



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y DE LA EMPRESA

Departamento:
De Derecho Civil y Mercantil

**“INCIDENCIA DE LAS CRISIS
MATRIMONIALES SOBRE LA EMPRESA
FAMILIAR: SU TRATAMIENTO JURÍDICO
EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL”**

Autor:
D. Jaime Sánchez-Vizcaíno Rodríguez

Director:
Dr. D. Francisco de la Torre Olid
Dr. D. Gonzalo Waldosell

Murcia. Julio 2012

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO	19
1.2. OBJETIVO	19
1.3. METODOLOGÍA DEL TRABAJO	20

CAPÍTULO 2. LA EMPRESA FAMILIAR

2.1. LA IMPORTANCIA DE LA EMPRESA FAMILIAR EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y REGIONAL	23
2.2. HACIA LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN LEGAL	27
2.3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA EMPRESA FAMILIAR	39
2.4. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO FISCAL DE LA EMPRESA FAMILIAR	48

CAPÍTULO 3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. DERECHO CIVIL COMÚN	58
3.1.1. De la sociedad de gananciales	67
3.1.1.1. <i>Origen y evolución histórica</i>	67
3.1.1.2. <i>Concepto y naturaleza</i>	69
3.1.1.3. <i>Composición del patrimonio de la sociedad. Distinción entre bienes gananciales y bienes privativos</i>	72
3.1.1.4. <i>Funcionamiento. Análisis de la administración de la sociedad de gananciales</i>	83
3.1.2. Del régimen de separación de bienes	89

3.1.2.1. <i>Concepto</i>	89
3.1.2.2. <i>Clases</i>	91
3.1.2.3. <i>Funcionamiento desde una doble perspectiva: administración y disposición de bienes y responsabilidad exclusiva o conjunta</i>	94
3.1.3. Del régimen de participación	99
3.2. DE LOS DISTINTOS REGÍMENES FORALES Y ESPECIALES	101
3.2.1. Derecho Civil de Vizcaya	101
3.2.2. Derecho Civil Foral de Cataluña	102
3.2.3. Derecho Civil de Aragón	103
3.2.4. Derecho Civil Foral de las Islas Baleares	104
3.2.5. Derecho Civil Foral de Navarra	105
3.2.6. Derecho Civil de Galicia	105
3.2.7. El Fuero del Baylío	105
3.2.8. Derecho Civil de la Comunidad Valenciana	107
3.3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO	108
3.4. NECESIDAD DE UN CAMBIO EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ESPAÑOL	109
 CAPÍTULO 4. CLASES DE EMPRESAS FAMILIARES POR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN JURÍDICA 	
4.1. EL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA	115
4.1.1. Concepto. Particularidades del empresario persona física casado	115
4.1.2. La empresa individual: titularidad y gestión	121
4.1.2.1. <i>Calificación de la empresa individual en el contexto del régimen de gananciales</i>	122
A) Empresa ganancial	122
B) Empresa privativa	128

C) Empresa fundada con capitales mixtos	131
4.1.2.2. <i>Gestión de la empresa individual: administración y disposición</i>	132
A) Empresa ganancial	132
B) Empresa privativa	144
C) Empresa mixta	147
4.1.3. Referencia al empresario persona física en situación de concurso de acreedores	149
4.1.3.1. <i>Insolvencia del deudor casado en régimen de gananciales</i>	151
4.1.3.2. <i>Liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación cuando el cónyuge empresario es declarado en concurso</i>	153
4.2. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	156
4.2.1. Su regulación en el Derecho español	158
4.2.2. Concepto, características comunes y clases	163
4.2.2.1. <i>Características comunes</i>	164
A) Sociedad capitalista	164
B) Responsabilidad limitada de los socios ante las deudas sociales	169
C) Estructura corporativa	173
D) Naturaleza mercantil por su forma y no por su objeto social	180
E) Denominación social, nacionalidad y domicilio social	181
4.2.2.2. <i>La Sociedad Anónima. Concepto y particularidades tipológicas</i>	184
A) Patrimonio propio evaluable económicamente	185
B) Forma social típicamente despersonalizada: aplicación del principio intuitu pecuniae	187
C) Características del capital. Particularidades de las acciones	188
D) Sociedad eminentemente abierta	189
E) Sociedad pensada para la gran empresa	192
F) Mayores formalismos y costes de mantenimiento	193

4.2.2.3. <i>La Sociedad Limitada. Concepto y particularidades tipológicas</i>	196
A) Patrimonio evaluable económicamente	197
B) Interposición de la sociedad en las relaciones entre socios y objetivación de la posición del socio	198
C) Intuitu personae	199
D) Sociedad cerrada ante la salida de sus socios	200
E) Sociedad flexible y personalizable	201
F) Sociedad de bajo coste de mantenimiento	202
4.2.3. La Sociedad Limitada como forma societaria más adecuada para la empresa familiar	203
4.2.4. Órganos de administración y gobierno de las sociedades de capital. Especialidades de la empresa familiar	208
4.2.4.1. <i>Órganos societarios</i>	208
A) La Junta General en la empresa familiar	209
B) El Órgano de Administración	212
4.2.4.2. <i>Órganos familiares</i>	214
A) La Asamblea de Familia	215
B) El Consejo de Familia	216
4.2.5. Otras posibles estructuras societarias aplicables a la empresa familiar	217
4.2.5.1. <i>Los grupos de sociedades</i>	217
4.2.5.2. <i>La sociedad unipersonal</i>	220
4.2.5.3. <i>La Sociedad Limitada Nueva Empresa</i>	221
4.2.6. Las acciones y participaciones sociales como técnica jurídica objetivadora de la posición del socio	222
4.2.7. El carácter privativo o ganancial de las acciones y participaciones sociales	228
4.2.8. Casuística de las acciones y participaciones sociales privativas de los cónyuges casados en régimen de gananciales	232

