

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

ACCIONES DE SOCIEDAD ANONIMA CERRADA Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

(En torno a la sentencia del Tribunal Supremo,
Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)

Por JOSE ANTONIO SERRANO GARCIA

Doctor en Derecho. Universidad de Zaragoza

SUMARIO.—I. LA SENTENCIA.—1. *Antecedentes de hecho.*—2. *Motivos del recurso de casación.*—3. *Fundamentos de Derecho.*—II. **COMENTARIO.**—1. *Planteamiento.*—2. *El accionista casado y la sociedad de gananciales.*—3. *La calificación de la condición de socio del accionista casado en régimen de comunidad de bienes.*—A) Acciones exclusivamente privativas de un cónyuge.—B) Acciones exclusivamente gananciales a nombre de uno de los cónyuges.—C) Acciones gananciales de titularidad privativa de un cónyuge.—a) Intransmisibilidad *inter vivos* de la cualidad de socio.—b) Inherencia a la persona de la cualidad de socio.—c) Consecuencias.—4. *División de la sociedad de gananciales y acciones o participaciones sociales.*—A) Acciones o participaciones privativas.—B) Acciones o participaciones privativo-gananciales.—a) Sociedad colectiva.—b) Sociedad de responsabilidad limitada.—c) Sociedad anónima cerrada.—C) Acciones gananciales.

I. LA SENTENCIA

1. Antecedentes de hecho

Doña Belén R. C. y don José Laureano G. A. contrajeron matrimonio el 23 de septiembre de 1972, decretándose su separación y la disolución de la sociedad legal de gananciales por sentencia de 14 de junio de 1984, en cumplimiento de la cual, mediante escritura pública de 25 de febrero de 1985, en la que manifestaron que los únicos bienes comunes existentes eran 1.000 acciones nominativas (a nombre del marido) de «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», adquiridas constante matrimonio, se adjudicaron 500 acciones a cada cónyuge. El 11 de marzo de 1985, doña Belén R. C. comunica a la Sociedad Anónima mencionada la adjudicación de 500 acciones derivada de la partición de la comunidad conyugal y pide que se pongan a su disposición los títulos representativos de dichas acciones.

Los artículos 10 y 11 de los Estatutos Sociales de «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», en cuanto al caso interesa, disponen que la Sociedad, en la transmisión de acciones ordinarias por actos intervivos 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, siendo el tipo de evaluación de las acciones igual a la suma del valor desembolsado a cuenta de su valor nominal y de la parte proporcional de reservas efectivas, según resultase del último balance aprobado, pero si la enajenación se hubiese hecho por precio inferior al que resultare de la referida suma, podrían ser retraídas pagando solamente el precio de la enajenación, sin que proceda el retracto cuando se enajenen las acciones ordinarias a tenedores de cualquier clase de acción.

En Junta de 9 de abril de 1985 la Sociedad decide ejercitar el derecho de retracto y el día 22 comunica a doña Belén que tiene a su disposición 500.000 pesetas (conforme al valor nominal señalado, a efectos fiscales, en la escritura de partición, siendo el valor real extremadamente superior), más 50.000 pesetas para los gastos que hubiere tenido que satisfacer y justifique. En otras Juntas, de 31 de mayo y 28 de junio, se acuerda destinar parte de los beneficios a la compra de las acciones, reduciendo en lo pertinente el capital.

Doña Belén presenta demanda en la que, entre otros pedimentos accesorios, solicita: a) Se declare que los artículos 10 y 11 de los Estatutos Sociales son nulos de pleno derecho; b) subsidiariamente a lo anterior y en cualquier caso, se declare la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en las Juntas Generales citadas; c) subsidiariamente a lo anterior, se declare la ineficacia del pretendido derecho de retracto frente a doña Belén por ejercicio irregular dada la caducidad del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó el apartado a) de la demanda y estimo el b) y los concordantes; recurrida la sentencia por la Sociedad, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró válidos los acuerdos adoptados en las Juntas Generales referenciadas, pero, acogiendo el pedimento c) de la demanda, declaró también 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, manteniendo los pronunciamientos accesorios. «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y condena a la parte recurrente al pago de las costas. Entiende el Alto Tribunal que no había lugar al ejercicio del derecho de retracto, siquiera no se puede modificar el fallo recurrido al estar prohibida en nuestro derecho la «reformatio in peius» y conformarse doña Belén R. C. con lo resuelto.

2. Motivos del recurso de casación

Se formulan tres motivos de casación, íntimamente ligados entre sí y todos ellos al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero acusa aplicación indebida del párrafo 1.º del artículo 1.281 del

Código civil, pues sólo una interpretación literal de la cláusula del artículo 10 de los Estatutos lleva a entender que se trata de un derecho de retracto, cuando la intención de los socios fue establecer una cláusula restrictiva de la libertad de transmisión de las acciones cuya infracción conllevará la nulidad de la enajenación frente a la Sociedad.

El segundo motivo denuncia inaplicación del párrafo 2.º del artículo 1.281 del Código civil y afirma que si se quiere que las cláusulas estatutarias restrictivas de la enajenación de acciones —con independencia de la desafortunada denominación de retracto— tengan eficacia y no sean inútiles, hay que entender que la intención de los socios fue limitar la libre circulación de los títulos sociales, concediendo a la Sociedad y, subsidiariamente, a los socios, un derecho de adquisición preferente sobre las acciones que se desee transmitir a extraños; derecho que ni se asimila técnicamente con el tanteo común, ni se identifica con el retracto. La cláusula no puede ser calificada como retracto legal pues viene consignada en unos estatutos privados y tampoco como retracto convencional porque vendría ejercitado frente a persona ajena al contrato que lo establece.

El tercer motivo alega inaplicación del párrafo 1.º del artículo 1.176 del Código civil, ya que el ofrecimiento de pago, por ser íntegro, idéntico, oportuno e incondicionado, aun no seguido de consignación, tiene efectos legales como los de excluir las consecuencias de la *mora solvendi* e impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades o resoluciones, de todo lo cual se deduce que es improcedente la afirmación de la sentencia impugnada de que no se ejercitó en tiempo y forma.

3. Fundamentos de Derecho (1)

En el fundamento número 5 el Tribunal expone las razones que hacen decaer los tres motivos del recurso de casación: «La limitación a la libre transmisibilidad de las acciones era válida —dice— antes de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y lo es después, cual reconocen el artículo 46 y la Exposición de Motivos, dentro de los límites marcados por el artículo 1.255 del Código civil, pero resulta claro que dicho artículo 46 no contiene enumeración alguna de dichas cláusulas, que podrán consistir en un derecho de adquisición preferente, “*praemptio*”, consentimiento previo o cualesquiera otras, incluido el derecho de retracto, con una transmisión previa válida, seguida de la subrogación en favor del retrayente, de lo que el primitivo adquirente ha de tener conocimiento por ser el Registro Mercantil público y obligatoria la inscripción de los estatutos, cual ocurre en el caso contemplado, aunque la enajenación válida quede sujeta a una condición resolutoria, consistente en el ejercicio por la sociedad del retracto en forma válida, cosa que aquí, repetimos, no ha existido; y la prueba de que “*Joyerías Pedro Alvarez, S. A.*” contempló en sus Estatutos como cláusula limitativa (no absolutamente impositiva, que sería nula) a la libre transmisibilidad de las acciones un derecho de retracto está no sólo en la constante repetición de tal palabra en los artículos 10 y 11, sino también en la inscripción de la transmisión que establecen en el libro registro que impone el artículo 35 de la Ley de Sociedades

(1) Ponente: Magistrado señor Fernández Gil.

Anónimas y que, bien o mal hecha, se practicó por la hoy recurrente. No hay, pues, aplicación indebida del artículo 1.281, párrafo 1.º, ni inaplicación del párrafo 2.º, y el artículo 1.176, también del Código civil, no se aplicó por la Sala de Instancia porque era realmente inaplicable en el sentido que pretende la recurrente, negándose con razón la recurrida a admitir el ofrecimiento de pago, que tenía como finalidad consumir un auténtico despojo; y en la hipótesis rechazada de que fuere procedente el retracto, el ofrecimiento de pago tenía que ir seguido de la consignación en tiempo del precio justo, razones todas que hacen decaer los tres motivos.»

Entiende el Tribunal Supremo que la cláusula estatutaria que establecía el retracto era válida pero inaplicable al caso debatido, como luego veremos. Al no haberse recurrido este extremo de la sentencia y aunque el Tribunal Supremo considera técnicamente inadecuada la tesis de la Audiencia que admite la aplicación del retracto, afirma que con ella se llega a idéntica solución puesto que, en tal hipótesis, el retracto no se habría ajustado en su ejercicio a las condiciones exigibles de plazo y precio. Ni se pagó o consignó dentro de plazo, ni el precio ofrecido era el procedente.

El Tribunal Supremo mantiene la tesis que ya estableció en su sentencia de 17 de abril de 1967, que reproduce parcialmente, de manera que, «admitido el carácter ganancial de las acciones, cosa no negada por la Audiencia ni por la Sociedad recurrente, 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 que alega la sentencia de instancia; doña Belén no es extraña ni ajena a «Joyerías Pedro Alvarez, S. A.», y, consiguientemente, no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del retracto previsto en los Estatutos, que en doctrina pacífica han de interpretarse de modo restrictivo en cuanto imponen limitaciones o trabas a la libre transmisibilidad de acciones, aun admitiendo su licitud, conforme al artículo 1.255 del Código civil, siempre que no se traspasen los límites señalados por el propio precepto».

