

**COMENTARIO DE LA  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 28 DE JULIO DE 2020 (458/2020)**

**Empresa familiar, sociedad de gananciales  
y adjudicación de participaciones sociales**

Comentario a cargo de:  
MARÍA DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Complutense

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JULIO DE 2020**

**ROJ:** STS 2502/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:2502

**ID CENDOJ:** 28079119912020100016

**PONENTE:** EXCMA. SRA. DÑA. MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

**Asunto:** Discrepancias surgidas entre los cónyuges al liquidar la sociedad de gananciales acerca de la adjudicación de las participaciones de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Es necesaria la unificación de doctrina.* 5.2. *La Sentencia del Tribunal Supremo 219/1995 de 15 de marzo de 1995 y la Sentencia de Tribunal Supremo 69/2000 de 29 de enero de 2000.* 5.3. *Sentencia del Tribunal Supremo 54/2017 de 27 de enero de 2017: identidad de supuesto de hecho.* 5.4. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 183/2015 de 2 de febrero de 2015 y Sentencia de la Audiencia de Castellón 71/2017 de 3 de marzo.* 5.5. *Posición del cónyuge del socio.* 5.6. *Conclusión.* 6. Bibliografía.

## 1. Resumen de los hechos

Tras la sentencia de divorcio que declara disuelto el régimen económico matrimonial de gananciales existente entre los cónyuges, la esposa presenta en el Juzgado solicitud de liquidación del régimen económico matrimonial, acompañada de un inventario y de una propuesta de liquidación, en la que se adjudica al marido todas las participaciones gananciales de la sociedad familiar, es decir concretamente 92, que representan el 46% del capital de la sociedad, por considerar que la interpretación jurisprudencial de los artículos 1061 y 1062 del Código Civil a los que se remite el artículo 1410 del Código Civil, exige llevar a cabo la división atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

En la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia el esposo muestra su discrepancia acerca de la valoración de las participaciones sociales reflejada en el informe aportado por la esposa y elaborado por una empresa auditora, y en consecuencia, se opone a dicha propuesta, y manifiesta que, en su opinión, la única opción viable es adjudicar por mitad las participaciones sociales gananciales, lo que representaría para cada uno de los cónyuges un 23% del capital social.

Ante la falta de acuerdo, y de conformidad con el artículo 810 del Código Civil, se procede al nombramiento de un contador partidor y en el cuaderno que este elabora propone la adjudicación al esposo de las 92 participaciones sociales (que representan el 46% del capital de la sociedad) valoradas en 314.123.,33 euros, con la obligación de abonar a la esposa 148.344,77 euros y a ella se le adjudica una finca con su vivienda y ajuar valorada en total en 17.433,79 euros.

El esposo formula oposición a las operaciones divisorias contenidas en el cuaderno particional elaborado por el contador partidor, y solicita que las participaciones sociales se repartan por mitad o bien que se vendan en pública subasta.

## 2. Solución dada en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ourense de 6 de octubre de 2016 estima parcialmente la oposición formulada por el esposo y adjudica a la esposa la finca con la vivienda y el ajuar y mobiliario de la misma por el valor de 17.433,79 euros y al esposo unas participaciones sociales de la sociedad familiar por valor de 17,433,79 euros. El restante de las participaciones sociales ordena que se vendan en pública subasta, y que se reparta el resultado por mitad entre ambos litigantes.

El Juzgado rechaza la primera alternativa propuesta por el ex cónyuge de repartir las participaciones por mitad, ya que “en la práctica sería una atribución de papel mojado, habida cuenta de que se trata de un negocio de carácter

familiar, gestionado por el demandado y su hermano, siendo ambos socios administradores con facultad para tomar decisiones que afecten a la valoración de acciones y distribución de beneficios así como la adquisición de bienes para dicha empresa, sin que hasta el momento, y ni tan siquiera durante los años que lleva durante el proceso judicial desde la presentación de la demanda de divorcio, se ha dado cuenta a la esposa, lo que hace presumible que no se cuenta con ella en el futuro, por el tipo de negocios del que estamos hablando. Ello en la práctica hace que sea ilógico que se le atribuyan a ella las acciones en exclusiva o en una parte o mitad de las mismas”.

El Juzgado rechaza también la propuesta del contador partidor de adjudicar las participaciones al cónyuge administrador, alegando que no respeta la igualdad de los lotes con arreglo al artículo 1410 del Código Civil, y entiende que, a pesar de que las participaciones sociales son divisibles, lo procedente en el caso, es aprobar su venta en pública subasta con arreglo al artículo 1062 del Código Civil.