4.2.8.1. <i>Aportación de empresa individual o negocio privativo al capital social de una sociedad de capital de nueva constitución</i>	232
4.2.8.2. <i>Adquisición de nuevas acciones o participaciones sociales de la Sociedad</i>	236
4.2.8.3. <i>Transmisión voluntaria del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones o participaciones sociales</i>	241
4.2.8.4. <i>Pago de dividendos</i>	242
4.2.9. Actos de administración y disposición en las sociedades de capital por los titulares del bien casados en régimen de gananciales	252

CAPÍTULO 5. MEDIDAS EN ORDEN A LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL EN LA EMPRESA FAMILIAR

5.1. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	258
5.1.1. El Código Civil	258
5.1.2. La Ley de Enjuiciamiento Civil	265
5.1.2.1. <i>Tratamiento procesal de las medidas provisionales previas y de las medidas provisionales coetáneas</i>	265
5.1.2.2. <i>Otras medidas de administración y disposición de bienes gananciales: tratamiento procesal de la solicitud y formación de inventario en el marco de la liquidación de los gananciales</i>	271
5.2. MEDIDAS A ADOPTAR EN LA EMPRESA INDIVIDUAL, GANANCIAL Y MIXTA	278
5.3. MEDIDAS A ADOPTAR EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	281
5.3.1. Actos de administración	287
5.3.2. Actos de disposición	302
5.3.3. Otros mecanismos de defensa del cónyuge	312

CAPÍTULO 6. LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA EMPRESA FAMILIAR

6.1. LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	317
6.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL	322
6.3. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO POSTGANANCIAL	326
 CAPÍTULO 7. PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE PACTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES	
7.1. PACTOS ESTATUTARIOS	337
7.1.1. Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales con objeto de mantenerlas dentro del núcleo familiar	339
7.1.2. Prestaciones accesorias de las acciones y participaciones sociales	341
7.1.3. Usufructo de acciones y participaciones sociales	344
7.1.4. Exclusión de los socios	345
7.1.5. El Arbitraje estatutario	346
7.2. PACTOS PARASOCIALES	349
7.2.1. Sindicación de acciones o participaciones	353
7.2.1.1. Sindicato de bloqueo	354
7.2.1.2. Sindicato de voto	355
7.2.2. El Protocolo Familiar	356
7.2.2.1. Definición y contenido	356
7.2.2.2. Eficacia y publicidad	361
7.2.2.3. El protocolo y el régimen económico del matrimonio	366

7.3. PACTOS EXTRASOCIETARIOS. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE CONVIVENCIA	368
<i>CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES</i>	373
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	383
<i>SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS</i>	405

ABREVIATURAS

AAVV:	Autores Varios
AN:	Audiencia Nacional
AP:	Audiencia Provincial
BOE:	Boletín Oficial del Estado
BORM:	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap.:	Capítulo
CC:	Código Civil
CCC:	Código Civil de Cataluña
CCo:	Código de Comercio
CDFa:	Código de Derecho Foral de Aragón
<i>Cfr.:</i>	Compárese, confróntese
<i>Cit.:</i>	Citado
COOP:	Sociedades Cooperativas
Coord./Coords:	Coordinador/ coordinadores
DGT:	Dirección General de Tributos
Dir./Dir.:	Director/ Directores
Ed.:	Editorial
EF:	Empresa Familiar
IAC:	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
Id:	Identificación
INE	Instituto Nacional de Estadística
LA:	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LAC:	Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas
LC:	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

LEC:	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LH:	Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946
LIP:	Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio
LISD:	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LME:	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LMV:	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSA:	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSRL:	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSC:	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
nº/núm.:	Número
pág./págs.:	Página, páginas
PF:	Empresario persona física
RD:	Real Decreto
RDGRN:	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL:	Real Decreto Ley
Ref:	Referencia
REM:	Régimen económico matrimonial

RH:	Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
RM:	Registro Mercantil
RMC:	Registro Mercantil Central
RRM:	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
SA:	Sociedad Anónima
Secc.:	Sección
SICAV:	Sociedad de inversión de capital variable
SRL/SL:	Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Limitada
ss:	Siguientes
ST:	Sentencia
T:	Tomo
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
UIMP:	Universidad Internacional Menéndez Pelayo
<i>Vid.:</i>	Véase
Vol:	Volumen

1. INTRODUCCIÓN

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

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

1.2. OBJETIVO

El objetivo principal del presente trabajo ha sido el estudio relativo a la sociedad conyugal como empresario, esto es, los problemas jurídicos que se plantean sobre la atribución de la titularidad de la empresa a los cónyuges, sobre la formación de la empresa conyugal, sus derechos de administración y participación económica, sus derechos y técnicas de protección ante su transmisión total o parcial —incluso mediante su transformación en sociedad de capital aunque ya nazca como tal— y los derechos y técnicas de protección de los

cónyuges ante la eventualidad de que se produzcan conflictos entre ellos y, en especial, ante la disolución de la sociedad conyugal.

1.3. METODOLOGÍA DEL TRABAJO

Para acometer este trabajo, hemos comenzado con el estudio, desde el punto de vista jurídico y económico, de la empresa familiar, tanto en España como en la Región de Murcia, destacando su importancia en la economía y en los distintos sectores productivos, su evolución y distribución en la forma social, sus fortalezas y debilidades, hasta nos hemos permitido la licencia de aportar una definición a las ya apuntadas por los distintos sectores doctrinales.

