutiva de la Sociedad y en modificaciones posteriores, diversas restricciones a la transmisibilidad «inter vivos» de las acciones, en lo que aquí interesa, según resulta de la certificación del Registro Mercantil incorporada a autos (inscripción 33), en la modificación de los estatutos sociales de 20 de febrero de 1971, se estableció «ex novo» una restricción a la transmisión mortis causa de las acciones de La Información, SA, disponiendo la nueva redacción del art. 11 de los estatutos de la demandada que «la adquisición de acciones por cualquier título “mortis causa” confiere la condición de socio al causahabiente que reúna todos los requisitos previstos en el art. 4 (condiciones generales: en particular la condición foral navarra del adquirente), y en el apartado I (de este art. 11: ser descendiente, hermano legítimo o adoptado del socio transmitente), ampliado para poder incluir también al cónyuge supérstite cuando el matrimonio tenga descendencia». Esta restricción se desarrolla en la modificación del citado art. 11 de los estatutos sociales efectuada el 17 de agosto de 1983, concretando que las acciones heredadas por el cónyuge supérstite sólo podrán ser transmitidas a los descendientes de ese matrimonio; principios que se reiteran en posteriores modificaciones del art. 11 de los Estatutos de 17 de enero de 1992 y 14 de junio de 1994, incluyéndose en esta última la transmisibilidad a los sobrinos que fuesen accionistas en el momento de la transmisión.

Se pretende en el presente procedimiento, que pese a las citadas restricciones a la transmisibilidad de las acciones se declare la condición de socio de doña Carmen L. J. con anterioridad al fallecimiento de su esposo y en cuanto al 50% de las acciones de conquistas, así como la adquisición «mortis causa» del resto de las acciones de su esposo, modificando en consecuencia el libro de registro nominativo de acciones de la Información, SA, reclamándose finalmente el abono de los dividendos pendientes e intereses devengados, así como los derechos políticos derivados de la condición de accionista”.

Sigue diciendo el Fundamento Segundo de Derecho que:

“La sentencia de primera instancia, tras un análisis detallado de la prueba documental aportada, concluye que 11 de las 12 operaciones de adquisición de acciones de la Sociedad efectuadas por don Francisco U. G. durante su matrimonio, corresponden a supuestos de ejercicio estatutario de derechos de adquisición preferente de nuevas acciones o a ampliaciones de capital, pero que no se acredita la causa de la adquisición de 34 acciones de la Sociedad el 29 de diciembre de 1966, por lo que en aplicación de la presunción de comunidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, establece que dichas 34 acciones han de considerarse de conquistas; y como entiende que las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones no son de aplicación a las transmisiones operadas entre socios, y que la masa común significa una cotitularidad real y no simplemente formal de dichas 34 acciones (y sus ampliaciones durante el matrimonio), concluye que el resto de las acciones del finado, bien como bienes de conquistas, bien a título hereditario, han de reconocerse propiedad de la esposa demandante e inscribirse a su

nombre en el libro registro de acciones de la sociedad, condenando igualmente a la demandada al abono de dividendos e intereses pendientes.

La sentencia de la Audiencia, revocando en apelación la sentencia de primera instancia, establece que sólo las 34 acciones adquiridas en 1966, y las derivadas de las mismas por adquisición o suscripción preferente, pueden considerarse de conquistas, y sólo respecto de ellas reconoce a la esposa demandante la condición de socia de La Información, SA; pero respecto de las restantes acciones de don Francisco U. G., estima que las adquiridas durante el matrimonio por derecho de suscripción preferente han de considerarse privativas del finado (en aplicación del art. 1352 del CC de 1981 y ley 83.10 FNN, tras la modificación de 1987, que define como concreción normativa de una doctrina jurídica previa, que consideraba la condición de socio esencialmente privativa, aunque fuesen comunes los frutos o provechos económicos de dicha condición), sin que pueda adquirirse «mortis causa» la titularidad de éstas ni de las restantes acciones del finado, por no cumplirse en la viuda instituida heredera en testamento de hermandad la exigencia estatutaria de tener descendencia común del matrimonio. Criterios que son recurridos en casación por ambas partes litigantes”.

b) Con relación a las participaciones sociales de una sociedad limitada se plantea el mismo problema que hemos visto con anterioridad para las acciones en la liquidación de la comunidad de gananciales, modelizado por el juego del art. 107 de la LSC.

Si las participaciones están a nombre de los dos cónyuges: no habrá problemas de adjudicación porque ambos son socios de la sociedad;

Si las participaciones gananciales está a nombre solo de uno de ellos: habrá problemas si existen restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad, de no existir estas restricciones se podrán transmitir libremente como predica el art. 107.1 LSC.

En caso de existir restricciones estatutarias a la transmisión de particiones entre cónyuges, en principio, las misma no han de afectar a las adjudicaciones derivadas de la liquidación de la comunidad de gananciales, pues como antes vimos la naturaleza de la adjudicación no es transmisiva sino especificativa o declarativo.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de ocuparse de este tema:

1. La STS de 18 enero 1962 (Id Cendoj: 28079110011962100262), se ocupa de un caso que trata de una sociedad colectiva que se transforma en 1942 en SRL y se pacta que en caso de fallecimiento de alguno de los socios sus herederos podrán optar por continuar en la compañía o por la disolución, en cuyo caso lo comunicarán al socio en el plazo de 3 meses; y si optaren por la continuación, ostentarán los mismos derechos y obligaciones que su causante menos los relativos a la administración y uso de la firma social. Las herederas (dos hermanas), optan por la disolución, otorgan la correspondiente escritura y la inscriben. Se discute la ineficacia y nulidad de la escritura de disolución, y, en lo que nos interesa, se resuelve, en un tema planteado de litisconsorcio

pasivo, que no cabe duda de que la viuda es la titular en pleno dominio de la mitad de los bienes de la sociedad de gananciales, pero ello no obsta a que, en la SRL, el único que ostentaba el carácter de socio y podía ejercitar los derechos inherentes a tal cualidad era el marido, y hoy por su fallecimiento sus hijas y herederas, en cuanto a sus cuotas en pleno dominio, ya que la viuda, como nudo propietaria, no tiene intervención alguna en la sociedad (por lo que no concurre el vicio procesal referente al consorcio necesario pasivo).

2. Un caso de sociedad de responsabilidad limitada⁵⁰²: La Sentencia de 5 octubre 1984 (Id Cendoj: 28079110011984100187) caso de “Fernando Diago Piñón, S.L”.

Cuestión de fondo: se trata de la declaración de nulidad de una cláusula estatutaria de una SL referida a la transmisión de participaciones sociales. La sociedad está constituida por tres hermanos y se pacta distinto régimen según quienes sean los fallecidos: así, que la muerte o incapacidad de alguno de los socios no producirá la disolución de la sociedad, continuando entre los sobrevivientes y el heredero o legatario de Andrés (el querellado) si éste fuera el fallecido; pero si lo fueran alguno de los otros dos, la sociedad continuará solo entre los sobrevivientes o restantes socios, que deberán adquirir dentro del plazo de 6 meses las participaciones sociales del fallecido, apreciadas en su valor real, que a falta de acuerdo será fijado por tres peritos...

La viuda de Germán entendía que esa modificación estatutaria era nula por lo que no ella ni sus hijos atendieron a los requerimientos de Andrés para adquirir sus participaciones.

Se discutida si el derecho de adquisición preferente a favor de don Andrés alcanzaba o no a las participaciones sociales atribuidas a la viuda de don Germán; y si el derecho de adquisición preferente de las participaciones adjudicadas a los hijos de don Germán debía de hacerse efectivo mediante el pago de su importe en el momento de formalizarse la escritura de transmisión o bien en el plazo de 3 años fijados en la cláusula discutida con sus intereses.

En primera instancia se dio la razón a Andrés, declarando válida la escritura de modificación estatutaria. En apelación, la sala primera de lo civil de la Audiencia Territorial de Valencia, declara la ineficacia de la cláusula y que Antonia puede disponer libremente de las participaciones, las cuales conservarán todos los derechos inherentes a las mismas desde la muerte de German! Que los hijos pueden vender sus participaciones sometiéndose a las disposiciones de dicha cláusula.

En casación por infracción de ley doctrina legal, el TS declara que el art.21 LSRL, tratándose de sucesiones hereditarias, sienta el principio de que la adquisición de una participación social confiere al heredero la condición de socio.

502 Esta sentencia aparece recogida y comentada por: CADARSO PAULAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid 1993, págs. 34 a 38.

Cosa juzgada: Se reconoce que la cosa juzgada ha de alegarse como excepción para que pueda estimarse por el órgano juzgador e impedir un nuevo fallo sobre lo ya juzgado; pero se plantea si hace falta que se alegue como excepción para obligar al juzgador a reconocer su existencia y respetar las declaraciones ya realizadas. Después de citar diferentes resoluciones judiciales se resuelve que debe ser apreciada en ex officio por los Tribunales.

En este caso hubo dos juicios de mayor cuantía interpuestos (uno por Andrés y otro por la viuda de Germán), por lo que en el que nos ocupa, al haber sido invocados los mismos cinco motivos de casación, la sentencia debe ser sustancialmente coincidente en aras de la seguridad jurídica y la paz social. De manera que el fallo (procedimiento a instancias de la viuda) CASA la sentencia de la sala Primera de lo civil de la Audiencia Territorial de Valencia (a instancias del socio Andrés).

Apuntar que respecto de los cónyuges existe la conveniencia de superar el sistema legal de libertad de transmisión entre ellos⁵⁰³.

c) En esta misma línea, citar la Sentencia de 5 marzo 1981 (Id Cendoj: 28079110011981100002). Esta Sentencia también se ocupa de una SRL constituida por tres hermanos, se pacta una modificación estatutaria para el caso de fallecimiento de los socios: si fallece Augusto la sociedad continuará con los sobrevivientes y los herederos o legatarios del fallecido que ostenten la cualidad de socio; y si fallecen Juan Luis o Ángel Daniel la sociedad continuará sólo con los sobrevivientes o restantes socios, que deberán adquirir en el plazo de seis meses las participaciones del fallecido (se establecen unas pautas para fijar su valor, que también se discuten en el procedimiento). Se resuelve que la viuda, por sus participaciones sociales (en razón a su carácter de gananciales), ostenta los derechos económicos que le correspondan, pero se ve privada de sus derechos societarios por el hecho de no tener la cualidad de socio.

2) Es aplicable el derecho de preferente adjudicación del art. 1406.2º del CC a las acciones o participaciones de sociedades de capital?

503 La RDGRN de 20 diciembre 2019 (BOE 14-03-2020) se refiere a un caso en el que los dos únicos socios de una SRL, que además eran matrimonio, acuerdan que las participaciones adquiridas con carácter ganancial por la esposa en el momento de la constitución de la sociedad, el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio sea ostentada desde ese momento por el esposo y como consecuencia, sea a todos los efectos el marido único socio de la sociedad, la cual acaba adquiriendo carácter unipersonal y solicitan al Registrador mercantil que haga constar esa unipersonalidad sobrevenida. Para que se pueda producir un desplazamiento patrimonial de las participaciones sociales de un cónyuge a otro, aun cuando esta circunstancia no afecte al carácter ganancial de aquellas, será preciso que se apliquen las reglas generales o las especiales de los negocios de comunicación entre cónyuges, circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho en el que los cónyuges se limitan a afirmar que el *“ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio sea ostentada desde este momento por el otro miembro de la sociedad de gananciales”*, declaración de voluntad que por sí sola no revela la existencia de un desplazamiento patrimonial de un cónyuge a otro y que por sí misma no permite entender que la condición de socio ha sido objeto de transmisión.

Cuando la liquidación de la sociedad de gananciales no se hace de común acuerdo entre los cónyuges, queda sometida al correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

El reparto de las acciones y participaciones sociales se hará de acuerdo con las normas que regulan la liquidación, recogidas en los artículos 1406 a 1410 del CC, con remisión a los artículos 1061 y ss del CC, para el caso de partición hereditaria).

Llegados a este punto, la cuestión que se plantea es si cabe la aplicación del artículo 1406 CC para adjudicar preferentemente al cónyuge socio las acciones o participaciones sociales de la sociedad de capital (siempre que haya bienes suficientes en la sociedad de gananciales para poder equilibrar los bienes del otro cónyuge).

Dispone el artículo 1406 CC que: *“Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 1º. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346. 2º. La explotación económica que gestione efectivamente. 3º. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual”*.

El artículo 1406.2⁵⁰⁴ fue reformado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa⁵⁰⁵ por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La redacción anterior, más limitada decía: *“2.º La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo”*.

Igualmente esta misma ley reformó el art. 1056 del CC permitiendo mantener en la partición hecha por el testador indiviso el control de una sociedad de capital o grupo permitiendo al adjudicatario de un paquete de control el pago de la legítima a los demás interesados en metálico incluso extrahereditario.

El artículo 1406 CC no hace referencia al supuesto de atribución preferente al cónyuge de las participaciones sociales y de las acciones que constan a su nombre cuando supongan un paquete que controle la sociedad de capital o grupo de sociedades. Entendemos que el art. 1406.2º sería aplicable, sea por analogía o de modo extensivo, al caso que planteamos siempre que se cumplan los requisitos que contempla, esto es: que se trate de un bien

504 Como bien dice GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Liquidación de sociedad de gananciales y empresa familiar: los derechos de atribución preferente y su utilidad", en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. L.H. Clavería Gosálvez*, editorial Reus, en prensa (Se ha utilizado la versión remitida por el autor a la editorial) el artículo 1406.2º CC *“consagra el derecho de preferente adjudicación que tiene un cónyuge, para que se adjudique en su haber ganancial, hasta donde alcance, la explotación económica que gestione efectivamente”*.

505 Resalta PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *op. cit.* pág. 674, que con la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, se introdujeron una serie de modificaciones que afectaron tanto al Código de Comercio, como a la entonces vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada e incluso al Código Civil, con la llamada “reforma añadida”, ya que supuso la creación de un nuevo tipo societario, un nuevo tipo de sociedad limitada.

ganancial y que el cónyuge que solicita la atribución preferente viniese ejerciendo una gestión real y efectiva de la sociedad de capital.

Si atendemos a la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 parece que quiere proteger a todas las empresas, no sólo a las individuales sino también a las societarias. Además, el artículo 1056 CC en su párrafo segundo también reformado, se refiere específicamente a los paquetes de control de las sociedades.

La finalidad del artículo 1406.2º CC no es otra que proteger al cónyuge que venía ejerciendo una determinada actividad, para que pueda conservar su explotación a pesar de la liquidación de la sociedad conyugal.

Lo que pretende este precepto es que se logre la conservación de la empresa como unidad productiva, manteniendo la continuidad de la empresa y que el cónyuge que se venía ocupando de la misma pueda continuar ejerciendo dicha actividad económica⁵⁰⁶.

Subraya GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁰⁷ que el derecho de preferente adjudicación se refiere a la unidad formada por la explotación económica ganancial (en la forma que sea, mercantil o no), consagrándose a favor del cónyuge que efectivamente se estuviera ocupando de su gestión hasta donde alcance el haber ganancial del atributario, lo que supone que el posible exceso que haya sobre su haber, no podrá exigir el pago del mismo en metálico al otro cónyuge o en su caso, a sus herederos. En este caso no resultaría aplicable el juego del artículo 1407 CC, el cual admite adjudicaciones a pesar de que excedan del haber conyugal⁵⁰⁸.

Sobre la cuestión que nos ocupa no hay jurisprudencia uniforme al respecto. En ocasiones, los tribunales se han mostrado favorables a la aplicación de dicho precepto, por entender que el cónyuge socio ostentaba una posición destacada en la sociedad de capital, en el sentido de que llevaba una gestión importante en la misma, o que trabajaba en ella directamente, o que controlaba tal paquete de acciones/participaciones sociales, que el no permitir que continuara en sus labores/posición podía incluso afectar al devenir de la sociedad de capital en cuestión⁵⁰⁹. Otras veces sin embargo, las acciones/participaciones han supuesto el grueso del activo de la sociedad de gananciales, entendiendo los tribunales que el permitir la aplicación analógica del 1406.2º CC, habría supuesto un gran perjuicio para uno de los cónyuges,

506 La STS de 9 mayo 2008 (RJ 2008\2970) viene a decir que este precepto se aplica sobre los bienes que se estén empleando al tiempo de la liquidación, no los que se hubieran empleado en el pasado. Quedan fuera aquellos bienes que aun habiéndose utilizado en el pasado, no se estén usando en el momento de la liquidación.

507 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Liquidación de sociedad de gananciales y empresa familiar: los derechos de atribución preferente y su utilidad", en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. L.H. Clavería Gosálvez*, editorial Reus, en prensa (Se ha utilizado la versión remitida por el autor a la editorial)

508 En opinión del profesor GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Liquidación de sociedad..." resulta incomprensible que la norma contenida en el artículo 1407 CC que permite adjudicaciones aun excediendo del haber conyugal no sean aplicables al supuesto contemplado en el párrafo 2º del artículo 1406 CC.

509 Vid. SAP de Asturias (Secc. 6ª) de 2 febrero 2015 (JUR 2015\73411)

por lo que se ha optado por evitar dicha aplicación y tratar que éstas constituyesen un medio de vida para ambos esposos⁵¹⁰.

El artículo 1406.2º CC se aplica por analogía o por interpretación extensiva, a las acciones o participaciones cuando hay un paquete de control en una sociedad de capital y uno de los cónyuges es administrador de la sociedad.

La falta de una norma específica el caso, así como la inexistencia de una jurisprudencia uniforme al respecto, hace que lo más sensato y óptimo, de cara a evitar estos problemas que pueden surgir, es que los cónyuges regulen sus relaciones patrimoniales, ya sea en pactos prematrimoniales o durante el matrimonio⁵¹¹.

Lo más habitual y normal es que, en dichos pactos los cónyuges estipulan expresamente que en caso de disolución de la sociedad de gananciales puedan el cónyuge titular formal de las mismas o aquel de los cónyuges que viniere administrando la sociedad tenga un derecho de atribución preferente, incluso cuando excedan de su haber ganancial, pagando al otro cónyuge el exceso en metálico.

Para MARTÍN MELÉNDEZ⁵¹² la finalidad que persigue el artículo 1406. 2CC no es otra que la de proteger el interés personal del cónyuge que venía gestionando efectivamente la explotación y que en virtud de dicho precepto, se le permita continuar desarrollando la actividad en cuestión, lo que puede suponer en la práctica que se evite la división de ésta. MARTÍN MELÉNDEZ va más allá y explica, que el legislador en el citado precepto, lo que ha pretendido es cuidar y atender la situación personal del cónyuge concreto que *“a los efectos que puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que exista una empresa ganancial, en la economía general”*⁵¹³.

Añade MARTÍN MELÉNDEZ que el derecho de atribución preferente no se transmite a los herederos, como tampoco al heredero que hubiera gestionado la explotación solo o junto al cónyuge fallecido.

Recalca la autora que le corresponde ser titular del derecho de atribución preferente al cónyuge que organice y se haya ocupado del control de los elementos personales y materiales fundamentales para el buen desarrollo de la sociedad, para la producción de bienes y servicios, con la intención de conseguir unos objetivos dentro del mercado. Como bien dice la autora, quien se ocupe de la gestión efectiva, quien decida sobre la política de la empresa, no siendo necesario que sea empresario, pero sí que ejerza la actividad

510 Vid. SAP de Albacete (Secc. 1ª) de 20 octubre 2016 (JUR 2016\251175)

511 MUÑOZ DELGADO, C., *Copropiedad de participaciones sociales y acciones: La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales*, Tesis Doctoral, UNED, 2017, pág. 304.

512 MARTÍN MELÉNDEZ, Mª.T., “Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales” en *RCDI nº 752*, 2015 pág. 3204.

513 MARTÍN MELÉNDEZ, Mª.T., op.cit. pág. 3204, acto seguido de la idea expuesta sigue diciendo que *“la preferencia en la adjudicación que determina el derecho de atribución preferente a favor de su titular, implica que solo uno de los esposos cumple el requisito exigido por cada número del precepto, pues solo se puede justificar la preferencia de uno frente al otro si uno puede oponer al otro que mientras él cumple tal requisito, el otro no”*.

profesionalmente, a lo que recalca que, la venga ejerciendo en el pasado, que la ejercite en el presente y que tenga intención de continuar en su ejercicio.

Asimismo, remarca MARTÍN MELÉNDEZ⁵¹⁴ que el objeto del derecho de atribución preferente que recoge el artículo 1406.2 CC es la empresa, *“entendiendo ésta como un conjunto organizado de bienes y relaciones materiales e inmateriales dotados de valor económico y objeto de una gestión propia y separada respecto del resto del patrimonio al que pertenece, constitutivos a su vez de un solo bien unitario calificable en su conjunto como ganancial, privativo o mixto, del que se sirve el empresario para ejercer su actividad de tal, es decir, una actividad económica planificada cuyo fin sea intervenir en el mercado de bienes o servicios con el ánimo de obtener una ganancia”*.

En cuanto a la empresa, la autora hace una importante apreciación, al destacar que habrá que analizar si la empresa constituye en sí misma una unidad económica o está compuesta por varias explotaciones. En caso de estar compuesta por varias, habría que comprobar si todas ellas caben o no en el lote del esposo que cumpla las condiciones para ser titular del derecho de preferente atribución. De ser así, éste no podrá exigir tan solo una de las explotaciones, sino que derecho de atribución operará sobre todas ellas⁵¹⁵.

Por último, respecto a las acciones y participaciones de la empresa con forma social, destacar que también pueden ser objeto de atribución preferente sobre la base del examinado párrafo segundo del artículo 1406 CC, pero subrayar que dicho derecho únicamente podrá darse sobre las acciones y

514 MARTÍN MELÉNDEZ, M^a.T., *op. cit.* pág. 3205.

515 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Liquidación de sociedad de gananciales y empresa familiar: los derechos de atribución preferente y su utilidad", en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. L.H. Clavería Gosálvez*, editorial Reus, en prensa (Se ha utilizado la versión remitida por el autor a la editorial), hace las siguientes consideraciones respecto a la aplicación a la empresas de este precepto, señalando los siguientes: 1. Ha de tratarse de una explotación económica ganancial o en parte ganancial. Para ello habrá que delimitar el concepto de explotación económica en sentido amplio, entendiendo que se trata de una empresa con todos sus elementos subjetivos y objetivos, materiales e inmateriales, destinados a la prestación de servicios, producción de bienes e intermediación en el mercado. No resultando relevante el objeto de la actividad. 2. Respecto a las empresas individuales mixtas (en parte privativas, en parte ganancial), estaremos ante un proindiviso el cual no es obstáculo para que el cónyuge que efectivamente gestione la empresa pueda ejercitar el derecho de adjudicación preferente con relación a la cuota ganancial, por lo que: si ese cónyuge era titular de la cuota privativa, se convertirá en el titular tota; mientras que en caso de no serlo, continuará en proindiviso con el otro cónyuge, el cual sólo mantendrá su parte privativa, al adjudicarse la ganancial al cónyuge que efectivamente venía realizando la actividad. 3. En relación con las sociedades de capital, las acciones o participaciones podrán encontrarse a nombre de uno o de los dos cónyuges. En tales casos resulta determinante la aplicación del artículo 1406.2º CC ya analizado. 4. La empresa tiene que ser gestionada al tiempo de la liquidación por uno de los cónyuges, siendo precisamente él, el que tenga derecho a la preferente adjudicación en su haber ganancial. Si en el momento de la liquidación ya no viene ejerciendo dicha actividad, ni gestionando la empresa no tendrá derecho a pedir dicha adjudicación. 5. En cuanto a las actividades que requieren una autorización administrativa especial que debe ostentar uno de los cónyuges para su ejercicio, como en el caso de farmacias, taxis... estos supuestos entran en el ámbito de aplicación del artículo 1406.2º CC, teniendo el titular que desempeña la actividad derecho a que se le adjudique en su haber ganancial hasta donde éste alcance.

participaciones que sean gananciales, transmisibles del cónyuge que lo pretenda (socio o no socio), y que éste haya gestionado efectivamente la sociedad; además, por supuesto, que con dicha atribución preferente se pretenda que el cónyuge continúe en el ejercicio de su profesión empresarial (siendo este aspecto más importante que la conservación de la explotación, que también lo es, pero lo que se persigue en primera instancia el mantenimiento de la actividad del cónyuge⁵¹⁶).

516 MARTÍN MELÉNDEZ, M^a.T., *op. cit.* pág. 3205, a lo que añade que habrá que estar al tipo de sociedad, así como a la causa de la disolución de la sociedad de gananciales, si se ha debido al fallecimiento de uno de los cónyuges o ha tenido lugar por otra causa distinta a esta.

CAPÍTULO III. OBLIGACIONES DE LAS QUE RESPONDE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y OBLIGACIONES DE CARGO DE LA MISMA. EN PARTICULAR LAS RESPONSABILIDADES ASUMIDAS POR UN CÓNYUGE COMO ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL

1. INTRODUCCIÓN A LAS IDEAS DE RESPONSABILIDAD Y CARGAS DE LOS BIENES GANANCIALES

En la vida de la comunidad de gananciales los cónyuges contraen obligaciones en su quehacer diario. En función de cómo se han contraído y de su finalidad, las mismas deben entenderse como deudas gananciales -deudas que debe soportar la sociedad de gananciales- o, por el contrario, como deudas privativas.

El CC en los arts. 1362 y ss recoge una serie de preceptos que engloba bajo la rúbrica "*De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales*", distinguiendo, diversos supuestos: en unas ocasiones se refiere a gastos que son "de cargo" de la sociedad de gananciales, habla de "cargas" de la sociedad de gananciales- , mientras que otras ocasiones el CC habla de "responsabilidad" de los bienes gananciales por ciertas deudas contraídas por uno o ambos cónyuges.

La sociedad de gananciales, al carecer de personalidad jurídica no puede contraer obligaciones, de manera que éstas siempre son contraídas por los cónyuges, ya sea por uno de ellos o por ambos conjuntamente.

- Si las deudas se contraen o los pagos se han hecho para satisfacer necesidades de la sociedad y de la familia, los mismos corresponden ser satisfechos con bienes gananciales, por lo que si en un primer momento uno de los cónyuges ha pagado con bienes privativos, tal cónyuge tiene derecho al reembolso pertinente. En estos casos se habla de deudas que son de "cargo" de la sociedad de gananciales. El concepto de carga tiende a determinar el patrimonio que finalmente debe soportar una deuda o pago concreto. Aparece así el concepto de deudas gananciales frente al de deudas privativas.

- Cuando se habla de responsabilidad de bienes, el CC se ocupa de indicar qué patrimonio puede ser objeto de agresión por parte de los acreedores. No coinciden los conceptos de cargo y responsabilidad, de modo que hay deudas gananciales (deudas de cargo de la sociedad de gananciales) de las cuales responden bienes gananciales y hay otras deudas gananciales de las que no responden los bienes gananciales, pudiendo hacerlo los bienes privativos.

1.1. Qué es de cargo de la sociedad de gananciales y de qué se responde con ellos

1.1.1. Obligaciones de las que responden los bienes gananciales

Los bienes gananciales responden de una serie de obligaciones. Algunas de ellas si han sido pagadas con bienes gananciales quedan definitivamente de cargo de la sociedad ganancial -sin dar lugar a reembolso alguno- mientras que en otras ocasiones, por no ser de cargo de la sociedad de gananciales generan un derecho de reembolso frente al cónyuge en cuyo favor se contrajo la obligación pagada con bienes gananciales.

En todos los casos que señalamos a continuación responden solidariamente los bienes privativos del cónyuge/s deudor/es y los bienes gananciales. Además, el art. 1319 el CC consagra la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor:

1) De las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 1367 CC). Aun cuando en la relación interna deba finalmente considerarse privativa esta deuda por haberse contraído en interés exclusivo de uno de los cónyuges, en la relación con los terceros debe entenderse que responden solidariamente los bienes gananciales con los privativos de ambos cónyuges.

2) De ciertas obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges: en unas ocasiones en situación normal de matrimonio y en otras en caso de separación de hecho.

El art. 1369 del CC establece la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas de un cónyuge que sean además deudas de la sociedad de gananciales.

a.- En casos de situación normal del matrimonio, por las obligaciones contraídas por un cónyuge, responden, además del patrimonio del cónyuge deudor, todos los bienes gananciales en los casos a los que se refiere el art. 1365 del CC, con la excepción que para el cónyuge comerciante marca el Código de Comercio al que se remite el último apartado. Así, señala el art. 1365 del CC: *“Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.”* En caso de comerciante individual caso en régimen de gananciales se aplicarán los arts. 6 a 12 del Código de Comercio.

Responden igualmente los bienes gananciales de ciertas obligaciones extracontractuales contraídas por uno de los cónyuges, en concreto las que sean *“consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes”*, las cuales señala el CC *“serán de la responsabilidad y cargo de aquélla”*, exceptuando el caso de que se trate de obligaciones debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (art. 1366 CC).

b- En situación de separación de hecho el art. 1368 señala: *“También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales”*.

3) Finalmente el art. 1370 añade: *“Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código”*. En este caso responde la sociedad de gananciales pero sólo con dicho bien, sin perjuicio de que el cónyuge cuyo consentimiento se omitió pueda ejercitar las acciones que le correspondan.

1.1.2. Cargas de la sociedad de gananciales

La regla general es la recogida en el art. 1362 del CC conforme al cual los bienes gananciales deben satisfacer las atenciones de la familia, los gastos que procedan de los propios bienes gananciales -sea la adquisición, tenencia o disfrute-, los de la administración ordinaria de los bienes privativos (es lógico, al ser gananciales los rendimientos de los mismos), así como los gastos de la explotación regular de las actividades económicas de los cónyuges ⁵¹⁷ (igualmente explicable al ser gananciales los resultados de las mismas).

Señala dicho precepto: *“Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. ... 2.ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3.ª La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges⁵¹⁸. 4.ª La*

⁵¹⁷ Se consideran gananciales las deudas laborales de uno de los cónyuges, vid. STS de 13 abril 1993 (RJ 1993\3000), la STS de 2 marzo 1994 (RJ 1994\1642), la STS de 17 julio 1997 (RJ 1997\6018); así como las que se deriven de las relaciones comerciales de uno de los esposos para la adquisición de bienes para el ejercicio del comercio, vid. STS de 18 abril 1997 (RJ 1997\3244), la STS de 26 junio 1997 (RJ 1997\3862), STS de 10 marzo 1998 (RJ 1998\1042), entre otras.

⁵¹⁸ Señalan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, vol. IV- tomo 1, Derecho de familia, 12ª edic., Tecnos, 2018, Madrid, pág. 170: *“La norma utiliza un concepto (administración ordinaria frente a la extraordinaria) cuyo significado es siempre inseguro, carece de perfiles nítidos en la doctrina. Desde luego deben considerarse como de*

*explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*⁵¹⁹.

Igualmente son de cargo de la sociedad de gananciales los casos de los arts. 1363, 1366, y 1371 CC.

- El artículo 1363 dispone: “*Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte*”.

- El artículo 1366 CC señala: “*Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor*”.

- El artículo 1370 CC establece: “*Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia*”.

Si a la liquidación de la sociedad de gananciales estas obligaciones no han sido aún atendidas formarán parte del pasivo ganancial, y si han sido atendidas con bienes privativos de uno de los cónyuges, igualmente formarán parte del pasivo ganancial: en este último caso surge un derecho de reembolso a cargo de la sociedad de gananciales y a favor del cónyuge con cuyos bienes privativos fueron atendidas las mismas, tal y como señala el art. 1364 del CC.

1.2. Qué es de cargo de los bienes privativos y de qué se responde con ellos

Hay una serie de deudas o gastos que deben calificarse como privativos, de modo que si han sido atendidos con bienes gananciales darán lugar a su respectivo reembolso a favor de la sociedad de gananciales⁵²⁰.

administración ordinaria los gastos de conservación y los ocasionados para que los bienes den sus frutos o rendimientos”.

519 Añaden DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., op. cit., pág. 170: “*La explotación «regular» está en la misma línea de indefinición de la administración «ordinaria», que obliga en cada caso a la consideración de las circunstancias que en él concurren. También es borroso el término «negocios». Que no se puede identificar con empresa o establecimiento, puesto que sabemos que tienen carácter privativo o ganancial (art. 1.347.5 CC, por lo que su explotación originará gastos comprendidos ya en el número 2.º o en el número 3.º del precepto que examinamos. Por eso, «negocios» serán actividades económicas que no sean necesariamente profesionales ni decididamente empresariales (vid. sentencias de 20 de noviembre de 2000 y 26 de marzo de 2001). La jurisprudencia considera explotación regular el aval del marido a una sociedad cuyas acciones, o su mayor parte, pertenecen a la sociedad conyugal (Ss. de 14 de mayo de 1984. 2 de julio de 1990 y 28 de septiembre de 2001)*”.

a) Son de cargo de los bienes privativos algunos conceptos por los cuales respondían los bienes gananciales, si bien deben quedar definitivamente a cargo del patrimonio privativo.

1) Gastos de alimentación y educación de hijos de uno solo de los cónyuges que no convivan en el hogar familiar.

Así, señala el art. 1362 del CC: "*Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1º. ... La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos será sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación*".

2) En segundo lugar cabe identificar los supuestos de deudas de un cónyuge que obligando, además a la sociedad conyugal (como por ejemplo, la deuda contraída por los dos cónyuges un cónyuge con el consentimiento del otro -CC 1367-) repercutan finalmente sobre el cónyuge señalado.

b) En la generalidad de los supuestos de cargas privativas ni siquiera se contempla la responsabilidad de los bienes gananciales. Así como supuestos en los no respondiendo los bienes gananciales (salvo 1373-1374 CC), son de cargo y responsabilidad exclusiva de los bienes privativos podemos señalar:

1) Las que tuviese desde antes de la vigencia del régimen de gananciales.