### **3. Solución dada en apelación**

La Audiencia Provincial de Ourense en su sentencia de 30 de junio de 2017 estima el recurso de apelación en el único extremo de aprobar la partición de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales efectuada por el contador partidor. Señala que “la facultad del artículo 1406 del Código Civil ha de ser interpretada de acuerdo con los preceptos que regulan la partición, el artículo 1410 del Código Civil se remite a las reglas sobre la liquidación y partición de la herencia, por lo que debe acudir a los artículos 1061 y 1062 del Código Civil.

Resalta que como la jurisprudencia ha interpretado la igualdad de lotes a la que se refiere el artículo 1061 del Código Civil no es matemática o absoluta sino una recomendación, porque en cada caso hay que valorar las particulares condiciones de los bienes que integran el caudal y de los partícipes e interesados en la partición y “el artículo 1062 del Código Civil permite atribuir a uno de los partícipes los bienes, compensando al otro en dinero o con otros bienes, teniendo en cuenta que el haber de la sociedad de gananciales se integra prácticamente en exclusiva por el valor de la participación del 46 % en la sociedad que explota el negocio”.

Deja además muy claro la Audiencia que la venta en pública subasta no es una solución ni justa ni adecuada para liquidación de la sociedad de gananciales. Tal y como puso de manifiesto el contador partidor, sería prácticamente imposible que una tercera persona adquiriese un paquete de participaciones minoritarias de una sociedad mercantil que es exclusivamente familiar en la que los dos hermanos tendrían la mayoría, por lo que únicamente sería factible que uno u otro pujase en esa subasta, en la que adquirirían las participaciones por un valor muy inferior al que se establecía por el contador partidor,

burlando así los derechos que le corresponden a la esposa, a la que debe atribuirse la mitad del valor del negocio calculado al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal.

Destaca también “el carácter absolutamente familiar, tanto de la propia sociedad compuesta únicamente por el matrimonio formado por los litigantes y el matrimonio formado por el hermano del demandado, como del propio negocio, incluida su llevanza y gestión, desempeñada siempre por los dos hermanos”.

Además, lo mismo que sucedió con el Juzgado, la Audiencia también rechaza la posibilidad de adjudicar a la esposa la mitad de las participaciones sociales dado que esto podría incidir de forma muy negativa en la marcha del negocio y generar problemas en su desenvolvimiento. Al poseer la gran mayoría de las participaciones el esposo, junto con su hermano, ninguna intervención tendría la esposa, con un porcentaje de un 23% en el funcionamiento de la empresa familiar misma, reparto de beneficios.

#### **4. Los motivos alegados**

En el único motivo admitido del recurso de casación se denuncia, infracción de los artículos 1061, 1062, 1406y 1410 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta., y para justificar el interés casacional, cita las sentencias 737/2016 de 21 de diciembre, y 104/1998 de 16 de febrero.

En su desarrollo sostiene que la sentencia recurrida infringe el artículo 1061 del Código Civil, al que se remite el artículo 1410 del Código Civil, porque aprueba las operaciones divisorias del cuaderno particional a pesar de no existir igualdad de los lotes, y considera que es perfectamente factible la venta de las participaciones en pública subasta, con arreglo al artículo 1062 del Código Civil.

En el desarrollo del recurso no se explica la forma en la que se ha infringido el artículo 1410 del Código Civil, lo que en opinión de la Sala resulta lógico porque propiamente la solución de la sentencia recurrida no resulta de su aplicación explica la forma. Precisamente porque el cónyuge recurrente no exige la atribución preferente de las participaciones al amparo del 1406 del Código Civil que establece el derecho de un cónyuge a que se incluya con preferencia en su haber hasta donde esta alcance la explotación económica que gestione efectivamente, no es preciso valorar en que circunstancias puede ejercitarse tal facultad cuando la explotación económica tiene forma social o cuando sólo es ganancial una cuota de la empresa como sucede en este caso.

El segundo motivo del recurso de casación alega infracción de los artículos 216, 217, 348 y 786 2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución y 5,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero es inadmitido.

El recurso extraordinario por infracción se formula en un único motivo en el cual se denuncia infracción de los artículos 376 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitución, por entender que la sentencia recurrida ha llevado una valoración de la prueba arbitrara e ilógica.