Asimismo, hemos procedido al examen doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español del régimen económico matrimonial —tanto del derecho civil común como de los distintos regímenes especiales o forales—; así como en el derecho comparado europeo.

Dentro del derecho civil común, se han analizado los distintos regímenes económicos matrimoniales vigentes —gananciales, participación, y separación de bienes—; y se ha profundizado en la regulación, según las normas de cada uno, de los actos de administración, gestión y disposición aplicados a las empresas familiares por su forma de organización jurídica: empresa individual y sociedades de capital. A lo largo del trabajo, hemos enfatizado la necesidad de un cambio en el sistema económico matrimonial español.

Por otra parte, al adentrarnos en la investigación de la empresa individual, nos hemos ocupado especialmente de la problemática del deudor casado en

régimen de gananciales y la liquidación de dicho régimen en el marco del proceso concursal.

Del mismo modo, hemos dedicado gran parte del trabajo al estudio de la Ley de Sociedades de Capital, y de sus posteriores reformas, prestando una especial atención a los tipos sociales más relevantes, la Sociedad Anónima y la Sociedad Limitada, y descartando la Sociedad Comanditaria por Acciones por su escasa utilización en la práctica.

Dentro de las sociedades de capital, nos hemos detenido, por ser de vital importancia, en las acciones y participaciones sociales como técnica jurídica articuladora de la posición del socio, atendiendo a las diversas situaciones que se plantean en función de que su naturaleza sea ganancial o privativa.

Para concluir, hemos propuesto una serie de medidas a adoptar en orden a la conservación del bien ganancial “empresa familiar”, tanto desde el punto de vista procesal (medidas provisionales y en sede de formación de inventario) como extraprocesal (estipulaciones susceptibles de ser incluidas en los Estatutos Sociales, pactos parasociales —sindicatos de voto y protocolo familiar—, y pactos extrasocietarios —pactos de convivencia y capitulaciones matrimoniales—).

2. EMPRESA FAMILIAR

2.1. IMPORTANCIA DE LA EMPRESA FAMILIAR EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y REGIONAL

Considerando cualquiera de los indicadores económicos, es patente la importancia que la empresa familiar (o familia empresarial, como es denominada por algún sector de la doctrina¹) despliega en la economía nacional y en la Región de Murcia.

Según datos del Instituto de Empresa Familiar, se cifra en 2,9 millones el número de empresas familiares, lo que representa un 85 por 100 del total de empresas existentes en España. Su importancia en términos de empleo alcanza el 70 por 100 del empleo privado. Su volumen de facturación, o cifra de negocio, equivale aproximadamente al 70 por 100 del PIB. Y además, representan el 59 por 100 de las exportaciones españolas².

De los datos publicados por la “Cátedra de la Empresa Familiar de la Universidad de Murcia” se extrae la relevancia de las empresas familiares en la Región de Murcia. Se cifran en 45.300, lo que representan un 75 por

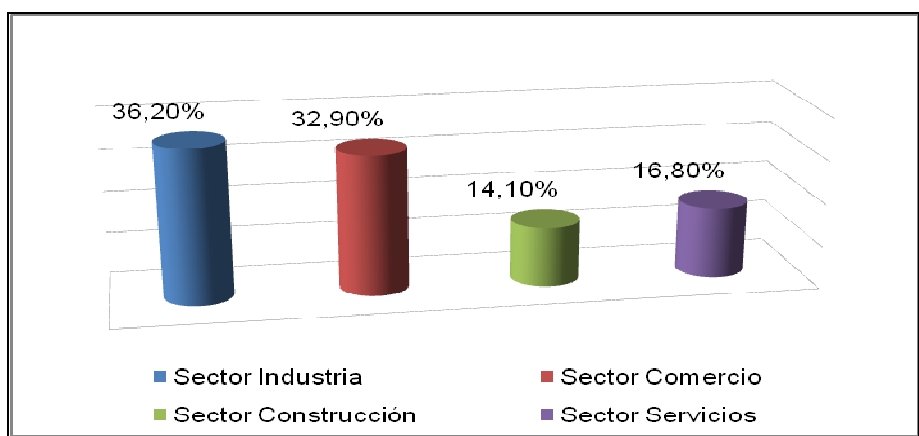
¹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «La familia empresaria ante el Derecho», en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, GARRIDO PALMA, V.M. (Coords.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Madrid, 2005, págs. 63 y ss.

² Instituto de Empresa Familiar, 2009, disponible en el siguiente enlace: www.iefamiliar.com

ciento del total de las empresas existentes con un volumen de facturación o cifra de negocio por importe superior a los 7.365.498 €.

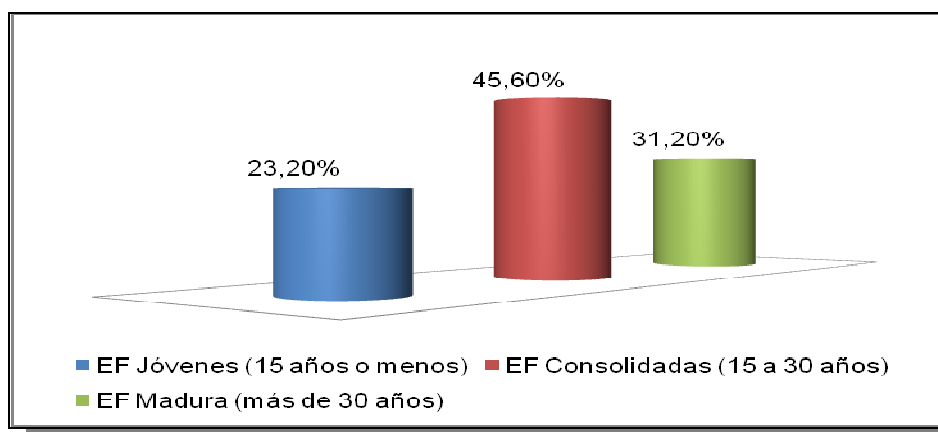
A modo de resumen, destacamos en los siguientes cuadros los datos más significativos: su porcentaje por sectores económicos, antigüedad, y el hecho de haberse dotado o no de protocolos familiares.