2) Deudas cuyo destino no sea la atención de las cargas, o no provengan de la administración "*ordinaria*" de los bienes privativos o de la explotación "*regular*" de la actividad económica. Se trata, efectivamente de gastos que se sitúan fuera del ámbito de juego del art. 1362 del CC.

3) Lo perdido y no pagado en juegos en los que la ley concede acción para reclamar lo que se gane. Así señala el art. 1372 del CC: "*De lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor*". Un sector doctrinal⁵²¹ propone una interrelación correctora del precepto que armonice los arts. 1371 y 1372 del CC, de modo que defiende una responsabilidad de los bienes gananciales hasta la cifra cubierta por el art. 1371 del CC. Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁵²² la deuda de juego nunca es una deuda de la sociedad de gananciales, ya que así parece decirlo expresamente el CC. Para este autor no hay ningún precepto específico que autorice al jugador a repercutir las pérdidas en el cónyuge inocente (incluso cuando se trata de juegos que por su ilicitud la ley no concede acción para reclamarlos). El artículo 1371 CC no expresa que estas pérdidas sean de cargo de la sociedad de gananciales, sino que parte de la regla contraria. Se pretende

520 Vid. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo IV, *Derecho de familia*, 12ª edic., Edisofer, Madrid, 2013, págs. 162 y ss.

521 Vid. por ejemplo, Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op. cit.*, págs. 175 y 176.

522 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Artículo 1371", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 703 y 704.

evitar que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales a instancia de uno de los cónyuges o sus causahabientes, el jugador tuviera que rendir cuentas de los gananciales gastados en el juego y con el fin de no sacar los trapos sucios de la familia, se establece que lo perdido y pagado quede en detrimento de la sociedad de gananciales⁵²³.

4) Las deudas por responsabilidad extracontractual que no sean de cargo y responsabilidad ganancial ex art. 1366. En concreto: 1) Contraídas por "*su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes*" debidas a dolo o culpa grave⁵²⁴. 2) Contraídas

523 A pesar de lo expuesto, hay autores que consideran que existen numerosas incongruencias en nuestra legislación, por lo que algunas veces las deudas derivadas del juego serán gananciales y otras veces serán privativas, como por ejemplo considera CUADRADO PÉREZ, C., "Deudas privativas de los cónyuges y sociedad de gananciales", en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. por Francisco Javier Gómez Gállico, tomo 1, Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 420 y 421.

Aparte de las deudas que se deriven del juego, en la práctica se dan situaciones en las que no resulta fácil determinar el carácter ganancial o privativo de la deuda, por lo que se recurre a presunciones de ganancialidad o privatividad. Los que abogan por la presunción de ganancialidad, como por ejemplo, ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., "Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias", *R.D.N.*, num. 116, abril-junio, 1982, pág.21; argumentan que las deudas contraídas por uno de los cónyuges serán gananciales, de la misma manera que los son los bienes adquiridos por uno de ellos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, mientras no se diga lo contrario. Por otro lado, los que se apoyan en la presunción de la privatividad, defienden que si la deuda es contraída por un cónyuge sin el consentimiento del otro, será privativa por no poderse demostrar el carácter ganancial de la misma. Esta postura la defiende DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *A.D.C.*, Vol. 39, 1986-II, pág. 496. Al igual que hay autores que prescinden totalmente de estas presunciones, defendiendo que son los acreedores los que deberán probar la responsabilidad de los bienes gananciales, recayendo sobre éstos la carga de la prueba y tomando como base el artículo 541.2 de la LEC. Esta postura es apoyada entre otros por GORDILLO CAÑAS, A., "Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?", *A.C.*, nº21, diciembre 2004. La DGRN igualmente considera que no cabe hablar de presunciones en materia de deudas contraídas por uno de los cónyuges, RDGRN de 24 septiembre 1987 (RJ 1987\6572) y de 18 febrero 2002 (RJ 2002\5887).

La SAP de la Coruña (Secc. 5ª) de 30 junio 2016 (JUR 2016\193921) subraya que hoy en día no existe en nuestro Código civil ni presunción de ganancialidad pasiva, como tampoco existe presunción de privatividad pasiva, lo que implica que para determinar el carácter ganancial o privativo de la obligación contraída por uno sólo de los esposos, habrá que estar al caso concreto. Para el supuesto de adquisición de bienes el CC sí contiene una presunción de ganancialidad en su artículo 1361 CC, mientras que para las deudas no, a menos que tengan su origen en los supuestos expresamente recogidos en los artículos 1362 y siguientes del CC. Podríamos decir que las deudas contraídas por un cónyuge vigente la sociedad de gananciales se presumen privativas mientras no se pruebe que son gananciales.

524 En este sentido de responsabilidad extracontractual que produce un beneficio para la sociedad de gananciales, citamos con ejemplo la STS de 25 octubre 2005 (RJ 2005\7210), sentencia que resuelve un caso en el que el marido, administrador de una sociedad, informó de la ampliación de capital de dicha sociedad al que ahora le demanda, ofreciéndole la posibilidad de adquirir la condición de socio aportando una suma de dinero. Haciendo caso al administrador, el ahora demandante abonó la cantidad de dinero solicitada, pero el oferente ni cumplió lo pactado, ni reintegró el dinero aportado. El marido (administrador) y su mujer, se habían constituido como fadores por préstamos concedidos a la sociedad en cuestión, de la que el marido aparte de ser administrador, también era accionista. La cantidad entregada por el demandante se había empleado para cancelar las deudas que los cónyuges que ambos tenían por el contrato de fianza. Ante tales hechos, el TS indica que "*parece más adecuado considerar que la obligación del esposo como responsable solidario de la deuda de la sociedad debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 CC, es decir, se trata de una responsabilidad*

extracontractual, entendida en sentido amplio, ya que no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales, en concreto por los artículos 133 y 135 LSA, y que además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, ya que ha eliminado un pasivo que tenían ambos esposos, constituido por los avales asumidos; pasivo que era una deuda de la sociedad de gananciales”. Esta interpretación coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA. Importante el dato de que la esposa no intervino en las operaciones mencionadas por las cuales queda saldada su deuda como fiadora. Respecto al aspecto de que si concurriese dolo o culpa grave del marido, la responsabilidad no se le atribuye a la sociedad de gananciales, sino exclusivamente al esposo que la ejerció, el TS puntualiza que no es así, ya que el artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente a tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado, que no debiera ser a cargo de la sociedad de gananciales. Concluye esta sentencia diciendo que el patrimonio ganancial resulta responsable por la deuda contraída por el marido, ya que la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la sociedad conyugal.

Para YÁÑEZ VIVERO, F., “Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 53, Nº 2, 2000, págs. 602 y 603; cuando trata las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, distingue entre: la responsabilidad extracontractual basada en la culpa, y la responsabilidad basada en otros criterios de imputación (ej. el riesgo). De acuerdo con esto, hay que distinguir por tanto cuando el que sufre el daño, lo sufre como consecuencia de una actuación culposa, que tiene que probar la acción u omisión, la existencia del daño, la relación de causalidad entre el comportamiento y el daño, así como la existencia de culpabilidad. De existir culpa grave o dolo, la obligación extracontractual no sería de cargo de los bienes gananciales. Tan sólo responderían los bienes del cónyuge actuante y en su caso la mitad de los bienes gananciales (ex. art. 1373 CC).

Por el contrario, cuando el que sufre el daño, lo sufre pero no por una actuación donde se reúnen los criterios de la culpa, destaca la autora que cabría hablar de presunción de ganancialidad pasiva, en la medida en la que, acreditado el perjuicio, va a responder el patrimonio común, puesto que se trataría de una obligación ganancial.

En la STS de 8 febrero 1991 (RJ 1991\1159) la obligación extracontractual tiene el tratamiento de una obligación privativa. Otro ejemplo de deuda privativa es el que recoge la STS de 29 julio 1993 (RJ 1993\6494) en el que se enjuicia al marido por unos delitos cometidos antes del año 1981 en el que se embargaban bienes de la sociedad de gananciales. Se pide la aplicación del artículo 1373 CC para obtener la sustitución del embargo de bienes gananciales concretos por las cuotas de los cónyuges en la sociedad de gananciales. Actualmente, de las obligaciones extracontractuales de un cónyuge en las que intervenga dolo o culpa grave, responden en defecto de bienes privativos del deudor, la parte que el deudor ostenta en la sociedad de gananciales. En la STS de 27 noviembre 1993 (RJ 1993\9143) quedan sujetos a responsabilidad los bienes gananciales a pesar de que la esposa no sea responsable de las acciones u omisiones del marido. La STS 31 marzo 2004 (RJ 2004\2024) señala que el artículo 1366 CC “*sólo se exceptiona el caso de que fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor*”. Lo que es muy importante, es que determina que el patrimonio común responde frente a terceros, pero en las relaciones entre los cónyuges no es pasivo de la sociedad. Y también es destacable en esta sentencia la diferencia que resalta entre “responsabilidad y cargo”, siendo dos conceptos distintos.

Hay algunos casos donde la sociedad de gananciales queda sujeta a la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados por el hijo común menor de edad, como consecuencia de la “culpa in vigilando” de uno sólo de los cónyuges. La STS de 8 julio 1997 (RJ 1997\9140) dispone que para que las obligaciones extracontractuales sean a cargo de la sociedad de gananciales, es preciso, de una parte, que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta o en el ámbito de la administración de los bienes, y de otra, que la imputabilidad de la obligación se deba a la responsabilidad por riesgos de la sociedad de gananciales o incluso de una acción u omisión ilícita culpable, propia de las personas de que se debe responder, salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del esposo deudor”. En este caso, para el TS, en esta decisión se ha llevado a cabo “*una actuación en beneficio de los intereses de la familia, la cual, por consiguiente, se integra en el espacio*

fuera de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o fuera del ámbito de administración de los bienes .

5) Deudas hereditarias en caso de herencias aceptadas por uno solo de los cónyuges⁵²⁵.

Visto lo anterior concretemos la responsabilidad de los bienes privativos. Con los bienes privativos se responde:

1. De aquello que es de cargo de los bienes privativos:

Se han analizado los casos que son de cargo de bienes privativos. De todos ellos se responde con bienes privativos, sin perjuicio de que en algún caso concreto el CC consagre la responsabilidad de los bienes gananciales.

2. También se responde con los bienes privativos de las cargas matrimoniales en los términos siguientes:

- De obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria el art. 1319 han de responder solidariamente los bienes privativos del cónyuge que contrajo la deuda con los bienes gananciales y subsidiariamente los otros bienes.

- Cuando no haya gananciales con los que responder de las cargas matrimoniales, lo harán los bienes privativos de los cónyuges, en proporción a los recursos económicos de cada cónyuge (ex. art 1438).

personal, que abarca la problemática de los cónyuges y de sus hijos”; en este sentido, “la obligación «in vigilando» corresponde tanto al padre como a la madre, por efecto del ejercicio conjunto de la patria potestad”, concluyendo por tanto la sentencia que “la condena se extiende a ambos progenitores, y su exacción no se concreta en los bienes privativos del marido, por cuanto la deuda no es exclusiva suya, sino que obliga a los de la sociedad de gananciales, ya que uno y otro tenían obligaciones comunes respecto a los hijos menores y respondían legalmente de los actos dañosos de éstos”.

525 Añaden Díez-Picazo, L. y Gullón, A., op. cit., pág. 177: “Tratándose de deudas hereditarias que gravan a un cónyuge como consecuencia de la aceptación hereditaria, el art. 995 del CC, que no ha sufrido alteración en la reforma de 1981, dice que si esa aceptación se hace sin beneficio de inventario por un cónyuge sin consentimiento del otro, no responderán los bienes gananciales. Ha de interpretarse que son deudas privativas del cónyuge aceptante”.

2. LAS RESPONSABILIDADES EN LA QUE PUEDE INCURRIR UN ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL

2.1. Introducción

La exigencia de responsabilidad de los administradores está íntimamente relacionada con el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, recogidos en la LSC, concretamente en el capítulo III del título IV en los arts. 225 y ss. que han recibido una nueva redacción con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Podría afirmarse que los deberes de los administradores se concretan en dos: el deber de diligencia y el deber de lealtad, que tal y como señala MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS⁵²⁶ *“son la concreción de la pauta de comportamiento exigido por el Derecho mercantil al administrador, al cual se le pide que actúe como un ordenado empresario deber de diligencia, y un representante leal deber de lealtad. Estos deberes son el correlato en el ámbito mercantil del concepto jurídico indeterminado buen padre de familia propio del Derecho Civil”*.

A pesar de que la LSC parece concretar los deberes de los administradores en los citados, lo cierto es que a lo largo de su articulado continúa manteniendo disposiciones relativas a dichos deberes. Ejemplo de ello es el artículo 225 LSC que explica cómo deben desempeñar los administradores su cargo, o el artículo 227 LSC que se ocupa de regular cómo debe ser el deber de lealtad de éstos, o el 228 LSC relativo a las obligaciones esenciales que se derivan de dicho deber de lealtad; o el propio artículo 229 LSC que establece el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228. Mientras que los artículos 230 y 231 LSC completan el régimen de las obligaciones de los administradores derivadas de su deber de lealtad.

Por lo que al deber de diligencia de los administradores se refiere, apunta COHEN BENCHETRIT⁵²⁷ que la diligencia que se le llegue a exigir a cada administrador va a depender de la naturaleza del cargo, así como de las funciones que tenga atribuidas, estando obligado el administrador a ejercer la dedicación adecuada, sin olvidarse de que su obligación es de medios, sin que

526 MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., “Aspectos esenciales del régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 17.

527 COHEN BENCHETRIT, A., “La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales” en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 36.

pueda juzgarse (su actuación) únicamente en función del éxito o fracaso de la misma, tal y como se desprende del actual 226 LSC, del que CERRATO CRESPÁN⁵²⁸ entiende que la razón de ser de esta norma, no es otra que proteger y mantener la discrecionalidad empresarial, basándose en la buena fe, inexistencia de interés personal en el asunto objeto de decisión, suficiencia de la información y adopción de la decisión conforme a un procedimiento adecuado, criterios de enjuiciamiento de la actuación del administrador que deberán examinarse en orden inverso al recogido en la norma.

Una vez sabidos cuáles son los deberes de los administradores, para poder exigirles responsabilidad, deberán darse una serie de requisitos, como que se produzca un daño (ya sea económico, reputacional o material), pero que como consecuencia de éste se genere una disminución patrimonial; que exista un incumplimiento de la ley, los estatutos o de sus deberes de guardar secreto diligencia o lealtad. Además, es requisito esencial para poder exigir responsabilidad que exista un nexo causal entre la acción u omisión del administrador con el daño causado, aparte de concurrir dolo, culpa o negligencia.

2.2. La responsabilidad social e individual de los administradores

De incumplir los administradores las obligaciones a las que están sujetos cometiendo algún tipo de infracción de acuerdo con lo establecido en el contrato que tienen con la sociedad, los estatutos o la ley, quedan sujetos a las consecuencias que se derive de dicho incumplimiento contractual, pudiendo la sociedad destituir a los administradores y para el caso de haber provocado algún daño a ésta, se podrá además, exigir la correspondiente indemnización (ex. art. 1124 CC).

La responsabilidad de los administradores se puede clasificar de manera genérica, distinguiendo entre responsabilidad por daños y deudas o de forma más específica, que es la que distingue entre⁵²⁹ responsabilidad contractual, extracontractual, por deudas, administrativa, tributaria y penal.

Centrándonos en la responsabilidad social e individual de los administradores, hablaremos de acción social o individual dependiendo de cuál haya sido el patrimonio afectado y a quién le corresponda ejercitar la acción. Si se trata del patrimonio social, corresponderá la acción social, siendo el objetivo de ésta restituir el patrimonio social dañado. La legitimación activa en la acción de responsabilidad social corresponde a la sociedad (art. 238 LSC), a la minoría de los socios (art. 239) y subsidiariamente, a los acreedores sociales (art. 240).

528 CERRATO CRESPÁN, I., "El deber de diligencia de los administradores y la protección de la «discrecionalidad empresarial»", *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, coord. por F.J. ARIAS VARONA, A.J. RECALDE CASTELLS, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 75 a 84.

529 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, págs. 644 a 669.

Si el patrimonio afectado ha sido el individual de un socio o tercero, corresponderá la acción individual, siendo el objetivo de ésta indemnizar directamente al tercero que ha sufrido el daño. El art. 241 LSC⁵³⁰ establece que *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”*.

ALFARO ÁGUILA-REAL⁵³¹ define la acción social, como *“una especie de dentro de la acción de indemnización de daños por incumplimiento contractual”*, el administrador ha incumplido su contrato con la sociedad y ha causado daños a ésta que deberá indemnizar si el incumplimiento ha sido negligente o desleal. Mientas que de la acción individual, dice que ésta más que una acción, es una simple remisión. El hecho de que el administrador responda contractualmente frente a la sociedad y que tenga que reparar los daños causados por incumplir su contrato de administración, no quita que pueda estar legitimado pasivamente para soportar una acción de daños, cesación, retractación, enriquecimiento injusto... ejercitada por un tercero o accionista.

De acuerdo con esta definición que da de ambas acciones, la particularidad no estaría sobre el patrimonio dañado, sino más bien como dice el autor *“sobre el fin de protección de la norma que impone el deber de al administrador y, por tanto, sobre el titular del interés protegido por la imposición del deber infringido por el administrador”*. De esta forma, *“corresponderá la acción social cuando el administrador que haya infringido sus deberes de diligencia o lealtad, porque el legislador le impone tales deberes para proteger la integridad del patrimonio social”*. Si además de la infracción de estos deberes, se produce un daño en ese patrimonio, la sociedad podrá ejercer la acción social. Fuera de este supuesto, para determinar si un socio o acreedor puede demandar a los administradores, habrá que tener en cuenta tanto el nexo causal del daño producido con la conducta del administrador, como que el daño producido al socio o acreedor es consecuencia del incumplimiento de alguno de los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico al administrador.

La jurisprudencia⁵³² señala requisitos necesarios para que corresponda la responsabilidad de los administradores a título individual. Éstos serían:

1. Que se haya hecho un daño al socio o acreedor, que ha de consistir en una lesión directa de su patrimonio, no bastando con demostrar la insolvencia de la

530 El artículo 241 de la LSC relativo a la acción individual de responsabilidad predica que: *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administración que lesionen directamente a los intereses de aquellos”*.

531 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad. Prolegómenos”, en *Almacén de derecho*, 21 Mayo 2018.

532 En la STS de 13 febrero 2019 (RJ 2019\559) se admite la procedencia de la acción de responsabilidad civil contra el administrador por los daños y perjuicios causados a los socios demandantes provocados por su actuación. Se señalan las diferencias entre la acción social y la acción individual de responsabilidad, así como también se señalan cuáles deben ser los requisitos jurisprudenciales para que ésta proceda.

sociedad⁵³³ o el impago total o parcial del crédito, o el cierre de hecho de la empresa, entre otros.

2. Que hayan tenido lugar actos u omisiones negligentes por parte de los administradores.

3. Que haya una relación de causalidad entre el daño y la conducta (la jurisprudencia ha distinguido entre causalidad material y jurídica⁵³⁴).

4. Que se trate de un daño directo ocasionado al socio, acreedor o tercero (para poder distinguir entre acción individual o social)⁵³⁵.

De igual modo, la jurisprudencia⁵³⁶ distingue entre la responsabilidad que le puede corresponder al administrador por los actos realizados en ejercicio de su cargo, que estarán sujetos a la LSC; de los cometidos en su esfera personal y por tanto, apartados del cargo, tratándose de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC.

Destacar que muchas de las acciones de responsabilidad que se ejercitan frente a los administradores se hacen por la vía del artículo 367 LSC, aunque también podría hacerse por la vía del 241 LSC (“acción individual de responsabilidad”)⁵³⁷.

La acción del art. 367 LSC prevalece sobre la *acción social de responsabilidad*, debiéndose esto a que por medio de la acción individual de responsabilidad los socios y acreedores sí obtienen un beneficio directo que no logran con la acción social; además del peligro que entraña la acción social de tener que asumir las costas procesales. Por aplicación del artículo 394 LEC las costas serán impuestas al litigante cuyas pretensiones hubieran sido rechazadas⁵³⁸.

Por su parte, la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC) permite a la sociedad, a los accionistas en los términos del 239 y, subsidiariamente a los acreedores, demandar a los administradores cuando éstos causen un daño en el patrimonio social por actos contrarios a la ley, a los estatutos o no actúen

533 La STS de 28 abril 2006 (RJ 2006\4087) relativa a la acción de responsabilidad individual de los administradores de las sociedades anónimas, ex. arts. 135 y 133 LSA y acción de responsabilidad ex. art. 262.5 LSA. Se declara la responsabilidad individual del administrador por la falta de constancia y de actuación por parte del administrador en la real situación económica y social de la sociedad.

534 Se ocupa de esta cuestión la STS de 22 diciembre 2014 (RJ 2014\6885).

535 COHEN BENCHERIT, A., *op. cit.* pág. 50.

536 La STS de 20 junio 2013 (RJ 2013\5187) distingue entre las acciones individuales y social de responsabilidad. En el caso que enjuicia se producen una serie de daños que son sufridos por el socio en su patrimonio directo y no de forma indirecta como consecuencia del daño causado en el patrimonio social.

La STS 27 febrero 2017 (RJ 2017\603) se refiere a la responsabilidad de los miembros del consejo rector.

537 BENÍTEZ PÉREZ, E., “El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales”, *Abogacía Española* (Consejo General), 14 noviembre 2010.

538 VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “Algunos problemas de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la Sociedad anónima”, en *Hay derecho*, 3 de abril de 2013.

con la diligencia que deberían. Se busca con esta acción la reintegración al patrimonio causal del daño causado.

La acción social se entablará por la sociedad previo acuerdo de la junta general, que podrán adoptarse aun sin estar incluido en el orden del día. Es importante aclarar que la junta general podrá en cualquier momento transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. La aprobación de las cuentas anuales no será impedimento para el ejercicio de la acción de responsabilidad, ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada (art. 238 de la LSC)⁵³⁹.

Los socios podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, teniendo además, los socios que representen el capital mínimo para solicitar la convocatoria de la junta (5 %), legitimación activa para ejercitar la acción social de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convoquen la junta general solicitada a tal fin, o cuando la sociedad no entablare la demanda dentro del plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del acuerdo correspondiente, o cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, establece en el artículo 239.1 de la LSC, la legitimación directa de los socios que puedan solicitar la convocatoria de la Junta, sin necesidad de someter la decisión a la junta general, podrán entablar dicha acción de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad (art. 239 de la LSC)⁵⁴⁰.

539 La acción social de responsabilidad queda recogida en el artículo 238 de la LSC el cual reza: *“1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. 2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. 3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados. 4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada”*.

540 La legitimación activa para el ejercicio de la acción social corresponde en primer lugar a la sociedad que decidirá su ejercicio por acuerdo de la junta general, y subsidiariamente a los socios que representen el 5% del capital social. El art. 239 de la LSC, que tiene por rúbrica; “legitimación subsidiaria de la minoría”, señala: *“1. El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contando desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. - El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general”*.

FERRANDO VILLALBA, M^a.L., “Capítulo IX: Órganos (I). Consideraciones Generales. La Junta General. Arbitraje” en *Introducción al derecho de sociedades de capital: Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, dirig. J.M. EMBID IRUJO y coord. M^a.L. FERRANDO VILLALBA y V. MARTÍ MOYA, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 199 a 228.

Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o por sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC: “*Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social*”)

Puede ocurrir que un mismo acto produzca daños tanto en el patrimonio social como es el de un tercero, en cuyo caso, cada perjudicado podría actuar por la vía procedente. Siendo fundamental que exista una relación de causalidad entre el acto u omisión antijurídicos y el daño⁵⁴¹.

Las acciones social e individual son distintas, aunque el fundamento de la responsabilidad en ambas es el mismo: daño, acto u omisión negligente o doloso, y relación de causalidad (a diferencia de las responsabilidades derivadas ex arts. 367 LSC o de la Ley Concursal)⁵⁴². La LSC en su art. 241 bis, introducido por la Ley 31/2014 ha recogido el criterio jurisprudencial de que el plazo de prescripción de ambas acciones es el mismo de cuatro años ex art. 949 del CCom, señalando, cambiando el criterio de este precepto, que el “*dies a quo*” será el día en que pudieron ejercitarse las acciones: “*La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.*”

La STS de 14 octubre 2010 (RJ 2010\8866), por su parte, ha declarado que si bien el artículo 237 LSC, sobre responsabilidad de los administradores, no es directamente aplicable a la acción individual, también en esta regiría la responsabilidad solidaria si son varios los administradores que participan en el acto lesivo. Por eso se considera, con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, que los artículos 236 y 237 LSC son de aplicación común a ambas acciones⁵⁴³.

Según el artículo 236 de la LSC tras las modificación operada por la Ley 31/2014, son sujetos pasivos de la responsabilidad todos los administradores de la sociedad, independientemente del origen de su nombramiento, y de su posición dentro del órgano, afectando incluso a los administradores de hecho. Así, señala el art. 263.3: “*La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”.

541 La STS de 3 mayo 2007 (RJ 2007\2826) conoce de un supuesto de responsabilidad social de administradores de una sociedad anónima en un caso de impago de deudas a la Seguridad Social; La STS de 20 julio 2010 (RJ 2010\6563) se ocupa de un asunto en el que se exige responsabilidad a los administradores de una sociedad anónima por la financiación social de la adquisición de acciones en autocartera de la sociedad por el consejero delegado, el secretario y director financiero como medio para premiar los servicios ya retribuidos, provocando un daño para la sociedad. Subsiste la responsabilidad a pesar de la ratificación en junta general del acuerdo del Consejo de Administración, existiendo responsabilidad solidaria de los consejeros por los acuerdos adoptados con daño a la sociedad.

542 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

543 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, pág. 663.

Junto a estos administradores de hecho⁵⁴⁴, (que hubiesen sido formalmente nombrados, aun cuando su nombramiento padeciese de algún vicio o se hubiese inscrito o se hubiese caducado y aun así, siguiese en el ejercicio de sus funciones), también hay que incluir sujetos a dicha responsabilidad, a las personas que desde un segundo plano, ajenas al órgano, participan en la gestión societaria.

En este sentido se pronuncia el artículo 236.4 de la LSC: *“Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en una o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidades de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”*.

La Ley busca que no queden libres de responsabilidad aquellas personas que desde la sombra y sin ostentar el cargo de administradores, toman decisiones importantes y que por tanto, pueden provocar daños a la sociedad, por lo que deben reparar el daño que hayan ocasionado.

Como ya hemos adelantado, el administrador puede ser tanto una persona jurídica como física, y en el caso de ser una persona jurídica, se deberá nombrar a una persona física que lo represente. En este sentido, se pronuncia el artículo 236.5 LSC diciendo que *“La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”*. Es importante resaltar que, en este supuesto la persona física responde solidariamente sólo con la persona jurídica administrador, no con los demás administradores que puedan existir⁵⁴⁵.

544 La STS de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007\1793) define a los administradores de hecho como aquellos que *“sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación de la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”*.

Se refiere la STS de 4 diciembre 2012 (RJ 2013\2405) a la responsabilidad de los administradores de hecho que a su vez pueden coexistir con administradores de derecho.

545 De acuerdo con el artículo 212 bis LSC, en caso de nombrarse administrador a una persona jurídica, será necesario que ésta a su vez nombre a una persona natural para el ejercicio permanente de las funciones del cargo. Siendo la identidad de esta persona designada necesaria para poder llevar a cabo la inscripción del nombramiento en el RM (art. 215 LSC y 143 RRM). Explica PRENDES CARRIL, P., “Artículo 236: Presupuesto y extensión subjetiva de la responsabilidad” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 1491, que *“la reforma dada por la Ley 31/2014, con la introducción del nuevo apartado 5 del art. 236 LSC, supone extender a la persona física representante de la persona jurídica administradora los mismos deberes y responsabilidades que corresponden a ésta,*

En cuanto a los otros tipos de responsabilidad en los que pueden incurrir los administradores, cabe mencionar la responsabilidad extracontractual, que tendrá lugar cuando se realicen actos que perjudiquen los intereses de los socios, acreedores, o terceros en general. El artículo 241 de la LSC dispone que: “*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*”.

Otra clase de responsabilidad en que pueden incurrir los administradores, es la que se conoce como responsabilidad por deudas, responsabilidad por no disolución o no petición de concurso, a la que se refiere el artículo 367 de la LSC. Esta responsabilidad por deudas es distinta a las responsabilidades por daños de los artículos 237 ó 241 de la LSC⁵⁴⁶ porque mientras que en estos hay que probar el daño, así como el nexo causal entre ambos, la responsabilidad recogida en el artículo 367 LSC lo único que exige es demostrar que hubo motivo de disolución o insolvencia y aun así, los administradores no adoptaron las medidas oportunas⁵⁴⁷.

En responsabilidad concursal⁵⁴⁸ también pueden verse afectados los administradores (de hecho o de derecho), los liquidadores, apoderados generales, cuando por apreciación del juez hayan de algún modo contribuido a generar o agravar la insolvencia de la sociedad, en los casos de liquidación concursal y de concurso culpable.

atribuyéndole expresamente carácter solidario, quedando a salvo, evidentemente, las acciones de repetición que fueran procedentes fruto de las relaciones internas entre representante y representado”. Asimismo añade este autor que “*el legislador ha sido demasiado riguroso en dicha extensión subjetiva, pues quien no deja de ser un mero mandatario de la persona jurídica administradora, pasa a responder como si fuera auténtico administrador, con carácter solidario, cuando dicho paso o ficción legal debería venir por la vía de la administración de hecho debidamente acreditada*”.

546 La STS de 20 diciembre 2002 (RJ 2003\228), se refiere a los administradores de una sociedad anónima donde se niega la existencia de nexo causal entre el daño al patrimonio social y la actuación en el desempeño del cargo reprochada al administrador.

La STS de 30 diciembre 2002 (RJ 2003\332), destaca la falta de prueba de la conducta desordenada o negligente atribuida al administrador y de la relación causal de su proceder con la crisis económica de la sociedad, conocida por el acreedor demandante al contratar.

547 La STS de 2 junio 2008 (RJ 2008\3194) pone de manifiesto que no hace falta demostrar el daño, negligencia o culpa, nexo causal, simplemente la existencia de la deuda social. En este caso los administradores incurrían en responsabilidad por incumplir con su obligación de promover la disolución y liquidación de la sociedad concurriendo una causa legal para ello.

De la misma manera una sentencia anterior en el tiempo, la STS de 21 febrero 2007 (RJ 2007\686) se refiere nuevamente a un tema de responsabilidad de los administradores por incumplimiento de promover la disolución o liquidación de la sociedad existiendo causa para ello, y no siendo suficiente el haber instado el procedimiento de suspensión de pagos, ya que esto no implica que cumpliera con la obligación de convocar la junta general. Vuelve a ser esta Sentencia un ejemplo que pone de manifiesto el hecho de que sea irrelevante que el administrador haya sido o no el causante del daño, lo que sí es un hecho, es que el patrimonio ha desaparecido.

Lo mismo representa la STS de 12 febrero de 2009 (RJ 2009\1289), donde se despatrimonializa la sociedad incurrindo los administradores en las responsabilidades del artículo 367 LSC.

548 La responsabilidad concursal de los administradores ex. art. 172.3 (actualmente 172 bis LC) de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal (RCL 2003/1748) (“LC) de los administradores sociales.

Igualmente, los administradores también pueden incurrir en responsabilidad administrativa, en responsabilidad tributaria o en responsabilidad penal⁵⁴⁹, puesto que los administradores responden por las infracciones administrativas y por los delitos que comentan en el ejercicio del cargo, tanto por delitos societarios como otros, por ejemplo: falsificación de documentos, contra la seguridad en el trabajo al contratar empleados en la sociedad, contra la hacienda pública, defraudaciones...

De todas estas responsabilidades en que pueden incurrir los administradores, es importante tener en cuenta que todas ellas tienen distintos requisitos y consecuencias.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014⁵⁵⁰, los administradores responderán con todos sus bienes presentes y futuros del incumplimiento de sus obligaciones. Se trata de una responsabilidad personal, que se exige a la persona física o jurídica que desempeñe el cargo de administrador, no al órgano de administración; y solidaria, ya que se basa en una presunción de imputabilidad a todos los miembros del órgano de administración por el daño causado, por lo que puede interponerse demanda contra cualquiera de los administradores⁵⁵¹. Sin embargo, no responderán cuando pueda probarse concurre alguno de los supuestos de exoneración de responsabilidad (ex. art. 237 LSC).

Respecto a los administradores cesados existe la duda de si siguen siendo responsables cuando su cese no consta en el Registro Mercantil y el acto lesivo es posterior al cese, a lo que la jurisprudencia⁵⁵² se ha pronunciado en numerosas sentencias disponiendo que los administradores cesados no responderán porque no han realizado los actos negligentes o dolosos que han causado el daño y además, porque la inscripción del cese no es constitutiva del mismo.

549 En materia de responsabilidad penal de los administradores, tiene especial importancia el artículo 31 del CP, el cual dispone: “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o en representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”. El artículo 31 bis establece por su parte la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

550 Ley 13/2014, de 3 diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

551 MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., “Aspectos esenciales del régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 27.

552 Declara la STS de 10 mayo 1999 (RJ 1999\4253) que los administradores cesados no están sujetos a responsabilidad por los hechos posteriores a su cese, aunque el cese no estuviese inscrito en el RM. Por su parte, la STS de 23 diciembre 2002 (RJ 2003\637) en caso en que un administrador había cesado de su cargo antes de que se originara el hecho que produjo el daño, desconociendo la actora dicho cese porque no estaba inscrito en el registro mercantil, considera que dicho administrador cesado no debe responder ya que es irrelevante la falta de inscripción porque no tiene carácter constitutivo.