El recurso es desestimado dado que según la Sala adolece de una gran confusión en su exposición, acumula la denuncia de distintas infracciones y cita de manera conjunta preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y preceptos del Código Civil, por lo que es obvio que no hay infracción procesal, porque al conocer la cuestión planteada en el recurso de apelación la Audiencia explicita unas razones diferentes a las que tuvo en cuenta el Juzgado, como establece el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Es necesaria la unificación de doctrina*

De esta Sentencia 418/2000, de 28 de julio, lo primero que cabe resaltar, es que la Sala Primera no llega a conseguir una unanimidad a la hora de establecer una doctrina acerca de la adjudicación de las participaciones sociales de carácter ganancial de una empresa familiar, tras un divorcio, con tensas relaciones entre los cónyuges, que como consecuencia les impiden llegar a un acuerdo.

El Voto particular es formulado por D José Luis Seoane Spielberg, y se adhieren al mismo D Ignacio Sancho Gargallo y D Juan María Díaz Fraile y discrepa abiertamente del criterio seguido por la Sala de desestimar los recursos por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Ourense. En su opinión, el recurso debió de ser estimado y procederse a la venta en pública subasta.

Entiende que con la solución adoptada se genera un precedente innecesario en la liquidación de la sociedad de gananciales, en los supuestos muy frecuentes en que la actividad de los cónyuges se lleva a cabo por medio de una sociedad mercantil y en los que las acciones o participaciones sociales son gananciales, si se impone la forzosa adquisición de las mismas al cónyuge que gestiona el objeto social, con obligada compensación de su valor al otro cónyuge y se le niega además la posibilidad de optar por la venta en pública subasta.

Sin embargo, para la Sala mayoritariamente no resulta razonable acordar la subasta pública, aunque lo pida uno de los partícipes, cuando dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado. Esta idea es relevante, en atención a las circunstancias fácticas del presente litigio en el que se trata de la liquidación de las participaciones de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano.

Además, la postura mayoritaria del Tribunal Supremo considera que al tratarse de una subasta que debe ejecutarse para llevar a cabo una liquidación ordenada judicialmente, para evitar la situación de indefensión a que conduciría el fracaso de la subasta, procedería la aplicación de las normas reguladoras del apremio, lo que permitiría una adjudicación por el 30 por 100 del valor de tasación (artículos 635 y 651 LEC), la regulación contenida en los artículos 72 a 77 de la LN es supletoria de las normas que en su caso establezcan que la venta se haga ante notario, lo que sucede tratándose de una subasta acordada por el juez al amparo de una norma legal artículo 1062 CC y 635 LEC). Por esta razón para evitar la situación de indivisión a que conduciría el proceso de la subasta, procedería las normas reguladoras del apremio, lo que permitiría una adjudicación por el 30% del valor de tasación (artículos 635 y 651 LEC).

En relación al artículo 1062 del Código Civil sienta como doctrina que “este no exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se le adjudica el bien deba existir en el haber partible, lo que resulta lógico dado la naturaleza fungible del dinero”.

Sin embargo, para el Voto particular dicho artículo “está condicionado a que exista dinero líquido en el activo del inventario ganancial, en este caso inexistente, o que el adjudicatario admita la atribución del bien con compensación en metálico al otro u otros copartícipes, en este caso expresamente negada pre el cónyuge.” Además de abrirse un frente en su interpretación al permitirse obligar a un copartícipe en una herencia, comunidad de bienes o liquidación del régimen económico matrimonial a soportar la adquisición forzosa de un bien inventariado de naturaleza indivisible, negándole la posibilidad legal de solicitar su venta, sin constatación de una situación de abuso del derecho por su parte y que el mismo está condicionado.

Entiende además que el contador no puede imponer una adquisición forzosa al copartícipe de la comunidad en liquidación del bien con creces de mayor valor en el haber común, en contra de su expresa y justificada oposición, a modo de una especie de expropiación forzosa a la inversa en el ámbito del derecho privado, que limite y cercene su libertad de decisión y gestión patrimonial, siendo la libertad un valor superior del ordenamiento jurídico (artículos 1 y 10,1 CE).

Tampoco hay acuerdo en el modo de realizar la subasta ordenada por el juez en la liquidación de la sociedad de gananciales, y es la propia sentencia en el Voto particular la que reconoce que existe una problemática en esta materia sobre la que en su día deberá pronunciarse la Sala al no existir doctrina jurisprudencial al respecto, tratándose de un asunto de legalidad ordinaria. La doctrina mayoritaria se inclina por la vía de apremio.

El Voto particular sin embargo no descarta que la venta de las participaciones pueda hacerse mediante subasta notarial con la posibilidad de señalar un precio fijo límite de adquisición, y determinar las concretas condiciones de la venta encaminadas a la obtención de un precio satisfactorio para las partes.