Cuadro 1.- EMPRESA FAMILIAR POR SECTORES (REGIÓN DE MURCIA)



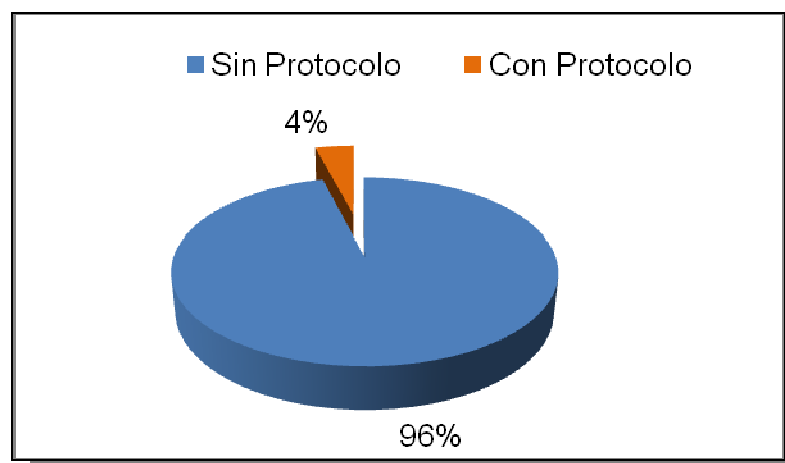
Fuente: Análisis y diagnóstico de la gestión de la empresa familiar. Cátedra de la Empresa Familiar.- Universidad de Murcia. 2010

Cuadro 2.- EMPRESA FAMILIAR POR ANTIGÜEDAD (REGIÓN DE MURCIA)



Fuente: Análisis y diagnóstico de la gestión de la empresa familiar. Cátedra de la Empresa Familiar.- Universidad de Murcia. 2010

Cuadro 3.- EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE PROTOCOLOS FAMILIARES

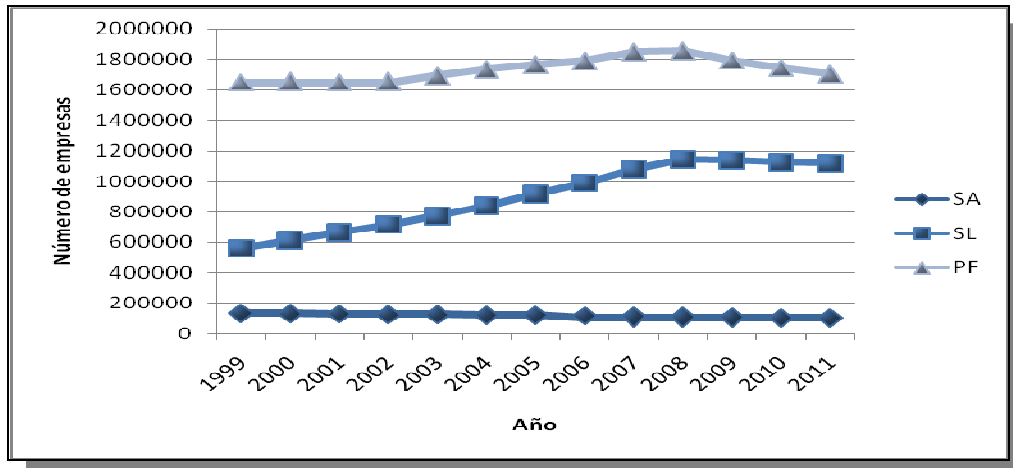


Fuente: Análisis y diagnóstico de la gestión de la empresa familiar. Cátedra de la Empresa Familiar.- Universidad de Murcia. 2010

Seguidamente, podemos ver en el *Cuadro 4* la evolución desde 1999 hasta 2011 del número de empresas según su forma societaria y en el siguiente cuadro la forma social de las empresas españolas en 2011.

Se observa la importancia tanto de las sociedades limitadas y los empresarios personas físicas, con el crecimiento positivo de aquellas durante el periodo analizado, con excepción de los años de crisis económica (a partir de 2007). Por tanto, no se puede obviar la importancia de ambas en el tejido empresarial español y en consecuencia —como se pretende demostrar en este trabajo—, la importancia del régimen económico matrimonial de los cónyuges en orden a preservar su continuidad en el tiempo, evitando que los posibles conflictos emocionales puedan perturbar su actividad.