Afirma el Tribunal que sería distinto si se tratará de acciones privativas suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas pero pagadas con fondos comunes (art. 1.352 Cc), «ya que entonces la sociedad de gananciales solo justificará un derecho de crédito por el valor de lo desembolsado y si se produjere transmisión entre los cónyuges sí que habría lugar al ejercicio del derecho de retracto».

II. COMENTARIO

1. Planteamiento

La Ley de Sociedades Anónimas no se ocupa de mencionar las diversas formas que pueden adoptar las restricciones estatutarias admitidas en su artículo 46 (2), dejando en libertad a las partes para que escojan el sistema restrictivo que estimen más adecuado a sus intereses, siempre que no infrinjan preceptos o princi-

(2) Artículo 46 de la Ley de 17 de julio de 1951 de régimen jurídico de las sociedades anónimas: «Las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción sólo serán

prios de naturaleza imperativa (3). La doctrina mercantilista clasifica las distintas clases de restricciones estatutarias en tres grupos: las que establecen un derecho de adquisición preferente; las que subordinan la transmisión a la autorización de la sociedad, que son válidas sólo dentro de determinados límites, y las cláusulas que establecen que el adquirente debe reunir ciertas condiciones (4). En cambio, considera inadmisibles la posibilidad de establecer por pacto un derecho de retracto que pudiera perjudicar a terceros (5).

válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas por los estatutos. En todo caso, la transmisión de las acciones nominativas deberá ser comunicada por escrito a la sociedad, y anotada por ésta en el libro correspondiente.»

El artículo 39, b), del Proyecto de Ley de Reforma del Derecho de Sociedades (BOCG, Congreso, de 13 abril 1989), teniendo en cuenta alguna de las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, dice lo siguiente:

«1. Sólo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

»2. La transmisibilidad de las acciones sólo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad, cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla. Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.

»3. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos. En este supuesto para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42, a). Este mismo régimen se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. Se entenderá como valor real el que determinen los auditores de la compañía y, en su defecto, el auditor que designará el juez.

»4. En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.»

(3) Así lo recuerda la sentencia comentada que cita la de 24 de noviembre de 1978 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1974. En la doctrina, *vid.*, entre otros, BROSETA PONT, MANUEL, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed., p. 101; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1976, 3.ª ed., pp. 522-537; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, pp. 122-130; VELASCO ALONSO, ANGEL, *La Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, 1982, 5.ª ed., pp. 258-265; CARRERA GIRAL, J., *La Ley de Sociedades Anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*, 1983, 3.ª ed., pp. 272-289.

(4) *Vid.*, entre otros, BROSETA, *Restricciones*, pp. 101 y ss.; VICENT CHULIA, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, I, 1986, pp. 283-284; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1986, pp. 186-187; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 1988, pp. 233-235.

(5) Para BROSETA (*Restricciones*, p. 150), «es difícilmente comprensible la validez de un derecho de retracto concedido —implícita o explícitamente— frente a terceros por un ordenamiento privado interno de naturaleza convencional, como son los estatutos. Tan sólo puede concederse un remedio tan enérgico por una disposición expresa de naturaleza legal».

En cambio, para PEDROL, A. (*Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas*, «RDP», 1949, p. 737), las cláusulas por él llamadas de *preemción*, conceden a la sociedad o a su beneficiario un derecho para solicitar judicialmente la restitución de las acciones.

Constituye, por tanto, una novedad la admisión expresa de la licitud del retracto a favor de la sociedad anónima o, en su defecto, de los socios, como cláusula estatutaria restrictiva de la libre transmisibilidad de las acciones amparada por el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas. El retracto es una cláusula que limita las posibilidades de enajenación de las acciones pues, según dice la sentencia, supone que la transmisión se halla sujeta a una condición resolutoria, que el adquirente ha de conocer por ser el Registro Mercantil público y obligatoria la inscripción de los estatutos, consistente en el ejercicio por la sociedad del retracto en forma válida.

La interpretación del Tribunal Supremo no está exenta de problemas. Que los estatutos sociales hayan establecido un derecho de retracto a favor de la sociedad cuando los socios enajenen acciones a personas extrañas, no autoriza a considerar a éstas automáticamente vinculadas por tales pactos. La vinculación se producirá si en el contrato de enajenación se introduce como condición resolutoria el ejercicio del retracto por la sociedad; pero no cabe considerar insertas tales condiciones en los contratos de enajenación de acciones a terceros por el mero hecho de estar previstas en los estatutos sociales, pues como los contratos sólo producen efectos entre las partes, al tercero que contrata con persona vinculada por tales pactos no le obliga lo convenido en ellos. La publicidad del Registro Mercantil y la obligatoriedad de la inscripción de los estatutos facilitan a los terceros el conocimiento de las cláusulas restrictivas, pero ello no implica que haya que presumir incluida en los contratos de enajenación de acciones la condición resolutoria consistente en el ejercicio del derecho de retracto societario (6).

Cuando la aposición del ejercicio del retracto por la sociedad como condición resolutoria resulte claramente de la voluntad, expresa o tácita, de los contratantes, la eficacia del contrato de transmisión de acciones, eficaz desde su celebración, cesará completamente si la condición se realiza (*cfr.* art. 1.114 Cc). El ejercicio del derecho de retracto por la sociedad provoca, por un lado, la resolución del contrato de disposición de acciones y, por otro, el paso de éstas a la propiedad de la sociedad retrayente que se subroga en la posición del tercero a quien debe reembolsar el precio real de las acciones.

Empero, no son los problemas de validez del retracto como cláusula estatutaria restrictiva de la libre transmisibilidad de acciones ni, en su caso, los problemas que pueda presentar su ejercicio conforme a derecho [ofrecimiento del pago, consignación, determinación del precio (7)] los que aquí nos interesa resaltar puesto que el Alto Tribunal entiende que no concurre el supuesto de hecho necesario para su aplicación.

Lo que realmente se plantea en estas sentencias es un conflicto de intereses, sobre acciones nominativas de un cónyuge adquiridas con bienes gananciales, entre el cónyuge que no figura como socio, pero tiene derecho a la mitad de los

(6) Como dice LUNA SERRANO (*Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, 1987, p. 44), «la oposición de las condiciones no requiere en sí misma forma alguna especial, pudiendo imponerlas los contratantes tanto expresa como tácitamente, siempre que la aposición del evento condicionante resulta claramente, ya que, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, “la condición en las obligaciones no se presume”» (*cfr.*, entre otras, SS. 5 diciembre 1953, 31 marzo 1964 y 27 abril 1983).

(7) Sobre determinación del precio ver MEDINA DE LEMUS, MANUEL, *El derecho de «preemptio» por el valor nominal de la acción*, «Rev. General de Derecho», 1985, núms. 493-494, pp. 3291-3324.

bienes comunes, y los restantes socios —o, en su caso, la sociedad— que, si existen restricciones estatutarias a la libertad de enajenación de acciones, tienen derecho a impedir el ingreso de nuevos socios. Aparentemente, las posibles soluciones sólo son dos, ambas insatisfactorias porque, sin buscar la composición de intereses, priman los de una de las partes en conflicto.

a) El Tribunal Supremo, partiendo del indiscutido carácter exclusivamente ganancial de las acciones, considera que la tesis técnicamente adecuada es la que entiende que en el caso debatido no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de retracto, aun admitiendo su licitud, pues en la partición de la sociedad de gananciales no se enajena ni se vende nada en favor de los cónyuges, sino que éstos reciben lo que ya era de ambos, si bien ahora se especifican los bienes que pasan a la propiedad individual de cada uno. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones servirán, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero no son suficiente para, so pretexto de unas alegadas cualidades personales, transformar la esencia de la acción e impedir la atribución a un cónyuge de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del otro (*cfr.* S. 17 abril 1967).

Desde un punto de vista dogmático, propio de la jurisprudencia de conceptos, lo que hay que preguntarse es si la adjudicación de acciones en pago de gananciales constituye o no un supuesto de enajenación que cae dentro del ámbito de aplicación de las cláusulas estatutarias que restringen la libre transmisión o enajenación de las acciones. La respuesta dogmática a este interrogante es negativa. No hay enajenación y, por consiguiente, no hay lugar a aplicar la cláusula estatutaria. La llamada sociedad legal de gananciales es un patrimonio colectivo, una forma de comunidad o una «cotitularidad indiscriminada». En consecuencia, la adjudicación de lo que ya era común no es enajenación, ni venta, en favor de la esposa, que tampoco adquiere algo nuevo, sino que recibe algo que ya era suyo. La adjudicación liquidatoria de la sociedad de gananciales no es un acto dispositivo o traslativo, sino un acto «meramente declarativo» (8). La solución parece intachable, pero no parece que pueda resistir el análisis si aplicamos un criterio de jurisprudencia de intereses, pues con ella se sanciona el ingreso de una persona extraña a la sociedad que es lo que se pretendía evitar con la cláusula restrictiva (9). Supuesta la licitud de las cláusulas estatutarias restrictivas de la libre transmisibilidad, y admitido igualmente que los intereses tutelados con ellas son el interés social y el interés de los demás socios de controlar el eventual ingreso de personas distintas en la gestión de la compañía y en el ejercicio de los derechos políticos que acompañan a la cualidad de accionistas, el hecho de que las acciones pasen a estar en manos de la mujer en lugar de estarlo en manos del marido (o viceversa), entra de lleno en el fenómeno que tales cláusulas tratan de regular (10).