La sentencia del Pleno no deja indiferente a sus lectores y pone de manifiesto que la regulación del Código del Civil en materia de gananciales, casa

mal con la empresa familiar y con la participación de los cónyuges en la misma, sobre todo si la participación de uno de los cónyuges se produce con posterioridad a la constitución de la sociedad familiar, como sucede en el supuesto de hecho, y este no conoce el negocio ni muestra interés en él.

Con la actual regulación del Código Civil en materia de gananciales la solución al supuesto de hecho concreto planteado era difícil, como lo demuestra que no haya podido alcanzarse una unanimidad entre los propios magistrados de la Sala. No ayuda la regulación del Código Civil en relación a la empresa familiar en materia de gananciales.

Del supuesto de hecho planteado en la sentencia comentada cabe resaltar la total falta de acuerdo entre los cónyuges en las tensas relaciones familiares. Si se opta por la adjudicación de las participaciones al cónyuge socio administrador de la empresa familiar, lo que sería comprensible, nos encontramos con la oposición del propio cónyuge adjudicatario, que manifiesta que no tiene capacidad económica para poder compensar a su excónyuge, y que en consecuencia se opone firmemente a dicha adjudicación.

Si se opta por la venta en pública subasta, nos encontramos con la oposición de la esposa, ya que va a ser difícil encontrar licitadores que se quieran incorporar a la empresa familiar, y la venta de las participaciones sociales de la empresa familiar de su excónyuge, va a tener difícil salida en el mercado. Creemos que no le falta razón, si nos atenemos a las especiales circunstancias del caso concreto planteado.

La formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, la naturaleza, cantidad y valor de los bienes, sus posibilidades de división. Esto hace que no se pueda determinar de manera preceptiva la forma de división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad de lotes, con arreglo al artículo 1061 del Código Civil. Dicha norma tiene más carácter facultativo, que imperativo, y así lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo. En consecuencia, la formación de lotes dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de los bienes que se reparten, sin que sea precisa una igualdad matemática o absoluta. La partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad.

## 5.2. *La Sentencia del Tribunal Supremo 219/1995 de 15 de marzo de 1995 y la Sentencia de Tribunal Supremo 69/2000 de 29 de enero de 2000*

El Tribunal Supremo en la sentencia 219/1995 de 15 de marzo de 1995, precisamente en un supuesto de adjudicación de participaciones sociales de una empresa familiar, considero que el citado artículo 1061 del Código Civil no es una norma imperativa que deba cumplirse a ultranza, sino que tiene más bien carácter facultativo, como se contempla en las sentencias de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974, y 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de

198. Como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 3 de julio de 1991 recurrida se trata de una mera pauta o recomendación ya que “el desmerecimiento que pudiera producirse de la adjudicación a la esposa de parte de las acciones de un negocio familiar y de los inmuebles cuya propiedad el marido comparte con su familia, es una razón suficiente, para aceptar el criterio lógico del contador partidario de atribuir tales bienes al marido y fijar una compensación en dinero para la esposa, que dada la conformidad en el valor de los bienes, es el resultado de una operación proporcional no combativa”.

Es verdad que en este caso existían bienes en el haber ganancial para compensar la adjudicación de las participaciones, y a pesar de ello, se le atribuyen al cónyuge que comparte el negocio familiar con su familia, a cambio de una pequeña compensación de 7.087.785 pesetas, valorando los inconvenientes que habría de suponer para los litigantes, cuyas relaciones familiares seguían siendo tensas. El cónyuge adjudicatario se opone alegando que en el haber ganancial existían bienes de la misma especie y calidad para compensar, y sin embargo su petición es desestimada.

Se va introduciendo una flexibilización a la hora de aplicar el citado artículo, ponderando muy especialmente las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, dejando muy claro que la formación de los lotes viene condicionada por las circunstancias concurrentes, las cuales obligan a valorar las particulares condiciones de los bienes y de los partícipes.

Por esta razón el pago con bienes de distinta naturaleza no supone necesariamente infracción del artículo 1061 del Código Civil como recuerda la sentencia del tribunal Supremo 77/2013 de 14 de febrero.

Sin embargo, para el Voto particular esta sentencia no es aplicable al caso porque no se había solicitado la venta de un supuesto bien indivisible en pública subasta, sino que realmente lo que se cuestiona es la vulneración del artículo 1061 del CC, al existir otros bienes inventariados, y la compensación en metálico era de reducido valor tal que 7.087.785 pesetas, lo que fue tenido en cuenta por la sentencia recurrida.