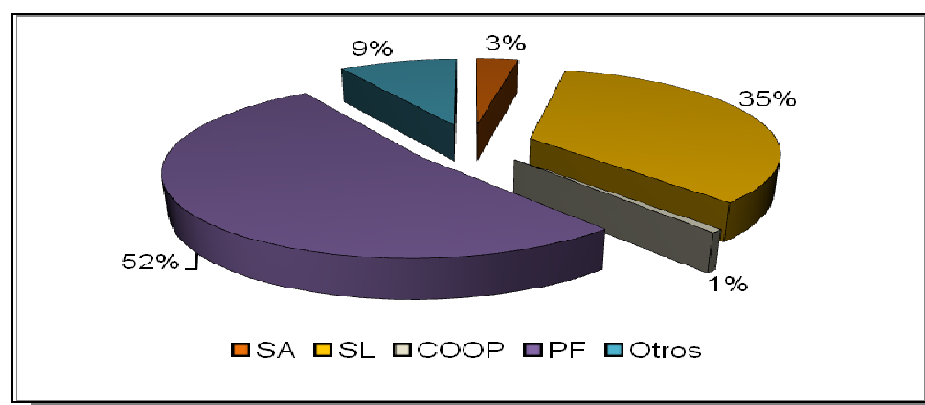
Cuadro 4.- EVOLUCIÓN NÚMERO DE EMPRESAS ESPAÑOLAS SEGÚN LA FORMA SOCIAL



Fuente: elaboración propia a partir datos del INE

A continuación —en el Cuadro 5— se aprecia claramente el peso que los empresarios personas físicas y las sociedades limitadas tienen en la economía española. Así, las primeras representan un 53 por 100 y las segundas un 34 por 100 del total de empresas, por tanto se puede afirmar la conveniencia de asegurar su pervivencia para la economía española, puesto que sin lugar a dudas favorece la riqueza nacional del país.

Cuadro 5.- DISTRIBUCIÓN FORMA SOCIAL AÑO 2011



Fuente: elaboración propia a partir datos del INE

Por último es necesario apuntar que dentro de las sociedades de capital existe un claro predominio del uso de la Sociedad Limitada —dadas las ventajas que presenta esta figura— como forma de organización de la empresa familiar, así el 95% de las sociedades que se fundan en España lo hacen con esa forma social.

2.2. HACIA LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN LEGAL

No existe en nuestro ordenamiento jurídico y, en general, en los Ordenamientos foráneos, un concepto legal de empresa familiar que nos pueda servir para identificar si una empresa concreta tiene o no tal carácter. Tampoco hay un tipo único de empresa familiar, lo que complica aún más la elaboración de una definición legal. Con todo, se procede al estudio de la misma con un objetivo claro: llegar a conceptualizar la empresa familiar.

Antes de abordar cuáles son las posiciones adoptadas por la doctrina al respecto, se hace imprescindible hacer mención a las distintas opciones de política legislativa que se han barajado para llenar este vacío jurídico. Para ello se procede a recoger el análisis realizado por Sánchez Ruiz³ a propósito del Informe de la Ponencia de estudio sobre la problemática de la empresa familiar, elaborado en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado con fecha de 12 de noviembre de 2001, y del que se deducen tres posibles actitudes ante esta cuestión:

³ SÁNCHEZ RUIZ, M., «Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares», en *Régimen jurídico de la Empresa Familiar*, Ed. Thomson Reuters. 2010, págs. 21 y ss.

La primera sería realizar un verdadero *estatuto jurídico de la empresa familiar*. Esta postura es radicalmente rechazada por el informe basándose en la poca utilidad de dictar una norma específica para este fenómeno, la dificultad que supondría que la regulación comprendiera la gran variedad de empresas familiares existentes y el inconveniente que supone su gran importancia numérica, que terminaría por convertir en norma general lo que pretendía ser un estatuto específico para la empresa familiar.

La segunda consistiría en *la inclusión de un nuevo tipo o subtipo especial de sociedad familiar*. Esta postura va en la línea de ampliar el catálogo cerrado de formas sociales presente en nuestro Derecho. En esta dirección podría considerarse como un tímido avance la creación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, si bien presenta varias deficiencias que la hacen poco idónea para la empresa familiar. Además, se ha de defender el rechazo rotundo a esta postura, puesto que dicho encorsetamiento podría llevar a situaciones cuanto menos farragosas, dando más problemas que soluciones. Sirva de ejemplo el caso de que tras la venta de la empresa familiar ésta deje de tener tal carácter; en este supuesto, si se conviniera adoptar esta opción legislativa sería necesario cambiar la forma societaria tan sólo por el hecho de que los propietarios dejen de tener entre sí lazos familiares, lo cual es del todo absurdo.

La última postura sería la que ha adoptado nuestro Ordenamiento y que consiste en *no abordar específicamente el fenómeno de la empresa familiar*, optando en cambio por plantear sólo soluciones para problemas específicos de las pequeñas y medianas empresas, entendiendo que las

empresas familiares encajarían en ellas. Esta postura se revela como la más sensata, y es que es necesario dotar a las empresas familiares de flexibilidad, para que sean ellas mismas las que internamente configuren su régimen, adaptándolo a sus características y necesidades.

Con todo ello, procedemos a realizar un análisis pormenorizado de las distintas posturas que se pueden encontrar en la doctrina y la jurisprudencia con el objeto de llegar a un concepto. En nuestro Ordenamiento Jurídico encontramos una definición de empresa familiar que se extrae de la lectura del articulado de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio y meras referencias que reflejan una aproximación al concepto de empresa familiar: así, cabe citar el artículo 4.8, apartado segundo, de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio; los artículos 5 y ss. del Código de Comercio; el RDL 7/996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal; el RD 171/2007, sobre Publicidad del Protocolo de Empresas Familiares y la Ley de 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa que, pese a no aludir directamente a las empresas familiares, introdujo en nuestro Ordenamiento una reforma inspirada tácitamente en las sociedades familiares⁴.