Siempre que un administrador incumpla sus obligaciones, aun cuando estén legal o estatutariamente establecidas, será necesario determinar la culpa o falta de diligencia como criterio de imputación de responsabilidad. De ser varios los administradores, la responsabilidad será solidaria, disponiendo para ello el artículo 237 LSC que: *“Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.”* El art. 236.1 de la LSC⁵⁵³ añade mención expresa a la culpabilidad, al utilizar la clásica fórmula de *“siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”*. Por el contrario, la inversión de la carga de la prueba no será de aplicación cuando la ilicitud proceda de una infracción inherente al desempeño del cargo. Quien exige la responsabilidad será quien deba probar el incumplimiento a título de dolo o culpa⁵⁵⁴.

En palabras de GRIMALDOS GARCÍA⁵⁵⁵: *“El juicio de reproche en que consiste la culpa solo cabe tras la constatación de que los sujetos potencialmente responsables, en este caso los administradores, han intervenido en la realización de un comportamiento ilícito con resultado dañoso: de probarse que no intervinieron en el mismo ni por acción ni por omisión, es inútil ponderar si existió o no falta de diligencia como criterio de imputación”*.

De acuerdo con el artículo 236.2 de la LSC *“En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.”*⁵⁵⁶

Respecto al plazo de la acción para poder exigir responsabilidad a los administradores, a partir de la STS de 20 de julio de 2001⁵⁵⁷, se establece que el plazo de la acción será de cuatro años de acuerdo con el artículo 949 del Ccom, siendo común para todos los supuestos de reclamaciones de responsabilidad con independencia de la acción ejercitada. Conforme a dicho precepto: *“La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”*.

553 Dispone el artículo 236.1 LSC que *“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”*.

554 MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., *“Aspectos esenciales del régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”*, *op. cit.*, pág. 20.

555 GRIMALDOS GARCÍA, M.I., *op. cit.*, pág. 251.

556 Vid. STS de 7 marzo 2006 (RJ 2006\1078).

557 La STS de 20 julio 2001 (RJ 2001\6863) conoce de un supuesto de una sociedad anónima donde se exige responsabilidad a los administradores, pero ante las fluctuaciones de la Jurisprudencia en torno al plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad, la Sala decide aplicar el artículo 949 del Ccom fijando por tanto el plazo de prescripción en 4 años; La STS de 15 marzo 2002 (RJ 2002\6476) vuelve a establecer el plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad en 4 años de acuerdo con el artículo 949 del Ccom. Criterio reiterado en la STS de 27 de junio de 2008 (RJ 2008\3311) y posteriores.

Este plazo de cuatro años ha quedado recogido en el artículo 241bis de la LSC, que además modifica el *dies a quo* para el cómputo de la acción de responsabilidad: “*La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse*”.

2.3. La responsabilidad por deudas sociales en los casos del artículo 367 de la LSC y por déficit concursal

Los administradores de la sociedad también están sujetos a responsabilidad por deudas sociales. El art. 367 LSC establece las obligaciones específicas que tienen los administradores cuando la sociedad está envuelta en causa de disolución o en una situación de insolvencia. Los administradores deberán convocar la junta general cuando haya una causa de disolución y si la junta no adoptare el acuerdo correspondiente, éstos deberán acudir al juez y solicitar la disolución judicial. Tienen que solicitar el concurso en caso de insolvencia y si tuvieran dudas sobre la existencia de la misma, tendrán que convocar a la junta para que ésta decida. En caso de que ésta no decida nada o no se reúna, los administradores podrán pedir el concurso⁵⁵⁸. Todas estas actuaciones tendrán que hacerse en el plazo de dos meses⁵⁵⁹ por parte de los administradores para evitar incurrir en responsabilidad

558 La STS de 22 noviembre 2006 (RJ 2007\35) destaca la falta de iniciativa por parte del administrador dirigida a la disminución de la deuda social o a la disolución y liquidación de la sociedad, incurriendo éste en la responsabilidad correspondiente.

La STS 3 abril 2006 (RJ 2006\4902) se refiere al incumplimiento de la obligación de convocar a la junta para adoptar el acuerdo de disolución en los términos del artículo 262.5 de la LSA.

Como también lo hace la STS de 14 mayo 2008 (RJ 2008\3075) relativa al incumplimiento de dichas obligaciones por parte de los administradores.

Otras sentencias que también recogen la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de su obligación de pedir la disolución de la sociedad cuando concurra causa legal para ello son: SSTS de 8 marzo 2007(RJ 2007\1526), 2 junio 2008 (RJ 2008\3194), 27 junio 2008 (RJ 2008\3311), 17 julio 2009 (RJ 2009\6476), 21 junio 2012 (RJ 2012\10106), entre otras muchas.

559 La STS de 23 octubre 2008 (RJ 2008\6920) trata del plazo de los administradores para convocar la junta general para la adopción de acuerdo de disolución. Dicho plazo es de dos meses desde que éstos conocieron o pudieron conocer la situación patrimonial de la sociedad que resulta de la función valorativa de prueba del juzgador de instancia.

La STS de 30 octubre 2000 (RJ 2000\9909) relativa a la falta de convocatoria de la junta general en el plazo de dos meses conociendo el administrador la reducción del patrimonio social a menos de la mitad del capital social.

Será el acreedor el obligado a probar que la sociedad estaba incurso en una causa de insolvencia o disolución y que a pesar de ello, no se adoptaron las medidas pertinentes en el plazo de dos meses⁵⁶⁰.

La legitimación activa para exigir dicha responsabilidad corresponde a todos aquellos que se vean afectados por la falta de disolución o concurso⁵⁶¹. La responsabilidad de los administradores es solidaria⁵⁶² entre ellos y con la sociedad. Esta solidaridad opera si el administrador no queda exonerado, por las causas previstas para estos casos. Igual que pasaba en la responsabilidad por daños, el administrador que responde tendrá acción de repetición frente al resto de administradores, así como frente a la sociedad (frente a los acreedores por su cuota, frente a la sociedad por la totalidad de la cantidad satisfecha)⁵⁶³.

Se espera del administrador que actúe con la diligencia debida en todo momento, de manera que no cabe que se ampare en su desconocimiento del acto lesivo o en su no intervención para quedar exonerado de dicha responsabilidad.

En cuanto a los administradores cesados, ocurre exactamente lo mismo que en la responsabilidad por daños, si las deudas son posteriores al cese, el administrador cesado queda libre de responsabilidad aunque el cese no estuviera inscrito en el Registro Mercantil.

El artículo 367 LSC regula los supuestos que deben darse para que los administradores respondan solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa legal de disolución: a) Que incumplan la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses, a contar desde que los administradores conocieron o debieron haber conocido la concurrencia de la causa de disolución, para que adopte, en caso, el acuerdo de disolución; b) Que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido; o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

560 Probar las posibles causas de insolvencia o disolución será fácil cuando se trate de cese de hecho de la actividad o abandono del inmueble, carencia de patrimonio conocido, enajenación de bienes sin observar ningún procedimiento para la correcta liquidación de los mismos ni atender a las obligaciones contraídas, lo que supone un cierre de la empresa o desaparición de hecho irregular e ilegal. También resultará suficiente acreditar como causa de disolución el hecho de que el patrimonio neto se haya reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social y que aun así el órgano de administración no hizo nada.

561 La STS 19 abril 2001 (RJ 2001\6883), acción ejercitada por el acreedor de la sociedad ya que se produce el cierre de la sociedad sin llevarse a cabo la liquidación de la misma en cualquiera de las formas legalmente previstas.

562 La STS de 30 noviembre 2005 (RJ 2006\35) recoge un caso de responsabilidad solidaria por obligaciones sociales al no existir causa de exoneración por no poderse probar la desconexión del consejo al tiempo del endeudamiento social. La STS de 6 noviembre 1997 (RJ 1997\7888) se refiere a la responsabilidad solidaria de los administradores.

563 Como ocurría con la responsabilidad por daños, también estamos ante un plazo de prescripción de cuatro años (art. 241 LSC y 949 Ccom).

Teniendo en cuenta los plazos fijados, se plantea la duda relativa al cumplimiento tardío, es decir, qué ocurriría si los administradores convocan la asamblea pero con posterioridad a los dos meses fijados por la ley, o si la disolución se insta después de haber transcurrido dos meses a contar desde el frustrado intento de adoptar un acuerdo de disolución en la junta general.

La ley no regula esta cuestión. El legislador se ha limitado a imponer a los administradores una serie de deberes que deben cumplir en unos plazos determinados, por lo que se entiende que en caso de cumplimiento tardío sólo afectará a las deudas sociales contraídas a partir de dicho momento y no a las anteriores. Es decir, una vez los administradores cumplan (aunque con retraso) con su correspondiente deber legal, dejarán de responder por las nuevas obligaciones contraídas por la sociedad, pero continuarán respondiendo de las que ya fueran responsables⁵⁶⁴. No piensa así el TS, al manifestarse en contra en Sentencias de 16 diciembre 2004 (RJ 2004\8215) y de 9 marzo 2006 (RJ 2006\1072), para quien *“si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío, ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera el deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la ley”*.

Esto fue objeto de una importante revisión por dos sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del TS para unificación de doctrina de 28 abril 2006 (RJ 2006\4087) que luego veremos, lo que ocurre es que no ha sido seguida de manera uniforme por el TS en lo sucesivo. El TS señaló que la responsabilidad de que se trata puede presentarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, en cuyo caso serían de necesaria aplicación las normas que rigen la responsabilidad civil, y como consecuencia de ello, sería admisible exonerar a los administradores que probaran haber realizado una acción en aras de eludir el daño, o por el contrario, que verdaderamente se encontraran en una situación de auténtica imposibilidad de evitarlo.

ALFARO ÁGUILA-REAL⁵⁶⁵ analiza el artículo 367 LSC y señala que éste *“impone al administrador una suerte de fianza legal, es decir, convierte a los administradores en fiadores de la sociedad ope legis porque el legislador considera que, si la sociedad se encuentra en causa de disolución porque las pérdidas han dejado el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad de la cifra del capital social, la sociedad no debe contraer nuevas deudas”*; cabe, por tanto, vislumbrar en él *“una suerte de presunción legal de que, de haber conocido la situación, nadie habría dado crédito a esa sociedad y, para incentivar a los administradores a poner fin a la situación (promoviendo la disolución o recapitalizando la sociedad) se les considera deudores solidarios de las nuevas deudas contraídas por la sociedad”*.

564 MIRANDA SERRANO, L.M.^a, “Responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en caso de pérdidas graves”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 245.

565 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Administradores frente a accionistas y acreedores cuando acecha la insolvencia”, *Almacén de Derecho*, mayo de 2018.

No faltan en nuestra doctrina quienes critican la existencia de esta norma. GUERRA MARTÍNEZ⁵⁶⁶ indica que *“dicha responsabilidad se extenderá sólo a las deudas posteriores contraídas con acreedores ignorantes, lo que supondría la eliminación de la injustificada protección que hoy reciben los acreedores cualificados, así como la relajación del enforcement de las normas sobre disolución-recapitalización de sociedades, no demasiado acertadas desde el prisma económico”*.

En cuanto al ámbito de aplicación de la sanción impuesta a los administradores por el art. 367 LSC, MIRANDA SERRANO⁵⁶⁷ lo examina desde varios puntos de vista:

1. Ámbito de aplicación subjetivo, o personal: La sanción se impone a los administradores sociales, es decir, a quienes formen parte del órgano de administración de la sociedad el día que venza el plazo fijado por la ley para el cumplimiento de los deberes, alcanzando por tanto a los administradores de derecho, lo que lleva a plantearse qué ocurre con los de hecho, esto es, aquéllos que sin título o con título caducado o extinguido desempeñan las funciones propias del cargo de administrador, cuestión que no está resuelta en la ley. La generalidad de la doctrina y la jurisprudencia admiten que la responsabilidad que analizamos alcanza plenamente a los administradores de hecho. La STS de 18 julio 2017 (RJ 2017\3382) afirma que *“esta sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, en el sentido de hacer extensiva la responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho, cuando en su actuación intervengan con las mismas facultades y atribuciones que los de derecho”*.

La sanción a la que se refiere el art. 367 LSC no se extiende a los *representantes voluntarios o apoderados nombrados por la sociedad (directores generales, gerentes...)*, siempre y cuando éstos no tengan la condición de administradores, a no ser que actúen como administradores de hecho. Del mismo modo, tampoco se exigirá responsabilidad a los liquidadores, ya que su deber no es promover la disolución de la sociedad.

Se admite la figura del administrador persona jurídica, siempre que se nombre a una persona física que ejerza sus funciones, pero la ley no se pronuncia sobre quién debe responder en caso de incumplimiento. ¿La persona jurídica? ¿La persona jurídica y física de manera solidaria?⁵⁶⁸.

2. Ámbito de aplicación material u objetivo: Partiendo de la base de que las obligaciones de las que responden los administradores son las *“posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución”*, el art. 367 LSC se apoya en dos hitos temporales relevantes: el primero es el momento de la concurrencia de la causa de disolución, que marca también el inicio del cómputo de los plazos para el cumplimiento de los deberes impuestos por la ley a los administradores.

566 GUERRA MARTÍNEZ, A., “El cuestionado protagonismo de los acreedores en el derecho de sociedades español y europeo: causas e implicaciones”, en *Hay Derecho* - 29 mayo 2017.

567 MIRANDA SERRANO, L.M^a., *op. cit.*, pág. 260.

568 VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 368 y 369.

El segundo es la fecha del nacimiento de las obligaciones sociales⁵⁶⁹. Respecto al segundo de los hitos, la STS de 14 mayo 2015 (RJ 2015\3110), señala que *“es el momento en que la obligación se contrae el que debe ser examinado para valorar si la sociedad se hallaba o no incurso en causa de disolución, con pasividad al respecto de los administradores”*; siguiendo el mismo criterio en la STS de 10 marzo 2016 (RJ 2016\962) al establecer que *“lo relevante para decidir si la obligación es anterior o posterior sería la fecha de nacimiento de la obligación, no su completo devengo o exigibilidad, ni la fecha de la sentencia que la declara”*.

3. **Ámbito de aplicación temporal:** no resulta una cuestión pacífica, ya que se discute si la norma más acertada es la contenida en el artículo 949 Ccom o la contenida en el artículo 241 LSC. La primera señala que *“La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”*, mientras que el art. 241 bis LSC⁵⁷⁰ establece *“La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”*. La diferencia entre ambos preceptos no es el plazo que señalan, ya que es el mismo de cuatro años, sino en el *dies a quo* a partir del cual se inicia su cómputo; el día del cese de los administradores en el ejercicio de su cargo, art. 949 Ccom, y el del momento a partir del cual la acción hubiera podido ejercitarse, art. 241 bis LSC.

Los partidarios de aplicar el artículo 949 Ccom, la acción para pedir responsabilidad a los administradores con fundamento en el art. 367 LSC caduca a los cuatro años a contar desde el cese del administrador responsable. El *dies a quo* para su cómputo lo fija el TS en el momento de la inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil, en casos de terceros de buena fe⁵⁷¹.

Los partidarios de la aplicación del art. 241 bis LSC, la jurisprudencia del TS se ha venido decantando de forma muy clara por el establecimiento de un principio de unidad de tratamiento de las distintas acciones de responsabilidad de los administradores, a los efectos de delimitar de forma unitaria el plazo dentro del cual pueden ejercitarse⁵⁷². Importante es, en este sentido, la STS de 4 abril 2011 (RJ 2011\3438), que señala: *“Desde la STS de 20 julio 2001 (RJ 2001\6863), la jurisprudencia viene afirmando que el plazo de prescripción para todos los supuestos de reclamaciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica es el de cuatro años que señala el*

569 MIRANDA SERRANO, L.M^a., *op. cit.*, pág. 265.

570 Precepto introducido en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo.

571 Esta opción fue comentada en tono crítico por VÁZQUEZ CUETO, J.C., “La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo de prescripción de las acciones de responsabilidad”, *R.C.D.I.*, nº 743, 2014, págs. 1033 y ss. Esta solución fue la apoyada en forma mayoritaria por los magistrados especialistas en lo Mercantil en las Jornadas celebradas en Pamplona en noviembre de 2015, y también lo es por un sector de la jurisprudencia menor. Destacan la SAP de Valladolid (Secc. 3^a) de 11 noviembre 2016 (AC 2017\393), la SAP de Pontevedra (Secc. 1^a) de 14 noviembre 2016 (JUR 2016\268310).

572 MIRANDA SERRANO, L.M^a., *op. cit.*, pág. 274.

art. 949 Ccom. Esta doctrina ha sido aplicada por esta Sala en SSTS, entre otras, de fechas de 1 marzo 2004 (RJ 2004\802) y de 11 noviembre 2010 (RJ 2010\8045) dicho art. 949 Cco comporta una especialidad respecto al diez a quo del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese del ejercicio de administración por cualquier motivo válido para producirlo (SSTS de 23 noviembre 2010 (RJ 2011\571) y de 30 noviembre 2010 (JUR 2020\21291)".

2.4. Responsabilidad por derivación de deudas de la Seguridad Social

Otro de los riesgos y responsabilidades a las que están sometidos los administradores de una sociedad de capital es la derivación de responsabilidad por deudas de la seguridad social.

La STS de 26 junio 2019 (RJ 2019\2650) de la Sala Contencioso Administrativo, resuelve el recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, precisando en el Auto de admisión a trámite del recurso que la cuestión en la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar si para acordar la Administración de la Seguridad Social la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y, además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad.

Declara esta Sentencia que para acordar la Administración de la Seguridad Social la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital resulta necesario, además de constatar la situación de insolvencia y que el administrador no ha cumplido los deberes legales recogidos en el párrafo 1º del art. 367 LSC, que además haya una causa legal de disolución de la sociedad.

En el caso enjuiciado, la Tesorería General de la Seguridad Social entendió que había derivación de deuda por responsabilidad solidaria de la administradora basándose en la situación de insolvencia de la sociedad de capital y en el conocimiento por parte de la administradora de dicha causa; si bien, no hace mención de ninguna causa legal de disolución. Lo que sí hace es destacar la inexistencia de cuentas y balance de la sociedad para comprobar su situación económica.

La derivación de responsabilidad acordada se apoya sobre la base de que la administradora la situación de insolvencia en la que se encontraba la sociedad por el impago de las deudas con la Seguridad Social desde hacía dos años.

Además de esto, la administradora reconoció que la falta de liquidez debería haberla llevado a la disolución de la sociedad o a la promoción del concurso, pero que en vez de cualquiera de estas opciones, lo que hizo fue convocar a la junta general para que ésta se ocupara.

La Tesorería General de la Seguridad Social declaró la derivación de responsabilidad y la responsabilidad solidaria de la administradora sin tener en cuenta que pudiera concurrir una causa legal de disolución y únicamente partiendo de la situación de insolvencia. No hizo valoración alguna de la documentación contable aportada en vía de recurso administrativo, como tampoco tuvo en consideración el Criterio Técnico 89/2011⁵⁷³. Se pretendió demostrar con la documentación contable que se tenía a su disposición por la aportación de la administradora de la sociedad, que la deuda que se reclamaba hacía que la situación de la sociedad diera pérdidas.

Como conclusión, lo que hizo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativo, de 26 de junio de 2019, declara que *“para acordar la Administración de la Seguridad Social la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital resulta necesario, no sólo constatar una situación fáctica de insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad”*.

2.5. Responsabilidad por derivación de deudas tributarias

Cuando una empresa comete alguna infracción tributaria, del tipo que sea, como por ejemplo no ingresar en plazo algún impuesto o solicitar devoluciones, tiene que hacer frente a una sanción, por lo que Hacienda hará uso de sus mecanismos para cobrar la deuda, como el importe de la sanción, dirigiéndose para ello contra la sociedad. Hacienda en primer lugar intenta cobrar de la empresa, al entender que es la principal responsable de la actuación, y para el caso de que le sea totalmente imposible obtener lo que se le debe, se dirigirá contra el administrador, conocido también como responsable subsidiario (ex. art. 43 LGT⁵⁷⁴). Esta derivación de responsabilidad se completa con lo dispuesto en el artículo 176 del mismo texto legal, que predica que corresponderá a la Administración Tributaria dictar el acto de responsabilidad una vez que hayan sido declarados fallidos el deudor principal así como los demás responsables solidarios.

573 Dictado por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que constata la necesidad de que exista causa de disolución de la sociedad para la derivación de responsabilidad a los administradores de sociedades de capital.

574 El art. 43.1.a) LGT señala que: *“los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo estas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones”*.

De igual modo, para que tenga lugar la responsabilidad recogida en el artículo 43.1 LGT, será necesario que existan obligaciones pendientes a cargo de una persona jurídica, cese en el ejercicio de la actividad empresarial que la sociedad venía desempeñando, concurrencia de la condición de administrador en las personas en las que se deriva la responsabilidad, incumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de las obligaciones impuestas, y que el deudor principal haya sido declarado fallido. No se podrá exigir responsabilidad a aquel administrador que haya actuado con la diligencia debida⁵⁷⁵.

Pueden darse otros casos en los que Hacienda pueda ir directamente contra el administrador sin ir previamente contra la sociedad. La posibilidad de dirigirse contra la empresa o contra el administrador es lo que se conoce como responsabilidad solidaria del administrador, pero para poder optar a este tipo de responsabilidad es necesario que el administrador haya intervenido activamente en la ocultación o transmisión de bienes de la sociedad para intentar eludir el pago de la deuda.

Como señala SANZ CLAVIJO ⁵⁷⁶ *la responsabilidad tributaria de los administradores por deudas tributarias es una cuestión compleja, previéndose en la LGT distintos supuestos de responsabilidad, sea solidaria o subsidiaria, que pueden afectarles y cuya delimitación no es sencilla atendiendo a la redacción de los preceptos que los consagran*". Sigue explicando el autor que *"Los presupuestos establecidos en el art. 43 1ª), cuya concurrencia determina su derivación, son precisamente delimitados por la jurisprudencia que aclara algunos aspectos problemáticos especialmente en cuanto a su ámbito subjetivo (extensión a los administradores de hecho, irrelevancia de la existencia de un consejero delegado...)"*.

Los catedráticos firmantes de la "Declaración de Granada"⁵⁷⁷ consideran que *"la responsabilidad tributaria, concebida dogmáticamente como una situación aneja a la obligación del sujeto pasivo, se ha convertido en una situación subjetiva susceptible de extenderse a toda persona, física o jurídica, siempre que ello sea útil o cómodo para la Administración Tributaria y redunde en una mayor recaudación"*.

Al margen de los administradores, y centrándonos en el caso de los cónyuges, cuando nos encontramos con deudas fiscales de uno de los cónyuges, para

575 La STS de 10 julio 2019 (RJ 2019\3328) declaró la responsabilidad solidaria de los causantes de haber ocultado o transmitido bienes o derechos de quien estaba obligado al pago, con intención de impedir la actuación de la Administración tributaria. Esta Sentencia afirma la responsabilidad solidaria en relación con las deudas tributarias de otro obligado cuya obligación se derive por haber sido declarado responsable solidario.

Los artículos 35.5, 41, 42.2 y 131 LGT se ocupan de los supuestos de responsabilidad solidaria por obstaculizar e impedir la acción recaudatoria de la Administración, los cuales fueron introducidos por la Ley 25/1995, como apartado 5 del artículo 131 de la derogada Ley 230/1963, General Tributaria.

576 SANZ CLAVIJO, A., "La responsabilidad tributaria de los administradores" en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dir. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 488.

577 Revista Española de Derecho Financiero, nº10, 2006

determinar el carácter de las mismas, resalta YÁÑEZ VIVERO⁵⁷⁸ que es preciso diferenciar entre el momento en el que nace la deuda tributaria para poder determinar si existe un derecho adquirido a favor de la Hacienda Pública que haga inoponibles las capitulaciones matrimoniales en fraude de la Hacienda Pública; de la naturaleza de la deuda tributaria y la justificación de una presunción de ganancialidad de ésta.

Explica YÁÑEZ VIVERO⁵⁷⁹ que cuando el artículo 1317 CC declara que la modificación del régimen económico no perjudicará a los derechos ya adquiridos por terceros, es importante descifrar qué se entiende por derechos adquiridos, ya que su determinación es importante no sólo a efectos del acreedor que ha contratado con uno de los cónyuges, sino también de cara a la Hacienda Pública, por la dificultad que plantean los créditos al no coincidir en el tiempo su nacimiento con su eficacia.

De acuerdo con lo expuesto, será necesario saber cuándo nace la deuda tributaria. A esto responde el artículo 28 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 28 de diciembre de 1963, con las modificaciones introducidas por la Ley 25/1995, de 20 de julio, diciendo que el impuesto tiene lugar con el nacimiento del hecho imponible, pero el nacimiento del hecho imponible no da lugar a la obligación del contribuyente de pagar, como tampoco da a la Hacienda Pública el derecho a exigir a aquél la satisfacción del crédito. Esto se traduce, como bien explica la autora que, la obligación y el derecho de crédito nace con el devengo, pero la Ley retrasa su eficacia a una fecha posterior. Dicho con otras palabras, el derecho de crédito de la Hacienda Pública nace con la realización del hecho imponible, pero no con su plenitud.

Considera YÁÑEZ VIVERO⁵⁸⁰ que con relación a la condición de las obligaciones fiscales, se puede apreciar por parte del TS la tendencia a considerar a éstas como gananciales⁵⁸¹. Ello hace que pueda parecer que la Hacienda Pública goza de unos privilegios que no tienen otros acreedores, puesto que sin discutir el carácter de la deuda, ésta se va a presumir ganancial. Así viene demostrado por el propio ordenamiento jurídico, siendo ejemplos de ellos el artículo 85 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, el cual viene a decir que las deudas tributarias tendrán la misma consideración de aquellas otras a las que se refiere el artículo 1365 CC; lo que implica que los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública de las deudas contraídas por uno de los cónyuges.

Hace una importante puntualización la autora cuando resalta que, el medio para la reclamación de una deuda tributaria es el procedimiento de apremio administrativo que se dirige únicamente al cónyuge deudor y se notifica al no deudor, lo que supone que éste último no quede constituido como parte y no

578 YÁÑEZ VIVERO, F., "Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 53, Nº 2, 2000, pág. 612.

579 YÁÑEZ VIVERO, F., *op. cit.*, pág. 612.

580 YÁÑEZ VIVERO, F., *op. cit.*, pág. 615.

581 Citamos algunas sentencias del TS donde se declara el carácter ganancial de la deuda fiscal, siendo éstas la STS de 19 febrero 1992 (RJ 1992\1320), la STS de 9 marzo 1995 (RJ 1995\1845), la STS de 18 marzo 1995 (RJ 1995\1963), entre otras muchas.

pueda discutir el carácter de una deuda que se presume ganancial, a menos que se inicie en un declarativo, como en los casos de autos. A esto, añade YÁÑEZ VIVERO⁵⁸² que no sería solución afirmar que la deuda es privativa, porque de ser así se estaría perjudicando al acreedor y no al cónyuge. El acreedor en caso de declararse la privatividad de la deuda tendría que comenzar un juicio declarativo para desvirtuar dicha presunción.

2.6. Responsabilidad penal

El Código Penal dedica una serie de artículos a concretas tipologías delictivas⁵⁸³ en las que los administradores aparecen como sujeto activo.

Los delitos societarios son delitos especiales. El Código Penal recoge expresamente las condiciones que deben reunir aquellos a los que se les considera autores de un delito, pero para evitar zonas de impunidad, también se ocupa de aquellos que bien de hecho o de derecho, se ocupan directa o indirectamente de la gestión de una determinada sociedad⁵⁸⁴.

En las sociedades se presentan importantes problemas de imputación personal penal, lo que lleva a tratar de definir los conceptos de autoría y participación⁵⁸⁵.

La autoría directa o la coautoría no presentan problema alguno porque está jurisprudencialmente reconocida entre el administrador de hecho y derecho⁵⁸⁶. Sin embargo, sí puede presentar dificultades la determinación de la autoría mediata – cuando se realiza el hecho a través o por medio de otro, utilizándolo como instrumento (art. 28 CP).

Los meros partícipes que hayan intervenido como inductores, colaboradores, cómplices.. también pueden incurrir en responsabilidad (art. 28 y 29 CP).

Los tipos delictivos más frecuentes de los que los administradores pueden ser responsables son los siguientes: Defraudaciones: Estafas y apropiaciones indebidas (arts. 248 a 254 CP), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 288 CP), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 a 331 del CP), delitos

582 YÁÑEZ VIVERO, F., *op. cit.* pág. 617.

583 Delitos societarios, arts. 290 a 297 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Así como los que perjudican a la vida de las sociedades mercantiles: insolvencias punibles, administración desleal, fraudes a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, corrupción en los negocios, etc. (arts. 259 a 261 bis, 305 a 310 bis, 252, 286 bis a 286, etc).

584 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La responsabilidad penal de los administradores”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 364.

585 TERRADILLOS BASOCO, J.M., *op. cit.*, pág. 352.

586 GIL NOBAJAS, M.S., “Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal al administrador de derecho: una revisión de la doctrina de la jurisprudencia”, *R.D.P. y C.*, nº 10, 2013, págs. 115 y ss.

contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 318 CP), delitos societarios (arts. 290 a 297 CP) e insolvencias punibles (arts. 257 a 261 CP).

3. AVALISTA O FIADOR DE LAS DEUDAS SOCIALES

Tanto el avalista como el fiador son garantes personales y se comprometen a asumir la obligación de pago del deudor. Se trata de un tercero que se obliga a responder del cumplimiento de una obligación principal garantizada, ya sea de manera subsidiaria o solidariamente, pero sin gravar específicamente ningún bien de su patrimonio sino respondiendo de manera personal, lo mismo que el deudor, por consiguiente *“con todos sus bienes presentes y futuros”* (art.1911 CC).

Cuando el deudor sea una sociedad, en caso de incumplimiento de las obligaciones de pago, el acreedor se encuentra muchas veces con que la sociedad deudora no tiene medios ni patrimonio suficientes para responder de la obligación. Para evitar este tipo de situaciones es frecuente que al constituirse la obligación -así al concederse el préstamo, o el crédito ...- se exija por el acreedor el aval personal de los administradores, e incluso, a veces, de los socios (igualmente puede ser avalista otra sociedad o cualquier persona física o jurídica).

Cuando se trata de una sociedad unipersonal, donde el propietario único quiere proteger su patrimonio personal operando bajo una denominación social, una buena garantía para el acreedor es exigirle que avale las operaciones comerciales que presenten cierto grado de riesgo, de modo que el propietario o socio queda personalmente vinculado al cumplimiento de las obligaciones. De

esta forma se puede reclamar el pago a una persona física además de la jurídica que es el deudor original.

En los casos de aval o fianza solidaria el avalista o el fiador responde con el deudor garantizado en forma solidaria y total, con lo cual el acreedor puede dirigirse contra tanto contra el deudor incumplidor como contra el avalista o fiador, sin necesidad de que se declare previamente la insolvencia del avalado para poder reclamar contra el garante. Asimismo el acreedor tampoco está obligado a reclamar a todos a la vez, ya que puede primero reclamar a quien crea que es más solvente y posteriormente seguir reclamando contra los otros.

Uno de los grandes problemas de todas las reformas de la Ley Concursal es el poco interés del legislador en articular alguna norma efectiva para los avales. Los créditos bancarios de la mayoría de pymes españolas están avalados por los administradores, e incluso familiares, de las sociedades. En el concurso, la empresa puede liquidarse pero el aval no sólo no queda extinguido sino que es susceptible de ejecución.

4. SOCIEDAD DE GANANCIALES Y RESPONSABILIDADES DEL ADMINISTRADOR Y DEL FIADOR O AVALISTA

4.1. Previo. Empresario individual y sociedad de gananciales

Cuando una persona física realiza una actividad económica por cuenta propia, la puede realizar como empresario mercantil individual (como comerciante), como empresario individual civil (realiza una actividad económica no mercantil) o como profesional titulado (desempeña una actividad caracterizada por su cualidad de profesional).

De acuerdo con esto, según el tipo de empresario que sea estará sujeto a un régimen jurídico distinto y para el caso en el que además, sea un empresario casado en régimen de comunidad, habrá que determinar qué bienes son los que deberán de responder de las deudas y obligaciones que contraiga en el ejercicio de su actividad.

En numerosas ocasiones, resulta complicado delimitar los distintitos conceptos de empresario, por lo que comencemos analizando la figura de empresario individual casado bajo el régimen de gananciales, para conocer la naturaleza de los rendimientos que produzcan sus bienes, el carácter de su empresa, el carácter de las inversiones, así como la responsabilidad a la que queda sujeto dicho régimen, así como los distintos bienes del matrimonio.

En primer lugar, los rendimientos que se deriven del ejercicio de su actividad económica, serán gananciales de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 1347 CC.

La empresa individual será ganancial o privativa dependiendo del momento de su constitución. Si ésta tuvo lugar antes de la sociedad de gananciales será privativa, siendo común si se constituyó constante esta con fondos comunes. Lo que sí serán privativos en cualquier caso, serán los instrumentos necesarios para la profesión u oficio, salvo que sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación común, tal y como predica el párrafo 8º del artículo 1346 CC.

Para el caso de haberse realizado reinversiones en las explotaciones individuales, el carácter de las mismas se determinará de acuerdo con el principio de accesión recogido en los artículos 1359 y 1360 CC, analizado en epígrafes anteriores.

En cuanto a la responsabilidad que se derive de las obligaciones contraídas por el empresario individual (casado en régimen de gananciales) en ejercicio de su actividad económica, responderán los bienes gananciales de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de sus propios bienes, tal y como dispone el art. 1365.2º CC.