Sin embargo, lo cabe resaltar de la misma que aun existiendo bienes en el haber ganancial, se ordena una compensación en metálico, con independencia de su cuantía, ateniéndose a las circunstancias del caso concreto.

En su sentencia 6/2000 de 29 de enero de 2000, el Tribunal Supremo da la razón a la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de marzo de 1995 y considera que la opción de la subasta pública puede ser causa de un considerable desmerecimiento de los bienes comunes, como lo es también sin duda la división material. En consecuencia, opta por la adjudicación a la esposa, en atención a las especiales circunstancias de los bienes, tanto del negocio familiar de cafetería, como del local donde estaba ubicada la misma, para así evitar la pérdida de valor de dichos bienes ante la subasta, la cual además no se había solicitado por los cónyuges. Se invoca la buena fe y la equidad, y se tiene en cuenta, que ninguno de los litigantes había pedido la



venta de los bienes con intervención de licitadores extraños, aunque el propio Tribunal la desaconseja esta opción.

5.3. *Sentencia del Tribunal Supremo 54/2017 de 27 de enero de 2017: identidad de supuesto de hecho*

La sentencia 54/ 2017 de 27 de enero de 2017 del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de noviembre de 2014 y declara que procede vender la vivienda familiar y sus anejos inseparables en pública subasta con admisión de licitadores extraños, así como el reparto de la venta al 50% entre los cónyuges, para con tal activo decidir sobre la partición interesada, pudiéndose entonces hacer compensaciones en metálico si la igualdad de los lotes lo exigiese.

El Voto particular de la sentencia 458/2020 de 28 de julio, entiende que existe identidad de razón entre el caso examinado en esta última sentencia 54/ 2017 de 27 de enero, con el contemplado en la sentencia que comentamos, puesto que en ambos litigios se trata de la división de un bien ganancial, no se discute por las partes su carácter indivisible, ninguno de los consortes esta interesado en la adjudicación del bien con compensación en metálico al otro y no consta la capacidad económica del recurrente para llevar a efecto la adquisición propuesta. En consecuencia, al existir identidad procedería en ambos supuestos la venta en pública subasta.

En la sentencia 54/2017 de 27 de enero el Tribunal Supremo acuerda la subasta pública porque la Sala no llega a entender cómo, habiendo manifestado las partes con rotundidad en el acta de liquidación de bienes gananciales que no deseaban la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico a la otra parte, por no tener disponibilidad económica para ello, el contandor partidador imponga la adjudicación de la vivienda al esposo, quien dice no tener disponibilidad económica, dando por supuesto, además que los acreedores van a consentir la novación subjetiva que propone en cuanto los préstamos que integran el pasivo. El Alto Tribunal considera que no tiene encaje legal imputar al demandado la falta de prueba sobre su situación económica, pues tal carga debe recaer sobre quien la afirma, ni constituye un obstáculo para la venta el hecho de que el esposo tuviera atribuido el uso de la vivienda familiar, porque el mismo se extingue en el momento de liquidar la sociedad de gananciales. Precisamente esa atribución del uso de la vivienda familiar es lo que hizo a la Audiencia adjudicar la misma al cónyuge usuario. Criterio por otra parte que había mantenido el Tribunal Supremo en sentencias anteriores, como la 74/1993 de 14 de junio, en la cual se atribuye la vivienda familiar al cónyuge que tenía atribuido el uso de la vivienda familiar, y desaconseja su venta en pública subasta. Y en la misma se hace para sí la siguiente reflexión: “los estrictos cauces de la casación no permiten corregir una partición ex officio de este tribunal, aunque se aprecien indicios de no ser la partición demasiado equilibrada en el puro orden contable”.

En nuestra opinión no existe identidad de razón entre los supuestos de hecho planteados por ambas sentencias, ya que el bien objeto de partición es sustancialmente diferente en cada una de ellas. Cuando se trata de la vivienda familiar no hay ninguna duda que en la subasta pública acudirán licitadores extraños.

No sucede lo mismo con las participaciones sociales de una empresa familiar, que hace ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta, como resalta la sentencia 458 / 2020 de 28 de julio.

No es lo mismo la vivienda habitual que la empresa familiar, y la situación fáctica descrita en la sentencia comentada, conforme a la cual, la administración, gestión y explotación se realiza por el exmarido junto con su hermano, y que ambos se dediquen profesionalmente a la empresa, siendo ellos los que la hacen funcionar por sus especiales conocimientos, experiencia y relaciones.