Mención aparte merece el RD 171/2007, de 9 de febrero, sobre Publicidad del Protocolo de las Empresas Familiares, puesto que en su preámbulo recoge en cierta medida una aproximación a las sociedades familiares en un sentido amplio, definiendo como tales *«aquellas en las que*

⁴ VICENT CHULIÁ, F., «La Ley 7/2003, de Sociedad Limitada Nueva Empresa», en AAVV, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Aranzadi, 2004, págs. 55 a 58.

la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí». Se hace necesario descartar la misma como definición legal de la empresa familiar, dada su imprecisión y su falta de rigor, puesto que si se admitiera como tal supondría incluir dentro del concepto de sociedad familiar a aquellas empresas que pertenecen sólo parcialmente a un grupo familiar sin que éste ostente sobre ella control o poder de decisión alguno.

En cuanto a la jurisprudencia es preciso señalar que no se encuentra en ella ninguna definición de empresa familiar, y sólo se pueden encontrar referencias a la misma; a modo de ejemplo cabe citar: la Sentencia del TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de Septiembre de 2010⁵ «(...) porque el tratamiento fiscal otorgado a la empresa familiar en el IS y D (...) porque unas y otra son modalidades o formas de un único concepto jurídico, a saber, la empresa familiar, tal y como se desprende tanto del enunciado del art. 4 del RDL 66/97 como de su propia Exposición de Motivos...» o la Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, nº84, de 1 de Febrero de 2006⁶, « *El factum de autos evidencia la existencia de un conflicto en el seno de una empresa familiar surgido tras el fallecimiento del socio fundador (...)*»

En el ámbito doctrinal hay autores⁷ que basan su conceptualización en torno al establecimiento de diferentes matizaciones sobre quién ostenta

⁵ Sentencia del TS, Sala 3ª, rec.6794/2005, de 23 de Septiembre de 2010. EDJ 2010/219367

⁶ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, Secc. 1ª, nº 84/2006, de 1 de Febrero, EDJ 2006/93340

⁷ Vid. entre otros, SAINZ ÁLVAREZ, J. L., «Capital intelectual, protocolo y empresa familiar», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, nº42, 2009, págs. 377 a 388.

la propiedad o ejercicio del control de la empresa; siguiendo esta línea se pueden proponer tres definiciones de empresa familiar:

(i) *Definición amplia.* La familia únicamente mantiene el control de la dirección estratégica de la empresa, sin que haya una participación directa en la misma.

(ii) *Definición intermedia.* En este caso —además de lo anterior— se requiere que el fundador o sus descendientes, dirijan o controlen la empresa de manera efectiva en colaboración con el gestor, quien siempre ocupará un puesto inferior en el organigrama de la empresa.

(iii) *Definición restrictiva.* En la que —unido a lo anterior— se exige que varios miembros de la familia tengan responsabilidades de gestión importantes dentro de la empresa.

En un sentido más general —pero en esa misma dirección doctrinal— el Profesor Gallo define a las empresas familiares como aquéllas en las que «*el poder está asociado a los miembros de una familia, o cuando alguno de los cargos de la dirección estratégica de la empresa esté en manos de un miembro de la familia (Director General, ejecutivo o miembro del Consejo de Administración), y cuando hay planes de relevo generacional en la dirección de la empresa familiar*»⁸

⁸ GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., *La Empresa Familiar Española*, Instituto de la Empresa Familiar, 1994, Santander. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad Menéndez y Pelayo de Santander organizado por el Instituto de Empresa Familiar, pág. 2. Descarga directa en el siguiente enlace: <http://www.iefamiliar.com/web/es/biblioteca/tematica/estadisticas-de-ef>

Por otro lado, es preciso apuntar que tal vez la definición más acertada debe basarse en una coincidencia de los valores más importantes de una empresa y de una familia. Así, una empresa sería familiar cuando «*existe un importante nexo de unión entre una empresa y una familia, que parte de la cultura de ambas, formada por los supuestos básicos de actuación y por los valores, es permanente y voluntariamente compartida*».⁹ En consonancia con esta acepción, Garrido de Palma destaca como grandes rasgos distintivos de la empresa familiar:

(i) *Propiedad de la empresa*. Debe encontrarse en manos familiares y en medida suficiente como para atribuirles capacidad de gestión.

(ii) *Dirección de la empresa*. Debe existir una unidad en la decisión y dirección de la empresa y la misma debe ser llevada a cabo de forma efectiva por miembros de la familia.

(iii) *Continuidad*. Debe existir una vocación de continuidad en sus actuaciones, ya sea porque se haya previsto la sucesión familiar en la empresa o al menos el nexo de unión entre empresa y familia mencionado anteriormente. En torno a esta última característica ha habido un arduo debate doctrinal entre aquellos que —como Garrido de Palma— lo consideran un elemento definitorio —incluso el principal— de la empresa familiar, y quienes se oponen a ello.

⁹ GARRIDO DE PALMA, V.M. *La empresa familiar ante el derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), Ed. Civitas, pág. 49.

Por su parte el profesor Vicent Chuliá¹⁰ distingue entre *microempresas y sociedades familiares*. En el caso de las *microempresas familiares*, se trata de empresas de titularidad individual que pueden ser descritas como una comunidad de trabajo no asalariado que se desenvuelven en actividades que exigen poca inversión; este tipo de empresas por sus características interesarán más al Derecho Civil —y constituirán el centro del presente estudio— en el análisis del régimen económico matrimonial. *Las sociedades familiares*, en cambio, constituyen las empresas familiares de titularidad societaria, cuyo análisis se enmarca más propiamente en el Derecho mercantil.