(8) Así resume DÍEZ-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, 1969, p. 387) la posición mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de abril de 1967. Postura reiterada en la que nos ocupa.

(9) *Cfr.* SERRANO MONFORTE, *Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967*, «RDM», 1967, núms. 105-106, pp. 212-216.

(10) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, II, 1969, p. 387.

Según SERRANO MONFORTE (*RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 213) es «cierto que las cláusulas de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones, por ser una dero-

b) Desde un punto de vista menos conceptualista y más apegado a la jurisprudencia de intereses, la solución del conflicto pasaría por considerar que en la división y adjudicación de las acciones gananciales hay algo análogo a una transmisión, de manera que, si existen 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 solución la sociedad puede evitar que ingrese un nuevo socio, pero a costa de vulnerar los derechos del cónyuge no socio en la liquidación de la sociedad de gananciales. Si las acciones se consideran enteramente gananciales, ambos cónyuges tienen los mismos derechos en la partición del patrimonio común sin que puedan resultar alterados por ordenamientos privados ajenos a la sociedad de gananciales. Los cónyuges podrán convenir el tipo de división que les resulte más rentable, incluso la no división, pero no se hallan obligados a partir respetando las limitaciones estatutarias de la sociedad anónima.

Parece evidente que los Estatutos de la sociedad anónima no pueden alterar desde fuera el régimen característico de la sociedad de gananciales modificando derechos de terceras personas. Pero el ordenamiento económico del matrimonio ha de ser lo suficientemente flexible en la clasificación de los bienes de los cónyuges, para no calificar de igual modo las acciones, adquiridas con bienes gananciales, de una sociedad capitalista pura que las de aquellas en la que la condición personal del socio tiene gran importancia. El valor económico de las acciones, si así lo han querido los cónyuges, no hay duda de que es ganancial, pero la condición de socio del cónyuge a cuyo nombre figuran, dado el *intuitu personae* propio de la sociedad, ha de poder ser calificada como bien privativo. En su defecto, cabría analizar si el personalismo de la condición de socio sería motivo suficiente para conceder al cónyuge socio un derecho de atribución preferente en la división de la sociedad de gananciales. Es, en principio, en la calificación de las acciones donde hay que hacer valer el personalismo de la sociedad anónima (11).

gación del régimen general de circulación de los títulos y constituir, por tanto, una situación de derecho excepcional, deberán interpretarse restrictivamente. Pero esto no significa que puedan interpretarse desconociendo la finalidad para que fueron creadas y que justifica su admisión *contra tenorem rationis*. En el mismo sentido, DE LA CAMARA (*La mujer casada y el Derecho de Sociedades*, «RGLJ», núm. 227, 1969, p. 276): «La interpretación relativamente restrictiva del artículo 46 abona tan sólo la inadmisibilidad de ciertas cláusulas limitativas, pero no postula que una cláusula limitativa, válida por hipótesis, haya de ser restrictivamente interpretada (...). Toda cláusula contractual debe interpretarse de acuerdo con la intención de los contratantes (art. 1.281 Cc), y en el sentido más adecuado para que surta efecto (art. 1.285 Cc).»

(11) Señala SERRANO MONFORTE, al comentar la sentencia de 17 de abril de 1967 (RDM, 1967, núms. 105-106, p. 214), que las cláusulas de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones tienen una gran importancia; «no importa tanto que se excluya el principio de libre transmisibilidad de la acción como por qué se excluye. El artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas significa el reconocimiento legal de que, aunque otra cosa pudiera deducirse de la ley, todas las sociedades anónimas no son iguales, ni responden a unas mismas necesidades, ni deben quedar sujetas a un mismo régimen jurídico; significa, en definitiva, la inserción de una consideración personalista en la configuración de la sociedad anónima, normalmente sociedad capitalista y abierta». «Por eso —sigue diciendo—, cuando la fundación de una sociedad (aunque sea anónima) responde a la consideración especial de las personas que la constituyen, resulta muy difícil extender *ab initio* la condición de socio al cónyuge del esposo fundador,

Si las acciones se califican como exclusivamente privativas de uno de los cónyuges, no resultan afectadas por la disolución de la comunidad conyugal; si se califican como exclusivamente gananciales, pese a la existencia de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad, forman parte del caudal partible tras la disolución del consorcio y, únicamente, puede analizarse la hipotética existencia de un derecho de atribución preferente; por último, si las acciones de sociedad anónima «personalista» se califican como gananciales en lo patrimonial y privativas en cuanto a la condición de socio, sólo es divisible el valor real de las acciones, pero no la titularidad que continúa siendo privativa del cónyuge a cuyo nombre figuran.

Estas son las soluciones alternativas que se deducen del propio régimen de la sociedad de gananciales al tomar en consideración la mayor o menor relevancia del *intuitu personae* de la condición de socio de sociedad anónima cerrada. Soluciones que parecen ajustadas tanto a la jurisprudencia de conceptos como a la de intereses y tratan de superar los inconvenientes que conllevan la tesis de la cotitularidad de la condición de socio y la tesis de que la partición supone transmisión pese a la genérica ganancialidad de las acciones. Veamos con mayor detenimiento los problemas y soluciones apuntados.

2. El accionista casado y la sociedad de gananciales

El tema de la participación de persona casada bajo régimen de comunidad de bienes en sociedades personalistas y sociedades anónimas cerradas no ha sido muy estudiado por la doctrina española. Destacan las aportaciones de Lacruz al estudiar los bienes comunes y privativos en Aragón (12), cuyas conclusiones reitera en posteriores obras referidas ya al Código civil (13). El resto de la doctrina que se ha interesado por estos problemas, con la excepción de Serrano Monforte (14), no comparten el punto de vista de Lacruz que defiende la privatividad de la cualidad de socio y la ganancialidad del contenido económico de la participación en sociedades personalistas. Hay que destacar, con todo, el largo y completo estudio de Manuel de la Cámara sobre «la mujer casada y el derecho de sociedades» (15).

a pretexto de que la fundación se ha realizado constante el matrimonio y quizá con aportación de dinero ganancial, porque las circunstancias de que los fundadores sean o no casados y el origen de la aportación, es indiferente para la sociedad; en cambio, no lo es quién ostente en definitiva la cualidad de socio.»

(12) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés*, «RDN», núms. 13-14, 1956, pp. 25-158, en particular pp. 153-156; *Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa*, Rev. «Temis» de la Facultad de Derecho de Zaragoza, núm. 25, 1969, 67-96, en particular pp. 76-77.

(13) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS (-ALBALADEJO, MANUEL), *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, 1963, pp. 507-508. LACRUZ (-SANCHO), *Derecho de familia*, 1974, 2.ª ed., p. 295; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil*, IV, 1982, pp. 415-416.

(14) *Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967*, «RDM», 1967, núms. 105-106, pp. 212-216.

(15) RGLJ, núm. 227, 1969, pp. 192-293. Ver también, BLANQUER UBEROS, ROBERTO, *Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la rela-*

Hasta la reforma del Código civil de 1981, los problemas eran, en parte, distintos y afectaban de manera especial a la mujer casada. Como es sabido, es en 1975 cuando se consigue la igualdad formal entre marido y mujer en los aspectos personales. Anteriormente la mujer casada necesitaba licencia del marido para celebrar el contrato de sociedad y para la adquisición de acciones, aun a costa de sus bienes privativos. Los problemas eran, pues, de falta de capacidad. Problemas a los que había que añadir, en caso de acciones gananciales, los de falta de legitimación de la mujer para realizar actos de administración o disposición —a salvo la potestad doméstica— sobre bienes comunes. Los problemas de capacidad desaparecen en 1975, pero los de legitimación sobre bienes comunes perduran hasta 1981 (16).

En 1981 la igualdad formal entre marido y mujer se extiende a las relaciones patrimoniales, de manera que las eventuales dificultades del socio casado son las mismas para marido y mujer. Pero los problemas, obviamente, ya no son de falta de capacidad de la mujer casada para ser socio, pues el matrimonio no restringe la capacidad de obrar; ni de falta de legitimación de uno de los cónyuges para administrar acciones gananciales: en principio, la gestión y disposición de los bienes comunes corresponde conjuntamente a los dos cónyuges (art. 1.375), pero sin perjuicio de la legitimación individual, frente a terceros, para realizar los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores del cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1.384).

Ahora, la condición ganancial de las acciones a nombre de uno de los cónyuges no plantea grandes dificultades constante la comunidad conyugal: el cónyuge (en su caso, los cónyuges) fundador de la sociedad o adquirente posterior de las acciones es, en principio, el único titular de los derechos y obligaciones frente a la sociedad, pero, si la libertad de transmisión no está restringida hasta este extremo, los cónyuges podrán cambiar el nombre del titular o conseguir la cotitularidad frente a la sociedad. En el supuesto de que la transmisibilidad de las acciones se halle limitada por los estatutos sociales, los cónyuges no podrán pretender, alegando la ganancialidad de las acciones, modificar el régimen de la titularidad formal; de manera que el problema se retrasará frecuentemente al momento de la disolución y división de las acciones comunes.