En otras palabras, tanto los empresarios individuales como los profesionales titulados, si están casados en gananciales, responden de las deudas que se deriven de su actividad económica, con todos sus bienes privativos, así como con todos sus bienes comunes. Esta responsabilidad se deriva del artículo 1365 CC, en virtud del cual, los bienes gananciales responden de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, que tal y como recalca GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁸⁷ *“se trata de una excepción al principio de cogestión de los cónyuges, de modo que en determinados supuesto el CC permite que la actuación unilateral de uno de los cónyuges comprometa el consorcio conyugal”*.

Además, el artículo 1369 CC establece que *“De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de esta”*.

Recapitulando, recordar que los bienes gananciales responderán también en los supuestos de los artículos 1366, 1368 y 1370 CC, donde en todos estos casos, además de la responsabilidad del patrimonio ganancial, responderán también solidariamente los bienes privativos del cónyuge que contrae la deuda (cónyuge deudor).

Igualmente recordar, que cuando se trate de deudas privativas de un cónyuge y sus bienes privativos resultaren insuficientes para satisfacer dichas deudas, los

587 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Responsabilidad de bienes gananciales derivada del ejercicio del comercio por parte de un cónyuge en el derecho español” en *Revista Anales de Legislación Argentina*, Año LXXXVIII, nº 6, junio 2018, pág. 114.

acreedores privativos podrán de manera subsidiaria dirigirse contra los bienes comunes, según lo dispuesto en el artículo 1373 CC.

En resumen, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, cuando un cónyuge casado en régimen gananciales es empresario individual, de las obligaciones que se deriven de dicha actividad van a responder solidariamente sus bienes privativos, así como todos los bienes gananciales.

Igualmente destacar que, las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, son deudas que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1365 CC son de cargas de la sociedad de gananciales que deben ser satisfechas por ésta, por lo que no habrá derecho de reembolso alguno. Cosa distinta, es que estas deudas que debían satisfacerse con dinero ganancial, se hubiesen satisfecho con el dinero privativo de uno de los cónyuges, en cuyo caso éste sí tendría derecho a ser reembolsado por parte de la sociedad de gananciales, en cuanto se trata de una deuda ganancial.

Si por el contrario, el cónyuge casado en gananciales es comerciante, es un empresario individual mercantil, éste no estará sujeto al régimen dispuesto en el CC, ya que el mismo en el último párrafo del artículo 1365 remite al Ccom al señalar: *“Si uno de los cónyuges fuera comerciante se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio”*.

La remisión que hace el Código Civil del cónyuge comerciante al Código de Comercio, se refiere en concreto a los artículos 6 al 12 del mismo. Para el Ccom son comerciantes los recogidos en su artículo 1: *“Son comerciantes para todos los efectos de este Código: 1º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”*.

Aun cuando el régimen de los arts. 6 a 12 del CC está previsto por el CC para el caso de los empresarios individuales casados en régimen de gananciales son muchas las sentencias que lo han extendido al caso de administradores de sociedades casados en régimen de gananciales, a pesar de que en estos casos, los administradores no son comerciantes siéndolo la sociedad mercantil.

Cuando se trata de un cónyuge sujeto al régimen ganancial, que además es empresario mercantil individual, quedará sujeto a lo dispuesto en los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, y de las deudas que contraiga en el ejercicio del comercio responderán sus bienes privativos, así como los bienes adquiridos con las resultas del comercio. El artículo 6 Ccom indica: *“En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas...”*⁵⁸⁸ Los bienes adquiridos con la resultas del comercio son bienes gananciales, bienes que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 Ccom

588 Señala GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Responsabilidad de bienes...” *op. cit.* pág. 119, que el artículo 6 Ccom “*modifica el principio general de actuación conjunta de los cónyuges con relación a los bienes gananciales (art. 1375 CC), el Ccom. permite al comerciante, enajenar e hipotecar los mismos*”.

están sujetos a la responsabilidad que se derive del comercio ejercido por el cónyuge comerciante.

La diferencia sustancial entre el cónyuge casado en gananciales que actúa como empresario individual del comerciante⁵⁸⁹, es que en el caso del primero de las deudas que contraiga el ejercicio de su actividad, responden solidariamente sus bienes privativos, así como todos los bienes gananciales; mientras que el caso del cónyuge comerciante, responden sus bienes privativos y de los bienes gananciales únicamente los obtenidos con las resultas del comercio.

En el caso del cónyuge comerciante para que queden obligados el resto de bienes gananciales será necesario, tal y como se desprende del artículo 6 Ccom. el consentimiento de ambos cónyuges⁵⁹⁰.

Este consentimiento podrá ser expreso o presunto. El expreso mediante constancia en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil o de cualquier otra forma, pudiendo existir problemas a efectos de prueba; y el presunto⁵⁹¹ se sobre entiende cuando no existe oposición al comercio por parte del cónyuge no comerciante (arts. 7 y 8 Ccom).

La oposición al comercio por parte del cónyuge no comerciante puede prestarse en cualquier momento, y para que tenga efectos frente a terceros tendrá que constar en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil⁵⁹².

Para que además de los bienes privativos del cónyuge comerciante deudor, de las resultas del comercio, de los demás bienes gananciales, queden también obligados los bienes privativos del cónyuge deudor, será necesario el consentimiento del cónyuge no comerciante, tal y como predica el artículo 9 Ccom.

Los consentimientos prestados por el cónyuge no comerciante podrán ser revocados en cualquier momento, debiendo constar en escritura pública e

589 La STS de 5 octubre 2007 (RJ 2007\6798) define la deuda comercial como *“aquella que deriva de la actividad mercantil del cónyuge deudor o que pertenece al giro o tráfico de su empresa, como son las derivadas de compras a los proveedores”*. Por su parte, la STS 30 diciembre 1999 (RJ 1999\9095) declara ganancial una deuda contraída por el marido en ejercicio del comercio con el consentimiento del otro cónyuge y sin oposición expresa.

590 Matiza GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Responsabilidad de bienes...” op. cit. pág. 119, que más que el consentimiento de ambos cónyuges, se entiende que se necesita el del cónyuge no comerciante.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “La responsabilidad de los bienes gananciales. El ejercicio del comercio por persona casada y la posición del cónyuge no comerciante”, *R.C.D.I.*, nº 766, 2018, pág. 1001, aclara el sentido del consentimiento al explicar que, el comercio consentido lo que hace es que la deuda sea ganancial y el comercio no consentido, que la deuda sea privativa. Por lo que, la prestación del consentimiento no va dirigida a permitir el ejercicio de la actividad empresarial, sino a consentir que los bienes comunes queden afectos a dicha actividad.

591 Para destruir el consentimiento presunto habría que probar que el cónyuge no comerciante desconocía el ejercicio del comercio por parte de su cónyuge, lo que en la práctica es casi imposible, sobre todo, cuando el comercio supone la fuente de ingresos de la familia.

592 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Ccom y el art. 88.3 RD 1784/1996, de 19 julio, por el que se aprueba el RRM. También se exige para la oponibilidad, la publicación en el BORME, ex. art. 9 del RRM de 1996.

inscribirse en el Registro Mercantil y no pudiendo afectar en ningún caso a los derechos de los acreedores adquiridos con anterioridad⁵⁹³ (art. 11 Ccom).

En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil, para que puedan inscribirse los consentimientos, revocaciones, actos de oposición... será necesario que esté inscrito el empresario individual respecto del cual se refieren dichos actos. En nuestro sistema la inscripción del empresario individual en Registro Mercantil es potestativa⁵⁹⁴.

Todo lo expuesto se entiende sin perjuicio de la existencia de capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil (art. 12 Ccom).

A pesar del régimen de responsabilidad previsto por el Ccom para el cónyuge comerciante, así como los consentimientos necesarios por parte del cónyuge no comerciante para comprometer el resto de bienes gananciales, así como sus bienes privativos, cuando los acreedores de las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante no tengan suficiente con los bienes privativos del cónyuge deudor y con las resultas del comercio, de manera subsidiaria podrán los acreedores dirigirse contra el resto de bienes comunes (art. 1373 CC).

De las diferencias del régimen de responsabilidad previsto en el CC para el cónyuge empresario individual, del previsto en el Ccom para el cónyuge comerciante, ambos casados en régimen de gananciales, se desprende que el contemplado para el comerciante es más beneficioso, ya que salvo que se preste el consentimiento por parte del cónyuge no comerciante, de las deudas contraídas por el comerciante únicamente van a responder la parte de bienes gananciales que se hayan adquirido con las resultas del comercio, quedando a salvo el resto de bienes comunes.

En opinión de GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁹⁵ no tiene sentido la distinción que se hace entre los distintos tipos de cónyuges empresarios, ni por lo que se refiere a la responsabilidad de bienes gananciales, ni por lo que se refiere a las excepciones al principio de coadministración. Entiende el profesor GALLEGO DOMÍNGUEZ que deberían derogarse los artículos 6 y ss del Ccom, de manera que todos los empresarios quedaran sujetos al mismo régimen de responsabilidad de bienes, porque entre otras cosas, en la práctica resulta casi imposible determinar qué bienes han sido adquiridos con las resultas del comercio, unido a que tampoco el cónyuge no comerciante suele oponerse al

593 Si los acreedores en el momento de nacer la deuda, tenían ésta asegurada con los bienes privativos del cónyuge, las resultas del comercio, con el resto de gananciales y en su caso, con los privativos del cónyuge no deudor, en ningún caso, la revocación del consentimiento podrá afectar a estos acreedores.

594 Es obligatoria para el naviero individual (art. 81 RRM) y para el que quiera obtener el beneficio de limitación de responsabilidad del emprendedor. La ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, permite a los particulares que realicen actividades económicas, sean profesionales o empresarios individuales de cualquier clase), excluir su vivienda habitual (sea privativa o ganancial) siempre que no exceda de determinados valores, de la responsabilidad por deudas privadas que surjan de la actividad económica.

595 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Responsabilidad de bienes..." *op. cit.* pág. 126.

comercio del otro, por lo que por regla general acaban respondiendo siempre todos los bienes gananciales⁵⁹⁶.

4.2. La responsabilidad de los administradores y la sociedad de gananciales

Existe un hilo conductor entre la situación personal y patrimonial del administrador, de manera que de producirse derivación de responsabilidad al administrador de una sociedad mercantil, ésta puede llegar a afectar a su núcleo familiar, si entendemos que el mismo estuviera casado bajo el régimen ganancial.

Como ya se ha apuntado, en los casos de existencia de una sociedad mercantil, el empresario es la propia sociedad y no el o los administradores, sin embargo, a efectos de responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones que puedan afectar a un cónyuge administrador son muchas las sentencias que aplican los arts. 6 a 12 del Ccom.

Aclara GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁹⁷ que el cónyuge administrador de una sociedad responde por deudas sociales (ex. art. 367 LSC), en los casos de derivación de responsabilidad al administrador, ya sea por deudas tributarias (art. 43 de la ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria) o sociales, deben responder los bienes gananciales.

En esta misma línea sigue explicando el profesor GALLEGO DOMÍNGUEZ⁵⁹⁸ que la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 9/11/1997 dispuso el alcance que una derivación de responsabilidad subsidiaria tiene un cónyuge frente al otro, entendiéndose adecuado que las deudas que se deriven de su condición de administrador de una sociedad declarada fallida afecten a los bienes gananciales del otro cónyuge. Esto se debe a que no puede considerarse que el ejercicio del cargo de administrador sea ajeno a la

596 Para el caso de cónyuge comerciante concursado, destacan CUENA CASAS, M., y MASGUINDAL GARCÍA, J., "Capítulo 32: Familia y concurso de acreedores" en *Tratado de derecho de la familia, Regímenes económico matrimoniales (II)*. Vol IV, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 667, que la LCon no ha tenido en cuenta la regulación del Ccom en sus artículos 6 y ss para el cónyuge comerciante a la hora de componer la masa activa y tampoco su repercusión en la formación de la masa pasiva, que procedería distinguir a efectos de acreedores mercantiles y civiles. Entienden las autoras que el hecho de que no se haya tenido en cuenta es porque lo habitual es que no haya oposición al comercio por parte del cónyuge del comerciante, y éste otorgue su consentimiento aunque sea presunto. El artículo 86.4 LCon debería haber tenido en cuenta la situación del cónyuge concursado comerciante con oposición de su consorte respecto del cual habría que haber contemplado otra subcategoría, otra submasa, la de los gananciales-resultas, de la que tendrán que cobrar los acreedores mercantiles, quienes gozan además, de la garantía del patrimonio privativo del concursado. En el supuesto de que los bienes privativos del concursado y los gananciales resultas fueran insuficientes, subsidiariamente se podrá agredir la totalidad de la masa ganancial por la vía del artículo 1373 CC.

597 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Responsabilidad de bienes gananciales..." *op. cit.* pág. 123.

598 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Responsabilidad de bienes gananciales..." *op. cit.* pág. 124.

profesión de comerciante, por lo que para “proteger” a los bienes gananciales habría sido necesario la oposición del cónyuge no comerciante inscrita en el Registro Mercantil.

Son numerosas sentencias en las que se puede apreciar la responsabilidad del cónyuge administrador y cómo esta responsabilidad afecta a la sociedad de gananciales.

En el ámbito de las audiencias provinciales ⁵⁹⁹ encontramos numerosas sentencias en las que se pone de manifiesto como la responsabilidad en la que incurra uno de los cónyuges afecta a la sociedad de gananciales.

La SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 15 julio 2008 (AC 2008\2379) declara que las deudas que se derivan de la actividad comercial del marido, bajo su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar constante la sociedad de gananciales, han de responder los bienes gananciales, ya que la esposa conocía el ejercicio de dichas actividades por parte del marido. Las capitulaciones otorgadas por los esposos no exoneran la responsabilidad de los bienes gananciales, habida cuenta de que las deudas derivadas de las actividades del esposo son anteriores a dichas capitulaciones.

La SAP de León (Secc. 2ª) de 27 abril 2011 (JUR 2011\215027) entendió que la deuda tributaria contraída por un cónyuge como administrador solidario y encargado de la gestión de una empresa afectaba a la sociedad de gananciales, debiendo responder los bienes gananciales de ella, ya que la misma se había contraído durante la vigencia de la misma. El hecho de que se hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales para cambiar de régimen matrimonial por el de separación de bienes no exoneraba a los bienes

599 La SAP de Alicante (Secc. 4ª) de 30 octubre 1998 (AC 1998\7683) declaró la procedencia de derivar la responsabilidad por deudas sociales del marido consecuencia de su cargo de administrador de una sociedad anónima y socio de una sociedad con la que se sustentaba a la familia y se levantaban las cargas de la misma.

La SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 26 marzo 2009 (JUR 2009\294614) se ocupa del caso en el que se había embargado el sueldo de la actora para el pago de las cotizaciones dejadas de ingresar por su esposo constante la sociedad ganancial hasta el momento de su disolución. Se considera ganancial la deuda proveniente del impago de las cotizaciones de la empresa de la que el esposo era administrador vigente la sociedad de gananciales, debiendo responder por tanto los bienes gananciales. Se plantea la cuestión del motivo por el que se embarga un bien privativo de la actora (el sueldo) tras la disolución de la sociedad conyugal, siendo la respuesta por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social que para ello toma como base el artículo 1401 CC en virtud del cual el cónyuge no deudor responde con sus bienes propios cuando no e hubiera formulado debidamente inventario. El artículo 1401 CC contiene dos mandatos, uno implícito y otro explícito, por el que el cónyuge no deudor responde únicamente con los bienes que le hayan sido adjudicados si formuló debidamente inventario, y que responde con sus bienes propios si no se hubiese formulado inventario.

Como se puede observar, son numerosas las sentencias de las audiencias provinciales que se ocupan de la derivación de responsabilidad del cónyuge administrador afectando a la sociedad de gananciales. Más ejemplo de ello, son las siguientes: SAP de Álava (Secc. 1ª) de 12 julio 2003 (JUR 2003\94916), SAP de Cádiz (Secc.1ª) de 28 julio 2005 (AC 2005\1677), SAP de Jaén (Secc.1ª) de 19 abril 2010 (JUR 2012\335875), SAP de Madrid (Secc. 11ª) 24 septiembre 2010 (JUR 2011\25015), SAP de la Coruña (Secc. 3ª) de 19 diciembre 2013 (AC 2013\609), SAP de Las Palmas (Secc. 4ª) de 12 junio 2014 (2014\1626), SAP de Madrid (Secc. 8ª) de 19 junio 2018 (JUR 2018\229042), SAP de Granda (Secc. 4ª) de 13 diciembre 2019 (JUR 2020\122771), entre otras muchas.

gananciales de responsabilidad puesto que el nacimiento de la deuda tuvo lugar constante a la sociedad ganancial.

La SAP de Madrid (Secc. 12ª) de 16 diciembre 2015 (JUR 2016\53161) declara la responsabilidad de los bienes gananciales como consecuencia de la responsabilidad social del marido, administrador de una sociedad mercantil por el incumplimiento de sus obligaciones. La liquidación de la sociedad de gananciales no exonera la responsabilidad de los bienes gananciales, ya que se atiende al momento en el que se originaron las deudas, lo que sucedió constante la sociedad ganancial.

De igual modo, también los TTSSJJ se han pronunciado en esta materia⁶⁰⁰. Prueba de ello son las siguientes sentencias:

La STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Secc. única) de 7 julio de 2003 (RJ 2003\8684) declara la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas contraídas durante los años 1995 y 1997 con la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la esposa en su calidad de administradora única de una empresa. En 1999 el matrimonio otorga capitulaciones matrimoniales para cambiar el régimen matrimonial del consorcio conyugal aragonés al de separación de bienes, pero la deuda contraída por la esposa era anterior a esta modificación, por lo que procedía la responsabilidad de los bienes consorciales sobre la base del artículo 42 de la compilación aragonesa, que establecía la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, respecto de tercero de buena fe, de manera que los bienes del consorcio deben responder del importe de la deuda, sin perjuicio de las relaciones internas entre los patrimonios de los cónyuges. Asimismo, la declaración de derivación de responsabilidad que realizó la Administración Tributaria la hizo sobre la base del artículo 40.1 LGT. Dicha declaración *“no hace surgir ex novo una deuda, sino que determina la obligación de satisfacerla por parte del administrador, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercita la entidad directamente obligada al pago”*. Se entiende por tanto que, *“la obligación de pago de la deuda frente a la hacienda pública que correspondía al administrador derivaba del ejercicio de su profesión como empresario, y que tal actividad determinaba la exigencia de responsabilidad respecto de los bienes del consorcio conyugal, conforme al art. 42 de la Compilación aragonesa”*.

La STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Secc. 3ª) de 7 abril 2015 (JUR 2015\155015) se ocupa de un supuesto de responsabilidad contractual derivada como consecuencia de la actividad habitual del ejecutado como empresario, empleador, explotador y administrador único de la empresa con el consentimiento de su esposa. Deben responder los bienes gananciales de acuerdo con el artículo 1362 CC, no habiéndose infringido el artículo 541 de la

600 Otras sentencias de distintos TSJ donde se puede apreciar la sujeción de los bienes gananciales a las deudas (de distintos tipos) contraídas por uno de los cónyuges en su calidad de administrador, son las siguientes: la STSJ del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 16 junio 1993 (RJ 1997\2733), la STSJ de Castilla y León – Burgos (Sala Cont-Admtvo. Secc.1ª) de 6 marzo 2015 (JUR 2015\91025), la STSJ de Castilla y León – Burgos (Sala Cont-Admtvo. Secc. 1ª) de 11 septiembre 2015 (JUR 2015\234365), entre otras muchas.

LEC como alega la esposa y no procediendo la disolución de la sociedad conyugal.

La Audiencia Nacional también se ha ocupado de esta materia en algunas sentencias, como por ejemplo: la SAN (Cont-Admtvo. Secc. 7ª) de 20 febrero 2006 (RJ 2006\241888). En este procedimiento, la esposa recurrente impugnaba una resolución en virtud de la cual se dictó diligencia de embargo de bienes inmuebles sobre la finca urbana en régimen de gananciales por un procedimiento ejecutivo que se seguía contra su esposo que era administrador societario de una determinada sociedad y al que se le declaró responsable subsidiario. La esposa recurrente hacía alusión a la vida laboral de su esposo en la empresa que éste administraba y defendía la improcedencia de la derivación de la responsabilidad que afectaba a un inmueble de la sociedad conyugal de gananciales. Declara la presente Sentencia, que ya en su día la sentencia de esta Sala de 27 julio 2000, rec. 593/97 señaló que: *“resulta irrelevante la determinación del cónyuge que hubiera contraído las deudas, pues la afectación de bienes deriva no de una peculiar posición del sujeto pasivo, sino directamente del propio régimen de la sociedad legal de gananciales y, concretamente, de lo dispuesto en el artículo 1365 CC (Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge...2º) En el ejercicio ordinario de la profesión, arte y oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios. Si el marido o la mujer fueran comerciantes se estará a lo dispuesto Ccom). Por tanto, la afectación de los bienes del cónyuge no obligado tributario a pagar las deudas tributarias del cónyuge que tiene la condición de sujeto pasivo de un determinado tributo deriva no de la aplicación de normas fiscales especiales, sino de las propias del régimen de la sociedad de gananciales contenidas en el CC”*. Asimismo, declaró el TEAC que *“no basta con la disolución de la sociedad de gananciales para que desaparezca la afectación de bienes que siendo previamente de la sociedad de gananciales han sido adjudicados al cónyuge no deudor tributario con el fin de satisfacer las deudas tributarias que el cónyuge que sí tiene la condición de obligado tributario contrajo durante la vigencia del régimen de gananciales”*. La presente Sentencia desestimó el recurso interpuesto por la recurrente y declaró la procedencia de la diligencia de embargo del inmueble de carácter ganancial.

En esta misma línea se vuelve a pronunciar la Audiencia Nacional en Sentencia (Cont-Admtvo. Sala 7ª) de 30 octubre 2006 (RJ 2006\267420), en la que la cuestión a resolver gira en torno a la procedencia o no de la afectación de los bienes que le fueron adjudicados a la recurrente en capitulaciones matrimoniales por las deudas de las que fue declarado responsable subsidiario el esposo de la actora. De nuevo, para resolver esta cuestión se acude a las reglas que regula el régimen de gananciales, donde se presenta como básico la determinación del momento en el que nació la obligación del esposo de pagar las deudas tributarias, para comprobar si efectivamente se tratan de deudas de la sociedad de gananciales. Nuevamente se hace alusión al artículo 1365 CC y se entiende que el hecho de haberse disuelto la sociedad de gananciales no es causa suficiente para que desaparezca la afectación de los bienes que fueron previamente de la sociedad de gananciales y que se adjudicaron al cónyuge no deudor tributario, porque las deudas se contrajeron durante la vigencia de la sociedad ganancial. Cuando se hicieron las

capitulaciones matrimoniales por las que se cambiaba el régimen matrimonial, ya existían derechos adquiridos por parte de la Hacienda Pública⁶⁰¹.

Como no podía ser de otra manera, el TS también se ha pronunciado en esta materia, prueba de ello son las numerosas sentencias⁶⁰² en las que se ocupa de la derivación de responsabilidad de las deudas de distinta índole, contraídas por el cónyuge administrador en ejercicio de su cargo. Muestra de ello, son estas sentencias:

La STS de 25 octubre 2005 (RJ 2005\7210) se pronunció declarando la responsabilidad de la sociedad de gananciales por las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges. La responsabilidad extracontractual no exonera a la sociedad de gananciales de responsabilidad, ya que el *“artículo 1366 CC no disminuye las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de los pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad”*. El patrimonio ganancial resulta responsable ya que la actuación del cónyuge resulta beneficiosa para la sociedad conyugal, además de que la concurrencia de dolo o culpa opera en la esfera interna entre los esposos, pero no frente a terceros.

La STS de 19 febrero 2014 (RJ 2014\1132) declara la responsabilidad de la sociedad de gananciales por las deudas tributarias contraídas por uno de los cónyuges como administrador de una sociedad mercantil constante la sociedad ganancial. El hecho de que posteriormente se otorgaran capitulaciones

601 Caso parecido el que enjuicia la SAN (Cont-Admtivo. Sala 7ª) de 19 abril 2010 (RJ 2010\143834), en la que se requiere de diversos pagos, así como se procede al embargo de determinados bienes por las deudas del marido como consecuencia de su labor como administrador de distintas empresas, que supuso la derivación de responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 LGT, el cual dispone que: *“serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posibles tales infracciones. Asimismo, serán responsables subsidiariamente, en todo caso, de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades los administradores de las mismas...”* Nuevamente, en este caso, en el momento de disolverse el régimen matrimonial de gananciales, ya existían derechos adquiridos por la Hacienda Pública, y a los efectos de los artículos 1317, 1401 y concordantes del CC, se trataban de deudas tributarias devengadas antes de la disolución de la sociedad de gananciales, por lo que los bienes de ésta sí quedaban afectos a responsabilidad.

602 La STS de 21 febrero 1989 (RJ 1989\1360) hace responsable a la sociedad de gananciales por las deudas contraídas en materia de impuestos (IRPF) por el marido frente a la Administración en su calidad de administrador. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia posterior de fecha 7 abril 1990 (RJ 1990\2922). La STS de 21 junio 2005 (RJ 2005\6424) reconoce la existencia de un crédito a favor de la Administración tributaria, al que debe hacer frente la sociedad de gananciales por las deudas del esposo en su calidad del administrador. La deuda nace durante la vigencia de la sociedad ganancial, por lo que la modificación posterior del régimen matrimonial no libera los bienes gananciales. La STS de 26 junio 2013 (RJ 2013\5458) obliga al pago a los bienes de la sociedad de gananciales liquidada de la deuda tributaria contraída por el marido en su calidad de administrador de una empresa, puesto que fue contraída constante a la sociedad conyugal. También encontramos la STS de 22 mayo 2019 (RJ 2019\1978).

matrimoniales no exonera a la sociedad ganancial de responsabilidad, habida cuenta de que dichas deudas se originaron con anterioridad a este otorgamiento, constante la sociedad conyugal, por lo que es válido el embargo de bienes que en su momento fueran gananciales.

Tras las sentencias citadas, se pone de relieve que efectivamente las actuaciones que lleve a cabo uno de los cónyuges en calidad de administrador de una sociedad tienen su repercusión en la sociedad ganancial. Las deudas de cualquier índole, que pueda contraer uno de los esposos en el ejercicio de su cargo de administrador de una sociedad mercantil inciden directamente sobre la sociedad ganancial si éstas se han originado durante su vigencia, quedando los bienes gananciales obligados a resarcir dichas deudas.

A colación de lo expuesto, aprovechamos para hacer una breve mención al caso del concursado casado en régimen de gananciales. Resaltan CUENA CASAS Y MAS-GUINDAL GARCÍA⁶⁰³ el problema que supone el hecho de que el deudor esté casado, ya que en tal caso es necesario hacer la complicada tarea de poner en conexión la disciplina concursal con las normas civiles del derecho de familia que rigen el matrimonio, lo que es aun más complejo cuando el concursado casado está sujeto al régimen ganancial, debido a la particularidad de la naturaleza jurídica de este régimen.

Resulta especialmente complicado la composición de la masa activa del concurso, ya que al no tener el cónyuge concursado una cuota concreta sobre el patrimonio ganancial, es imposible incluir cuota alguna sobre los bienes gananciales en la masa activa del cónyuge concursado. Ante tal supuesto, la Ley Concursal opta en su artículo 77.2 LCon por incluir los bienes comunes pero únicamente cuando éstos deban responder de las obligaciones del concursado.

Una vez más, vuelve a ser complicado la armonización del Derecho de Familia con otra disciplina, como en este caso con el Derecho Concursal, ya que se presenta difícil la conjugación de los derechos del cónyuge no deudor con los derechos de los acreedores sobre la base del principio general de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 CC.

CUENA CASAS y MAS-GUINDAL⁶⁰⁴ hacen hincapié en la masa de bienes común sin personalidad jurídica que se genera en los regímenes de comunidad, la cual se nutre y se endeuda por la actuación de los cónyuges, quienes como consecuencia de la naturaleza de la sociedad de gananciales, carecen de cuotas enajenables y, por tanto, embargables durante la vigencia del régimen. Esto supone que *“el derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio común forma parte de su activo y, por tanto, está afecto a las consecuencias del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), pero la particularidad radica en que tal derecho sólo se materializa como cuota enajenable y embargable, en el momento de la disolución del régimen”*.

603 CUENA CASAS, M., y MAS-GUINDAL GARCÍA, J., “Capítulo 32: Familia y concurso de acreedores” en *Tratado de derecho de la familia, Regímenes económico matrimoniales (II)*. Vol IV, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 646.

604 CUENA CASAS, M., y MAS-GUINDAL GARCÍA, J., *op. cit.*, págs. 648 y 649.

Explican las autoras⁶⁰⁵ que lo expuesto no es más que la norma contenida en el artículo 1373 CC, en virtud del cual, cuando lo que se pretende es agredir la parte del concursado sobre el patrimonio común *“constituye un prius la disolución del régimen ganancial”*; mientras que el artículo 76 del Proyecto de la Ley Concursal⁶⁰⁶, preveía la disolución automática de la sociedad de gananciales y la inclusión en la masa activa del concurso del derecho correspondiente al concursado sobre el patrimonio común. Solución que a juicio de las autoras se presentaba como *“impecable”*, puesto que respetaba tanto la naturaleza de la sociedad de gananciales como el principio de responsabilidad patrimonial universal.

Recuerdan las autoras cómo puede configurarse el pasivo de la sociedad de gananciales, ya sea por la actuación conjunta de los esposos o por uno de ellos con el consentimiento del otro, lo que se traduce en una autorización del endeudamiento de la sociedad de gananciales (art. 1367 CC); como por la actuación de uno de ellos sin el consentimiento ni asentimiento del otro, pero cuando el supuesto encaje en los contenidos en el artículo 1365 (salvo art. 6 y ss Ccom). En estos casos el cónyuge actuante está endeudando tanto su patrimonio privativo como ganancial, lo que permite al acreedor poder dirigirse indistintamente contra uno u otro, siempre que se trate de una deuda ganancial.

Matizan las autoras⁶⁰⁷ que *“supeditar la inclusión de bienes comunes en la masa activa a que deban responder de las obligaciones del concursado no es lo mismo que exigir que se trate de deudas gananciales”*, ya que en todos los regímenes de comunidad como es el de gananciales, los bienes comunes responden tanto de las deudas comunes como subsidiariamente de las deudas privativas (art. 1373 CC).

Entienden las autoras que para la formación de la masa activa no resulta fundamental la determinación del carácter de las deudas, esta determinación cuando es básica es en la fase liquidatoria, ya que es el momento en el que el cónyuge del concursado deberá poner a salvo su cuota sobre los bienes comunes para *“salvarlos”* de los acreedores. Ocurre lo mismo que cuando se trata de una ejecución singular de bienes comunes por deudas privativas (art. 1373 CC).

En la masa activa también deberán incluirse los bienes privativos del cónyuge deudor, consagrándose de este manera el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC.

605 CUENA CASAS, M., y MAS-GUINDAL GARCÍA, J., *op.cit.*, pág. 650.

606 Artículo 76.2 del Proyecto de la Ley Concursal de 23 julio 2002 *“Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá, además en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común. La declaración del concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

607 CUENA CASAS, M., y MAS-GUINDAL GARCÍA, J., *op. cit.* pág. 651.

La LCon⁶⁰⁸ establece como medio defensa para el cónyuge del concursado le concede la posibilidad de disolver el régimen conyugal siempre que se incluyan los bienes comunes en la masa activa. Lo que ocurre es que en la práctica siempre se van a incluir bienes comunes en la masa activa, por lo que como dicen las autoras *“la declaración de concurso permite al cónyuge del concursado ejercitar la facultad de disolución, por lo que las diferencias entre la facultad disolutoria recogida en el art. 77 LCon y la del art. 1393 CC son, en la práctica, más aparentes que reales”*. Importante aclaración: la facultad que se le concede al cónyuge es la de disolver y no la de liquidar [RDGRN de 13 octubre 2016 (BOE 2 -11- 2016)].

4.3. El cónyuge administrador de una sociedad de capital avalista o fiador de las deudas de la misma y el régimen de gananciales

Cuando un cónyuge administrador de una sociedad asume un aval o fianza en garantía de un préstamo o deuda de una sociedad, el TS aplica el juego de los artículos 6 y ss del Ccom. por la responsabilidad que asume personalmente dicho cónyuge.

Por lo que a los avales concedidos por uno solo de los cónyuges se refiere, la jurisprudencia del TS tiende a declarar el carácter ganancial de la deuda⁶⁰⁹. Así pues, el TS opta por considerar ganancial al aval prestado a una sociedad

608 La nueva Ley Concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, atribuye en su artículo 52.5 jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso para conocer determinadas materias, entre las que se encuentra la disolución y liquidación de la sociedad o comunidad del concursado. El artículo 125 recoge el derecho a solicitar la disolución de la sociedad conyugal, disponiendo a tal efecto que: *“1. El cónyuge del concursado tendrá derecho a solicitar del juez del concurso la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado. 2. Presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa. 3. El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediere solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso”*.

609 Las audiencias provinciales también se han pronunciado al respecto, como es el caso de la SAP de La Rioja de 11 abril 2000 (JUR 2000\191175). Entiende la Sentencia que la esposa *“no puede considerarse ajena a la obligación personalmente contraída por el marido como administrador de la sociedad favorecida con póliza mercantil afianzada, en la que también participaba la sociedad de gananciales”*.

vinculada a la sociedad de gananciales, o en su caso, al cónyuge avalista. El motivo de dicho reconocimiento ganancial se apoya en la presunción de que el aval es en beneficio o interés de la familia⁶¹⁰.

Por lo tanto, como regla general el TS⁶¹¹ tiende a considerar el aval de un solo cónyuge como ganancial, a menos que una instancia anterior éste hubiese tenido otra calificación.

Señala la STS de 7 noviembre 2017 (RJ 2017\4763): *“...la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre (RJ 2001\7134); 620/2005, de 15 de julio (RJ 2005\9237); y 572/2008, de 12 de junio (RJ 2008\3218); entre otras muchas)”*.