Por su parte, apunta Iglesias Prada¹¹ que se pueden extraer como rasgos o elementos esenciales de la empresa familiar: el hecho de que la propiedad y/o dirección de la empresa se hallan en manos de una familia; que en las mismas trabajen miembros de dos generaciones distintas, aunque también se califica de empresa familiar a aquélla en que sólo trabajan componentes de la primera; y, por último, la influencia de los fines particulares de la familia en la toma de decisiones concernientes a la vida diaria de la empresa familiar. Debiendo entenderse a la empresa familiar como aquélla en la que existen «*vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del*

¹⁰ VICENT CHULIÁ, V., «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *Libro Homenaje Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid 2002, págs. 4529 a 4570.

¹¹ IGLESIAS PRADA, J.L., «La sociedad unipersonal y el Proyecto de Ley de sociedad de responsabilidad limitada», en *la Reforma de la S.R.L.* Colegio General de Corredores de Comercio, 1994, pág. 5418.

negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura, precisamente, a través de esos vínculos». Siguiendo esta posición que sitúa el control familiar como eje característico encontramos otros autores como Sánchez Ruiz, Rodríguez Artigas, Fernández-Tresguerres y Cerdá Albero¹².

La profesora Rodríguez Díaz define a la empresa familiar como *«aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones y unidas por vínculos familiares, comparten total o parcialmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa»¹³*

Una definición más técnica sería la que considera a la empresa familiar como *«una organización integrada por un conjunto patrimonial de bienes y derechos y por unas relaciones jurídicas de muy diversa índole y, de forma especial, por las relaciones de trabajo, entendido todo ello como una unidad organizativa de producción, destinada por el empresario al ejercicio y desarrollo de una actividad mercantil, industrial, comercial o de prestación de servicios, con el*

¹² Vid. al respecto, SÁNCHEZ RUIZ, M., «Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares», en *Régimen jurídico de la Empresa Familiar*. Ed. Thomson Reuters, 2010, pág. 19. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas», en GARRIDO MELERO (Coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*, Vol. 4, Editorial Bosh, 2005, pág. 387. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (I). La sociedad limitada nueva empresa», en *Diario La Ley*, nº 5938, de 22 de enero de 2004, Ref. D-18 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY 55/2004). CERDÁ ALBERO, F., «La empresa familiar: una cuestión relativa», en VICENT CHULIÁ, F. (Dir.), *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pág. 92.

¹³ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «Concepto de empresa familiar», en *La Empresa Familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Ed. Edersa, 2006, pág. 19.

fin de obtener un lucro, asumiendo el empresario la responsabilidad derivada de su actividad mercantil»¹⁴

Para el profesor Alonso Espinosa, «*la empresa familiar es un modelo de empresa caracterizado porque en él se produce la inserción de las relaciones familiares que vinculan a sus propietarios como un elemento más ante la organización, el funcionamiento y el gobierno de la empresa sobre la que recae el derecho de propiedad o los derechos de control de aquéllos sobre la misma*». Asimismo, destaca este autor la exigencia de profesionalización de la administración de la empresa familiar como un elemento indispensable ante el crecimiento y expansión de la sociedad, así como ante la necesidad de la saneada y transparente coordinación de las relaciones entre los propietarios-familia y la empresa, relaciones que tienen lugar, de forma predominante, a través de los administradores y directivos de la empresa¹⁵.

Por último, mencionamos que del informe elaborado en noviembre de 2009 por el Grupo de Expertos de Empresas Familiares (GEEF) a petición de la Dirección General de Empresa e Industria de la Comisión Europea es posible extraer una definición de la empresa familiar. Así una compañía, tenga el tamaño que tenga, será empresa familiar si:

(i) La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o son propiedad de la

¹⁴ CALVO MEIJIDE, A., «Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», en *Actualidad Civil*, N° 35, Sección Crónica, 2001, Ref. LIV, pág. 1261.

¹⁵ ALONSO ESPINOSA, F. J., «La empresa familiar como problema», en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 283, Enero-Marzo 2012, pág. 43.

persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s).

(ii) La mayoría de los votos puede tenerse de forma directa o indirecta.

(iii) Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.

(iv) A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social¹⁶.

Una vez recorridos los tres ámbitos de nuestro Derecho —legislativo, jurisprudencial y doctrinal— en búsqueda de un concepto de empresa familiar, en un afán de aportación se da una definición propia de la misma: **“Aquella que constituida por uno o más miembros de una familia, ostentan mayoritariamente la propiedad, gobierno y control, independientemente a que se gestión sea encomendada a alguno(s) miembro(s) de la familia o a directivos externos a la misma”**.

Teniendo en cuenta que en la empresa familiar lo sustancial es la propia empresa y lo accesorio es el vínculo de parentesco, se da el supuesto, sobre todo en grandes empresas familiares —o en aquellas en

¹⁶ Cátedra de Empresa Familiar, Universidad de Murcia. Disponible en el siguiente enlace: www.um.es/cef/

que los sucesores de los fundadores no participen directamente en su gestión—, de profesionalizarla mediante la incorporación de directivos, sin que ellos desvirtúe su carácter familiar, de aquí que, en la definición antes dada, se haya introducido tal figura.

Cabe concluir en lo concerniente a la regulación jurídica de la empresa familiar que, en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde su estudio, fundamentalmente, al Derecho Civil —obligaciones y contratos, familia y sucesiones—, al Derecho de Sociedades —Limitadas o Anónimas— y al Derecho Tributario. Son estos los tres sectores del Derecho llamados a suministrar las técnicas e institutos susceptibles de atender los intereses en presencia en el marco de la empresa familiar¹⁷. De los citados nos vamos a dedicar principalmente al estudio del Derecho Civil y del de Sociedades, haciendo sólo una breve referencia al ámbito fiscal.