A la disolución de la sociedad de gananciales, sin embargo, se siguen planteando las mismas dificultades que antes de la reforma: si la sociedad anónima ha limitado la libertad de transmisión de acciones a personas no socias, su adjudicación en pago de gananciales al cónyuge del socio supone, desde su punto de vista, la incorporación de un nuevo accionista que, por ello, debe realizarse conforme a lo dispuesto en los estatutos. ¿Puede el cónyuge no socio que ha recibido su participación en las acciones tras la división del caudal común ser rechazado

ción obligatoria, «AAMN», T. XIX, 1976, pp. 193-259, en particular, pp. 242 y ss.; *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, «RDN», núms. 113-114, 1981, pp. 7-71, en particular, pp. 50-55; más recientemente, BEAUS CODES, ANTONIO, *sociedad de gananciales y sociedades mercantiles*, «AAMN», XXVI, 1985, pp. 235-266, en particular, 241-253. No admiten la distinción propuesta por Lacruz, pero tampoco creen que la ganancialidad implique que, forzosamente, sean socios siempre ambos cónyuges.

(16) *Vid.* DE LA CAMARA, *RGLJ*, 1969, núm. 227, pp. 192 y ss.

como socio en base a las cláusulas estatutarias que permiten limitar el ingreso de nuevos accionistas? La respuesta, positiva o negativa, depende de la calificación, privativa o ganancial, que corresponda otorgar a la condición de socio en función de su personalismo o de su fungibilidad.

3. La calificación de la condición de socio del accionista casado en régimen de comunidad de bienes

Lo decisivo para determinar el sistema de administración y disposición de las acciones de persona casada, el régimen de los derechos de adquisición preferente, la responsabilidad de las acciones frente a acreedores del cónyuge titular y del consorcio, así como para decidir cómo deben computarse en la liquidación de la sociedad de gananciales, es su calificación como bienes exclusivamente privativos del cónyuge titular, como bienes exclusivamente comunes pese a ser administrados individualmente por el cónyuge socio o, por último, como bienes privativos en cuanto a la condición personal de socio, pero comunes en cuanto a su valor económico.

Las acciones, en cuanto bienes susceptibles de valoración, dentro de la sociedad de gananciales sólo pueden ser bienes privativos o comunes; pero dentro de las acciones gananciales parece necesario distinguir: a) aquellas en las que la condición de socio es fungible y, por tanto, aunque figuren a nombre de uno de los cónyuges, tal condición es ganancial y se halla sujeta en todo momento a las reglas propias de este tipo de bienes; b) aquellas en las que la condición de socio no es fungible, sino que, dada su relativa intransmisibilidad, va unida a la persona del cónyuge adquirente que es titular exclusivo de los derechos sociales y políticos. La calificación depende de las normas de la sociedad de gananciales que atienden no sólo al principio de subrogación en la condición ganancial, expresa o presunta, de los bienes empleados en la adquisición, sino también a la inherencia de las acciones a la persona del socio como consecuencia de las restricciones a la transmisión *inter vivos* contenidas en los estatutos sociales (17).

La administración de las acciones nominativas —y la disposición si se trata de títulos valores— corresponde, en todo caso, al cónyuge a cuyo nombre figuren, quien, en la relación entre cónyuges, puede ser propietario único de la acción, copropietario y titular privativo de la condición de socio o copropietario

(17) Dice SERRANO MONFORTE (*RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215) que si en el régimen normal de la sociedad anónima se ha incorporado un matiz personalista mediante la estipulación de una cláusula de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones, estamos ante un supuesto en que «la calificación de un bien dentro de la economía del matrimonio no puede tener un valor absoluto. Y no puede tenerlo porque la situación jurídica o derecho calificado está tan en íntima relación con la persona del titular que no puede disociarse la titularidad y el derecho sin afectar profundamente al régimen jurídico del derecho calificado. En estos casos, la calificación del derecho en el régimen económico del matrimonio sólo tiene un valor relativo, como lo tiene la calificación ganancial de la participación de un socio en una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada. El valor económico de la acción será ganancial a todos los efectos; pero la cualidad de socio que la acción incorpora, sólo puede predicarse de su titular».

y mero legitimado para administrar y disponer frente a terceros mientras persista el acuerdo conyugal que lo hace posible.

A) *Acciones exclusivamente privativas de un cónyuge*

Las acciones de sociedad anónima, existan o no limitaciones estatutarias a la libertad de transmisión, serán privativas del cónyuge a quien pertenecieran al comenzar la sociedad, del cónyuge que las adquirió después por título gratuito o del cónyuge que las adquirió a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1.346, 1.º, 2.º y 3.º, Cc). Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes (*cf.*, no obstante, art. 1.320). Las nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas serán también privativas. Asimismo, lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir (art. 1.352) (18).

Los intereses o devengos normales, tanto de las acciones nuevas como de las antiguas (privativas ambas: 1.352), tienen carácter ganancial. Aunque no es exacto considerar a la sociedad de gananciales como usufructuaria (19), «no hay duda de que los *dividendos* son el fruto o beneficio que recibe el accionista por su participación en la sociedad y, por tanto, que los dividendos repartidos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por entrar dentro del concepto de frutos civiles, desde su devengo, se atribuyen al patrimonio común, aunque sean propiedad privativa de uno solo de los cónyuges (20)».

La responsabilidad que afecta a estas acciones es la propia de los bienes privativos.

B) *Acciones exclusivamente gananciales a nombre de uno de los cónyuges*

En principio, serán gananciales las acciones de la sociedades anónimas abiertas adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisi-

(18) *Vid.* artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas y la crítica de LACRUZ al artículo 1.352 del Código civil en *Elementos*, IV, pp. 369-370. Ver también, DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XVIII, vol. 2.º (Edersa, Madrid, 1984), p. 174; TORRALBA SORIANO, *De la sociedad de gananciales. Artículos 1.344-1.374*, en «Comentarios a las reformas del Derecho de familia», vol. 2.º, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1618; GARCÍA CANTERO (-CASTÁN VÁZQUEZ), revisión y puesta al día de la obra de J. Castán Tobeñas *Derecho civil español, Común y Foral*, T. V, «Derecho de Familia», vol. 1.º, «Relaciones Conyugales», 11.ª ed., «Reus S. A.», Madrid, 1987, pp. 420-421; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, «Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, pp. 369 y ss.; sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1960 y comentario de Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 357-368.

(19) *Vid.*, por todos, LACRUZ, *Elementos*, IV, 405.

Vid., además, artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y, por todos, J. GIL RODRÍGUEZ, *El usufructo de acciones (Aspectos civiles)*, Edersa, Madrid, 1981.

(20) DE LOS MOZOS, *Comentarios*, XVIII, vol. 2.º, p. 171.

ción para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos (art. 1.347.3.º Cc) (21). En general, se presumen gananciales todas las acciones de persona casada cuyo carácter privativo no pueda justificarse (*cf.* art. 1.361 Cc) (22). Pero la ganancialidad por subrogación queda excepcionada cuando concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 1.346 y 1.352 del Código civil.

La definitiva condición ganancial de las acciones adquiridas por uno de los cónyuges a cargo de bienes comunes, requiere el acuerdo de ambos cónyuges, pues la legitimación individual para disponer de determinados bienes comunes (dinero: art. 1.384 Cc) no es suficiente para producir la subrogación final de lo adquirido en la condición de los bienes enajenados en contra de la voluntad del consorte (23).

Supongamos que las acciones nominativas son gananciales y que figuran a nombre de uno de los cónyuges. Pese a su condición de bienes gananciales, la administración corresponde al cónyuge adquirente y, si se trata de títulos valores, también su disposición. Si no son títulos valores, la administración es del cónyuge titular, pero para la disposición necesitará el consentimiento del otro. Las nuevas acciones suscritas como consecuencia de su titularidad ganancial serán también comunes. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir (art. 1.352, *a contrario*). La responsabilidad de este tipo de acciones por las deudas del cónyuge a cuyo nombre figuran y por las deudas de las que responde frente a los acreedores el patrimonio ganancial es la misma que la de los restantes bienes comunes. En la liquidación de la sociedad de gananciales se dividirán por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos (art. 1.404).

(21) El apartado 5.º del artículo 1.347 del Código civil establece la condición ganancial de «las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes». Pero la doctrina entiende que el precepto se refiere a las pequeñas empresas (CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales. Un ensayo sobre la Ley de 13 de mayo de 1981*, «Cuadernos Civitas», Madrid, 1981, p. 62), y, dentro de ellas, según TORRALBA (*Comentarios*, p. 1608), «única y exclusivamente a la empresa individual, cualquiera que sea su dimensión, por tanto, a toda empresa que no esté organizada en forma de Sociedad, ya que, en este último supuesto, lo que sucederá es que teniendo la entidad personalidad jurídica independiente, el patrimonio empresarial ya no será ganancial y los derechos de la comunidad matrimonial se limitarán a las acciones, participaciones o aportaciones». En contra, GIMÉNEZ DUART (*Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, «RCDI», 1982, p. 132) que incluye también la empresa social.