El negocio familiar es un bien que tiene una especial relación con la persona, independientemente de su valor patrimonial. La empresa familiar se caracteriza porque su propiedad, gobierno y control pertenecen a un grupo familiar, asegurándose la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad mediante las relaciones familiares.

La sociedad limitada es legalmente una sociedad basada en el *intuitu personae*, como lo prueba la existencia de limitaciones legales a la transmisibilidad de acciones o participaciones.

Los intereses económicos no son los mismos los de la vivienda familiar que los de la empresa familiar, y en esta se hace difícil equilibrar los intereses económicos de ambos cónyuges, tratándose de un bien ganancial.

Si el bien en litigio hubiera sido la vivienda familiar en la sentencia comentada, cabría plantearse si la solución hubiera sido la venta en pública subasta. A lo mejor la respuesta sería afirmativa.

#### 5.4. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 183/2015 de 2 de febrero de 2015 y Sentencia de la Audiencia de Castellón 71/2017 de 3 de marzo*

No abundan resoluciones que conozcan de impugnaciones al inventario en las que la controversia se refiera a la adjudicación de un paquete minoritario de acciones y participaciones sociales en la empresa, pero si que nos encontramos con algunos pronunciamientos en los que se había impugnado el cuaderno de partición elaborado por el contador partidor a propósito de la atribución al cónyuge de las participaciones sociales en la empresa familiar, al liquidar la sociedad de gananciales.

Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 183/2015 de 2 de febrero de 2015, la cual confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Llanes de 1 de septiembre de 2014, desestima en su integridad la oposición deducida por ambos excónyuges a la propuesta de operaciones divisorias realizadas por el contador partidor designado al efecto, aprobando su

acuerdo. El acuerdo atribuía al esposo el 50% de la participación en el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, la cual se dedicaba a la concesión, venta y reparación de vehículos, mecánica en general, chapa y pintura, y compraventa de vehículos usados. Era el esposo, junto con su otro socio, quien administraba y explotaba en exclusiva el negocio, constituyendo este su medio de vida y profesión. Dicho negocio se encontraba en funcionamiento en la fecha del divorcio y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales.

Es curioso que inmediatamente después de disolverse la sociedad de gananciales, se declare disuelta también la empresa familiar a valor “0” por acuerdo de los dos socios. Es normal los recelos mostrados por el perito de no fiarse de los libros de contabilidad aportados por el cónyuge, y acude a otro método para valorar la sociedad en 45.204,32 euros.

La Audiencia Provincial de Asturias pone de manifiesto que, frente a esta valoración basada en datos objetivos, y realizada de una manera sistemática, analítica y razonable no puede prevalecer la que figura en el acta de liquidación de la sociedad, única prueba aportada por el recurrente, que era el administrador de la sociedad y que además tenía a su disposición todos los soportes contables de la contabilidad. A propósito del artículo 1061 del Código Civil declara que la doctrina jurisprudencial resalta que la igualdad de lotes no tiene porque ser matemática y absoluta, sino que se trata de una recomendación más que de un mandato imperativo, porque en cada caso la formación de los lotes viene necesariamente condicionada por las circunstancias concurrentes que obliga a valorar las particulares condiciones tanto de los bienes que integran el caudal como de los partícipes o interesados en la misma.

En consecuencia, considera asimismo razonable, comprensible y justificado el criterio seguido por el contador partidor tanto en la valoración como en la adjudicación al esposo de las participaciones por la cantidad de 22602,16 euros), en cuanto ello se acomoda a lo dispuesto en los artículos 1406, 1390 y 1397,2 del Código Civil.

Con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo 54/2017 de 27 de enero la Audiencia Provincial de Castellón en su sentencia 71/2017 de 3 de marzo, confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de 18º de marzo de 2016, y aprueba el cuaderno particional realizado por el contador partidor, en el que se adjudica al esposo el 50% de las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada familiar y a la esposa el crédito de la sociedad de gananciales frente al marido, a pesar de la oposición de este que quería que se le atribuyeran solo el 13% de las participaciones sociales y el crédito de la sociedad de gananciales a su favor. Justificaba el marido adjudicatario que no se trataba de un negocio familiar, sino que era una empresa de gestión, por lo que procedía adjudicársela a su cónyuge.