Esta solución debe darse para los casos de fianzas prestadas por comerciantes individuales u otras personas a las que se entiendan aplicables los arts. 6 y ss. del Ccom, incluso cuando su condición de comerciantes no fuera del todo clara⁶¹².

La STS de 29 diciembre 1987 (RJ 1987\9656) considera comerciante a un accionista y presidente del Consejo de Administración de una sociedad anónima que afianzó en nombre propio una serie de operaciones crediticias de la sociedad; señalando el TS *“Que no consta oposición expresa de la recurrente al ejercicio mercantil profesional de su marido”*; por su parte la STS de 15 marzo 1991 (RJ 1991\2261) conoce de un asunto en el que el marido firmó como avalista de una sociedad anónima de la que era administrador único y accionista mayoritario la sociedad de gananciales, unas pólizas de crédito cuyo incumplimiento dio lugar a la ejecución judicial, considerando el TS que podía considerarse una situación equiparable a la de comerciante a lo dispuesto en el artículo 6 del Ccom, al venir el marido ejerciendo el comercio con el conocimiento de su mujer y sin su oposición, y además por entender el capital de la SA de la que el marido era administrador único procedía en su mayoría de la sociedad de gananciales.

La STS de 28 septiembre 2001 (RJ 2001\7134), se refiere al caso de aval prestado por uno de los cónyuges señala: *“En el caso presente se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su*

610 Ejemplo de dicho carácter ganancial viene representado por la STS de 6 junio 1990 (RJ 1990\4740) y la STS de 15 marzo 1991 (RJ 1991\2261).

611 Destaca en este sentido la STS de 17 octubre 1990 (RJ 1990\7976) . No siempre el TS considera que todos los avales sean gananciales, ya que hay casos en los que declara el carácter privativo del mismo, como por ejemplo en la STS de 17 julio 1997 (RJ 1997\6018).

612 SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 116 y ss.

esposo, constituyendo medio económico para el sustento de la familia (Sentencia de 30 diciembre 1999 [RJ 1999\9095]), integrándose dichas actividades en el nro. 5º del art. 1347 del Cód. Civil y hace aplicables los arts. 6º y 7º del Cód. Com. (Sentencias de 06/06/1994 [RJ 1994, 4585] y 10/11/1995 [RJ 1995\8116]), sin que quepa acogida casacional la alegación, por aplicación improcedente, no muy afortunada del art. 10 del Cód. Com., para negar al esposo toda condición de comerciante”; la STS de 21 julio 2003 (RJ 2003\5847) cita la sentencia de instancia que resulta confirmada en la que “con fundamento en los arts. 1365 Cód. Civil y 6º y 7º del Cód. Com., “la actividad del esposo ejerciendo el comercio como Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de NWSA, vincula a la sociedad de gananciales, incluso cuando realiza el acto mercantil de afianzar personalmente a dicha Sociedad”.

Respecto a las fianzas prestadas por uno solo de los esposos, el hecho de que las mismas puedan tener carácter ganancial, se encuentra en la distinción de los afianzamientos mercantiles de los no que no lo son.

Según el artículo 439 Ccom, para que sea mercantil el afianzamiento, debe serlo el contrato garantizado, siendo irrelevante que el fiador sea o no comerciante, puesto que lo importante es el objeto y no el sujeto que realiza el acto (art. 2 Ccom).

La razón de que de las fianzas mercantiles responda el patrimonio ganancial se debe a que el cónyuge no comerciante, aunque no se ocupe del comercio sí se beneficia de lo que éste produce, por lo que se justifica que la fianza mercantil se encuentre amparada por los bienes gananciales.

Esta materia ha sido objeto de una importante evolución jurisprudencial, ya que en un primer momento se negó la responsabilidad de los bienes gananciales de las fianzas contraídas por el marido a título gratuito — según los afianzamientos ex art. 441 del Ccom.— al considerarse que no eran asumidos en interés de la familia, para más tarde, entenderse que cuando el marido actuaba en beneficio o interés de la familia estaba vinculando a los bienes gananciales, incluido el supuesto de las fianzas prestadas a título gratuito. Más adelante, se dio paso más al considerarse que el interés de la familia y el beneficio para la comunidad conyugal *“atendidos con la fianza contraída por uno de los cónyuges socio de una sociedad llevaban a considerar la misma a título oneroso, por lo que la responsabilidad derivaba directamente de la onerosidad de las deudas, añadiéndose con posterioridad que la fianza estaba otorgada en provecho de la empresa, de la cuya buena marcha se favorecía la comunidad conyugal”.*

CONCLUSIONES

PRIMERA. Todo matrimonio lleva aparejado un régimen económico matrimonial, el cual es necesario para regir y gestionar la vida económica de los cónyuges. Una vez que se contrae matrimonio, se constituye un núcleo familiar con unas necesidades que deben ser atendidas, para lo cual es necesario la existencia de un régimen económico que ponga orden y disponga la manera de atender dichas obligaciones. Nuestro Código Civil regula tres tipos de regímenes económicos, aunque deja un amplio campo a la autonomía de la voluntad, permitiendo que los cónyuges puedan por medio de capitulaciones matrimoniales “diseñar” un régimen a su medida, para que se adapte de la mejor manera posible a las exigencias de cada pareja; es por ello, por lo que no se puede hacer una enumeración exhaustiva de los regímenes matrimoniales, ya que habrá tantos como los distintos matrimonios hayan decidido “crear” dentro de los límites permitidos por la Ley. A pesar de esta posibilidad de múltiples regímenes, nuestro Código Civil dispone que el régimen de gananciales será el régimen supletorio de primer grado en los territorios sujetos a Derecho Común.

La sociedad de gananciales se caracteriza fundamentalmente por la creación de una comunidad formada, a grandes rasgos, por todos los bienes que se adquieran por cualquiera de los cónyuges a título oneroso o por su trabajo desde que ésta comience (no desde que se celebre el matrimonio, ya que la sociedad de gananciales puede empezar después de celebrado el matrimonio, porque antes los cónyuges hubiesen estado sujetos a un régimen distinto). En esta comunidad los esposos son conjuntamente propietarios de todos los bienes que la forman, pero sin tener una cuota concreta sobre cada bien, tan solo existirá un derecho concreto sobre los bienes gananciales cuando se produzca la disolución y la liquidación de la comunidad, pero hasta ese momento, los cónyuges son titulares indistintos del patrimonio común, pero sin tener un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación o pueda dar lugar a la acción de división. La naturaleza de la sociedad de gananciales ha sido una cuestión bastante discutida a lo largo de la historia. La tesis que finalmente ha triunfado es la teoría de la comunidad germánica o en mano común, que defiende la existencia de un patrimonio autónomo y común del que son titulares indistintos los partícipes o comuneros que la forman, los cuales tienen una cuota sobre dicho patrimonio global, pero de la que no pueden disponer mientras exista la comunidad.

La sociedad de gananciales tal y como la conocemos a día de hoy ha sido fruto de una evolución, así como de numerosas modificaciones que se han ido produciendo a lo largo del tiempo, con el fin de hacer de este régimen, un régimen moderno, actualizado y dinámico. Se han ido suprimiendo todas las normas y limitaciones que imponían la primacía del marido en el matrimonio, con el fin de ajustarse a los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges y no discriminación por razón de sexo. Es por ello, por lo que la sociedad de gananciales actualmente se muestra como un régimen renovado en el que prima la igualdad de los cónyuges, un régimen flexible, en el que la autonomía de la voluntad de los esposos tiene un papel protagonista,

caracterizado por crear una comunidad en la que se hacen comunes todos los bienes que se generen durante su vigencia, sirviendo los mismos a atender las necesidades de la familia, para después, una vez disuelta la sociedad distribuirlos por mitad.

Con el comienzo de la sociedad de gananciales se produce la coexistencia de tres patrimonios, los privativos de cada uno de los cónyuges y el patrimonio común. Ante esta coexistencia de patrimonios resulta muy importante tener claro el carácter de cada uno de los bienes que conforman cada patrimonio, ya que conociendo el carácter privativo o ganancial de cada bien, se sabrán las normas por las que deberán regirse, a cuál de los cónyuges corresponderá la administración y disposición de cada uno de ellos, de qué deudas deberán responder los bienes... Es decir, se plantean una serie de cuestiones tanto durante la vida de la sociedad de gananciales, como sobre todo en el momento de su disolución y liquidación, por lo que resulta fundamental saber y probar, en su caso, el carácter de los bienes que conforman los tres patrimonios existentes.

Es por esto, por lo que con relación a los bienes que se adquieran constante la sociedad de gananciales habrá que saber con qué fondos se compran y a qué patrimonio se quieren destinar, porque a pesar de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC (en virtud del cual todo lo que se adquiera durante la sociedad de gananciales será común de los esposos salvo que se demuestre el carácter privativo del bien o derecho), y de las normas que determinan el carácter de un determinado bien o derecho (arts. 1346 y ss CC) pueden los cónyuges en uso de su autonomía de la voluntad dar a los bienes el carácter que tengan por conveniente.

SEGUNDA. La importancia de determinar el carácter de cada uno de los bienes de los cónyuges casados en gananciales es especialmente trascendente cuando relacionamos sociedad de gananciales y sociedades de capital, cuando uno u ambos cónyuges son titulares de acciones de una sociedad anónima o de una sociedad comanditaria por acciones o titulares de participaciones de una sociedad limitada.

Para determinar el carácter de las acciones/participaciones, resulta básico conocer el momento de la adquisición de las mismas, el modo en que se produjo -a título gratuito, oneroso, a plazos ...-, las características de la sociedad a las que éstas pertenecen: si se trata de una sociedad abierta, o si por el contrario es una sociedad cerrada donde la figura del socio es esencial, si se trata de una empresa familiar, si la sociedad ha previsto o no en sus estatutos límites a la libre transmisión de acciones o si ha modificado el régimen legal de transmisibilidad de las participaciones ...

En la práctica resulta complicado armonizar las normas que regulan el Derecho de Familia y el Derecho de Sociedades, existiendo problemas en torno a las acciones o participaciones de los matrimonios casados en régimen de gananciales cuando uno o ambos cónyuges son socios de una sociedad de capital.

Los problemas que surgen giran básicamente en torno a la determinación del carácter ganancial o privativo de las acciones/participaciones, puesto que de haberse adquirido constante la sociedad de gananciales y con fondos comunes, las mismas serán gananciales, con independencia de que la adquisición se haya hecho para uno o ambos cónyuges. Ocurre lo mismo con el ejercicio de los derechos de socio, donde también será importante delimitar a de los cónyuges corresponde el mismo y por qué. Del mismo modo, tampoco estará exenta de polémica la cuestión relativa a la disposición y administración de bienes, donde habrá que determinar si el principio de codisposición (propio del régimen ganancial) es aplicable o no a las acciones/participaciones de uno y otro cónyuge, o de los dos. Igualmente, resultará crucial el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que será entonces cuando se proceda a adjudicar las acciones/participaciones a uno u otro cónyuge, -en función de una serie de factores que se deberán tener en cuenta-, o en su caso en pro indiviso. Asimismo, habrá que atender a los posibles problemas que se deriven de las obligaciones que pueda asumir un socio (cónyuge casado en ganancial) como administrador o garante de la sociedad.

El que uno o ambos cónyuges casados bajo el régimen ganancial sea (o sean) a su vez socio de una sociedad de capital plantea dudas en torno al carácter de las acciones o participaciones cuando éstas han sido adquiridas con dinero ganancial, ya que ambos cónyuges pueden entender que son socios de la sociedad de capital en cuestión. Las sociedades de capital pueden configurarse de distintas maneras, ser más abiertas o cerradas, darle mayor importancia al *intuitu personae* o al *intuitu pecuniae*. Aquellas sociedades donde prevalece el *intuitu personae*, donde la condición del socio es relevante, sus características, formación, capacidades han sido tenidas en cuenta para su elección, el que esté casado ese socio en gananciales puede afectar en la medida en la que el otro cónyuge (el no socio) se crea o se considere con derecho a formar parte de dicha sociedad de capital. Durante la vigencia de la sociedad de gananciales no habrá problema alguno, pues socio será el que aparezca formalmente como titular de las acciones o participaciones, si bien los conflictos surgirán en el momento de la liquidación, donde habrá que determinar el carácter de las acciones/participaciones de la sociedad de capital -atendiendo al momento de su adquisición, al título adquisitivo, a los fondos empleados para dicha adquisición-, los posibles reembolsos entre masas (art. 1358 del CC), atender a lo dispuesto en los estatutos de la sociedad de capital sobre el régimen de transmisión de las acciones y participaciones... Es decir, se tendrán en cuenta numerosas cuestiones para poder salvaguardar de la mejor manera posible la esencia de la sociedad de capital a la que pertenecen las acciones y participaciones, así como realizar la liquidación de la sociedad de capital de la forma más ordenada posible.

TERCERA. Tal y como se señala en líneas anteriores, el artículo 1361 CC consagra la *vis atractiva* de la sociedad de gananciales, en virtud del cual todos los bienes habidos constante la sociedad de gananciales se consideran comunes mientras no se pruebe lo contrario: se trata por tanto de una simple presunción "*iuris tantum*", si bien tiene un enorme juego e importancia en la vida práctica de la sociedad de gananciales. El carácter ganancial o privativo

de un bien dependerá del momento de adquisición, del título adquisitivo, así como de la naturaleza de la contraprestación.

Los artículos 1346 y 1347 CC contienen una enumeración con carácter general de qué bienes son privativos y cuáles gananciales respectivamente; mientras que los artículos que les siguen se refieren a la ganancialidad o privatividad de supuestos específicos. Lo ocurre es que, a pesar de estos artículos, en la práctica existen supuestos que no encajan a la perfección en las enumeraciones contenidas en dichos preceptos, o que generan dudas, al tratarse de conceptos que pueden dar lugar a varias interpretaciones. Es por ello, por lo que es importante saber a qué se refieren exactamente y dónde puede encajarse a cada uno de ellos, para conocer el carácter privativo o ganancial del bien en cuestión y evitar confusiones que pueden dar lugar a graves problemas en el momento de reparto de bienes.

Distingamos diferentes supuestos en las conclusiones siguientes:

CUARTA. Como supuestos de acciones o participaciones privativas, podemos identificar los siguientes:

a) Acciones o participaciones adquiridas antes del inicio de la sociedad de gananciales: el momento determinante para la calificación de las mismas es el inicio de la sociedad de gananciales, no del matrimonio. De acuerdo con el artículo 1346.1 CC es privativo de cada cónyuge lo que le perteneciera al comenzar la sociedad, por lo que las acciones o participaciones adquiridas antes del comienzo del régimen ganancial serán privativas. Otra cosa es que por vía del juego de la autonomía de la voluntad se pueda cambiar el carácter de éstas, pero en principio lo adquirido por un cónyuge antes del comienzo de la sociedad de gananciales es privativo suyo. Más adelante vemos las adquisiciones a plazos antes de comenzar la sociedad.

b) Acciones o participaciones sociales adquiridas constante la sociedad a título gratuito por uno de los cónyuges (art. 1346.2º CC): son privativos de cada uno de los cónyuges todo lo que adquiriera después de iniciado el régimen a título gratuito, ya sea por herencia, a título de legado o por vía de donación.

c) Acciones o participaciones adquiridas a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1346.3 CC): recoge el principio de subrogación real, en virtud del cual se produce una sustitución del nuevo bien por el antiguo. El bien adquirido entra a ocupar el lugar del antiguo, por lo que tendrá el mismo carácter que el anterior. Si el bien primitivo era privativo, el nuevo también lo será. Las acciones o participaciones adquiridas a costa de dinero o bienes privativos serán también privativos (con las excepciones que veremos a continuación).

d) Acciones y participaciones adquiridas por derecho de preferente adquisición perteneciente a uno solo de los cónyuges (art. 1346.4º CC): “*Son privativos de cada uno de los cónyuges: Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges*”. En base a este principio se impone la privatividad en función del carácter del derecho de preferente adquisición, resultando indiferente el carácter de los fondos empleados para la adquisición, sin perjuicio de que haya un derecho de reembolso para el caso de que se

hayan utilizado bienes comunes para la misma. Las acciones y participaciones serán privativas siempre y cuando se hayan adquirido en virtud del derecho de retracto -o cualquier otro derecho de preferente adquisición- perteneciente a uno de los esposos. Prima la titularidad del derecho sobre los fondos empleados.

f) Las nuevas acciones o participaciones suscritas como consecuencia de otras privativas (art. 1352 CC): con este precepto se introduce una institución propia del Derecho mercantil de sociedades en el Código Civil, aceptando así la posición mercantilista de que las nuevas acciones y participaciones sociales no son fruto, sino un desdoblamiento de la cuota de socio.

Las nuevas acciones o participaciones adquiridas en una ampliación de capital en ejercicio del derecho de suscripción o asunción preferente de acciones o participaciones serán privativas cuando tales derechos deriven de anteriores acciones o participaciones privativas, ello, aunque los fondos empleados para el ejercicio del derecho de suscripción o asunción preferente hayan sido gananciales. Es decir, la acción o participación adquirida va a tener la misma condición que la acción o participación originaria que dio lugar al derecho (de suscripción/asunción) preferente.

La LSC únicamente regula los supuestos de derecho de suscripción o asunción para el caso de emisión de nuevas acciones o participaciones con cargo a aportaciones dinerarias, limitando su atribución a los socios, excluyendo a los titulares de las obligaciones convertibles. Para el caso de casados en gananciales, el ejercicio del derecho de preferencia corresponde a quien conste como socio, por ser titular de acciones/participaciones sociales. De tratarse de acciones al portador corresponderá a quien las tenga en su poder (art. 1384 CC). De aparecer ambos cónyuges como socios, se produce una situación de condominio que deberá resolverse de acuerdo con las reglas previstas para esta situación.

Los derechos de preferente suscripción de acciones o de asunción de participaciones tienen la naturaleza correspondiente a las acciones o participaciones que los generan, así como las cantidades obtenidas por su enajenación. Supone esto último una aplicación directa del principio de subrogación real, ya que del mismo se desprende que las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir tendrán naturaleza privativa en los casos en los que el derecho provenga de acciones o participaciones privativas.

Aun cuando el art. 1352 del CC solo contempla el supuesto de que las acciones o participaciones primitivas fuesen privativas, paralela solución habrá que entender en el supuesto de que las mismas fueren gananciales, debiendo considerarse igualmente gananciales los derechos de suscripción o asunción preferentes, lo obtenido con su enajenación o las acciones o participaciones adquiridas en virtud de su ejercicio, con independencia del carácter de la aportación dineraria hecha como desembolso.

Adquisición de nuevas acciones y participaciones liberadas en una ampliación de capital con cargo a beneficios o a reservas (art. 1352.2º CC): Se admite la posibilidad de que la ampliación de capital de una sociedad pueda hacerse con

cargo a beneficios o a reservas. Cuando la ampliación se hace con cargo a beneficios el socio no tiene que hacer desembolso alguno, la recepción de los nuevos títulos se produce en virtud de “el derecho de asignación gratuita”. Cuando el aumento se hace con cargo a reservas, tampoco tiene que hacer desembolso alguno porque los recursos utilizados también existen ya en la sociedad: es aquella operación contable por la que se traspasan recursos de la sociedad que aparecen en la partida de las reservas a la cuenta de capital. Se puede hacer mediante la emisión de nuevas acciones o por la elevación del valor nominal de las existentes. En ambos casos el capital desembolsado tiene que adjudicarse de manera proporcional a la cifra de que la que previamente era titular.

El derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1352 CC es aplicable tanto para el caso de los beneficios como para el caso de las reservas. Las nuevas acciones/participaciones que se emitan con cargo a reservas tendrán el mismo carácter que aquellas en cuya virtud se adquieran.

QUINTA. Pasando a concretar los acciones y participaciones gananciales señalemos los siguientes:

a) El artículo 1347.1 CC indica que serán bienes gananciales todos aquellos que se obtengan por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. En el momento en el que una actividad de los esposos produce algún tipo de ganancia o retribución, ésta será considerada ganancial, para lo que será fundamental atender al momento en el que se realiza dicha actividad y no al momento en el que se produce el ingreso. Para que sea ganancial la actividad debe de haberse realizado vigente la sociedad de gananciales. De esta manera, si la actividad generadora del ingreso se efectuó antes del comienzo de la sociedad de gananciales, produciéndose el ingreso una vez vigente ésta, el cónyuge generador de dicha actividad tendrá un crédito privativo que se convertirá en dinero privativo una vez se cobre la deuda; y al contrario, de realizarse la actividad durante la vigencia de la sociedad de gananciales y producirse el ingreso después (tras su desaparición), la sociedad de gananciales tendrá un crédito que se transformará en dinero una vez perciba la cantidad adeudada.

Las stock options se presentan como una forma especial de retribución cada día más frecuente en la práctica. Las acciones y participaciones adquiridas de este modo por uno de los cónyuges serán gananciales puesto que no dejan de ser salario. Ahora bien, si para la adquisición de dichas acciones y participaciones se empleó dinero ganancial, no habrá problema alguno, al ser éstas gananciales como hemos señalado. Sin embargo, de haberse empleado dinero privativo, las acciones o participaciones adquiridas serán gananciales sobre la base del artículo 1347.4º, sin perjuicio del correspondiente derecho de reembolso.

La retribución obtenida por el cónyuge casado en gananciales por su cargo como administrador de una sociedad, a pesar de que la LSC dispone que el cargo es gratuito, permite que en los estatutos se pueda fijar una remuneración tal y como se hace en la práctica. De este modo, las acciones o participaciones que adquiera un cónyuge casado en régimen de gananciales como

remuneración por el desempeño del cargo de administración -modalidad de remuneración que recoge la LSC- serán gananciales por su consideración de salario.

Se considera por tanto ganancial todo lo que se derive del trabajo de cualquiera de los cónyuges, así como los frutos que se desprendan de los bienes privativos de éstos o de los bienes gananciales. Si bien, casos confusos a la hora de determinar el carácter consiste en saber si estamos ante un fruto, un rendimiento o una plusvalía. El fruto o rendimiento no plantea problema alguno, porque es ganancial. Sin embargo, las plusvalías son aquellas ganancias que se producen por el transcurso del tiempo o por la propia naturaleza del bien o derecho, o en caso de acciones o participaciones por el aumento de valor que experimentan a consecuencia del no reparto de dividendos sino de la incorporación de los beneficios a reservas. Si dicha mejora o ganancia se está produciendo en un bien privativo, no se incluye en el patrimonio común y será privativa del cónyuge al que pertenezca el bien privativo que la experimente.

b) La regla contenida en el párrafo 3º del artículo 1347 CC dispone que los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común serán gananciales con independencia de que la adquisición se haga para la comunidad o para uno de los esposos. Recoge este artículo el principio de subrogación real, ya que el nuevo bien entra en la sociedad de gananciales a ocupar el lugar o a sustituir al bien ganancial que se utilizó para su adquisición. Para que opere esta regla son necesarios tres requisitos: 1. Adquisición hecha durante la vigencia de la sociedad, 2. A título oneroso, 3. A costa del caudal común. La regla de este precepto se encuentra íntimamente relacionada con la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, ya que para declarar al bien como ganancial resulta irrelevante que se hayan adquirido los bienes por los dos cónyuges o por uno de ellos sin justificar la procedencia del dinero o bienes utilizados para su adquisición.

c) El art. 1347.3º permite los supuestos de bienes comunes -materialmente gananciales- que formalmente pertenezcan a los dos cónyuges o a uno solo de ellos. Especial importancia tiene esta posibilidad en los casos de adquisición de acciones o participaciones de una sociedad capitalista cerrada por uno de los esposos con fondos comunes. En tal caso, es posible, conforme a lo antes señalado distinguir dos titularidades, una formal y otra material: la titularidad formal, a nombre de uno solo de los cónyuges, que atribuye la condición de socio, y es de carácter personal; por otra parte es posible distinguir la titularidad material ganancial, que afectaría al contenido patrimonial de las acciones o participaciones por haberse adquirido con fondos comunes. Se podría explicar sobre la base de que el carácter personal de la condición de socio deriva del Derecho societario que impide o limita (en estos supuestos), la transmisibilidad en interés de los demás socios, que contrataron con el cónyuge atendiendo a las cualidades personales de éste, mientras que el carácter ganancial de la acción o participación se deriva del propio artículo 1347.3º CC. Esta doble titularidad opera o se desenvuelve sin problemas y con armonía mientras está vigente la sociedad, sin embargo los problemas aparecen en el momento de la liquidación.

El párrafo 4º del artículo 1347 CC es la otra cara de la moneda de lo dispuesto respecto a los bienes privativos en el art. 1346.4º del CC. Este artículo viene a consagrar para los bienes gananciales exactamente lo mismo que consagra el párrafo 4º del artículo 1346 CC para bienes privativos, de manera que todo lo dispuesto para éstos resulta aplicable a la inversa, por lo que será aplicable a las adquisiciones hechas por derecho de retracto, de tanteo o de opción, dando lugar a un derecho de reembolso para aquellos casos en los que los fondos empleados hayan sido privativos.

Es decir, serán gananciales los bienes adquiridos por derecho de retracto ganancial, aun cuando los fondos empleados para la adquisición fueren privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora frente al cónyuge (que empleó su patrimonio privativo para la adquisición), por el valor satisfecho.

SEXTA. Volviendo al concepto de subrogación real, esto no es otra cosa que la sustitución jurídica de un bien por otro, de forma que el nuevo bien ocupa el lugar del antiguo. De esta manera, el nuevo bien adquiere el mismo carácter que tenía el que sustituye (arts. 1346.3º y 1347.3º CC). Este principio de subrogación real no opera siempre, ya que existen ocasiones en las que se produce una ruptura del mismo porque existe una norma o regla especial que le atribuye otro carácter, prevaleciendo sobre el principio de subrogación real. Por regla general, cuando se excepciona el principio de subrogación real, entra en juego el derecho de reembolso del artículo 1358 CC (con la particularidad del párrafo 2º del 1359 CC).

Así en concreto, excepciona el principio de subrogación el CC al regular las compras a plazos, en las que el carácter del bien será independientemente de los fondos empleados para la adquisición. En caso de compras realizadas constante la sociedad de gananciales, el bien tendrá el carácter del primer desembolso realizado con independencia del carácter de los siguientes (art. 1356 CC). En caso de compras a plazos realizadas antes del comienzo de la sociedad de gananciales los bienes será privativos, con independencia del carácter de los bienes empleados en la adquisición (art. 1357.1 CC), con la excepción de los casos del art. 1357.2.

Se refiere el artículo 1356 CC a los bienes que adquiera uno de los cónyuges durante la sociedad de gananciales, por precio aplazo, el cual tendrá carácter ganancial si el primer desembolso tiene tal carácter aunque el resto de plazos se satisfaga con dinero privativo, siendo privativo en caso de que el primer desembolso fuese privativo, con independencia del carácter de los restantes. Rige o caracteriza a la norma contenida en este precepto la naturaleza del primer desembolso, el carácter temporal (importa el momento en el que se hace la adquisición). Para el artículo 1357.1 solo importa el temporal, que es adquisiciones hechas antes de la sociedad de gananciales, con independencia de cómo sea el primer desembolso, ya que prevé que la totalidad del precio sea ganancial.

Por su parte, el artículo 1357.1 CC califica como privativos los bienes comprados a plazos antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la naturaleza del dinero utilizado en la compra a plazos,

incluso si la totalidad del precio se hubiese satisfecho con dinero ganancial. Lo importante es el momento en el que se perfecciona la compra.

Puede ocurrir que uno de los cónyuges o futuros esposos, adquiera un bien y se perfeccione la compra antes del comienzo de la sociedad de gananciales, pero que parte o la totalidad del precio sea satisfecho con dinero ganancial. En este caso el bien tendrá carácter privativo, porque atendiendo al momento de perfección era antes de la sociedad de gananciales, no había comunidad.

De otorgarse escritura pública de compraventa y de tener lugar el otorgamiento antes del comienzo de la sociedad de gananciales, el bien será privativo, siendo indiferente a afectos del carácter del bien, que antes o después el otro cónyuge haya contribuido a alguno de los pagos.

Lo mismo ocurre si la venta se hace mediante documento privado antes del comienzo de la sociedad de gananciales, pero el otorgamiento de escritura tiene lugar después, una vez vigente el régimen ganancial: la perfección de la venta ha tenido lugar con el documento privado y por tanto el bien adquirido a plazos tendrá carácter privativo.

Si la compraventa a plazos a sido realizada por ambos cónyuges antes del comienzo de la sociedad de gananciales, el bien será privativo en proindiviso.

El párrafo 2º del artículo 1357 CC consagra una excepción a la regla del párrafo 1º, al contemplar las compraventas a plazos relativas a vivienda y ajuar familiar, respecto de los cuales se aplica la regla contenida en el artículo 1354 CC para las adquisiciones mixtas (parte ganancial/parte privativa). Si se han adquirido antes de la sociedad de gananciales, pero pagado con dinero ganancial, serán gananciales en su totalidad, y lo mismo, si ha sido privativo.

SÉPTIMA. El artículo 1353 CC contempla el supuesto de atribuciones gratuitas hechas por terceros a ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales, las cuales podrán tener carácter ganancial siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: - Que las atribuciones se hagan conjuntamente, a los cónyuges y sin especial designación de partes. – Que el donante o testador no hay dispuesto lo contrario. – Que la liberalidad fuera aceptada por ambos. Para que las nuevas acciones o participaciones donadas o dejadas en testamento sin especial designación de partes, sean gananciales tendrán que cumplirse los requisitos expuestos. De no ser así, serían privativas, pudiendo incluso ser privativas de ambos cónyuges.

OCTAVA. El artículo 1354 CC se refiere a las adquisiciones mixtas, es decir, cuando las adquisiciones se hacen en parte con dinero ganancial y en parte con dinero privativo. No hace sino aplicar la regla general de la subrogación con relación a cada parte de la contraprestación.

Si la inversión realizada ha sido mixta, lo lógico es que el carácter del bien así lo sea también. De este modo el bien pertenecerá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge titular de los fondos privativos, en la proporción exacta a sus respectivas aportaciones. Este precepto es aplicable a las adquisiciones realizadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, así

como a aquellas compras que se hagan al contado y no a plazos (para esto estaría el artículo 1356 CC).

Los bienes tendrán una doble regulación, comunidad romana y se regirán por las normas 392 ss. del CC y por su carácter de gananciales, por las normas de la comunidad germánica o en mano común. Esto será igualmente aplicable a las acciones y participaciones adquiridas de este modo: se distinguirá con qué fondos se ha hecho la adquisición, el carácter de las mismas tras la adquisición y la posibilidad de configuración mixta de acuerdo con los fondos empleados. Son para aquellas adquisiciones de acciones o participaciones adquiridas al margen del juego del artículo 1352 CC, ya que para la adquisición se han empleado fondos mixtos.

NOVENA. La nueva redacción del artículo 1359 CC es más coherente con la manera actual de llevar a cabo la administración ordinaria de los bienes privativos, aparte de que con ella se pretende evitar los posibles enriquecimientos injustos que podrían producirse en el momento de la liquidación por culpa de los reintegros y reembolsos correspondientes.

Las mejoras que se realicen en los bienes tendrán la misma condición del bien sobre el que se efectúan en virtud de la accesión y del principio "*superficie solo cedit*" (art. 358 CC).

Los artículos 1359 y 1360 CC son relativos a las construcciones, plantaciones, así como a las mejoras que se realizan tanto en los bienes gananciales como en los privativos, así como los incrementos patrimoniales que se puedan incorporar a empresas o explotaciones, adquiriendo estos incrementos y mejoras el mismo carácter que tiene el bien al que mejoran.

Estos incrementos serán gananciales o privativos según corresponda por accesión, sin que el bien en el que se realiza la construcción, plantación o mejora, deje de tener el carácter ganancial o privativo que tenía antes (de la mejora o construcción).

Se estimula la realización de mejoras para la mejor explotación de los bienes privativos, porque si el bien privativo mejorado va a seguir teniendo ese carácter, pero la sociedad va a ser acreedora del aumento de valor que tengan los bienes como consecuencia de la mejora al tiempo de la disolución o enajenación del bien, el cónyuge no propietario del bien tendrá interés en emplear fondos comunes en dichas mejoras, ya que en dicho caso pertenecerán a la sociedad de gananciales tanto los frutos como el aumento de valor aportado por la mejora.

El reembolso o el crédito por el plusvalor tendrá lugar en el momento de extinción de la sociedad de gananciales o cuando se enajene el bien mejorado o incrementado. El crédito no es exigible hasta que no pueda ser liquidado.

Se sobreentiende que las mejoras a las que se refiere el artículo 1359 CC han de ser realizadas por los cónyuges, porque de ser realizadas por terceros, dejaría de tener importancia el carácter ganancial o privativo.

Cuando la mejora se deba en parte a fondos privativos de un cónyuge y a fondos comunes de la sociedad de gananciales, ésta solo será acreedora del aumento de valor del bien privativo en la parte proporcional que corresponda al valor común empleado en la mejora dentro del total invertido.

¿Cómo tiene que ser la mejora? Que exceda de la administración ordinaria de los bienes (aunque en la práctica no sea fácil esta distinción).

De especial importancia resulta la reciente STS de 3 febrero 2020, puesto que aporta luz sobre el carácter de los beneficios no repartidos (reservas) de la sociedad de capital en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Esta Sentencia declara que las reservas que se produzcan y acumulen durante la vigencia de la sociedad de gananciales en una sociedad mercantil en la que uno de los cónyuges es socio de la misma, y que ostente acciones o participaciones privativas de ésta, serán privativas. En otras palabras, el TS viene a cerrar la discusión sobre el carácter de las plusvalías de las acciones o participaciones a causa de los beneficios no repartidos e incorporados a reservas, concluyendo, en contra de lo defendido por un importante sector doctrinal, que tienen carácter privativo.