(22) No basta para destruir la presunción de ganancialidad la circunstancia de que los títulos figuren a nombre de uno de los cónyuges o se encuentren en su poder. «Es más, el artículo 1.384 se limita a permitir que, en el tráfico, bienes que son gananciales o, por lo menos, que pueden serlo, circulen como si fueran privativos; por tanto, tal precepto no atribuye a los títulos que están a nombre de uno de los cónyuges carácter privativo, sino que se limita a establecer que los actos de administración y disposición realizados por tal cónyuge son válidos, con independencia de que los bienes sean privativos o gananciales» (TORRALBA, *Comentarios*, p. 1618).

(23) Si las acciones adquiridas por un cónyuge sin el consentimiento del otro han sido pagadas con fondos consorciales de los que podía disponer unilateralmente el adquirente, pero la adquisición satisface exclusivamente el interés de éste, la responsabilidad interna recae sobre el patrimonio privativo del cónyuge beneficiado que deberá reembolsar a la comunidad el precio de la adquisición. Las acciones, una vez efectuado el reembolso, serán privativas del adquirente.

El cónyuge que haya suscrito las acciones tiene la administración, el carácter de socio y a él le corresponderán los derechos políticos (RR. DGRN 16 marzo 1959, 4 noviembre 1969 y 5 julio 1982), aunque las acciones tengan la condición de gananciales. La validez y eficacia de los actos de administración y, en su caso, disposición, realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren las acciones es meramente externa, pues internamente procederá el oportuno reembolso si la operación no contó con el consenso del cónyuge no socio. Es una norma de protección de terceros (24), que no establece facultades absolutas en el cónyuge titular, sino que, en la relación interna, está en conexión con el principio de gestión conjunta de los bienes gananciales. Por ello, serán de aplicación, en su caso, los artículos 1.390, 1.391 y 1.393.2.º; además el otro cónyuge podrá solicitar judicialmente se ponga fin a la administración separada, instando su comunicación al amparo de los artículos 1.375 y 1.376 (25). Por supuesto, la administración y disposición de las acciones se transferirá, por ministerio de la ley o por decisión judicial, al otro cónyuge cuando se den los supuestos previstos en los artículos 1.387 y 1.388 del Código civil.

La titularidad a nombre de un solo cónyuge de las acciones gananciales, no es una titularidad *básica* o *en propiedad*, ni siquiera una titularidad *fiduciaria* tras la que se oculta el verdadero alcance del derecho. Se trata más bien —como dice Magariños— de una titularidad *instrumental* que cobija un derecho compartido con un punto de referencia subjetiva que es la sociedad de gananciales, y a través de la cual se aplica la comunicación y adscripción del bien a la sociedad, que, al carecer de personalidad jurídica, no admitiría una titularidad directa (26).

Al no existir restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones o carecer de la necesaria relevancia para considerar privativa la condición de socio, la división del patrimonio ganancial y la adjudicación de acciones al cónyuge no socio o a los herederos respectivos no puede verse afectada por las normas estatutarias.

(24) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV, pp. 254-255. DE LOS MOZOS, *Comentarios*, XVIII, vol. 2.º, p. 389, nota 6.

(25) Cfr. DE LOS MOZOS, *Comentarios*, XVIII, vol. 2.º, p. 390; LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 467-468.

(26) MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, *Sociedad de gananciales y sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a F. Manrique Romero, Edersa, Madrid, 1989, p. 329.

GARRIDO CERDA (*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, «AAMN», XXV, 1982, pp. 143-176) habla de que la titularidad jurídica de los bienes gananciales pertenece a los cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión, según quien haya sido el que los ha aportado al consorcio; para BLANQUER (*La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, «AAMN», XXV, 1982, pp. 43-142, en particular pp. 114-116) hay un concurso de factores de legitimación diversos y de diverso alcance: la calificación de ganancialidad, de una parte, y de otra, la condición de adquirente, o de poseedor de un cónyuge. La calificación de ganancialidad incide sobre la titularidad, determinándola, aunque no la haga desaparecer. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA sostiene que los bienes gananciales pertenecen al cónyuge que los adquiere a su nombre, sin perjuicio de la calificación ganancial que modaliza su régimen, pero la comunidad no se produce hasta la liquidación (*Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias*, «RDN», núm. 116, 1982, pp. 7-36; *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. (Comentario a la R. DGR de 2 febrero 1983)*, «RDN», núms. 121-122, 1983, pp. 341-398).

C) *Acciones gananciales de titularidad privativa de un cónyuge*

La reforma del Código civil de 1981, inspirándose en el Derecho civil aragonés (27), ha incluido en la enumeración de bienes privativos de cada uno de los cónyuges «los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles “inter vivos”» (art. 1.346.5.º).

En este artículo tienen cabida no sólo los bienes que se relacionan directamente con la personalidad humana de uno de los cónyuges o cuya intransmisibilidad deriva de la misma naturaleza del acto o del bien atribuido, sino también otros bienes en los que la relación con la persona de su titular se ha establecido desde fuera, legal o convencionalmente. Supuesto de hecho en el que, a semejanza de lo que sucede con las participaciones en sociedades personalistas puras y de responsabilidad limitada, hay que incluir también a las acciones de sociedades anónimas cerradas en las que las limitaciones impuestas a la libre transmisión de las acciones confieren un marcado carácter personal a la condición de socio, y ello aunque se hayan adquirido con cargo al patrimonio común y con la conformidad de ambos consortes. Como dice De la Cámara, «las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales no se explican por sí mismas, sino que constituyen solamente la aplicación concreta de un principio general más amplio: la infungibilidad de la cualidad de socio» (28).

a) *Intransmisibilidad «inter vivos» de la cualidad de socio*

En nuestro Derecho, sociedades personalistas puras son la sociedad civil, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria (con excepción de los socios comanditarios) (29). También en la sociedad de responsabilidad limitada la protección jurídica al *intuitu personae* se pone de relieve principalmente a través de las normas que limitan la transmisión *inter vivos* de la cualidad de socio (30). No obstan-

(27) Artículo 38 de la Compilación: «Son bienes privativos de cada cónyuge: (...) 2.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles *inter vivos*, mientras conserven estos caracteres.»

(28) *RGLJ*, 1969, núm. 227, p. 253. Para este autor (*RGLJ*, núm. 227, 1969, p. 278) «forzoso es admitir que, en estos casos, se hace necesario distinguir entre el derecho en sí y su valor económico, o al menos entre la titularidad de aquél, frente a la contraparte y frente a terceros, y su atribución material, en cuanto que constituye un bien susceptible de aprovechamiento».

(29) *Cfr.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, núm. 227, pp. 200-201. Los socios no pueden transferir a un tercero sus derechos en la sociedad sin el consentimiento de los demás (arts. 1.696 Cc y 143 CC). La sociedad se disuelve por la muerte, incapacitación, concurso o quiebra de cualquiera de los socios (arts. 1.700 y 222 de ambos cuerpos legales, respectivamente), etc. Todo esto pone de relieve que en estas sociedades la titularidad y ejercicio de los derechos sociales se liga irrevocablemente a los sujetos concretos que intervienen como fundadores, o que ingresan posteriormente en la sociedad con el beneplácito de todos sus componentes.

(30) Nuestra ley, como es sabido, otorga a los socios, y en su caso a la sociedad, un derecho de adquisición preferente en el supuesto de que algún socio pretenda transferir *inter vivos* sus participaciones sociales (art. 20 LSRL), y permite, frente a la transmisión *mortis causa* de las mismas, que se estipule un derecho análogo (art. 21). *Cfr.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, núm. 227, pp. 202 y 230 y ss.

te, la intransmisibilidad nunca es absoluta (31). En las sociedades anónimas las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones sólo existen si así lo han previsto los estatutos: son, por tanto, voluntarias (32).

La doctrina es unánime a la hora de valorar el personalismo que la inclusión de este tipo de cláusulas comporta para las sociedades anónimas. En estos supuestos se establece una clara similitud con las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada (33).

Según Lacruz, en la sociedad anónima cerrada «las cláusulas de consentimiento dejan al accionista en situación tan semejante a la del socio en una sociedad de personas, que no es discutible su equiparación a efectos del consorcio conyugal. Sin embargo, surge la dificultad en aquellas cláusulas que sólo afecten a las transmisiones *inter vivos* y no a las *mortis causa* (34).

Distinto problema plantean las cláusulas de conocimiento o tanteo, que pueden figurar en los estatutos de las sociedades anónimas y que forman parte del régimen jurídico normal de las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 20 y 21). «La cláusula de preempción impide, al parecer, la transmisión de las acciones a la comunidad, lo que sería incompatible con su carácter personal. Constante matrimonio la acción pertenece formalmente al cónyuge titular, mientras que materialmente debe entenderse íntegramente del patrimonio común» (35). Lo mismo cabe decir de las cláusulas de retracto en los casos en que hayan sido claramente incluidas por las partes, como condición resolutoria, en el contenido del negocio particional que, si bien no impide la transmisión la condiciona al no ejercicio del retracto por los socios o por la sociedad, lo que dota a las acciones de un cierto carácter personal, si bien menos intenso que en otros tipos de cláusulas.

(31) «En todas las sociedades es posible la cesión o transmisión de la parte de un socio (con la condición de socio incluida), aunque para ello se requiera el consentimiento de los demás» (LACRUZ, *Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés*, «RDN», XIII-XIV, 1956, p. 153).