Es importante lo que la Audiencia de Castellón afirma a propósito del artículo 1406 del Código Civil que “aunque tal derecho no se ejerza, el criterio de atribución de la explotación económica (a la que deben asimilarse las partici-

paciones sociales en empresas efectivamente gestionadas por un cónyuge, aunque no sea el socio único o mayoritario) pueda ser utilizado, como cualquier otro que no sea contrario a la ley”. Por tanto, estima que la solución adoptada por el contador partidor de adjudicación total de las participaciones al marido como la única solución razonable y lógica, dado que se trata de una empresa de carácter familiar que ha sido creada y viene siendo explotada por el esposo y su familia. En caso de no adjudicárselas todas, se fomentaría, innecesariamente la litigiosidad, manteniéndose de facto una situación no aconsejable de actual indivisión, cuando nada impide considerar y fijar en cuaderno particional las oportunas correcciones o compensaciones en dinero que pudieran derivar de exceso de las adjudicaciones, sin ocasionar perjuicio económico alguna a la parte no adjudicataria.

Y en relación al apartado 2 del mismo artículo 1406 del Código Civil, la Audiencia Provincial de Castellón añade que el precepto busca claramente proteger la empresa con dos finalidades diferentes, por un lado, la conservación de la empresa como unidad económica y por otro, facilitar que el cónyuge empresario pueda continuar con la explotación económica que ha gestionado durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

La Audiencia defiende claramente la adjudicación total de las participaciones al cónyuge que ha gestionado y administrado la empresa familiar, compensando al otro cónyuge, poniendo de manifiesto que la finalidad de la liquidación de la sociedad de gananciales es la de poner fin a la situación de indivisión que pesa sobre el patrimonio común, de forma que cada consorte se adjudique un lote privativamente, y finalice la relación comercial entre ellos, lo que difícilmente se lograría si ambos quedasen como socios de la misma mercantil.

El Tribunal Supremo en esta sentencia 458/2020 de 28 de julio sigue también el criterio de atribuir las participaciones sociales de la empresa familia al cónyuge que la administra, que es donde tiene participaciones sociales privativas y desarrolla su trabajo.

La particularidad que plantea el supuesto de hecho de la misma es la oposición del cónyuge administrador, dada su falta de capacidad económica para compensar. El Voto particular llega a hablar de una adquisición forzosa impuesta al cónyuge en contra de su voluntad, incluso de una especie de expropiación forzosa invertida, contraria a lo dispuesto en los artículos 1, y 10 de la Constitución, cuando lo que se le esta adjudicando son las participaciones de la empresa familiar, que administra, donde desarrolla su trabajo, y tiene participaciones privativas.

### *5.5. Posición del cónyuge del socio*

Si el bien en litigio hubiera sido la vivienda familiar en la sentencia comentada, cabría plantearse si no hubiera optado la Sala por la venta en pública subasta por unanimidad. A lo mejor la respuesta sería afirmativa.

No hay que olvidar que la doctrina mercantilista se plantea el papel del cónyuge del socio, cuando adquiere participaciones sociales a cargo de bienes gananciales. Así Alfaro Águila-Real considera 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 personal, esto es, no es su voluntad ni, desde luego, la voluntad de los demás socios con los que contrae la sociedad, convertir a su cónyuge en socio de la sociedad limitada. Pone de manifiesto que el Código Civil no legitima al cónyuge para ejercer los derechos de socio cuando la participación social es ganancial. El Código Civil dice que ambos cónyuges pueden administrar los bienes gananciales, 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 estos contratos) tengan carácter ganancial.

En su opinión, el cónyuge deviene cotitular del derecho subjetivo patrimonial, “objeto del tráfico autónomo”, 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, ni los demás socios ni la SL tienen que soportar su injerencia en la ejecución del contrato de sociedad. 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. Deja muy claro que, así como “el socio de mi socio no es mi socio”, “el cónyuge de mi socio no es mi socio”.

En el Voto particular de la sentencia comentada se pone de manifiesto que la situación del socio minorista no constituye un problema específico en la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que son los socios mayoritarios quienes fijan el rumbo de la sociedad en virtud del principio de democrático de la mayoría, sin que ello signifique atropello de los derechos de los socios minoritarios, y sin que quepa tampoco confundir valor económico de unas participaciones sociales con la presumida dificultad de los derechos societarios en un contexto de conflicto además no expresado, salvo el derivado de la crisis matrimonial.

La opinión mayoritaria sin embargo considera que atribuir un paquete minoritario a la esposa y convertirla socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado sería castigarla a una especie de vinculación perpetua, pues resulta difícil imaginar que un tercero quisiera adquirir esas participaciones en tales condiciones y que tal solución en definitiva, no solo dejaría la puerta abierta a numerosos conflictos, sino que incumpliría la propia finalidad de la liquidación, que no es otra que la de poner fin a las situaciones de división no deseadas. A lo que añade que debe tenerse en cuenta, que, aunque no existan cláusulas estatutarias que limiten la transmisibilidad de las participaciones sociales, la Ley de Sociedades de Capital restringe su libre transmisión voluntaria “inter vivos” (artículo 107 LSC) y su transmisión forzosa (artículo

109 LSC), permitiendo en última instancia que los socios o la sociedad adquiera las participaciones mediante la aceptación de las condiciones de la subasta.