Con este pronunciamiento de esta Sentencia, quedan excluidas la aplicación analógica de las normas relativas al usufructo de acciones y participaciones. Se exceptúan aquellos supuestos de fraude, en los que el cónyuge socio (sea único o dominante), aproveche su situación para defraudar los derechos de la sociedad de gananciales.

La doctrina de la STS de 3 febrero 2020 ha sido reiterada por la STS 15 junio 2020.

DÉCIMA. El cambio del carácter ganancial a carácter privativo por voluntad de los cónyuges: El amplio campo que se concede a la autonomía de la voluntad en el régimen de gananciales hace que los cónyuges puedan decidir sobre el carácter de los bienes y, por tanto, atribuir a un bien el carácter privativo, en contra de las normas de atribución de ganancialidad. Los cónyuges pueden transformar un bien privativo en ganancial, por medio del llamado “negocio jurídico de aportación”, a través del cual un cónyuge transmite un bien privativo a la sociedad de gananciales. Esta atribución podrá realizarse a título gratuito o no, en cuyo caso surge un crédito a favor del cónyuge titular del bien aportado, crédito que será atendido al tiempo de la liquidación de la comunidad de gananciales (si no lo ha sido antes).

Los cónyuges sobre la base del artículo 1323 CC, podrán en cualquier momento atribuir a un bien ganancial carácter privativo para que pertenezca a uno de ellos, o para que corresponda a ambos en privativo indiviso. Este precepto consagra el principio de libertad de contratación entre los esposos, permitiendo que éstos puedan transmitirse bienes y derechos por cualquier título, así como celebrar entre ellos todo tipo de contratos. El juego del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación reconocida en el artículo 1323 CC, concede a los cónyuges la facultad de decidir sobre el carácter de sus bienes, alterando el juego de las normas que postulan el carácter ganancial de un determinado bien o derecho.

De igual modo, el artículo 1355 CC permite a los cónyuges la posibilidad de atribuir a un bien carácter ganancial, siempre que éste se haya adquirido constante el matrimonio y a título oneroso. Resulta indiferente para esta atribución, el carácter o procedencia de los fondos empleados, así como la forma y plazos en que se satisfaga.

En cuanto al momento en el que se ha de atribuir carácter ganancial a un bien, si debe ser en el momento de la adquisición o se puede hacer con posterioridad a la adquisición o vigencia de la sociedad de gananciales, se puede hacer con posterioridad, pero no sobre la base del artículo 1355 CC, sino por el artículo 1323 CC. Por obra de este último precepto también es posible que los cónyuges o partícipes de una comunidad de gananciales disuelta pero sin liquidar -comunidad postganancial-, atribuyan carácter ganancial a un bien determinado.

Respecto a la aplicación inversa del artículo 1355 CC, es decir sobre la posibilidad de atribuir carácter privativo a un determinado bien adquirido durante el matrimonio que debiera ser ganancial, existen diversas opiniones. Algunas favorables, como son las que entienden que en base a la autonomía de la voluntad reconocida a los cónyuges en sede de gananciales, sería totalmente válida esta opción; a la vez que los detractores de esta posibilidad, entienden que admitir esto supondría que los esposos pudieran transmitirse con causa lucrativa bienes gananciales para sus respectivas masas privativas y con efecto erga omnes, entendiendo los defensores de esta tesis que se abriría una vía para perjudicar a los acreedores, impidiendo que éstos puedan perseguir bienes privativos que no pertenecen al cónyuge deudor. Los autores que niegan la aplicación inversa del artículo 1355 CC defienden que para adquirir onerosamente un bien privativo durante el matrimonio, tiene que hacerse por medio del principio de subrogación real o por medio de la confesión de privatividad (art. 1324 CC) o que la sociedad de gananciales reembolse anticipadamente a un cónyuge el crédito de que éste sea titular. Asimismo, se apoyan en el argumento de que la sociedad de gananciales lo que pretende es crear una comunidad de bienes entre los esposos con la que satisfacer las cargas y obligaciones de la familia, una comunidad donde todo sea común y en la que aun reconociéndose un amplio campo a la autonomía de la voluntad de los esposos a través de la cual éstos pueda decidir sobre el carácter de los bienes, de atribuirse a numerosos bienes carácter privativo, se perdería la esencia misma de comunidad característica de la sociedad de gananciales.

A pesar de las posturas negacionistas de la aplicación inversa del artículo 1355 CC, en la práctica sí se permite la atribución de privatividad sobre la base del artículo 1355 CC tal y como ha quedado reflejado en algunas resoluciones de la DGRN.

DECIMOPRIMERA. Los cónyuges, en principio, pueden transmitirse entre sí libremente participaciones de sociedades limitadas así como acciones, siempre que los estatutos no establezcan restricciones que les afecten.

Las sociedades limitadas se caracterizan por su carácter eminentemente cerrado, donde la cualidad de socio es importante y donde la aparición de

personas extrañas puede afectar tanto al resto de socios, como a la sociedad en sí misma. Es por ello, por lo que la LSC establece como norma general restricciones a la libre transmisibilidad “inter vivos” de las participaciones sociales (art. 107.2), con ciertas excepciones, en las que consagra la libertad de estas, como ocurre con relación a los cónyuges de los socios (art. 107.1). Si bien, este régimen es supletorio y podrá modificarse.

Por el contrario, las sociedades anónimas son tendencialmente abiertas, aunque es posible establecer ciertas restricciones a esa libertad. La transmisión de acciones entre cónyuges es libre, lo cual viene fundamentado en este carácter abierto de las sociedades anónimas, en el propio artículo 1323 CC que permite cualquier desplazamiento patrimonial entre esposos, en el artículo 123 LSC, relativo a la libre transmisibilidad de acciones, el cual no impone ningún tipo de obstáculo societario para que los cónyuges puedan transmitirse acciones. Pero, además de esta libertad entre cónyuges, las sociedades anónimas son por regla general sociedades abiertas, donde la transmisión de acciones es libre, esto es, sin estar sometida a permisos o autorizaciones del órgano de administración, lo que no quita que por medio de estatutos se puedan establecer límites a la transmisión, pero lo que no puede hacer es que la acción sea prácticamente intransmisible, ya que iría en contra de la esencia de la propia sociedad.

En atención a la titularidad de las acciones y participaciones podemos distinguir los siguientes supuestos identificando el juego de restricciones a la libre transmisibilidad entre cónyuges: a) Acciones o participaciones gananciales que figuren a nombre de un cónyuge: hay que entender que las restricciones estatutarias pueden afectar a la libre transmisión inter vivos entre cónyuges, como sería el caso de pretender que el cónyuge no socio pasara a serlo.

Por el contrario, señala la jurisprudencia que tales restricciones no han de afectar en el caso de liquidación de sociedad de gananciales y posterior adjudicación al cónyuge no titular: las acciones o participaciones forman parte de la sociedad de gananciales de los esposos, por lo que en caso de disolución de la comunidad y adjudicación, no cabe hablar de transmisión sino de concreción de la cuota que corresponda al cónyuge del socio. No hay transmisión, sino simplemente concreción o especificación, se ha especificado algo que ya le pertenecía al cónyuge; b) Acciones o participaciones gananciales a nombre de los dos cónyuges: los dos son socios, en caso de haber cláusula restrictiva de la transmisión a terceros, no se verían afectados los esposos porque ambos tienen la condición de socio y podrían transmitirse las acciones; c) Acciones o participaciones privativas: la transmisión de las acciones o participaciones sí se vería afectada por las restricciones estatutarias, en caso de enajenación se deberían respetar las restricciones estatutarias previstas.

En las transmisiones de participaciones entre cónyuges, en cuanto a las “inter vivos”, el artículo 107.1 LSC establece un régimen supletorio de libertad en la transmisión de participaciones a favor del cónyuge de cada socio, pudiendo este régimen ser modificado por vía estatutaria. En el caso de que un cónyuge casado en régimen gananciales sea a su vez socio de una sociedad limitada, pueden darse los siguientes supuestos: 1. Que el cónyuge sea socio y titular

privativo de las participaciones (destacar que la libertad de transmisión del 107.1 LSC junto con la libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1323 CC, hace que sean admisibles las transmisiones de participaciones entre cónyuges o a favor de la comunidad ganancial), como consecuencia de esto: a) El cónyuge titular de las participaciones privativas puede transmitir las sin ningún obstáculo (ni societario, ni de régimen matrimonial) a favor de su consorte, pasando éste a ser socio de la sociedad limitada. Los cónyuges sobre la base del artículo 1323 CC pueden cambiar el carácter de las participaciones, aunque el artículo 107.1 CC guarda silencio sobre este tipo de operaciones; b) es posible que ambos cónyuges sean socios y titulares privativos de las participaciones: ambos adquirieron las acciones antes de comenzar la sociedad de gananciales y ambos aparecen inscritos en el Libro de Socios. En este caso cada cónyuge es titular de su cuota parte, y puede transmitirla al otro con libertad, pudiendo de común acuerdo atribuirle carácter ganancial; c) Cabe finalmente que las participaciones sean gananciales, siendo titular formal de las mismas uno o los dos esposos. Es posible que el titular formal transita la totalidad de la titularidad formal o parte de ella al otro cónyuge, manteniendo la participación el carácter ganancial o es posible que la participación ganancial pase a ser privativa de ambos cónyuges o de uno solo de ellos.

Lo que ocurre es que, esta libertad de transmisión entre cónyuges que permite con carácter supletorio el artículo 107.1 CC encaja mal con el carácter cerrado de las sociedades limitadas, en las que volvemos hacer hincapié, resulta importante la persona del socio, por lo que en la práctica son frecuentes las restricciones estatutarias a la libre transmisión de participaciones entre cónyuges.

Los problemas suelen originarse cuando estamos ante participaciones gananciales, pero a nombre de uno solo de los cónyuges. En estos casos, de existir restricciones estatutarias, éstas afectarán a la transmisión entre cónyuges, de modo que el cónyuge del socio no lo tendrá tan fácil para poder ser socio de la sociedad limitada a la que pertenece su consorte. No obstante, debemos recordar que las adjudicaciones que se hagan a favor del cónyuge del socio derivadas de la liquidación de la sociedad de gananciales no se verán afectadas por las restricciones, porque tales adjudicaciones no se consideran transmisión sino concreción o especificación de derechos.

También cabe establecer restricciones a la transmisión de acciones y participaciones a través de pactos parasociales o extraestatutarios, mediante los cuales se otorga a los firmantes un derecho de preferente adquisición de las acciones cuando el titular pretenda enajenarlas. La LSC se refiere a ellos en su artículo 29 como "pactos reservados". La diferencia entre los estatutos y estos pactos se encuentra en que los primeros obligan y afectan a la sociedad, a todos los socios presentes y futuros, son oponibles a terceros y pueden ser modificados por la mayoría cualificada que marca la LSC o los propios estatutos. Por el contrario, los pactos parasociales solo obligan a los firmantes y a sus herederos -firmantes que no tienen por qué ser el 100% de los socios— (principio de relatividad de los contratos, ex art. 1257.1 CC), no son oponibles a terceros ni a la sociedad, siendo necesario para su modificación acuerdo unánime de los firmantes (salvo que se hubiera previsto otra cosa).

En cuanto a cómo operan estos pactos en las sociedades, la ley no se ha pronunciado respecto a las sociedades no cotizadas, por lo que se tiende a pensar que no serán oponibles al tercer adquirente y que éste adquirirá las acciones/participaciones sin limitación alguna (aunque tenga conocimiento del pacto), a menos que se haya incorporado a la escritura de compraventa o a los estatutos sociales (de modo indirecto a través de la figura de las prestaciones accesorias), en cuyo caso entrarán en juego los principios de oponibilidad. Ahora bien, de haberse producido la adquisición de acciones y participaciones como consecuencia de una sucesión hereditaria del estipulante, al quedar subrogado en la posición del causante, el adquirente quedará obligado por el contrato parasocial.

Tratándose de una sociedad cotizada, algunos de estos pactos deberán ser públicos para que posibles terceros adquirentes tengan la posibilidad de conocer su contenido, en especial las restricciones de transmisión.

Como regla general sí es posible establecer restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones a través de estos pactos, aunque habrá que tener en cuenta las particularidades de cada sociedad.

Las empresas familiares son aquellas sociedades donde se unen los conceptos de familia y empresa, caracterizadas por los valores y preferencia de los miembros de la familia, donde la intención es que sea gobernada y gestionada por los familiares o un grupo reducido de ésta. En ellas prima el vínculo consanguíneo, importa la persona del socio, ya que se quiere y se pretende que ésta (la empresa) continúe en la familia y que no entren personas extrañas a la misma porque podría perjudicar a su esencia. Eso implica que en estas sociedades no se pueda transmitir libremente las acciones para evitar que formen parte de la sociedad personas que no sean de la familia. En estas sociedades desempeñan un papel destacado los protocolos familiares, que son un tipo de pactos parasociales. Son un acuerdo paralelo al contrato social cuyo contenido puede ser de distinta índole, pudiendo abarcar aspectos jurídicos o extrajurídicos. Tienen un contenido plural, recogiendo tanto declaraciones de intenciones, como pautas de actuación y obligaciones, auténticos pactos de familia, pretendiendo regular de modo equilibrado las relaciones entre familia, la propiedad y la gestión de la empresa. Tienen una función preventiva, ya que a través de ellos lo que se persigue es solucionar regladamente los futuros problemas que puedan surgir. Su eficacia jurídica dependerá de la configuración que las partes quieran darle.

DECIMOSEGUNDA. La regla general en materia de administración y disposición de la sociedad de gananciales es la gestión conjunta por ambos cónyuges de los bienes comunes, lo que se conoce como cogestión, que en sentido amplio afecta tanto a los actos de administración como a los de disposición. Este principio de cogestión no se impone con carácter absoluto, pues el Código Civil lo proclama con carácter subsidiario, dando preferencia al régimen pactado por los cónyuges en capitulaciones -con ciertas limitaciones- además de ser excepcionado legalmente en muchos supuestos, alguno de ellos de especial interés en materia de acciones y participaciones, como es el caso del art. 1384 del CC. Asimismo muchas veces resulta imposible actuar de manera conjunta, por lo que es válido que uno de los esposos actúe por sí solo

siempre y cuando cuente con el consentimiento del otro (expreso, tácito, presunto, anterior o posterior al acto), dicho consentimiento también podrá ser suplido por el juez -en los casos de administración y de disposición onerosa.

Si bien, la regla general es la de cogestión, en la práctica tal regla resuelta ampliamente excepcionada. Cuando siendo preceptivo el consentimiento conjunto de los cónyuges actúe uno sólo sin el consentimiento del otro en los actos de administración o de disposición onerosa, la sanción es la mera anulabilidad, siendo la nulidad absoluta cuando se haya tratado de un acto a título gratuito.

En cuanto a los actos de administración y ejercicio de los derechos de socio en el ámbito de las acciones y participaciones, habrá que distinguir:

- Casos de cotitularidad privativa en proindiviso, se trataría de un supuesto de comunidad romana de los artículos 392 y ss del CC. Entendemos en estos casos aplicable el artículo 126 LSC, que establece que para los casos de copropiedad de acciones y participaciones los copropietarios nombren a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, respondiendo todos los copropietarios solidariamente de las obligaciones que se deriven de esta condición -por ejemplo, desembolsos pendientes en caso de acciones.

- En caso de acciones o participaciones gananciales, se plantea la cuestión de si será de aplicación lo dispuesto en el artículo 126 LSC. Entendemos que habrá que distinguir si la condición de socio se atribuye a ambos esposos o solo a uno de ellos. De atribuirse a uno de ellos, no se podrá aplicar el artículo 126 LSC porque no hay copropiedad en el aspecto externo afectante a la sociedad, mientras que si ambos son considerados socios, sí será de aplicación dicho precepto.

Los actos de disposición se refieren a todos aquellos que van a suponer un cambio de titularidad de los bienes gananciales, como es la enajenación por cualquier título (venta, permuta, donación) o a los que graven la cosa con un derecho real limitado (de garantía, goce o de preferente adquisición). Los actos de disposición pueden realizarse a título oneroso o a título gratuito. Los actos de disposición a título gratuito realizados sin el consentimiento de uno de los cónyuges son anulables, mientras que los gratuitos realizados por uno solo de ellos sin el consentimiento del otro son nulos de pleno derecho. El que la sanción sea diferente, siendo “más leve” la de los actos realizados a título oneroso, se debe a que en estos al mediar contraprestación en cierta medida el otro cónyuge (aquel cuyo consentimiento se ha omitido) se ve beneficiado, ya que ésta es para la sociedad de gananciales. Otra diferencia entre estos tipos de actos es que mientras que en los realizados a título oneroso cabe la autorización judicial para suplir el consentimiento del cónyuge que se niegue a prestarlo, en los actos a título gratuito no cabe dicha autorización judicial. Los actos de disposición podrán realizarse tanto inter vivos como mortis causa, ya que respecto a estos últimos, cada cónyuge podrá disponer por testamento sin el consentimiento del otro de la mitad de los bienes gananciales. Lo que no podrá hacer es concretar sobre qué bienes va a disponer por testamento, ya que hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y

atribución de bienes a cada cónyuge, estos no tienen concretados los bienes que les van a corresponder.

El principio de cogestión recogido en el artículo 1375 CC tiene excepciones tanto legales como convencionales. Respecto a las convencionales, el propio artículo 1375 CC dispone que de no haberse dispuesto nada en capitulaciones matrimoniales el régimen será el de cogestión. Se reconoce y se admite que los cónyuges puedan establecer un sistema de administración y disposición de bienes que se adapte de la mejor manera a sus necesidades, siempre y cuando no vaya en contra de lo establecido en el artículo 1328 CC, esto es: que no sea contrario a las leyes, a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de los cónyuges en el matrimonio. En cuanto a este último límite surgen los problemas de cómo establecer un modo de administrar y disponer del patrimonio ganancial de forma diferente a la cogestión sin limitar los derechos de uno de los cónyuges. A esto se podría responder explicando que, los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad que tienen reconocida, así como de la libertad de contratación que les permite el 1323 CC, pueden disponer (dentro de unos límites) de la manera más conveniente para gestionar sus bienes, de modo que si optan por un sistema distinto a la cogestión, no estarían limitando sus derechos, ya que voluntariamente en capitulaciones matrimoniales de mutuo acuerdo, han optado por un sistema determinado, sistema que en principio debería ser recíproco y que en caso de no serlo no puede vincular al cónyuge otorgante, por lo que debe considerarse que se trata de una simple autorización de actuación individual al otro consorte que debe ser considerada revocable unilateralmente. Además, el cónyuge que delegue la administración en el otro cuenta con el derecho de ser informado periódicamente de sus actividades económicas, tal y como recoge el artículo 1383 CC, así como también por lo dispuesto en el artículo 1390 CC, en virtud del cual el cónyuge administrador deberá reintegrar a la sociedad de gananciales todas las cantidades en las que haya obtenido un beneficio o lucro exclusivo por su gestión, pudiendo el cónyuge no administrador impugnar la eficacia de los actos realizados en fraude de sus derechos.

DECIMOTERCERA. Por lo que se refiere a las excepciones legales al principio de cogestión de los cónyuges, debemos señalar que el CC permite, en determinados supuestos a uno de los cónyuges actuar de manera individualizada, sin el consentimiento del otro. El artículo 1381 CC es ejemplo de ello, no solo reconoce que a cada cónyuge le corresponda la administración de su patrimonio privativo, sino que concede la disponibilidad de sus productos (que son gananciales, ya que lo producido por bienes privativos durante la sociedad de gananciales, es ganancial). Aplicando este precepto en sede de sociedades de capital, en aquellos supuestos en los que un cónyuge casado en gananciales sea titular de acciones o participaciones privativas, a pesar de que los dividendos que éstas produzcan serán gananciales, el cónyuge titular de las mismas, podrá como administrador de su patrimonio, *“disponer de los frutos y productos de sus bienes”*.

Otra excepción es la recogida en el artículo 1382 CC, el cual permite disponer de fondos gananciales para poner en marcha una actividad económica privativa o continuar la ya iniciada, como la administración ordinaria de sus bienes privativos. Este precepto permite a uno de los esposos tomar el anticipo

ganancial (inversión moderada de acuerdo con los usos de la familia) que necesite para el ejercicio de su profesión o administración ordinaria de sus bienes, sin necesidad de contar con el consentimiento del otro, siendo suficiente con darle conocimiento. La justificación de este precepto se encuentra en la idea de que al ser gananciales los frutos y rendimientos de los bienes privativos y de las actividades que realice cada cónyuge, es lógico, que para facilitar esa gestión, se pueda anticipar dinero ganancial. Esto se entiende sin perjuicio de que posteriormente el cónyuge tenga que devolver a la comunidad el anticipo que utilizó para sus bienes privativos, en lo que excediera de lo que se pudiera considerar como moderado de acuerdo con los usos de la familia.

El artículo 1384 CC se refiere a los supuestos de titularidad formal, permitiendo actuar individualmente al cónyuge que tenga bienes gananciales a su nombre o en su poder. Este artículo no pretende acabar con la regla de cogestión propia del régimen ganancial, sino que busca legitimar a uno de los esposos para que en ocasiones pueda actuar separadamente, para de esta manera dar flexibilidad y facilitar el tráfico mercantil y no mercantil, así como armonizar el aspecto obligacional con el régimen ganancial, puesto que desde el ámbito obligacional, el cónyuge actuante es el que queda obligado con el tercero con el que contrata y es el único al que se le puede exigir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1257 CC. Al existir dos titularidades, material y formal, rigiendo la primera solo en el ámbito del matrimonio y la segunda fuera de éste, el 1384 CC lo que hace es legitimar al cónyuge titular formal del bien o derecho, evitando que el tercero con el que contrata tenga que hacer ninguna averiguación sobre el bien, produciéndose de esta forma la ruptura del principio de cogestión propio del régimen ganancial, lo que no impide que el otro cónyuge en cualquier momento pueda pedir la actuación conjunta con relación al bien en cuestión. Este precepto distingue entre actos de administración y actos de disposición (de bienes gananciales), siendo los primeros aplicables a cualquier tipo de bienes; mientras que los segundos se refieren al dinero y a los títulos valores (por lo que debemos incluir en el mismo a las acciones, debiendo entender excluidas las participaciones societarias). Todos estos bienes siguen estando sujetos al principio de cogestión, lo que ocurre es que el acto de administración o disposición realizado por uno solo de los cónyuges será válido frente a terceros, no cabe impugnación de ellos, siendo únicamente admisible que el otro esposo reclame la actuación conjunta. En todos los casos en los que la titularidad formal de acciones o participaciones corresponda a uno de los esposos, ese será el que tendrá la condición de socio (independientemente de que el otro participe en la titularidad material ganancial), ocurriendo lo mismo cuando se trate de acciones al portador, en cuyo caso, se reputará como socio al que presente el título o el certificado de depósito. Al no ser aplicable la legitimación que en materia dispositiva consagra el artículo 1384 CC a las participaciones sociales -pues no son títulos valores-, en el caso de que uno de los cónyuges realice cualquier acto de disposición sobre las mismas, el mismo será anulable si es a título oneroso o nulo si fuese a título gratuito.

Otra excepción al principio de cogestión viene representado por el artículo 1385 CC que faculta a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los derechos comunes, siendo el motivo de esta facultad la falta de personalidad

jurídica de la sociedad de gananciales. El párrafo 1º de este artículo reconoce legitimación activa a aquél de los cónyuges a cuyo nombre aparezca constituido un derecho de crédito ganancial para realizar un acto de administración fundamental (como podría ser un cobro). Diferente es la legitimación pasiva, ya que cuando se trate de acciones reales declarativas o contradictorias del dominio, o se trate de la disposición de bienes gananciales sin consentimiento o autorización del otro, se refiera a determinar la eficacia o ineficacia de un contrato en el que ambos intervinieron, se deberá demandar a ambos cónyuges; mientras que, de tratarse de una acción personal que se derive de las obligaciones surgidas del negocio jurídico en el que solo hubiese intervenido uno de los esposos, la acción deberá dirigirse contra el que hizo el negocio, sin que pueda apreciarse la excepción del litisconsorcio pasivo necesario.

El artículo 1386 CC relativo a los gastos urgentes y necesarios, reconoce que uno de los cónyuges pueda actuar por sí solo cuando se presente un gasto que reúna tales circunstancias. Se trata de otra excepción al principio de cogestión, justificando dicha actuación en la urgencia de la situación que hace que no se pueda esperar al consentimiento del otro cónyuge, y que puede incluso tratarse de un gasto extraordinario, ya que si se esperara a la actuación conjunta de ambos, se podrían producir daños y perjuicios en los bienes, en la persona de los cónyuges o en los hijos.

El 1387 CC vuelve a ser una excepción a la cogestión, al atribuir al cónyuge representante legal de su consorte tanto la administración como la disposición de los bienes gananciales. Si bien es cierto, que estas facultades de administración que recaen sobre el cónyuge representante legal en principio serán plenas, lo que ocurre es que el juez podrá establecer cautelas o limitaciones cuando así lo considere en interés de la familia. En materia dispositiva, sin embargo, las limitaciones a la actuación del representante legal son amplias, señalando el artículo 1389 CC que en cualquier caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, se necesitará autorización judicial. Este precepto contempla de modo particular las acciones y los derechos de suscripción preferente.

También el artículo 1388 CC supone una excepción al principio de cogestión, ya que permite la transferencia de facultades de la administración mientras subsista una situación de imposibilidad, siempre y cuando así lo declare un juez. En caso de enajenación de valores mobiliarios que se encuentren a nombre del cónyuge gestor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1384 CC y no lo dispuesto en el artículo 1389 CC.

El hecho de que en ocasiones se permita a uno de los cónyuges actuar sin el otro, no significa que dichos actos queden exentos de toda responsabilidad, ya que el propio Código Civil regula un régimen específico de responsabilidades al que quedará sujeto el cónyuge que realice de manera indebida los actos para los que estaba autorizado o que realizó sin estar autorizado. Dicho régimen de responsabilidad aparece recogido en los artículos 1390 y 1391 CC, y para que éstos entren en juego no es necesario que se haya impugnado el acto, puesto

que se podrá hacer efectiva dicha responsabilidad en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Aparte de el régimen de responsabilidad dispuesto en los preceptos mencionados, el cónyuge no actuante también se puede ver protegido por el artículo 1383 CC, en virtud del cual se obliga al cónyuge actuante a proporcionar información sobre su gestión y actividades económicas, siempre que el otro cónyuge pregunte o solicite información al respecto. Resulta tan importante esta obligación de informar, que su incumplimiento supone una causa de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.4 CC).

Los cónyuges sujetos al régimen ganancial pueden obviamente gestionar - administrar y disponer- por si solos de sus bienes privativos, si bien hay ocasiones en las que el poder sobre sus propios bienes se encuentra limitado, como es el caso de artículo 1320.1 CC que dice que para disponer de la vivienda habitual o de muebles de uso ordinario, aunque fueran suyos propios hace falta el consentimiento de ambos; lo mismo ocurre con el artículo 1321 CC que se refiere a los bienes que forman parte del ajuar doméstico, de los que el titular si son privativos no se puede disponer mortis causa aunque fueran del propio causante, sino que deberán entregarse al sobreviviente.

DECIMOCUARTA. La disolución de la sociedad de gananciales supone el fin de la misma como comunidad dinámica de bienes, convirtiéndola en una comunidad estática pendiente de liquidación y partición. El fin de la sociedad de gananciales puede producirse de manera automática (art. 1392 CC) o por decisión judicial, a instancia de uno de los cónyuges (art. 1393 CC). La disolución del matrimonio lleva consigo la del régimen matrimonial, ya que ambos se necesitan para poder existir. No es posible matrimonio sin régimen matrimonial y viceversa.

Una vez que se produce la disolución de la sociedad de gananciales y hasta que tiene lugar la liquidación del patrimonio, se forma la llamada comunidad postganancial, que viene a ser una comunidad distinta a la ganancial al tratarse de una situación interina que perdura hasta que se liquida la comunidad de gananciales, pudiendo en ocasiones prolongarse más de lo deseado en el tiempo. Esta comunidad no puede mantener el mismo régimen que tenía la anterior (sociedad de gananciales), sino que debe de ser el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el total ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que la integran. Esta cuota será abstracta hasta que se lleven a cabo las correspondientes operaciones liquidatorias. Esto supone que ni los cónyuges o titulares de esta comunidad (en caso de haber fallecido alguno de los cónyuges), puedan disponer individualmente de una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran. El activo de esta comunidad postganancial seguirá respondiendo de las deudas de la sociedad de gananciales, pero las nuevas que contraigan cada uno de los cónyuges con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales serán deudas propias del cónyuge que las haya contraído. Lo que sí será posible, es que los acreedores soliciten para su cobro el embargo de los derechos que le puedan corresponder al deudor al tiempo de la liquidación.

Como rasgo diferenciador de esta comunidad frente a la sociedad de gananciales, es la posibilidad de ser transmitida. Los miembros de esta comunidad tienen un derecho de copropiedad sobre los bienes que forman la comunidad que no pueden transmitir de manera individual, pero, sin embargo, lo que sí pueden es transmitir su derecho abstracto de copropiedad sobre la globalidad. En otras palabras, no se transmiten los bienes que forman la comunidad, pero sí el derecho que el partícipe tiene sobre la misma que se materializará en el momento de la partición.

Otra diferencia entre esta comunidad y la anterior, es que a la comunidad postganancial no le son aplicables las reglas que regían durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Ya no hay una comunidad dinámica con ingresos y gastos, tampoco rige la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, sino que entrarán en juego las normas de la comunidad de bienes contenidas en los artículos 392 y ss. del CC.

Respecto a la administración y disposición de los bienes que integren la comunidad postganancial, deberá hacerse de manera conjunta por los integrantes de la misma. En el caso de que esta comunidad contenga acciones y participaciones, y éstas estén a nombre de uno de los cónyuges o excónyuges, no tendrá aplicación el artículo 1384 CC, ya que la gestión se debe regir por las normas relativas a la comunidad de bienes (art. 398 para los actos de administración y art. 399 para los de disposición). El artículo 1384 CC solo se aplicará cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, no cuando se haya disuelto. A pesar de no regir el art. 1384 del CC, por aplicación de la normativa propia del Derecho de sociedades, si una determinada acción o participación que forma parte de la comunidad postganancial se encuentra inscrita o a nombre de uno solo de los cónyuges o excónyuges, él será el socio y por tanto, en tal consideración le corresponderán ejercitar los derechos de socio. Si la acción o participación se encuentra inscrita a nombre de los dos cónyuges o excónyuges entrará en juego el artículo 126 LSC por lo habrá que designarse a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Lo mismo ocurre para actuar en defensa de los intereses del patrimonio común, que se regirá por las normas de la comunidad ordinaria de bienes, en las que cualquier comunero puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad.

En cuanto al régimen jurídico de las acciones y participaciones existentes al tiempo de la comunidad postganancial, se debe distinguir entre:

- Acciones/participaciones privativas: continuarán en el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges o excónyuges y los dividendos que éstas generen ya no tendrán la consideración de gananciales, sino que corresponderán al cónyuge titular de la acción/participación privativa.
- Acciones/participaciones gananciales a nombre de ambos cónyuges o excónyuges: continuarán manteniendo su carácter común aun formando parte de la comunidad postganancial, correspondiendo la gestión y administración de las mismas a los ex esposos o en su caso, al cónyuge supérstite junto con los herederos del premuerto conforme al principio mayoritario del artículo 398 CC, siendo necesario el consentimiento de todos los comuneros para los actos de

disposición (art. 399 CC). Mientras que para el ejercicio de los derechos de socio se designará a una sola persona para dicho ejercicio.

- Acciones/participaciones gananciales pero inscritas a nombre de uno solo de los cónyuges: continuarán manteniendo su carácter común aun formando parte de la comunidad postganancial. No es aplicable lo dispuesto en el artículo 1384 CC porque el mismo solo sirve para las sociedades gananciales en funcionamiento, de manera que estas acciones/participaciones se registrarán por el Derecho de sociedades, al cual le resulta indiferente la situación matrimonial de los socios que componen la sociedad de capital en cuestión. Lo que sí habrá que distinguir es entre los derechos de socio y la realización de actos de disposición. Los primeros corresponderán al cónyuge a cuyo nombre figuren (en caso de haber fallecido, a sus herederos); mientras que para poder realizar actos de disposición será necesario el consentimiento de todos los comuneros so pena de nulidad.

DECIMOQUINTA. Tras la disolución de la sociedad de gananciales y el nacimiento de la comunidad postganancial, procede la liquidación tal y como dispone el artículo 1396 CC. Para proceder a dicha liquidación es necesario realizar la formación de inventario de bienes y deudas, para una vez determinado éste y liquidadas las deudas en su caso, proceder a repartir los bienes por mitad entre los cónyuges o excónyuges, cónyuge superviviente y herederos.

En cuanto a la formación de inventario, en la partida de bienes muebles se incorporarán tanto las acciones como las participaciones sociales gananciales, así como los dividendos que hayan producido las acciones o participaciones sean gananciales o privativas durante la vigencia de la comunidad de gananciales y ciertos créditos relacionados con la adquisición de acciones o participaciones sociales, en los términos que concretamos a continuación. De este modo, quedarán incluidos en el activo ganancial los siguientes bienes o créditos gananciales existentes al tiempo de la liquidación:

- Las acciones o participaciones que uno de los cónyuges haya recibido en pago de su trabajo o servicios durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1347.1 CC).

- Las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, ya se haya hecho la adquisición para la comunidad o para uno solo de los cónyuges (art. 1347.3 CC).

- Las acciones o participaciones adquiridas por derecho de retracto de carácter ganancial, aun siendo adquiridas con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho (art. 1347.4 CC).

- Las acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros gananciales y las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir (ex art. 1352 CC).