(32) La realidad jurídica y la doctrina ofrecen dos versiones distintas de la sociedad anónima. La sociedad anónima abierta, en las que no se toma en consideración la persona del accionista, cuyo capital será aportado (directa o indirectamente) por el público, y la sociedad anónima cerrada que pretende afectar la empresa social a un grupo exclusivo y limitado de partícipes. Ejemplo típico, aunque no único, de sociedad anónima cerrada, es la sociedad familiar (*cf.* F. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 1986, 2.ª ed., pp. 242). Como dice DE LA CÁMARA, «a falta de criterios legales que nos permitan discernir dónde se encuentra la frontera que separa la sociedad cerrada de la sociedad abierta, tendremos que inclinarnos por sostener que es abierta toda sociedad que no limite la transmisión de sus acciones y acepte, por consiguiente, que sus socios puedan ser libre e indefinidamente sustituidos» (RGLJ, 1969, núm. 227, p. 241).

(33) *Cfr.* LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, pp. 153-156; SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, pp. 212-216; DE LA CÁMARA, *RGLJ*, núm. 227, 1969, pp. 235-242; BROSETA, *Restricciones*, pp. 24-27; BEAUS CODES, A., *Sociedad de ganancias y sociedades mercantiles*, «AAMN», XXVI, 1985, pp. 250-251. En la jurisprudencia reconoce carácter personalista a una sociedad anónima con restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones la sentencia de 5 de abril de 1961.

(34) *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 155.

(35) LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 156.

b) Inherencia a la persona de la cualidad de socio

Parece que si los bienes de carácter personal están excluidos de la comunidad, deben estarlo también, por esta misma razón, las participaciones y acciones en sociedades constituidas *intuitu personae*. Sin embargo, esto sólo a medias es cierto. La exclusión de los bienes inherentes a la persona se funda en la relación de tales bienes con la personalidad mientras que las participaciones y acciones de sociedades personalistas son privativas no porque, en sí, se relacionen con la persona de su titular, sino porque esa relación se ha establecido *ab extra*, previniendo su intransmisibilidad; la condición privativa, entonces, no obedece a un derecho de la personalidad, sino a una situación nacida objetiva o convencionalmente que, por voluntad presunta de las partes, y en otros casos por voluntad expresa, debe perdurar entre las mismas personas o atribuida al sujeto originario (36). Desde este punto de vista, el carácter personal de la participación en una sociedad de personas es perfectamente compatible con la aportación de la misma a la comunidad (37).

c) Consecuencias

Junto al conjunto de derechos del socio en relación con la vida social, que varían desde el derecho a la gestión hasta la simple vigilancia de la actuación de los gestores, y que se caracterizan en su defensa por la llamada *actio pro socio*, existe el contenido patrimonial, lo que llama Ulpiano (D. 17, 2, 64, 8) *emolumentum*, y éste sí que es transmisible y, por consiguiente, puesto que en estos casos es la intransmisibilidad el único obstáculo para que los bienes ingresen al consorcio, es también el *emolumentum* comunicable (38).

La adquisición de acciones de una sociedad anónima cerrada («personalista») con cargo a bienes comunes, comporta, por tanto, la privatividad de la condición de socio en favor del cónyuge adquirente y la ganancialidad de su valor siempre que ésta haya sido la voluntad de los cónyuges (39). La regla general de ganancialidad de lo adquirido a título oneroso con bienes comunes, se halla excepcionada por el 1.346.5.º que hace prevalecer sobre ella la condición privativa de los derechos inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*. La titularidad

(36) LACRUZ, *Temis*, 25, p. 76.

(37) LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 154.

(38) LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, pp. 153-154; SAINZ DE VARANDA JIMÉNEZ, RAMÓN, *Problemas planteados por la aportación a la comunidad aragonesa de muebles y adquisiciones, de participaciones sociales en compañías regulares colectivas*, «Anuario de Derecho Aragonés», T. V, 1949-1950, pp. 439-447.

(39) Si se trataba de un simple préstamo, el cónyuge adquirente de las acciones privativas tendrá que reembolsar al patrimonio común el anticipo. Faltando el consentimiento del otro cónyuge la disposición onerosa de bienes comunes es anulable (art. 1.301, 1.377 y 1.322 Cc), salvo si se trata de dinero o títulos valores a nombre o en poder del cónyuge disponente. En este caso la enajenación es válida y eficaz frente a terceros, la condición de socio es siempre privativa del cónyuge adquirente por las limitaciones estatutarias a la entrada de nuevos socios, pero el valor de la acción sólo será común si hay acuerdo conyugal. En su defecto, procederá el reembolso a favor de la comunidad y las acciones serán enteramente privativas.

del cónyuge adquirente no es una mera titularidad instrumental, como en las acciones exclusivamente gananciales, sino que conlleva la privatividad de la condición de socio (40).

El carácter personal o exclusivo de la acción es compatible con el ingreso del *emolumentum* de la misma en la comunidad. Tal carácter exclusivo significa que ni el consorte del socio ni sus sucesores podrán inmiscuirse en la gestión de la sociedad. Por el contrario, los derechos pecuniarios atribuidos a la participación —derecho a los beneficios mientras dura la sociedad, derecho a una parte del fondo social a la disolución— ingresan en el activo consorcial (41). El valor de la acción es ganancial, como lo son los frutos que produzca durante la sociedad, y responde como el resto de bienes de esta condición de las obligaciones que permiten a los acreedores de los cónyuges agredir bienes comunes, incluso contraídas por sólo el otro cónyuge (42). La suscripción preferente de nuevas acciones es un acto de administración: la decisión es exclusiva del cónyuge socio (derecho), pero lo adquirido seguirá el mismo régimen que las acciones viejas: condición de socio privativa y valor económico ganancial, con independencia de con qué tipo de bienes se hayan pagado. Conforme al artículo 1.352, las nuevas acciones siguen el régimen de las anteriores.

La administración y disposición de las acciones corresponde exclusivamente al cónyuge titular de la condición de socio y se halla sujeta a las mismas reglas que la administración y disposición de bienes privativos, en particular al deber de información establecido por el artículo 1.383 del Código civil. El otro cónyuge no tiene acción para solicitar la administración conjunta, ni para anular los actos de enajenación onerosa o lucrativa; ahora bien, como el ejercicio de estos derechos privativos del cónyuge socio conlleva simultáneamente la administración y disposición de bienes comunes, el lucro exclusivo, el daño doloso a la sociedad o la actuación fraudulenta del cónyuge socio da lugar a la aplicación de los artículos 1.390 y 1.391; el cónyuge no socio también podrá pedir, en estos casos, la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.393, 2.º y 4.º). Lo adquirido en la enajenación de las acciones es enteramente ganancial.

Correspondiendo, pues, el *emolumentum* a la comunidad, el hecho de que, al disolverse una sociedad constante matrimonio, se asignasen bienes al cónyuge asociado, no implicará que tales bienes quedasen privativos suyos (43).

(40) Como señala SERRANO MONFORTE (*RDN*, 1967, núms. 105-106, p. 214), siguiendo a Ripert, para las sociedades colectivas, pero extensible a las anónimas «personalistas», «el carácter personalista de estas sociedades no impide que la participación del socio pueda calificarse como ganancial si se ha adquirido durante el matrimonio a costa del caudal común. Pero ello no produce el efecto de modificar el pacto social. La cualidad de socio continuará ostentándola el socio que la ha asumido».

(41) LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 415-416. Anteriormente en *Derecho de familia*, I, 1974, 2.ª ed., p. 295, y en *RDN*, XIII-XIV, 1956, pp. 154-155.

(42) Sin perjuicio de que, en caso de ejecución forzosa, deban observarse las limitaciones establecidas para la transmisión si el rematante quiere que se le reconozca la condición de socio por la sociedad. Sobre el tema, véase la fundamental monografía de BROSETA, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1984, 2.ª ed., pp. 187 y ss. *Cfr.* SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215.

(43) *Cfr.* LACRUZ, *RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 155.

4. División de la sociedad de gananciales y acciones o participaciones sociales

A la disolución de la sociedad de gananciales cesan las atribuciones de facultades que tenían anteriormente los cónyuges para la administración y gestión del patrimonio común, conferidas por ley o por capítulos. En cambio, se mantienen las facultades individuales sobre los bienes y derechos privativos de cada cónyuge.

La administración de los bienes que integran la masa común, corresponde a todos los titulares conjuntamente por el sistema de mayorías, rigiendo el artículo 398 del Código civil. También cabe encomendar la administración por todos los partícipes a uno sólo de ellos, que tendrá que dar cuenta de su gestión en la forma acostumbrada y conforme a las reglas del mandato y las de la sociedad civil, en su caso. La administración conjunta conlleva la coposesión de las cosas comunes, y, por tanto, si la posesión inmediata era individual de uno de los esposos, debe comunicarse a los demás partícipes. En principio, la posesión individual que conserve un cónyuge o cualquiera de los comuneros ha de entenderse meramente inmediata y, por tanto, inhábil para la usucapión (S. 21 enero 1910) (44). La disposición de los bienes comunes se rige por las reglas de la comunidad de bienes, siendo necesaria la concurrencia de todos los partícipes y sin que la negativa de uno de ellos pueda ser suplida por la autorización judicial (S. 27 diciembre 1978).