El Voto particular no comparte que un socio minoritario este indefenso, de manera tal que sea una adjudicación en vacío, de mero valor simbólico. Existe un estatuto jurídico del socio minorista, el cual podrá ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores societarios, incluso la acción social (artículo 359 LSC), ejercer el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la LSC siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello, solicitar la convocatoria de la junta de socios señalando los asuntos a tratar, (artículo 168 LSC), impugnar los acuerdos de la junta general (artículo 204 LSC), comprendiendo los casos de haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales (sentencias 418/2005 de 26 de mayo y 873/2011, de 7 de diciembre), instar el nombramiento de un auditor al registro mercantil para asesorarse de la corrección de las cuentas sociales (artículos 256,2 LSC y 359 del Reglamento del Registro Mercantil), gozar de la protección penal de los delitos societarios (artículos 290 y siguientes del Código Penal) y de la administración desleal, artículo 252 del Código Penal, entre otros mecanismos tuitivos de su posición jurídica.

### 5.6. *Conclusión*

La sentencia 458/2020 de 28 de julio de 2020 del Tribunal Supremo se puede decir que es exponente de la vulnerabilidad de la empresa familiar cuando se produce una crisis matrimonial, sobre todo si rige entre los cónyuges la sociedad de gananciales, no han pactado nada al respecto, y es imposible llegar a un acuerdo entre ellos.

Como hemos señalado, la regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil no casa bien con la empresa familiar, en la que participan ambos cónyuges, lo que favorece los conflictos entre ellos a la hora de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se evitarían conflictos entre los cónyuges si en el Código Civil existiera un precepto, que abordará específicamente la materia, como sucede con el artículo 267, apartado 2, letra d) del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/ 2011 de 22 de marzo, según el cual “cada cónyuge tiene derecho a que se incluya con preferencia en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad.”

El legislador en Aragón ha optado por la adjudicación de las participaciones sociales al cónyuge administrador, con compensación en metálico al otro cónyuge.

Doctrina que sigue el Tribunal Supremo en esta sentencia, aunque no de manera unánime, aún contando con la oposición del cónyuge adjudica-

tario por su falta de liquidez económica. Se trata de una solución ponderada atendiendo a las circunstancias excepcionales del caso concreto planteado, y teniendo muy en cuenta el bien en litigio, dado que el parrafo segundo del artículo 3 del Código Civil no veda en modo alguno la equitativa ponderación, con que se ha de hacer la aplicación de las normas.

También en nuestra opinión sería aconsejable, porque así se protegería a la empresa familiar con independencia del régimen económico matrimonial de los cónyuges, que lo dispuesto en el artículo en el 1383 del Código Civil se aplicará a cualquier régimen económico matrimonial.

Que, en definitiva, el artículo 1383 del Código Civil fuera una norma de aplicación general, que formara parte así, de ese conjunto heterogéneo de disposiciones de aplicación a todos los regímenes matrimoniales, y no sólo, como actualmente sucede, al régimen de gananciales.

Con un carácter más general que el recogido en el artículo 231-7 de la Ley Catalana 25/2010 de 29 de julio que establece que “los cónyuges tienen la obligación recíproca de informarse adecuadamente de la gestión patrimonial que lleven a cabo en relación a la atención de los gastos familiares”.

## 6. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio*, 25 de abril de 2014 <https://derechomercantiles.es/2014/04/sociedad-de-gananciales-y-ejercicio-de.html>
- DÍAZ ALABAR, S. “El deber de información entre cónyuges en el régimen de gananciales, y también en los de separación y participación”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, 2013, pp. 1281-1292.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., “El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta de lege ferenda”, *ADC*, Tomo 2, XXIII 2019, F.IV, pp. 1059 a 1132.
- RAMS ALBESA, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y Naturaleza)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n° 61, N° 568. 1985, pp. 727-835.
- TRIGO Y SIERRA, E.; GUERRERO HENRÍQUEZ, L., “Incidencia Jurídico-patrimonial de las crisis conyugales en la empresa familiar: el derecho de adjudicación preferente del art. 1406,2 del CC”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 30-31, 2017, pp. 92-99.