- Las acciones o participaciones donadas o dejadas en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la

sociedad, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiera dispuesto lo contrario (art. 1353 CC).

- La cuota ganancial que en su caso pudiera corresponder conforme al art. 1354 CC en alguna acción o participación.

- Las acciones o participaciones que sean gananciales por voluntad de los cónyuges (art. 1355 y 1323 CC).

- Las acciones o participaciones adquiridas a plazos constante la sociedad de gananciales, cuando el primero de ellos haya sido atendido con dinero o bienes gananciales, son independientes del carácter del resto de los plazos -en este último podrá surgir un derecho de reembolso por el valor satisfecho (art. 1356 del CC).

- Las acciones o participaciones a nombre de uno o ambos cónyuges que no habiéndose probado su carácter privativo deban considerarse presuntivamente gananciales (art. 1361 CC).

- Se incluirán igualmente en el activo ganancial los dividendos producidos por acciones/participaciones durante la vigencia de la sociedad de gananciales, siendo irrelevante que correspondan a acciones o participaciones gananciales o privativas (art. 1347.2 CC).

Si los dividendos procedentes de acciones gananciales se originan durante la comunidad postganancial, los mismos serán comunes, debiendo incluirse en el activo ganancial. En sentido estricto no deben ser gananciales, porque ya no hay sociedad ganancial y el activo no puede crecer, pero en la práctica deben quedar incluidos en el activo. Por el contrario, los dividendos producidos por acciones o participaciones privativas durante el periodo de comunidad postganancial no se hacen comunes.

- Se plantea la cuestión sobre qué hacer con los beneficios no repartidos (reservas voluntarias), si se han de incluir o no en el activo ganancial. En ocasiones los tribunales se han mostrado favorables a aplicar la solución del artículo 128 LSC para los casos de liquidación de usufructo, si bien, en otras ocasiones se han apartado de esta regla. Debemos señalar que hoy es un tema que ha quedado resuelto por la STS 3 febrero 2020 -reiterada por la STS de 15 junio 2020- antes mencionadas.

- Se incluye en el activo ganancial el importe actualizado del crédito que la comunidad ostente contra uno de los cónyuges que ha adquirido una acción o participación por ejercicio de un derecho de retracto privativo, habiendo sido realizado el pago de ésta con dinero ganancial (art. 1346.4º y 1358 CC).

El importe actualizado que la comunidad ostente contra uno de los cónyuges que haya adquirido nuevas acciones o asumido nuevas participaciones sociales como consecuencia de la titularidad de otras acciones/participaciones privativas, si para el pago de la suscripción se utilizaron fondos comunes o se emitieron las acciones o participaciones con cargo a beneficios (arts. 1352 y 1358 CC).

El importe actualizado de las cantidades gananciales utilizadas en los pagos aplazados de acciones o participaciones privativas adquiridas a plazos constante la comunidad de gananciales (arts. 1356 y 1358 del CC).

En el pasivo de la comunidad de gananciales deberán incluirse las partidas a las que se refiere el art. 1398 del CC. De conformidad con el apartado 3º de dicho precepto y el art. 1358 del CC, debe comprenderse en el pasivo el importe actualizado de las cantidades privativas empleadas para la adquisición de acciones o participaciones gananciales como ocurre en los casos del art. 1347.4 y 1352 CC, si las primitivas acciones o participaciones eran gananciales y 1356 CC si compradas a plazos hubo plazos pagados con dinero privativa.

DECIMOSEXTA. La liquidación en sentido estricto concluye con la adjudicación de los bienes entre los cónyuges (o sus herederos), si bien para ello, habrá que pasar por las fases de avalúo, liquidación de deudas y división del haber partible y adjudicación de lotes.

En el momento del reparto de bienes entre los cónyuges o excónyuges suelen surgir problemas en torno a cómo debe hacerse el mismo y qué bienes deben corresponder a cada uno de ellos. Centrándonos en la liquidación de una sociedad de gananciales en cuyo activo se incluyan acciones o participaciones de sociedades de capital, se plantean diversas cuestiones, fundamentalmente derivadas de la posible adjudicación a uno de los cónyuges de acciones o de participaciones de sociedades de las que no es socio sino el otro cónyuge. De acuerdo con la disociación de titularidades (formal y material), es posible que acciones materialmente gananciales se encuentren a nombre de uno solo de los cónyuges, siendo el mismo, el único socio de la sociedad de capital.

De tratarse de acciones/participaciones gananciales a nombre de los dos cónyuges, la adjudicación de éstas a uno u a otro cónyuge en el momento de la liquidación no dará lugar a problema alguno, puesto que de cara a la sociedad de capital ambos eran socios; incluso en el caso de haber restricciones estatutarias a la libre transmisión entre cónyuges, no les afectaría a los mismos puesto que los dos son socios.

El problema aparece cuando las acciones/participaciones gananciales están a nombre de uno solo de los esposos, produciéndose la disociación entre titularidad formal y material, en cuyo caso, de haber restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad entre cónyuges o entre no socios, sí que afectarían al cónyuge que ostenta la titularidad material pero no la formal (esto es, a aquel a cuyo nombre no están las acciones/participaciones). Dependiendo de lo que se haya pactado en los estatutos, las acciones/participaciones podrían entenderse que deben adjudicarse necesariamente al lote del cónyuge titular formal y único socio de cara a la sociedad de capital a la que pertenecen las acciones/participaciones. Sin embargo, la adjudicación de acciones/participaciones que figuran a nombre de uno de los cónyuges, se podrá hacer a favor del cónyuge no titular cuando se entienda que no se ha producido ni una enajenación, ni una transmisión, sino una adjudicación específica consecuencia de un acto declarativo, tesis que es la mantenida hoy día por el TS.

El artículo 1406.2 CC reconoce un derecho de preferente adjudicación a cada cónyuge sobre la explotación económica que gestione efectivamente. La finalidad de este precepto es proteger al cónyuge que venía ejerciendo determinada actividad, para que pueda conservar su explotación a pesar de la liquidación de la sociedad conyugal. Entendemos defendible la posibilidad de aplicar por analogía o por interpretación extensiva este precepto a las acciones o participaciones cuando hay un paquete de control en una sociedad de capital o uno de los cónyuges es administrador de la misma. Este derecho de atribución preferente de adjudicación de acciones/participaciones debe reconocerse al cónyuge que organice o que se haya ocupado de la gestión efectiva de la sociedad, no siendo necesario que fuera empresario, pero sí que viniera ejerciendo la actividad profesionalmente, que la hubiese ejercido en el pasado y que tenga intención de continuar en su ejercicio. El hecho de que la jurisprudencia no sea uniforme al respecto, así como la falta de una norma específica para el caso, hace que los cónyuges que quieran dar certeza a esta cuestión puedan acudir a pactos prematrimoniales o celebrados durante el matrimonio, para determinar el destino de dichas acciones/participaciones en caso de desaparición de la sociedad conyugal.

DECIMOSÉPTIMA. El órgano de administración de una sociedad de capital es aquél que se encarga de las funciones de gobierno, gestión y representación de la sociedad en cuestión. Desempeña un papel fundamental para que ésta pueda relacionarse con terceros y se encuentra subordinada a la junta general. A la junta general le corresponde el nombramiento de administradores, los cuales podrán desempeñar su cargo como administrador único, o ser varios administradores solidarios, o varios mancomunados o ejercer las funciones conjuntamente bajo la forma de Consejo de Administración. En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración.

Los administradores, cualquiera que sea la forma que adopte el órgano de administración, tienen una serie de deberes y obligaciones, y el incumplimiento de estos está sujeto a responsabilidad. La responsabilidad de los administradores está íntimamente relacionada con el incumplimiento de los deberes y obligaciones recogidos en la LSC. El régimen de responsabilidad de los administradores se puede clasificar de distintas maneras, ya sea una clasificación más genérica, que distingue entre responsabilidad por daños y por deudas –en los contados casos en que ello ocurre- y otra clasificación más exhaustiva por la que se distingue entre responsabilidad contractual, extracontractual, por deudas, administrativa, tributaria y penal.

Para el caso de que uno de los cónyuges casado en gananciales, fuera además administrador de una sociedad de capital, las obligaciones que contraiga en calidad de administrador afectarán a la sociedad de gananciales, produciéndose una derivación de dicha responsabilidad de la que deberán responder los bienes gananciales.

Del mismo modo, también quedarán afectos a responsabilidad por deudas los bienes gananciales cuando uno de los cónyuges sea empresario individual, siendo éstos los que realizan una actividad económica no mercantil. En estos

casos, responderán siempre los bienes privativos del cónyuge que contrajo la deuda, así como todos los bienes gananciales.

Sin embargo, cuando el cónyuge sea comerciante (art.1 Ccom) de las deudas que se deriven del comercio, responderán sus bienes privativos y las resultas obtenidas en el ejercicio del comercio. En principio, éstos serán los únicos bienes gananciales que estarán sujetos a responsabilidad. Para que el resto de bienes gananciales también respondan de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante será necesario que el cónyuge no comerciante no se oponga al ejercicio del comercio del otro. Para que los bienes privativos del cónyuge no comerciante queden también obligados será necesario su consentimiento expreso.

En cualquier caso, cuando los acreedores del cónyuge comerciante encuentren insuficientes los bienes privativos del cónyuge comerciante que contrajo la deuda, así como los bienes gananciales-resultado, a pesar de que ex. art. 6 Ccom el resto de los bienes gananciales no estén sujetos a responsabilidad, los acreedores de modo subsidiario podrán dirigirse contra los mismos en virtud de lo dispuesto en el art. 1373 CC.

Lo mismo ocurre cuando uno de los cónyuges en calidad de administrador de una sociedad de capital asume un aval o fianza, en garantía de un préstamo o deuda de la sociedad, el TS viene aplicando el juego de los artículos 6 y ss. del Ccom. por la responsabilidad que asume personalmente dicho cónyuge. Ha sido numerosa la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta cuestión, entendiéndose que deberán responder los bienes gananciales sobre la base de que la operación subyacente que se deriva de ese aval o fianza podría jugar en interés de la familia, así como por el hecho de que el otro cónyuge no se haya opuesto a dicho aval o fianza, entendiéndose por tanto que lo consiente, así como por el artículo 1365 CC *“los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge cuando éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio”*.

Respecto al cónyuge que ejerce el comercio, en la práctica no resulta fácil determinar qué bienes gananciales se han obtenido con las resultas del comercio, así como tampoco suele ser frecuente que el cónyuge no comerciante se oponga al ejercicio del comercio por parte del otro, por lo que lo habitual es que queden sujetos a responsabilidad la totalidad de bienes gananciales.

Esto pone de manifiesto que la actividad que desempeñe uno de los cónyuges ya sea como empresario, como administrador o como comerciante, afecta a los bienes comunes del matrimonio, por lo que resulta conveniente “poner a salvo” dichos bienes mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Si bien, para que las mismas “protejan” a los bienes del matrimonio, deberán haberse otorgado antes de originarse la deuda.

DECIMOCTAVA. Se tiende a pensar que la sociedad de gananciales no es el régimen matrimonial idóneo para aquellos matrimonios en los que uno u ambos cónyuges sean empresarios o comerciantes o administradores de una

sociedad de capital, por entender que las deudas que contraigan o que se deriven del ejercicio de los mismos puedan afectar a los bienes del matrimonio.

Aun así, no es preciso descartar de manera automática a la sociedad de gananciales para este tipo de matrimonios, ya que el tener un profundo conocimiento de las reglas que rigen a este régimen, así como las posibilidades que el mismo ofrece, hace que mediante el amplio juego de autonomía de la voluntad que se concede a las partes, los cónyuges puedan modificar y adaptar el régimen a sus necesidades, limitando la responsabilidad que se derive del ejercicio del comercio o de las empresas o sociedades de las que éstos formen parte.

La conjugación de la sociedad de gananciales con las sociedades de capital no es tan complicada y peligrosa como puede parecer a simple vista. Ambas pueden complementarse y convivir de manera pacífica, siempre y cuando se hayan previsto los posibles peligros que puedan derivarse de dicha unión y se haya puesto solución de ante mano a través de las capitulaciones matrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD TEJERINA, P., "Las sociedades mercantiles familiares en la liquidación de la sociedad de gananciales" en *Derecho de Familia 2020*, dirig. E. ORTEGA BURGOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 403 a 417.

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo IV, *Derecho de familia*, 12ª edic., Edisofer, Madrid, 2013, págs. 162 y ss.

- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo IV, Trivium, Madrid, 1991.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.,

. "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", *Indret* 4/2005, págs. 1 a 22.

- . "Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio", en *Almacén de Derecho*, 25 abril 2014. (<https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/04/sociedad-de-gananciales-y-ejercicio-de.html> - fecha de última consulta 1 mayo 2020).
 - . "Administradores frente a accionistas y acreedores cuando acecha la insolvencia", *Almacén de Derecho*, 8 mayo 2018 (<https://almacenederecho.org> – fecha de última consulta 5 mayo 2020).
 - . "Más sobre el ejercicio de derechos de socio por parte del cónyuge socio casado en régimen de gananciales. Un comentario a la Resolución de la DGRN de 25 julio 2014", en *Almacén de Derecho*, 15 septiembre 2014. (<http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/09/mas-sobre-el-ejercicio-de-derechos-de.html>) - fecha última visita 5 mayo 2020.
 - . "La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad. Prolegómenos", en *Almacén de derecho*, 21 Mayo 2018 <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos> - fecha última consulta 8 julio 2020.
 - . "La doctrina de la interpretación restrictiva de las cláusulas estatutarias que restringen la transmisibilidad de las acciones", en *Almacén de Derecho*, 27 marzo 2020 (<https://almacenederecho.org/la-doctrina-de-la-interpretacion-restrictiva-de-las-clausulas-estatutarias-que-restringen-la-transmisibilidad-de-las-acciones>) - fecha última consulta 3 abril 2020.
- BELLO JANEIRO, D., "Aumento de capital en la sociedad anónima y la sociedad de gananciales: derechos del cónyuge no accionista", en *Dereito, Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 2, nº 1, 1993, págs. 255 a 304.
 - BENÍTEZ PÉREZ, E., "El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales", *Abogacía Española* (Consejo General), 14 noviembre 2010. (<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/> - fecha de última consulta 9 enero 2020).
 - BERROCAL LANZAROT, A.I., "La responsabilidad de los bienes gananciales. El ejercicio del comercio por persona casada y la posición del cónyuge no comerciante", *R.C.D.I.*, nº 766, 2018, pág. 995 a 1025.
 - BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE MEORO, M.E., MORERA VILLAR, B., "Capítulo 61: La familia en el Derecho Civil de la Comunidad Valenciana " en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos Derechos Forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1323 a 1413.
 - BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª edic., Tecnos, Madrid, 1990.

- BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 343”, *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo II, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs.117 a 120.
- CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.,
 - . “Artículo 1327”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 605.
 - . “Artículo 1330”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 608.
- CALVO VIDAL, I.A., “Capítulo I: Las Sociedades de Capital”, en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 51 a 70.
- CAMPUZANO, A.B., “Capítulo I: Las clases de acciones: tipología y limitaciones”, en *Estudios jurídicos sobre la acción*, dirigidos por A.B. VEIGA COPO, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 20 a 88.
- CERRATO CRESPÁN, I., “El deber de diligencia de los administradores y la protección de la «discrecionalidad empresarial»”, *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, coord. por F.J. ARIAS VARONA, A.J. RECALDE CASTELLS, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 75 a 84.
- COHEN BENCHETRIT, A., “La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales” en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 33 a 78.
- CUADRADO PÉREZ, C.,
 - . “Deudas privativas de los cónyuges y sociedad de gananciales”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. por Francisco Javier Gómez Gállico, tomo 1, Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 415 a 442.
 - . “Capítulo 19: El Régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 67 a 273.

- CUENA CASAS, M. y MAS-GUINDAL GARCÍA, J., “Capítulo 32: Familia y concurso de acreedores” en *Tratado de derecho de la familia, Regímenes económico matrimoniales (II)*, Vol IV, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 621 a 831.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, *A.D.C.*, Vol. 39, 1986-II, págs. 339 a 536.
- DE LOS MOZOS, L.,
 - “Artículos 1344 y 1345”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII vol. 2º, artículos 1344 a 1410 del Código Civil, Edersa, Madrid. (Id. vLex VLEX-262379).
 - “Artículos 1384 a 1388 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII vol. 2º, artículos 1344 a 1410 del Código Civil, Edersa, Madrid. (Id. vLex VLEX-262552).
 - . “Artículos 1392 a 1395 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XVIII vol. 2º, artículos 1344 a 1410 del Código Civil, Edersa, Madrid. (Id. vLex VLEX-262555).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV- tomo 1, *Derecho de familia*, 12ª edic., Tecnos, 2018, Madrid.
- ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., “Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias”, *R.D.N.*, núm. 116, abril-junio, 1982, págs. 7 a 35.
- ESPÍN ALBA, I., “Capítulo 59: La familia en el Derecho Civil Gallego” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1171 a 1254.
- FAUS I PUJOL, M., “Reglas sobre la administración de los bienes gananciales”, en *Práctico Derecho de Familia*, VLex, abril 2020. (Id. vLex VLEX-590422258).
- FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- . FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, con prólogo de E. VÁZQUEZ DE CASTRO, Reus, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Mª. B., “Capítulo I: El régimen económico matrimonial de la comunidad de gananciales”, en *Comunidad de Gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 23 a 73.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a.A., “Capítulo IV: La administración de la sociedad de gananciales en el Código Civil”, en *Comunidad de gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 253 a 299.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El socio casado ejercita sus derechos” en *Almacén de Derecho*, 24 enero 2016 (<https://almacenederecho.org/el-socio-casado-ejercita-sus-derechos/> - fecha última consulta 19 mayo 2020)

- FERRANDO VILLALBA, M^a.L., “Capítulo IX: Órganos (I). Consideraciones Generales. La Junta General. Arbitraje” en *Introducción al derecho de sociedades de capital: Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, dirigid. J.M. EMBID IRUJO y coord. M^a.L. FERRANDO VILLALBA y V. MARTÍ MOYA, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 199 a 228.

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.,
 - . *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores, Centro de Estudios Registrales, 1995.

 - . "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho", en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, coordinado por R. CASADO RAIGÓN y por I. GALLEGO Domínguez, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 547 a 557.

 - . “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, nº 14, 2012, págs. 4 a 41.

 - . "El protocolo familiar. Un instrumento para la vida y el relevo generacional en la empresa familiar", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, coordinado por D. Jiménez Liébana, Universidad de Jaén y Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 395 a 477.

 - . "Nueva emisión de acciones o participaciones sociales y sociedad de gananciales: el art. 1352 del Código Civil", en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigido por C. Lasarte y M^a. D. Cervilla Garzón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 207 a 229.

 - . “La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales y las acciones y participaciones sociales de carácter ganancial”, en *Congreso Internacional de Derecho Civil, Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, coord. por E. Llamas Pombo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1003 a 1021.

 - . "Responsabilidad de bienes gananciales derivada del ejercicio del comercio por parte de un cónyuge en el derecho español", en *Revista Anales de Legislación Argentina*, año LXXVIII - nº 06 - junio 2018 (Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires 2018), págs. 111 a 126.

- . "Liquidación de sociedad de gananciales y empresa familiar: los derechos de atribución preferente y su utilidad", en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. L.H. Clavería Gosálvez*, editorial Reus, en prensa (Se ha utilizado la versión remitida por el autor a la editorial).
- . "Responsabilidad de bienes gananciales derivada del ejercicio del comercio por parte de un cónyuge en el derecho español" en *Revista Anales de Legislación Argentina*, Año LXXXVIII, nº 6, junio 2018, págs. 111 a 126.
- GARCÍA CARRERES, M^a.R. y FERRER SAMA, J.L., "Capítulo 3: Regímenes económico matrimoniales", en *Memento Práctico. Familia 2018-2019*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, págs. 650 a 232.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS DE PRADA, J.L., "Lección 18: Las sociedades de capital. Aspectos básicos", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, dirig. A. MENÉNDEZ y A. ROJO, coord.. M^a.L. APARICIO, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 393 a 408.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852; reimpresión en Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J.,
 - . "Artículo 304" *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs.. 1795 a 1804.
 - . "Artículo 306" *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1810 a 1815.
- GARRIDO DE PALMA, V., "Capítulo 29: La familia empresaria", en *Tratado de Derecho de familia*, Volumen IV, *Regímenes económico matrimoniales*, tomo III, direct. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, M., 2^a edic. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 351 a 396.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 7^a edic., Madrid, 1976.
- GIL NOBAJAS, M.S., "Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal al administrador de derecho: una revisión de la doctrina de la jurisprudencia", *R.D.P. y C.*, nº 10, 2013, págs. 115 a 154.
- GIMÉNEZ DUART, T.,
 - . "La gestión de la comunidad de gananciales", *A.D.C.*, Vol. 35, 1982-III, págs. 571 a 590.

- . “Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *R.C.D.I.*, nº 548, 1982, págs. 117 a 144.
- GORDILLO CAÑAS, A., *Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?*, A.C., nº 21, diciembre 2004, págs. 2517 a 2539.
- GONZALÉZ DEL POZO, J.P., “Consecuencias de la atribución de ganancialidad a los bienes adquiridos onerosamente con dinero total o parcialmente privativo de un cónyuge” en <https://elderecho.com/consecuencias-de-la-atribucion-de-ganancialidad-a-los-bienes-adquiridos-onerosamente-con-dinero-total-o-parcialmente-privativo-de-un-conyuge> , fecha 27 diciembre 2017 (última visita 7 abril 2019).
- GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “Capítulo X: Órganos (II). Los administradores. Estatuto jurídico común”, en *Introducción al derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, dirig. J.M. EMBID IRUJO y coord. M^a L. FERRANDO V ILALBA, M^a.L. y V. MARTÍ MOYA, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 231 a 252.
- GUERRA MARTÍNEZ, A., “El cuestionado protagonismo de los acreedores en el derecho de sociedades español y europeo: causas e implicaciones”, en <https://hayderecho.expansion.com>, 29 mayo 2017, - fecha última visita 30 enero 2020.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. y RAGA SASTRE, N., “Capítulo 21: Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”, en *Tratado de Derecho de Familia, vol. III, Los Regímenes Económico Matrimoniales (I)*, directs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 491 a 663.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, *A.D.C.*, Vol. 45, 1992-III, págs. 875 a 928.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., “Capítulo XI: Órganos (III) Los administradores. El Consejo de Administración”, en *Introducción al Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, dir. J.M. EMBID IRUJO, J.M., coords. M^a.L. FERRANDO V ILALBA y V. MARTÍ MOYA, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 255 a 272.
- HERRERO GARCÍA, M.^a J.,
- . “Artículo 1317”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 576 a 578.
- . "Artículo 1323", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs.. 596 a 598.
- . "Artículo 1324", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2^a edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 599 a 602.

- HUALDE MANSO, T., "Capítulo 56: La familia en el derecho civil de Navarra", en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, *La familia en los distintos Derechos Forales*, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 637 a 825.

- HURTADO IGLESIAS, S. y SERRA BOIX, I., "Artículo 275" en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 1659 a 1665.

- JARILLO GÓMEZ, J.L., "Capítulo 2. Bienes Privativos", en *Comunidad de gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 81 a 224.

- LACRUZ BERDEJO, J.L.,

. "En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del código civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XIX, 1950, págs. 7 a 59. (Id. vLex: VLEX-282686).

. *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de familia, Bosch, Barcelona, 1992.

. *Elementos de Derecho Civil IV, Familia*, Dykinson. 2ª edic. Madrid, 2005.

- LLAGARÍA VIDAL, E., *Dictámenes I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

- MARCO MOLINA, J., ESPIAU ESPIAU, S., ARNAU RAVENTÓN, L., NAVAS NAVARRO, S., y ZAHÍNO RUIZ, M^aL., "Capítulo 53: Los regímenes económicos matrimoniales en el derecho civil de Cataluña", en *Tratado de Derecho de familia, La familia en los distintos Derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 127 a 357.

- MARIÑO PARDO, F.,

. "Bienes gananciales y privativos (3)", en *Iuris Prudente*, 23 diciembre 2015. <http://www.iurisprudente.com/2015/12/> (última visita 1 octubre 2019).

. "Bienes gananciales y privativos (13)", en *Iuris Prudente*, 6 febrero 2016. <http://www.iurisprudente.com/2016/02/bienes-gananciales-y-privativos-13-el.html> (última visita 1 octubre 2019).

. "Las participaciones sociales", en *Iuris Prudente*, 18 enero 2017. <http://www.iurisprudente.com/2017/01/las-participaciones-sociales.html>. (última visita 1 diciembre 2019).

. "¿Es posible el negocio de transmisión de la condición de socio entre cónyuges respecto de unas participaciones sociales gananciales?"

¿Exige expresar su causa? La Resolución DGRN de 20 de diciembre de 2019”, en *Iuris Prudente*, 20 de marzo de 2020. <http://www.iurisprudente.com/> (última visita 6 mayo 2020).

- MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T. “Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales” en *RCDI n° 752*, 2015, págs. 3169 a 3220.

- MARTÍN OSANTE, L.C., “Capítulo 58: La comunicación foral de bienes como régimen económico del matrimonio en el Derecho Civil de Vizcaya y parte de Álava” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2^a edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1087 a 1164.

- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.,

. “Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención”, *C.D.C.*, n° extraordinario de 2017, págs. 765 a 851.

. “Art. 126”, en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 727 a 735.

- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.,

. “Los registros contables de valores”, *R.A.D.Pat.*, n° 2, 1999, págs. 53 a 88.

. “La naturaleza jurídica de los «valores anotados en cuenta»: el desarrollo de la doctrina de los Wertrechte en el Derecho Español”, *Derecho & empresa: revista de estudios jurídicos y de empresa*, n° 4, 2005, págs. 4 a 27.

. “El concepto de valor anotado en cuenta -una aportación a su construcción dogmática”, en *Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, coord. por J. PEÑA GONZÁLEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 629 a 670.

. “Aspectos esenciales del régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 15 a 32.

- MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, Madrid 2017.

- MEDINA SÁNCHEZ R.M., “Capítulo 2. Bienes gananciales”, en *Comunidad de Gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 96 a 136.

- MILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5ª edic. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MILLÁN SALAS, F., “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuaderno de estudios empresariales*, ISSN 1131-6985, Nº 4, 1994, págs. 235 a 249.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Mª del C., “Futuro del Baylío: Estudio de su vigencia y regulación”, *Derecho y opinión*, nº 6, 1998, págs. 139 a 148.
- MIRANDA SERRANO, L.M.ª, “Responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en caso de pérdidas graves”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirig. J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 235 a 284.
- MONJE BALMASEDA, O., “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, tomo II, ESADE/J.Mª. Bosch, Barcelona, 2008. (VLEX-39129256.)
- MORALES CRESPO, M., “Artículo 91 LSC” en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 546 a 550.
- MUÑOZ DELGADO, C., *Copropiedad de participaciones sociales y acciones: La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales*, Tesis Doctoral, UNED, 2017.
- NAVARRO LÉRIDA, Mª S., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 2011 (708/2011). Inadmisión en SA de cláusula estatutaria de transmisión indirecta de acciones”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coordinado por M. Yzquierdo Tolsada, Vol. 5, 2016 (2011-2012), págs. 591 a 603.
- Notaries of Europe, *Parejas en Europa*, en línea en: <http://www.coupleseurope.eu/es/home> (Última consulta: 24 septiembre 2019).
- ORDÁS ALONSO, M., *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch, Barcelona, 2017.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El régimen económico matrimonial en el Reino Unido”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 23, 2017, págs. 201 a 207-
- OSTOS MOTA, Mª. J., “Capítulo VI. Extinción de la comunidad de gananciales”, en *Comunidad de Gananciales, cuestiones prácticas y actuales*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 353 a 436.
- PARRA LUCÁN, Mª.A., “Capítulo 57: La familia en el Derecho civil de Aragón”, en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos Derechos Forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M.

CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 829 a 1079.

- PAZ-ARES, C.,

. "El enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica de Uría & Menéndez*, nº 5/2003, págs. 19 a 43.

. "La cuestión de la validez de los pactos parasociales" *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº Extraordinario 1, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, págs. 252 a 256.

- PENA LÓPEZ, J.A. y SÁNCHEZ SANTOS, J., *El capital como recurso de la empresa familiar: La familiness*, Netbiblo, Universidade da Coruña, Coruña, s.f.

- PEÑA BERNALDO QUIRÓS, M.,

. *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989.

. "Artículo 1346", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 637.

. "Artículo 1347", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 637 a 644.

. "Artículo 1355", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 667 a 669.

. "Artículo 1359", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 676 a 678.

. "Artículo 1367", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 699 y 700.

. "Artículos 1371 y 1372", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 703 y 704.

. "Artículo 1395", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 766 a 768.

- PERDICES HUETOS, A.B.,

. *Cláusulas restrictivas a la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997.

. "Documentación de las transmisiones (art. 106)", en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dirigido por A.J. Rojo Fernández y E.M. Beltrán Sánchez, Tomo I, 1ª edic., Civitas - Thomson-Reuters, Madrid, 2011, págs. 880 a 886.

- PÉREZ CALVO, I., "Capítulo II: Casos dudosos de ganancialidad o privatividad", *Comunidad de gananciales, cuestiones prácticas y actuales*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 139 a 224.

- PRENDES CARRIL, P., "Artículo 236: Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad" en *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, directores P. PRENDES CARRIL, A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS y R. CABANAS TREJO, coordinado por L. BALLESTER AZPITARTE, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1483 a 1491.

- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "La empresa familiar (consideración general sobre el nuevo modelo societario, la sociedad limitada nueva empresa - SNE-)", *Derecho y familia en el siglo XIX*, vol. II, *II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores. El Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI. El Ejido, 19-22 febrero de 2008*, Universidad de Almería, Almería, 2001, págs. 673 a 682.

- PRETEL SERRANO, J.J.,
 - . "Artículo 1348", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 648 a 650.
 - . "Artículo 1352", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 658 a 660.
 - . "Artículo 1353", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 660 a 664.
 - . "Artículo 1354", *Comentario al Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 664 a 666.
 - . "Artículo 1356", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 669 a 672.
 - . "Artículo 1357", *Comentario al Código Civil*, Tomo II, 2ª edic. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 672 a 675.
 - . "Artículo 1375", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 708 a 712.
 - . "Artículo 1376" en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 712 a 715.
 - . "Artículo 1378" *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 719 a 722.
 - . "Artículo 1382", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 733 a 736.
 - . "Artículo 1388 CC", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 750 a 752.

- . “Artículo 1389 CC” *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 752 a 755.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F.,
 - . “Capítulo 22: La sociedad de gananciales (I)” en *Tratado de Derecho de Familia, Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, vol. III, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ªedicc, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 667 a 737.
 - . “Capítulo 23: La Sociedad de Gananciales (2). El activo de la Sociedad” *Tratado de derecho de la familia, Regímenes económicos matrimoniales (I)*, vol. III, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ªedic. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 755 a 900.
 - . “Capítulo 24: La sociedad de gananciales (3). La gestión de la sociedad” en *Tratado de Derecho de Familia, Los regímenes económico matrimoniales (I)*, vol. III, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs.. 901 a 1041.
 - . “Capítulo 25: La Sociedad de Gananciales (4). El pasivo de la sociedad” en *Tratado de Derecho de Familia, Los regímenes económico matrimoniales (I)*, vol. III, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, M., 2ª edic. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1041 a 1269.
 - . “Capítulo 60: La comunidad universal en el Fuero de Baylío” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 1259 a 1319.
- RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- RAMS ALBESA, J., MORENO FLÓREZ, R.M., RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *Apuntes de economía del matrimonio y derecho de sucesiones*, 2ª edic. revisada y actualizada por MORENO FLÓREZ, R.M., Dykinson, Madrid, 2016.
- REBOLLEDO VARELA, A.L., *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la Liquidación de la Sociedad de Gananciales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de Familia*, ed. Edelce, Sevilla, 1949.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1996.
- SANZ CLAVIJO, A., “La responsabilidad tributaria de los administradores” en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirigido por J.L., PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 473 a 488.

- SARMIENTO RAMOS, J., “Artículo 1379”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 722 a 726.
- SERRANO GARCÍA, J.A., “Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales. (En torno a la sentencia del TS , Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)”, *A.D.C.*, vol. 42, 1989-III, págs. 1023 a 1047.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La responsabilidad penal de los administradores”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, dirigida por J.L. PULIDO BEGINES, Marcial Pons, Madrid, 2019, págs. 347 a 388.
- TORRALBA SORIANO, V., “Art. 1352 del CC”, en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1614 a 1619.
- TUR FÁUNDEZ, M^a. N., “Capítulo 55: La familia en el Derecho Civil de Baleares” en *Tratado de Derecho de Familia, La familia en los distintos derechos forales*, vol. VII, dirigido por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 559 a 634.
- VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 2ª. edic., Bosch, Barcelona, 2015.
- VARGAS BENJUMEA, I., *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Aranzadi, (Cizur Menor) Pamplona, 2014.
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., “La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo de prescripción de las acciones de responsabilidad”, *R.C.D.I.*, nº 743, 2014, págs. 1033 a 1102.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “Algunos problemas de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la Sociedad anónima”, en *Hay derecho*, 3 de abril de 2013. <https://hayderecho.expansion.com/2013/04/03/algunos-problemas-de-la-accion-social-de-responsabilidad-contra-los-administradores-de-la-sociedad-anonima/> (última visita 20 febrero 2020).
- YÁÑEZ VIVERO, F., “Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 53, Nº 2, 2000, págs. 553 a 626.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, Vol. 16, nº. 118, 2008, págs. 18 a 31.

RELACIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES Y RESOLUCIONES DE LA DGRN

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 37/1987, de 26 marzo 1987. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Leguina Villa (RTC 1987\37)
- STC 241/1988, de 19 diciembre 1988. Ponente: Excma. Sra. Gloria Begué Cantón (RTC 1988\241)
- STC 14/1998, de 22 enero 1998. Ponente: Excmo. Sr. José Gabaldón López (RTC 1998\14)
- STC 82/2016, de 28 abril 2016. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RTC 2016\82)
- STC 110/2016, de 9 junio 2016. Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho (RTC 2016\110)

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

2.1. STS, Sala Primera, de lo Civil

- STS de 8 febrero 1892. Ponente: Excmo. Sr. José de Garnica (TOL5. 096. 869)
- STS de 24 noviembre 1900. Ponente: Excmo. Sr. Joaquín González de la Peña (ROJ: STS 93/1900)
- STS de 22 mayo 1915. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Bermejo. (TOL5.048.602).
- STS de 19 mayo 1934 (RJ 1934\904)
- STS de 24 noviembre 1960. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Bonet Ramón (RJ 1960\3761)
- STS de 18 de enero de 1962. Ponente: Excmo. Sr. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu (Id Cendoj: 28079110011962100262).
- STS de 17 abril 1967. Ponente: Excmo. Sr. José Beltrán de Castro Heredia Castaño (Id Cendoj: 28079110011967100337)

- STS de 11 abril 1972. Ponente: Excmo. Sr. José Beltrán de Castro Heredia Castaño (RJ 1972\1666)
- STS de 5 marzo 1981. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albacar López (Id Cendoj: 28079110011981100002)
- STS de 18 diciembre 1981. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1981\5273)
- STS de 15 junio 1982. Ponente. Excmo. Sr, José Beltrán de Heredia y Castaño (RJ 1982\3428)
- STS de 14 marzo 1983. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz (RJ 1983\1475)
- STS de 24 marzo 1983. Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro (RJ 1983\1610).
- STS de 5 octubre 1984. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Pérez (Id Cendoj: 28079110011984100187)
- STS de 15 febrero 1986. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1986\681)
- STS de 17 febrero 1986. Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García (RJ 1986\684)
- STS de 26 septiembre 1986. Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García (RJ 1986\4790)
- STS de 24 septiembre 1987. Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso (RJ 1987\6194)
- STS de 21 noviembre 1987. Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso (RJ 1987/8638)
- STS de 29 diciembre 1987. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba (RJ 1987\9656)
- STS de 4 julio 1988. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988\5555)
- STS de 13 julio 1988. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz (RJ 1988\5992)
- STS de 24 noviembre 1988. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1988\8705)
- STS de 7 diciembre 1988. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1988\9301)
- STS de 25 enero 1989. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López (RJ 1989\124)

- STS de 27 marzo 1989. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López (RJ 1989\2198)
- STS de 31 octubre 1989. Ponente: Excmo. Sr. Ramón López-Vilas (RJ 1989\7038)
- STS de 6 junio 1990. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990\4740)
- STS de 7 junio 1990. Ponente: Excmo. Jesús Marina Martínez-Pardo (RJ 1990\4742)
- STS de 12 junio 1990. Ponente: Excmo. Sr. Manuel González Alegre y Bernardo (RJ 1990\4754).
- STS de 26 septiembre 1990: Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1990\6907)
- STS de 8 octubre 1990. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez - Calcerrada y Gómez (RJ 1990\7482)
- STS de 17 octubre 1990. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 1990\7976)
- STS de 24 octubre 1990. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz (RJ 1990\8045)
- STS de 8 febrero 1991. Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1991\1159)
- STS de 26 febrero 1991. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 1991\1600)
- STS de 15 marzo 1991. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1991\2261)
- STS de 1 julio de 1991. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1991\5314)
- STS de 17 febrero 1992. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1992\1258)
- STS de 19 febrero 1992. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada (RJ 1992\1320)
- STS de 14 abril 1992. Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres (RJ 1992\10724)
- STS de 18 mayo 1992. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1992\4907)
- STS de 21 mayo 1992. Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres (RJ 1992\4919)

- STS de 22 diciembre 1992. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1992\10642)
- STS de 23 diciembre 1992. Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1992/10689)
- STS de 23 diciembre 1992. Ponente. Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres (RJ 1992\10653)
- STS de 13 abril 1993. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1993\3000)
- STS de 18 junio 1993. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1993\4685)
- STS de 26 julio 1993. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa (RJ 1993\6315)
- STS de 29 julio 1993. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1993\6494)
- STS de 28 septiembre 1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1993\6657)
- STS de 27 noviembre 1993. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 1993\9143)
- STS de 23 diciembre 1993. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1993\10113)
- STS de 2 marzo 1994. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López (RJ 1994\1642)
- STS de 4 marzo 1994. Ponente: Excmo Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1994\1652).
- STS de 4 marzo 1994. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 1994\1649)
- STS de 29 abril 1994. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1994\2945)
- STS de 9 junio 1994. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1994\6724)
- STS de 14 julio 1994. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez – Calcerrada y Gómez (RJ 1994\6439)
- STS de 18 julio 1994. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1994\6447)
- STS de 13 octubre 1994. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz (RJ 1994\7482)

- STS de 8 marzo 1995. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1995\2158)
- STS de 9 marzo 1995. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López (RJ 1995\1845)
- STS de 18 marzo 1995. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 1995\1963)
- STS de 10 abril 1995. Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipe (RJ 1995\3252)
- STS de 13 julio 1995. Ponente: Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1995\6004)
- STS de 13 julio 1995. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández Cid de Temes (RJ 1995\6005)
- STS de 10 noviembre 1995. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (RJ 1995\8116)
- STS de 8 marzo 1996. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996\1939)
- STS de 26 septiembre 1996. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1996\6657)
- STS de 26 noviembre 1996. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1996\8588)
- STS de 7 abril 1997. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 1997\2741)
- STS de 18 abril 1997. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1997\3244)
- STS de 26 junio 1997. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 1997\3862)
- STS de 8 julio 1997. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1997\9140)
- STS de 17 julio 1997. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 1997\6018)
- STS de 6 noviembre 1997. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1997\7888)
- STS de 2 diciembre 1997. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1997\8721)
- STS de 7 noviembre 1997. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1997\7937)

- STS de 27 enero 1998. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1998\110)
- STS de 23 enero 1998. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez – Pardo (RJ 1998\151)
- STS 27 enero 1998. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1998\110)
- STS de 10 marzo 1998. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 1998\1042)
- STS de 31 diciembre 1998. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1998\9987)
- STS de 16 febrero 1999. Ponente: Excmo. Sr. José Menéndez Hernández (RJ 1999\1241)
- STS de 10 mayo 1999. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1999\4253)
- STS de 18 septiembre 1999. Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1999\6603)
- STS de 16 octubre 1999. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 1999\7331)
- STS de 30 diciembre 1999. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999\9095)
- STS de 14 febrero 2000. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales (RJ 2000\676)
- STS de 14 febrero 2000. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Vázquez Sandes (RJ 2000\824)
- STS de 27 marzo 2000. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 2000\2487)
- STS de 3 abril 2000. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 2000\2341)
- STS de 26 abril 2000. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán (RJ 2000\3230)
- STS de 5 mayo 2000. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 2000\3389)
- STS de 24 mayo 2000. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000\3993)
- STS de 6 julio 2000. Ponente: Excmo. Sr. José de Assis Garrote (RJ 2000\6012)

- STS de 10 octubre 2000. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2000\9191)
- STS de 30 octubre 2000. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000\9909)
- STS de 20 noviembre 2000. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2000\9346)
- STS de 8 febrero 2001. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán (RJ 2001\1167)
- STS de 28 febrero 2001. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2001\2558)
- STS de 6 marzo 2001. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 2001\3973)
- STS de 26 marzo 2001. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001\6636)
- STS de 19 abril 2001. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2001\6883)
- STS de 6 julio 2001. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 2001\5147)
- STS de 20 julio 2001. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán (RJ 2001\6863)
- STS de 25 septiembre 2001. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2001\8152)
- STS de 28 septiembre 2001. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 2001\8158)
- STS de 25 octubre 2001. Excmo. Sr. José de Asís Garrote (RJ 2001\8673)
- STS de 11 diciembre 2001. Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2002\2201)
- STS de 21 diciembre 2001. Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2001\387)
- STS de 1 febrero 2002. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2002\1586)
- STS de 15 marzo 2002. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2006\6476)
- STS de 17 abril 2002. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002\3293)

- STS de 26 septiembre 2002. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez – Calcerrada y Gómez (RJ 2002\8485)
- STS de 6 noviembre 2002. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2002\9638)
- STS de 20 diciembre 2002. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003\228)
- STS de 23 diciembre 2002. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2003\637)
- STS de 30 diciembre 2002. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003\332)
- STS de 10 febrero 2003. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 2003\1158)
- STS de 24 marzo 2003. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2003\2917)
- STS de 11 abril 2003. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán (RJ 2003\3518)
- STS de 17 junio 2003. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003\4605)
- STS de 21 julio 2003. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003\5847)
- STS de 23 octubre 2003. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2003\7762)
- STS de 20 diciembre 2003. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2003\9199)
- STS de 15 enero 2004. Ponente: Excmo. Sr Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2004\202)
- STS de 30 enero 2004. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 2004\438)
- STS de 5 febrero 2004. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2004\213)
- STS de 1 marzo 2004. Ponente: Excmo. Sr. Román García (RJ 2004\802)
- STS de 26 marzo 2004. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán (RJ 2004\2306)
- STS de 31 marzo 2004. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2004\2024)

- STS de 16 diciembre 2004. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán (RJ 2004\8215)
- STS de 20 diciembre 2004. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2005\61)
- STS de 14 febrero 2005. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2005\1298)
- STS de 17 febrero 2005. Ponente: Excmo. Sr. Ramón García Varela (RJ 2005\1303)
- STS de 25 mayo 2005. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela (RJ 2005\6361)
- STS de 26 mayo 2005. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2005\5761)
- STS de 21 junio 2005. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005\6424)
- STS de 30 junio 2005. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005\5088)
- STS de 10 julio 2005. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2005\8991)
- STS de 25 octubre 2005. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2005\7210)
- STS de 30 noviembre 2005. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2006\35)
- STS de 26 diciembre 2005. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2006\1213)
- STS de 31 enero 2006. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2006\363)
- STS de 3 febrero 2006. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2006\622)
- STS de 7 marzo 2006. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2006\1078)
- STS de 9 marzo 2006. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 2006\1072)
- STS de 3 abril 2006. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006\4902)
- STS de 28 abril 2006. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006\4087)

- STS de 1 junio 2006. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006\3060)
- STS de 6 junio 2006. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2006\3523)
- STS de 9 junio 2006. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2006\8201)
- STS de 19 junio 2006. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2006\3381)
- STS de 7 julio 2006. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006\7219)
- STS de 29 septiembre 2006. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán (RJ 2006\6514)
- STS de 4 octubre 2006. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006\6429)
- STS de 17 octubre 2006. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2006\6561)
- STS de 3 noviembre 2006. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006\9430)
- STS de 22 noviembre 2006. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\35)
- STS de 29 noviembre 2006. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2006\10030)
- STS de 13 diciembre 2006. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda (RJ 2006\8237)
- STS de 8 febrero 2007. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2007\1488)
- STS de 21 febrero 2007. Ponente: Excma. Sra Encarnación Roca Trías (RJ 2007\686)
- STS de 23 febrero 2007. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán (RJ 2007\656)
- STS de 27 febrero 2007. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2007\1768)
- STS de 8 marzo 2007. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\1526)
- STS de 14 marzo 2007. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2007\1793)

- STS de 3 mayo 2007. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007\2826)
- STS de 9 mayo 2007. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (2007\3439)
- STS de 26 junio 2007. Ponente: Excmo. Sr. Encarnación Roca Trías (RJ 2007\3448)
- STS de 27 junio 2007. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2007\3865)
- STS de 20 septiembre 2007. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muños (RJ 2007\5077)
- STS de 5 octubre 2007. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2007\6798)
- STS de 12 noviembre 2007. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2007\8107)
- STS de 15 enero 2008. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2008\338)
- STS de 24 enero 2008. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2008\217)
- STS de 21 febrero 2008. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2008\1701)
- STS de 18 marzo 2008. Ponente: Exma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2008\2941)
- STS de 9 mayo 2008. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2008\2970)
- STS de 14 mayo 2008. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008\3075)
- STS de 2 junio 2008. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2008\3194)
- STS de 5 junio 2008. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán (RJ 2008\3202)
- STS de 18 junio 2008. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008\3224)
- STS de 20 junio 2008. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2008\4262)
- STS de 27 junio 2008. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2008\3311)

- STS de 23 octubre 2008. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete (RJ 2008\6920)
- STS de 12 febrero 2009. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2009\1289)
- STS de 18 de febrero de 2009. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2009\1496)
- STS de 6 marzo 2009. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2009\2793)
- STS de 6 marzo 2009. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2009\2794)
- STS de 17 julio 2009. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández (RJ 2006\6476)
- STS de 21 octubre 2009. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2009\5701)
- STS de 17 marzo 2010. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2010\2403)
- STS de 10 junio 2010. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2010\5387)
- STS de 20 julio 2010. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Fernández Gabriel (RJ 2010\6563)
- STS de 23 septiembre 2010. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2010\7136)
- STS de 14 octubre 2010. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno – Bayón Cobos (RJ 2010\8866)
- STS de 3 noviembre 2010. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010\8020)
- STS de 11 noviembre 2010. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010\8045)
- STS de 23 noviembre 2010. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos (RJ 2011\571)
- STS de 30 noviembre 2010. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández (JUR 2020\21291)
- STS de 10 enero 2011. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castaño (RJ 2011\1800)
- STS de 1 marzo 2011. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2011\456)

- STS de 28 marzo 2011. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2011\939)
- STS de 4 abril 2011. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ2011\3438)
- STS de 14 abril 2011. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2011\3591)
- STS de 14 julio 2011. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2011\5122)
- STS de 5 enero 2012. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno – Bayón Cobos (RJ 2012\305)
- STS de 16 abril 2012. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno – Bayón Cobos (RJ 2012\5904)
- STS de 31 mayo 2012. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2012\6550)
- STS de 18 junio 2012. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías (RJ 2012\6853)
- STS de 21 junio 2012. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2012\10106)
- STS de 25 septiembre 2012. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Morana (RJ 2013\2269)
- STS de 23 octubre 2012. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos (RJ 2012\10123)
- STS de 4 diciembre 2012. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno–Bayón Cobos (RJ 2013\2405)
- STS de 15 febrero 2013. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2013\2014)
- STS de 20 junio 2013. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena (RJ 2013\5187)
- STS de 6 noviembre 2013. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2013\7078)
- STS 19 febrero 2014. Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2014\1132)
- STS de 8 octubre 2014. Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2014\4992)
- STS de 3 noviembre 2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014\6863)

- STS de 22 diciembre 2014. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2014\6885)
- STS de 14 mayo 2015. Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2015\3110)
- STS de 24 junio 2015. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas (RJ 2015\2657)
- STS de 25 junio 2015. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2015\2251)
- STS de 19 octubre 2015. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2015\4869)
- STS de 25 noviembre 2015 Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2015\5322)
- STS de 8 febrero 2016. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2016\522)
- STS de 25 febrero 2016 Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena (RJ 2016\635)
- STS de 10 marzo 2016. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena (RJ 2016\962)
- STS de 5 mayo 2016. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2016\2219)
- STS de 2 julio 2016. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2016\3722)
- STS de 27 enero 2017. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2017\342)
- STS de 27 febrero 2017. Ponente: Excmo. Sr. Javier Orduña Merino (RJ 2017\603)
- STS de 26 abril 2017 Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2017\1724)
- STS de 16 junio 2017. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2017\2863)
- STS de 18 julio 2017. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2017\3382)
- STS de 13 septiembre 2017. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2017\3916)
- STS de 7 noviembre 2017. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres (RJ 2017\4763)

- STS de 15 enero 2018. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2018\76)
- STS de 26 febrero 2018. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena (RJ 2018\635)
- STS de 13 febrero 2019. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2019\559)
- STS de 22 mayo 2019. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019\1978)
- STS de 27 mayo 2019. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\2143)
- STS de 28 mayo 2019. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\2165)
- STS de 10 junio 2019. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Toledano Castro (RJ 2019\3328)
- STS de 26 junio 2019. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo (RJ 2019\2650)
- STS de 27 septiembre 2019. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller (RJ 2019\4033)
- STS, Pleno, de 27 noviembre 2019. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\4811).
- STS de 11 diciembre 2019. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\5212)
- STS de 15 enero 2020. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (JUR 2020\23087)
- STS de 3 febrero 2020. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg (RJ 2020\123).
- STS de 12 febrero 2020. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2020\374)
- STS de 19 mayo 2020. Ponente: Excma. Sra. M^a de la Esperanza Córdoba Castroverde (ECLI:ES:TS:2010:956)
- STS de 1 junio 2020. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (RJ 2020\1342)
- STS de 15 junio 2020. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg (ECLI: ES: TS: 2020: 158)
- STS de 28 julio 2020. Ponente: Excma. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES:TS:2020:2502)

b) STS, Sala 2ª, de lo Penal

- STS de 21 febrero 1989. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Martín Herrero (RJ 1989\1360)
- STS de 7 abril 1990. Ponente: Excmo. Sr. Emilio Pujalte Clariana (RJ 1990\2922)
- STS de 26 junio 2013. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Trillo Torras (RJ 2013\5458)

c) STS, Sala 4ª, de lo Contencioso-Administrativo

- STS de 19 mayo 2020. Ponente: Excma. Sra. María de la Esperanza Córdoba Castroverde (Id Cendoj: 28079130022020100135).

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Cont-Admtvo. Secc. 7ª) de 20 febrero 2006. Ponente: Excma. Sra. Begoña Fernández Dozagarat (JUR 2006\241888)
- SAN (Cont-Admtvo. Secc.7ª) de 30 octubre 2006. Ponente: Excma. Sra. Doña Ana Isabel Gómez García (JUR 2006\267420)
- SAN (Cont-Admtvo. Secc. 7ª) de 19 abril 2010. Ponente: Excmo. Sr. Ángel Arozamena Laso (JUR 2010\143834)

SENTENCIAS DE TT. SS. JJ.

- STSJ de País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 16 junio 1993. Ponente: Ilma. Sra. Magali García Jorriñ (RJ 1997\2733)
- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 30 marzo 2002. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Álvarez Caperochipi (RJ 2002\5775)
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 7 julio 2003. Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Zubin de Salinas (RJ 2003\8684)
- STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 4 abril 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Don Roberto Saiz Fernández (RJ 2005\5499)

- STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª, de 25 octubre 2018. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ascensión Martín Sánchez (JUR 2018\316249)
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, de 20 septiembre 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Don Miguel Ángel Cadenas Sobreira.
- STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Secc. 1ª, de 6 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Don Eusebio Revilla Revilla (JUR 2015\91025)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Secc. 3ª, de 7 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Virginia García Alarcón (JUR 2015\155015)
- STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Secc. 1ª, de 11 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Don Eusebio Revilla Revilla (JUR 2015\234365)

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Alicante (Secc. 4ª) de 30 octubre 1998. Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Benigno Flórez Menéndez (AC 1998\7683)
- SAP de Almería (Secc. 1ª) de 2 marzo 2000. Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón (AC 2000\2860)
- SAP de la Rioja de 11 abril 2000. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Félix Mota Bello (JUR 2000\191175)
- SAP de Segovia (Secc. 1ª) de 22 noviembre 2001. Ponente: Ilmo. Sr. Don Andrés Palomo del Arco (AC 2001\2497)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3ª) de 30 marzo 2002. Ponente: Ilma. Sra. Doña Macarena González Delgado (JUR 2002/142592)
- SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 11 abril 2002. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Córdoba García (JUR 2002\154322)
- SAP de Valencia (Secc.10ª) de 14 mayo 2002. Ponente: Ilma. Dña. Mª Pilar Manzana Laguarda (JUR 2002\188536)
- SAP de Álava (Secc. 1ª) de 12 julio 2002. Ponente: Ilmo. Sr. Don Jaime Tapia Parreño (JUR 2003\94916)
- SAP de Alicante (Secc. 6ª) de 31 julio 2002. Ponente: Ilmo. Don José Ceva Sebastiá (JUR 2002\271364)
- SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 10 octubre 2002. Ponente: Ilmo. Sr. Don Guillermo Roselló Llaneras (JUR 2003/28920)

- SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 9 enero 2003. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Mª Dolores Portella Lluch.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3ª) de 7 febrero 2003. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio González González (JUR 2003\141142)
- SAP de Jaén (Secc. 3ª) de 15 octubre 2003. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Lourdes Molina Romero (JUR 2003\276438)
- SAP de Valladolid (Secc. 1ª) de 16 de abril de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Ramón Alonso-Mañero Pardal (JUR 2004\147048)
- SAP de Murcia (Secc. 1ª) de 19 octubre 2004. Ponente: Ilmo. Sr. Don Álvaro Castaño Penalva (JUR 2005\69882)
- SAP de Málaga (Secc. 5ª) de 3 mayo 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Don Hipólito Hernández Barea (JUR 2006\31605)
- SAP de Cáceres (Secc.1ª) de 16 junio 2005. Ilmo. Sr. Don Juan Francisco Bote Saavedra (JUR 2005\154474)
- SAP de Cádiz (Secc. 1ª) de 28 julio 2005. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosa María Fernández Núñez (AC 2005\1677)
- SAP de Jaén (Secc. 1ª) de 29 julio 2005. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Esperanza Pérez Espino (JUR 2005\234707)
- SAP de Asturias (Secc. 5ª) de 14 octubre 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Casero Alonso (JUR 2005\232911)
- SAP de Zamora (Secc. 1ª) de 30 noviembre 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Don Andrés Manuel Encinas Bernardo (AC 2005\2340)
- SAP de Santa Cruz Tenerife (Secc. 4ª) de 29 marzo 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Don Pablo José Moscoso (JUR 2006\153010)
- SAP de Madrid (Secc.24ª) de 17 enero 2007. Ponente: Ilma. Sra. Doña María Rosario Hernández Hernández (JUR 2007\158937)
- SAP de Cádiz (Secc. 5ª) de 22 enero 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Don Ramón Romero Navarro (JUR 2007\158085)
- SAP de Pontevedra (Secc. 3ª) de 5 febrero 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes (JUR 2007\88378)
- SAP de Madrid (Secc. 13ª) de 11 mayo 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Cezón González (JUR 2007\261260)
- SAP de Murcia (Secc. 1ª) de 14 mayo 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Don Álvaro Castaño Penalva (JUR 2007\368230)
- SAP de Madrid (Secc. 24ª) de 13 septiembre 2007. Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández (JUR 2007\325846)

- SAP de Ciudad Real (Secc. 1ª) de 28 diciembre 2007. Ponente: Ilma. Sra. Doña Soledad Serrano Navarro (JUR 2007\89122)
- SAP de Jaén (Secc. 2ª) de 15 julio 2008. Ponente: Ilma. Sra. Doña Elena Arias – Salgado Robsy (AC 2008\2379)
- SAP de Sevilla (Secc. 8ª) de 30 octubre 2008. Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Frago Bravo (JUR 2009\202923)
- SAP de Sevilla (Secc. 2ª) de 27 noviembre 2008. Ponente: Ilmo. Sr. Don Rafael Márquez Romero (JUR 2009\60023)
- SAP de Málaga (Secc.6ª) de 5 marzo 2009. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Soledad Jurado Rodríguez (AC 2009\871)
- SAP de Murcia (Secc.1ª) de 16 marzo 2009. Ponente: Ilma. Sra. Doña María Pilar Alonso Saura (JUR 2009\223082)
- SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 26 marzo 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Don Ildelfonso Barcalá Fernández de Palencia (JUR 2009\294614)
- La SAP de Valencia (Secc. 10ª) de 14 mayo de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Mª Pilar Manzano Laguarda (JUR 2010\73029).
- SAP de Burgos (Secc. 3ª) de 26 enero 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Sancho Fraile (JUR 2010\91178)
- SAP de las Palmas (Secc. 4ª) de 17 de marzo 2010. Ponente: Ilma. María Elena Corral Losada (JUR 2011/12585)
- SAP de Jaén (Secc.1ª) de 19 abril 2010. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Esperanza Pérez Espino (JUR 2012\335875)
- SAP de Asturias (Secc. 4ª) de 17 septiembre 2010. Ponente: Ilma. Sra. Doña María Nuria Zamora Pérez (JUR 2010\354860)
- SAP de Madrid (Secc. 11ª) de 24 septiembre 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Don Jesús Gavilán López (JUR 2011\25015)
- SAP de Murcia (Secc. 4ª) de 22 febrero 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Martínez Pérez (JUR 2011\158662)
- SAP de León (Secc. 2ª) de 27 abril 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Muñiz Díez (JUR 2011\215027)
- SAP de León (Secc. 2ª) de 16 mayo 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Muñiz Díez (JUR 2011\225286)
- SAP de Palencia (Secc. 1ª) de 10 junio 2011. Ponente: Ilma. Sr. Don. Mauricio Burgidos San José (JUR 2011/246005)
- SAP de Navarra (Secc. 2ª) de 23 junio 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco José Goyena Salgado (JUR 2012\92596)

- SAP de La Coruña (Secc. 3ª) de 30 septiembre 2011. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Mª Josefa Ruiz Tovar (JUR 2011\356829)
- SAP de Madrid (Secc. 22ª) 27 abril 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Ángel Chamorro Valdés (JUR 2012\208992)
- SAP de Granada (Secc. 5ª) de 1 junio 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Mascaró Lázaro (JUR 2012\324735)
- SAP de Barcelona (Secc. 18ª) de 23 julio 2012. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana María Hortensia García Esquius (JUR 2012\291281)
- SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 16 noviembre 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Garrido Espá (JUR 2012\74352)
- SAP de Valencia (Secc. 10ª) de 7 mayo 2013. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Delia Muñoz Jiménez (JUR 2013\232480)
- SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 22 noviembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Menéndez Estébanez (JUR 2013\369621)
- SAP de la Coruña (Secc. 3ª) de 19 diciembre 2013. Ponente: Mª José Pérez Pena (AC 2013\609)
- SAP de Madrid (Secc. 24ª) de 9 enero de 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Mª José de la Vega Llanes (JUR 2014\58268)
- SAP de Las Palmas (Secc. 4ª) de 12 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Don Jesús Ángel Suárez Ramos (AC 2014\1626)
- SAP de Asturias (Secc.6ª) de 2 febrero 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Elena Rodríguez-Vigil Rubio (JUR 2015\73411)
- SAP de Madrid (Secc. 22ª) de 31 marzo 2015. Ponente: Ilma. Sra. Doña. María del Pilar González Vicente (JUR 2015\178488)
- SAP de Madrid (Secc. 12ª) de 16 diciembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo (JUR 2016\53161)
- SAP de la Coruña (Secc. 5ª) de 30 junio 2016. Ponente: Illma. Sra. Doña. Elena Calleja Curros (JUR 2016\193921)
- SAP de Murcia (Secc. 4ª) de 6 octubre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco José Carillo Vinader (JUR 2016\254080)
- SAP de la Coruña (Secc. 5ª) de 30 junio 2016. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Elena Calleja Curros (JUR 2016\193921)
- SAP de Albacete (Secc.1ª) de 20 octubre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Don Cesáreo Miguel Monsalve Argandoña (JUR 2016\251175)
- SAP de Valladolid (Secc. 3ª) de 11 noviembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco José Pañeda Usunariz. (AC 2017\393)

- SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 14 noviembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Don Jacinto José Pérez Benítez (JUR 2016\268310)
- SAP de León (Secc. 2ª) de 1 diciembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez (JUR 2017\6454)
- SAP de la Coruña (Secc. 4ª) de 24 marzo 2017. Ponente: Ilmo. Sr. Don Pablo Sócrates González- Carrero Fojón (JUR 2017\103873)
- SAP de Salamanca (Secc. 1ª) de 30 marzo 2017. Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª Carmen Borjabad García (JUR 2017\123122)
- SAP de Madrid (Secc. 22ª) de 21 julio 2017. Ponente: Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez (JUR 2017\243196)
- SAP de Madrid (Secc. 8ª) de 19 junio 2018. Ponente: Ilma. Sra. Doña. Milagros del Saz Castro (JUR 2018\229042)
- SAP de Granada (Secc. 4ª) de 13 diciembre 2019. Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Gallo Erena (JUR 2020\122771)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, HOY DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA⁶¹³

- RDGRN 2 febrero 1966 (RJ 1966\1398)
- RDGRN 2 febrero 1983 (RJ 1983\1088)
- RDGRN 25 mayo 1987 (RJ 1987\3929)
- RDGRN 24 septiembre 1987 (RJ 1987\6572)
- RDGRN 10 marzo 1989 (RJ 1989\2468)
- RDGRN 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153)
- RDGRN 21 enero 1991 (RJ 1991\592)
- RDGRN 28 febrero 1992 (RJ 1992\2881),
- RDGRN 17 mayo 1993 (RJ 1993\3928)
- RDGRN de 10 enero 1994 (RJ 1994\234)
- RDGRN 9 enero 1995 (RJ 1995\184)

613 Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE 29-1-2020).

- RDGRN 28 diciembre 1995 (RJ 1995\9395)
- RDGRN 8 febrero 1996 (RJ 1996\8880)
- RDGRN 10 octubre 1998 (RJ 1998\7223)
- RDGRN 5 marzo 1999 (BOE 2-4-1999)
- RDGRN 5 octubre 2001 (RJ 2002\4129)
- RDGRN 18 febrero 2002 (RJ 2002\5887)
- RDGRN 16 abril 2003 (RJ 2003\4035)
- RDGRN 14 mayo 2003 (RJ 2003\4939)
- RDGRN 30 junio de 2003 (BOE 15-8-2003)
- RDGRN 23 julio 2003 (RJ 2003\6177)
- RDGRN 13 octubre 2003 (RJ 2003\8545)
- RDGRN 9 diciembre 2003 (RJ 2004\1981)
- RDGRN 8 enero 2004 (RJ 2004\2371)
- RDGRN 25 noviembre 2004 (RJ 2004\8154)
- RDGRN 14 febrero 2005 (RJ 2005\2455)
- RDGRN 5 mayo 2005 (RJ 2005\5585)
- RDGRN 6 septiembre 2005 (RJ 2005\9799)
- RGRN 18 octubre 2005 (RJ 2005\7539)
- RDGRN 30 enero 2006 (BOE 10-3-2006)
- RDGRN 31 enero 2006 (BOE 10-3-2006)
- RDGRN 6 junio 2007 (RJ 2007\3592)
- RDGRN 19 noviembre 2007 (RJ 2008\386)
- RDGRN 8 mayo 2008 (RJ 2008\3153)
- RDGRN 15 septiembre 2008 (RJ 2009\515)
- RDGRN 16 enero 2009 (BOE 11-2-2009)
- RDGRN 16 julio 2009 (RJ 2009\5552)
- RDGRN 6 noviembre 2009 (RJ 2010\78)

- RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500)
- RDGRN 19 junio 2010 (RJ 2010\3758)
- RDGRN 29 julio 2010 (RJ 2010\5137)
- RDGRN 17 agosto 2010 (RJ 2010\5009)
- RDGRN 17 agosto 2010 (BOE 8-11-2010)
- RDGRN 16 enero 2012 (RJ 2012\265)
- RDGRN de 4 febrero 2012 (RJ 2012\4400)
- RDGRN de 6 febrero 2012 (RJ 2012\4403).
- RDGRN 29 febrero 2012 (RJ 2012\5968)
- RDGRN 8 junio 2012 (BOE 12-7-2012)
- RDGRN 4 octubre 2012 (BOE 2-11-2012)
- RDGRN 8 abril 2013 (RJ 2013\3677)
- RDGRN 14 abril 2013 (BOE 20-5-2013)
- RDGRN 12 junio 2013 (RJ 2013\5439)
- RDGRN 13 junio 2013 (RJ 2013\5441)
- RDGRN 5 julio 2013 (RJ 2013\6129)
- RDGRN 5 julio 2013 (BOE 6-8-2013)
- RDGRN 18 diciembre 2013 (BOE 3-2-2014)
- RDGRN 25 julio 2014 (BOE 10-9-2014)
- RDGRN 8 octubre 2014 (BOE 7-11-2014)
- RDGRN 24 octubre 2014 (BOE 25-11-2014)
- RDGRN 12 diciembre 2014 (RJ 2015\144)
- RDGRN 27 enero 2015 (RJ 2015\6026)
- RDGRN 23 febrero 2015 (BOE 19-3-2015)
- RDGRN 25 mayo 2015 (BOE 3-7-2015)
- RDGRN 25 junio 2015 (RJ 2015\3736)
- RDGRN 28 julio 2015 (RJ 2015\4441)

- RDGRN 30 julio 2015 (RJ 2015\4248)
- RDGRN 11 mayo 2016 (RJ 2016\3020)
- RDGRN 13 octubre 2016 (BOE 2-11-2016)
- RDGRN 13 diciembre 2016 (BOE 5-1-2017)
- RDGRN 21 diciembre 2016 (BOE 10-1-2017)
- RDGRN de 17 mayo 2017 (BOE 9-6-2017)
- RDGRN 1 junio 2018 (BOE 21-6-2018)
- RDGRN 6 junio 2018 (BOE 25-6-2018)
- RDGRN 6 julio 2018 (BOE 25-6-2018)
- RDGRN 10 julio 2018 (BOE 24-7-2018)
- RDGRN 25 julio 2018 (BOE 4-8-2018)
- RDGRN 30 julio 2018 (BOE 14-9-2018)
- RDGRN 24 julio 2019 (BOE 25-9-2019)
- RDGRN 9 agosto 2019 (RJ 2019\4263)
- RDGRN 6 noviembre 2019 (BOE 27-11-2019)
- RDGRN 20 diciembre 2019 (BOE 14-3-2020)
- RDGSJFP 12 junio 2020 (BOE 31-7-2020)