La división y adjudicación de bienes gananciales constituye el título, por lo que los bienes que antes eran comunes ahora pasan a ser propios y específicos de los antiguos partícipes, según conste de las adjudicaciones correspondientes.

Parece que decidida la naturaleza de las acciones o participaciones, los efectos que sobre ellas tiene la disolución y división del consorcio conyugal no dependen de que la sociedad se haya disuelto por la muerte del cónyuge socio, por la del consorte o por causas distintas de la muerte; ni del tipo concreto de sociedad. Los efectos guardan relación directa exclusivamente con la calificación de las acciones y participaciones (45): si eran totalmente privativas continúan siendo de la propiedad exclusiva del cónyuge socio y pasan enteras a sus herederos en caso de muerte; si eran comunes en lo patrimonial pero privativas en lo personal, se divide su valor real, pero continúa la condición de socio en el cónyuge titular o, si muere, pasa ésta exclusivamente a sus herederos; si eran totalmente comunes, pese a figurar a nombre de uno sólo de los cónyuges, se dividen enteramente entre los cónyuges o sus herederos.

No obstante, hay que señalar que en las sociedades capitalistas las acciones pueden ser privativas o gananciales pero no privativo-gananciales, puesto que la condición de socio no es algo exclusivo y personal, sino libremente transmisible. En cambio, en las sociedades «personalistas» —incluyendo en el término a todas las que, legal o convencionalmente, tienen restringida la transmisibilidad de la condición de socio—, las participaciones y acciones pueden ser privativas de uno

(44) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 565.

Conviene recordar que según el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas, «las acciones son indivisibles. Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones deriven de la condición de accionista».

(45) *Vid. contra* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, p. 259.

de los cónyuges o privativo-comunes, pero no exclusivamente comunes, pues el *intuitu personae* que les caracteriza implica que la condición de socio es privativa del cónyuge a cuyo nombre figuran.

Con esta tipificación mixta de las acciones de sociedad anónima cerrada se evitan los problemas y dificultades vistos en la sentencia, sobre si la partición de los bienes comunes es o no acto de transmisión (46): la condición de socio no se divide, por lo que en ningún caso cabe plantearse si se violan o no las restricciones a la transmisión de las acciones.

A) Acciones o participaciones privativas

En la liquidación de la comunidad conyugal no se tienen en cuenta los bienes privativos de los cónyuges: las acciones o participaciones propias de uno de los cónyuges, como los otros bienes privativos, continúan en el patrimonio personal del cónyuge titular y, caso de muerte, pasan a sus herederos. Tanto *inter vivos* como *mortis causa*, el cónyuge del socio es un tercero de modo que las hipotéticas transferencias de acciones son auténticas enajenaciones que ponen en funcionamiento, en su caso, los resortes restrictivos de la sociedad.

B) Acciones o participaciones privativo-gananciales

a) Sociedad colectiva

A la disolución de la comunidad conyugal la participación social figurará en la masa a partir, pero solamente *en valor*, porque la participación debe permanecer necesariamente en la parte atribuida al esposo asociado (47).

(46) Como en la partición hereditaria, en la división de los bienes comunes hay una sustitución de la cuota de cada cónyuge por bienes concretos, pasando de unas cotitularidades extendidas a todos los objetos del patrimonio ganancial, a concretarse cada una en la atribución plena de una parte de los bienes que integran el patrimonio liquidable. A su vez estos objetos que se adquieren en la partición son, no sólo el equivalente económico de la cuota, sino también un equivalente jurídico: se subrogan en la anterior cuota sobre el patrimonio en liquidación. (Cfr. LACRUZ, *Elementos*, V, p. 132.) Parece que la partición no es ni traslativa ni declarativa, sino determinativa y especificativa de derechos. Tal es el sentido real de la jurisprudencia: sentencias de 19 de junio de 1959 y 27 de noviembre de 1972.

«Ciertamente que la adjudicación de los bienes gananciales a uno u otro de los cónyuges no es un acto de enajenación en sentido técnico, sino un acto especificativo o determinativo de derechos; pero esto no significa que no tenga carácter dispositivo (lo niega la sentencia que comentamos, pues se individualiza y concreta el derecho de propiedad de cada cónyuge a quienes, en lo sucesivo, corresponderán los bienes adjudicados en forma privativa. En este sentido no es un acto puramente declarativo, y cuando la modificación consiste precisamente en el cambio del titular de las acciones, parece que existan las mismas razones para aplicar el régimen establecido en la cláusula de limitación a la libre transmisibilidad que cuando se trata realmente de un acto de enajenación, pues, en definitiva, y con relación a la sociedad, se constituye la titularidad de la acción y se atribuye la cualidad de socio en cabeza distinta de quien la ostentaba» (SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 214).

(47) RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit commercial*, 1, 5.ª ed., París, 1964, p. 371, citado por Serrano Monforte, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 214.

Para la sociedad colectiva, la muerte del cónyuge del socio, así como la disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta de la muerte, debe ser un hecho intrascendente, como si las participaciones fueran exclusivamente privativas del cónyuge socio. Sólo el fallecimiento de éste afecta a la sociedad colectiva. En cualquier caso, el valor de la participación social debe incluirse en la liquidación del patrimonio ganancial (48). Esta solución deja a salvo el interés económico del otro cónyuge, o de sus herederos, aunque eventualmente les prive del lucro que podría proporcionarles su ingreso en la sociedad (49).

Supongamos ahora que muere el cónyuge socio. Si no se ha pactado la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, o bien la sociedad colectiva se disuelve totalmente o prosigue entre los sobrevivientes. En uno y otro caso el haber líquido que represente la cuota del socio difunto debe ser entregado conjuntamente a los herederos del difunto y a su cónyuge. Si se ha convenido que, al morir un socio, la sociedad podrá continuar con los herederos, es dudoso si al desaparecer la nota de intransmisibilidad puede entenderse que la partición pasa a ser enteramente ganancial y, por tanto, divisible por mitad —incluidos los derechos personales— con el cónyuge sobreviviente (50). Parece que la mera intransmisibilidad *inter vivos* ex artículo 1.346 es suficiente para predicar la condición privativa de los derechos sociales, condición que no varía porque se convenga la sucesión *mortis causa* en tales derechos. Por supuesto, el cónyuge podrá ser heredero voluntario o forzoso y suceder en la condición de socio al premuerto.

b) Sociedad de responsabilidad limitada

La protección del interés de los socios tiene lugar merced al derecho de adquisición preferente consagrado por los artículos 20 y 21 de la Ley de Sociedades

(48) Como dice LACRUZ (*Temis*, núm. 25, 1969, p. 77), «si fallece primero el cónyuge del socio, supuesto que éste, en las sociedades de personas, no puede «transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía» (art. 143 CC), parece que, o bien continúa con los herederos del cónyuge premuerto la asociación a la parte, meramente privada (art. 1.696 Cc), o habrá de imputarse en la cuota del cónyuge socio en la comunidad conyugal el valor de su participación en la sociedad, o reintegrar al fondo común lo pagado por ella y la parte de beneficios». Sucede lo mismo en los restantes supuestos de disolución del consorcio conyugal.

Cfr. BEAUS CODES, A., *Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles*, «AAMN», XXVI, 1985, p. 247.

(49) *Vid.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, pp. 259-260.

(50) Para LACRUZ (*Temis*, núm. 25, 1969, p. 77), «el fallecimiento previo del cónyuge socio dará lugar a la disolución de la sociedad civil y colectiva, salvo que se haya previsto la continuación con los herederos (arts. 1.704 Cc, 222 CC), en cuyo caso surge el problema de si, tratándose de una sucesión universal, aunque no a título de herencia, cabe atribuir al cónyuge sobreviviente dicha condición de socio: la solución afirmativa parece más probable en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 21 LSRL).

DE LA CÁMARA (*RGLJ*, 1969, p. 260) piensa que dentro de la expresión «herederos» del artículo 222 del Código de Comercio, hay que considerar incluido al cónyuge por razón de sus derechos en la comunidad ganancial. De la misma opinión es BEAUS CODES, A. (*AAMN*, XXVI, 1985, p. 248) que excluye, no obstante, el caso de que en el pacto se limite la sucesión a un heredero determinado o se excluya al cónyuge.

de Responsabilidad Limitada. Por consiguiente, si uno de los socios enviuda, o se produce la disolución del consorcio por causas distintas de su muerte, el valor económico de las participaciones debe incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales (51). En estos casos, la condición de socio del cónyuge vivo, en cuanto bien privativo, no resulta afectada por la disolución; si pese a ello se adjudica al cónyuge no socio o a sus herederos, entrará en juego el derecho de adquisición preferente (52). También es posible adjudicar proindiviso el valor de las participaciones al cónyuge socio y a su consorte o herederos, si bien la cualidad de socio y el ejercicio de los derechos sociales, dentro de la sociedad, seguirá correspondiendo exclusivamente al primero (53).

Cuando la disolución de la sociedad de gananciales tenga lugar por la muerte del cónyuge socio, el valor económico de sus participaciones sociales pasa conjuntamente a los herederos y al cónyuge viudo, mientras que la condición de socio pasa exclusivamente a los herederos. El pacto que extiende el ejercicio del derecho de adquisición a la transmisión *mortis causa* no alcanza al cónyuge, salvo cuando sea auténtico heredero (54).

c) Sociedad anónima cerrada

El valor de la acción deberá computarse en la liquidación de la sociedad de gananciales. Y deberá computarse su valor real, no el que le corresponda aplicando las reglas establecidas en la cláusula de limitación (55). Si no se procede así y se adjudican al cónyuge del esposo fundador, existirá un cambio de titularidad que la sociedad puede desconocer, a no ser que la adjudicación se haya hecho respetando las limitaciones establecidas en la cláusula estatutaria (56).

La adjudicación de parte del valor real de las acciones al cónyuge del accionista o a sus herederos no permite ejercitar el derecho de adquisición preferente establecido en los estatutos, que sólo será de aplicación si, voluntariamente, se adjudica también la condición de socio (57), aunque estos supuestos especialísimos no hayan sido expresamente previstos en la cláusulas estatutarias. La disolución y división de la sociedad de gananciales no afecta a la titularidad de los derechos sociales que continúan siendo privativos del cónyuge accionista, quien

(51) *Cfr.* DE LA CÁMARA, p. 267.

(52) *Cfr.* LACRUZ, *Temis*, núm. 25, 1969, p. 77.

(53) *Cfr.* DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, p. 270.

(54) En contra, BEAUS CODES, A., *AAMN*, XXVI, 1985, p. 253.

(55) «Porque de igual forma que la calificación (ganancial) de la acción según las reglas del régimen económico del matrimonio es irrelevante para la sociedad, el procedimiento de valoración establecido en el pacto social debe ser irrelevante en tema de liquidación de la sociedad de gananciales, pues, en este caso, no se trata de ejercitar el derecho de adquisición preferente que los estatutos confieren a los que ya son socios de la sociedad, sino de tomar en cuenta el valor de las acciones que se dicen gananciales, para que, adjudicándose éstas al cónyuge que ostenta su titularidad frente a la sociedad, pueda compensarse a su consorte con otros bienes de la comunidad o en metálico» (SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215).

(56) *Vid.* SERRANO MONFORTE, *RDM*, 1967, núms. 105-106, p. 215.

(57) *Cfr.* LACRUZ, *Temis*, núm. 25, 1969, p. 77.

sólo viene obligado a colacionar en la partición el valor de las acciones, salvo que se acuerde su adjudicación proindiviso (58).

Si fallece el cónyuge accionista, aunque no existan restricciones a la transmisibilidad *mortis causa* de las acciones, la condición de socio, en cuanto bien privativo por hallarse limitada su transmisión *inter vivos*, pasa a los herederos. El cónyuge no socio sólo tiene derecho a su parte de patrimonio común; si recibe bienes o derechos privativos del consorte a título de sucesión será al margen de la liquidación de los gananciales y siendo aplicable, en su caso, las posibles limitaciones expresamente fijadas por los estatutos (59). El ejercicio por la sociedad de las limitaciones expresas a la transmisión *mortis causa* de las acciones privará de la titularidad de las mismas a los herederos del socio, únicos que tenían derecho a ella dada su condición privativa.

C) Acciones gananciales

En la sociedad anónima abierta, tipificada por la libre transmisibilidad de sus acciones, el *intuitu personae* carece jurídicamente de relieve, lo que equivale a admitir que la cualidad de socio es fungible. Quiere decirse con ello que a la sociedad le es indiferente que sea socio el marido, la mujer o sus herederos respectivos. Por tanto, las acciones de estas sociedades no plantean, a la hora de liquidar y partir el patrimonio común, ninguno de los problemas a que acabamos de referirnos. Ni el marido ni la mujer pueden escudarse en la titularidad *instrumental* de las acciones para excusar su inclusión en la liquidación de la sociedad de gananciales, ni tampoco la sociedad emisora o los restantes socios pueden inmiscuirse en su adjudicación (60).

Así sucede, por un lado, por el carácter ganancial de la condición de socio y, por tanto, integrante del patrimonio común a dividir; y, por otro, porque no existirán cláusulas que limiten la transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, pues si las hubiera la sociedad sería, por ello, personalista, y la condición de socio figuraría como bien privativo del cónyuge titular.

(58) «La disolución de la sociedad conyugal por acto intervivos (capitulaciones, separación personal o divorcio) no debe llevar consigo otra consecuencia que la de que el socio aporte a la masa ganancial su valor económico, pues, de adjudicarse las acciones o participaciones sociales al cónyuge, actuará el derecho de preferencia legal o estatutaria, salvo que la adjudicación al cónyuge en tal supuesto se haya exceptuado de la actuación del pacto restrictivo, ya que (...) el cambio de socio en tal tipo de sociedades (...) vulnera los pactos sociales» (BEAUS CODES, *AAMN*, XXVI, 1985, p. 252).

(59) En contra dice LACRUZ (*RDN*, XIII-XIV, 1956, p. 155) que «teniendo lugar la transmisión al consorcio a título universal, como en la sucesión hereditaria, más parece que debe equipararse a ella, y, por consiguiente, si un heredero, es decir, un sucesor universal a causa de muerte, puede ingresar en la sociedad, también debe ser esto posible relativamente a ese sucesor universal que es, a través del consorcio conyugal, el cónyuge. En todo caso, si constante matrimonio los derechos de tipo personal que concede la acción intransmisible *inter vivos* han de ser ejercitados por el cónyuge titular, esto resulta más discutible cuando el consorcio se disuelve por su fallecimiento y una u otra persona extraña ha de ser titular de las acciones. En tal caso deberían ser las acciones las que recayeran en el consorcio y fueran objeto de división, y no simplemente el *emolumentum* de las mismas».

(60) DE LA CÁMARA, *RGLJ*, 1969, pp. 282-283.

No obstante, como las acciones gananciales a nombre de uno de los cónyuges quedan sometidas, durante la vigencia del régimen de comunidad, a su particular uso y actividad, quedando a su disposición, como si fueran propias, puede pensarse si ahora, en el momento de la división y partición del caudal común, existe un derecho de atribución preferente, derivado de esa «relación anterior» de uno de los cónyuges con las acciones a su nombre. Por otra parte, hay que pensar que la división del paquete de acciones conlleva frecuentemente una pérdida de potencial económico y político que conviene evitar.

Opina Beaus Codes que «fuerza mucho el texto legal el intentar obtener tal adjudicación en bloque, y que, si el buen sentido económico no prevalece, cada una de las acciones integradas en el paquete, que no tienen entidad jurídica como universalidad, seguirá el régimen de los restantes bienes, sin que pueda alegarse tampoco por el cónyuge titular el artículo 1.406 del Código civil, para que se adjudiquen con preferencia en su haber dichas acciones, como explotación industrial que hubiera llevado con su trabajo, pues cualquiera que fuera su actuación gerencial en la sociedad al amparo del indicado paquete, no se puede ignorar la existencia de la sociedad, que es realmente la titular de la industria» (61). El criterio general, por tanto, es que el cónyuge socio no podrá ejercitar el derecho de atribución preferente del artículo 1.406 respecto de las acciones o participaciones sociales, porque en unos casos no cabe incluirlas en la liquidación de gananciales; y en los que, pudiéndose incluir, efectivamente se incluyan, o en los que necesariamente hayan de ser incluidas, «faltan razones de analogía y de equidad para poder mantener que entre en juego aquel derecho» (62).

No obstante, cree Rams Albesa que el reconocimiento o negación del derecho de atribución preferente depende más de la realidad económica subyacente tras la forma social, que de la interposición o no de esa misma sociedad. Así, en las sociedades anónimas cuando su estructura es *familiar* o están constituidas por un único socio (la masa ganancial), no hay razón de principio que impida la atribución preferente al cónyuge que se ha dedicado como profesión a su gestión (63). Pero en estos casos será frecuente que existan restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones lo que conlleva la privatividad de la condición de socio y hace innecesaria la atribución preferente. El posible ámbito del derecho de atribución preferente quedaría reducido a las sociedades cerradas, sin cláusulas estatutarias restrictivas, con acciones gananciales gestionadas profesionalmente por uno de los cónyuges (64).

Si no se acepta que la existencia de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad conlleva la privatividad de la condición de socio, el papel del derecho de atribución preferente resulta mucho más importante.

(61) *AAMN*, XXVI, 1985, p. 249.

(62) GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Reus S. A., Madrid, 1985, p. 51.

(63) *Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)*, «RCDI», 1985, pp. 790-791.

(64) GARRIDO DE PALMA, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO, entienden que el artículo 1.406.2.º del Código civil puede ser aplicable cuando nos encontramos ante un cónyuge titular de participaciones sociales dominantes de una empresa social o cuando se trata de una sociedad anónima o sociedad limitada de un solo socio, suponiendo que dichas acciones o participaciones hayan sido inclui-

En cambio, no hay duda de que los partícipes en la liquidación podrán acordar lo que estimen más conveniente para sus intereses: desde mantener la indivisión y la titularidad de uno de ellos, pasando por la atribución íntegra a uno de los partícipes, hasta la división y adjudicación de las acciones gananciales en proporción a las participaciones de los consortes.

das en la liquidación de la sociedad de gananciales, a) por la importancia que la conservación del «poder de dirección» o de «control» puede tener para la vida de la empresa misma, para el cónyuge socio e incluso para la familia; b) porque «llevar con su trabajo» puede equivaler a dirigir (*La disolución de la sociedad de gananciales, cit.*, pp. 51-52).