No se puede cerrar este punto sin antes hacer una mención a lo que acontece en otros ordenamientos de nuestro entorno en relación con esta figura. En primer lugar —a nivel agregado— cabe decir que no se han llevado a cabo regulaciones específicas sobre la materia en el marco de la Unión Europea; hasta nuestros días —pese a la definición dada en 2009 mencionada anteriormente— las Instituciones Europeas se han limitado a dar meras recomendaciones a los Estados miembros sobre algunos aspectos de la empresa familiar —sobre todo en materia fiscal—; valga

¹⁷ ALONSO ESPINOSA, F. J., «La empresa familiar como problema», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, Enero-Marzo 2012, pág. 51.

como ejemplo el Informe realizado por la Comisión Europea en 2002 con objeto de estudiar la transmisión de pequeñas y medianas empresas¹⁸. Entrando en un análisis concreto de los ordenamientos estatales, cabe decir que no se encuentra en ellos una realidad distinta; al igual que ocurre en nuestro país —con carácter general— la empresa familiar como tipo societario no existe, siendo sólo posible encontrar meras referencias —en su mayoría de carácter fiscal— y en ningún caso se da una definición legal de empresa familiar, convirtiéndose en la gran olvidada por los legisladores europeos, pese a su gran importancia en el tejido económico europeo (representan el 60% del tejido empresarial de la UE-27¹⁹).

Como excepción a esta regla debe mencionarse el Derecho italiano, el cual referencia a la empresa familiar en su *Codice civile*. En este sentido, dentro de su Libro I, Título V (dedicado al matrimonio), Capítulo IV (patrimonio de la familia), dedica la Sección VI a la empresa familiar. Pese a la importancia que parece otorgarle *a priori*, al destinar nada menos que una Sección a esta figura, en su estudio pronto se pone de manifiesto la falta de rigor en su tratamiento. Y es que por un lado, pese a que se trata de toda una Sección, la misma comprende un único artículo, el 230 bis introducido por la reforma operada en 1975²⁰; por otro, en el mismo no se da un concepto de empresa familiar, limitándose a realizar meras

¹⁸ Informe Final del grupo de expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas. Dirección General de Empresa. Comisión Europea. Bruselas. Mayo de 2002. Disponible en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/_getdocument.cfm?doc_id=3656.

¹⁹ Dato proporcionado por el Instituto de Empresa Familiar, www.iefamiliar.com

²⁰ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., «Concepto de empresa familiar», en *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Ed. Tirant lo Blach. 1999, pág. 33.

referencias sobre los actos de disposición y disolución de la sociedad. Pese a ello, se hace necesario aludir al detenimiento con que la doctrina italiana ha estudiado esta figura, destacando autores como Mattiuzzo, Pellarini, Andriani o Ghidini.

Asimismo, cabe mencionar la Ley alemana de pequeñas sociedades anónimas y desregulación del derecho de sociedades anónimas de 2 de agosto de 1994²¹ —*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*—, por la que se reforma la Ley alemana de sociedades anónimas (*Aktiengesetz*, de 5 de septiembre de 1965) para introducir mayor flexibilidad y ciertas disposiciones aplicables a sociedades anónimas de carácter cerrado o de menor dimensión (incluso unipersonales), aunque sin llegar a definir ni a regular específicamente la empresa familiar.

2.3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA EMPRESA FAMILIAR

Con objeto de llegar a una mayor comprensión de esta figura empresarial se va a proceder a realizar una radiografía de los pilares en los que se sustenta, a través del análisis de sus fortalezas y debilidades.

Siguiendo esta metodología, conviene destacar como puntos fuertes de la empresa familiar los siguientes:

1º.- *Unidad y compromiso de los miembros de la familia con su empresa.* Se trata de la mayor fortaleza que presenta esta figura, y es que el hecho de que existan lazos familiares conlleva *per se* que se deriven una serie de

²¹ GAITÁN ROZO, A., «Sociedades de familia en el derecho comparado», en *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia. Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*. Universidad del Rosario, 2010, pág. 17.

características²²: comunicación fluida, intereses comunes, existencia de una autoridad reconocida, un clima de confianza, etc. Se podría decir que estas peculiaridades hacen que el éxito de la empresa se entienda como el éxito de la familia. En muchas ocasiones el compromiso con la empresa familiar parte de un orgullo por la misma, apreciándose esta honra en una doble vertiente: por un lado, las personas que la dirigen se encuentran sumamente satisfechas de haber logrado establecerla y construirla; por otro, el personal a su servicio tiene una mayor participación emocional en su desarrollo.

2º.- *Búsqueda de los objetivos de la empresa por encima de los propios.* Esta característica se contempla principalmente en los directivos de primera generación, diluyéndose conforme se produce el relevo generacional²³. Trae causa de la gran implicación y dedicación que los directivos fundadores tienen con la sociedad, dirigiendo todos sus esfuerzos a conseguir los resultados de la misma, y anteponiéndolos en muchas ocasiones a sus intereses y vida privada.

3º.- *Solidaridad familiar.* Como consecuencia del vínculo familiar, se observa en este tipo de empresas una mayor predisposición a la flexibilización y sacrificio cuando se presentan situaciones económicas adversas en el mercado. Los miembros de la familia tienen una mayor

²² VIVAS MORENO, B., «Fortalezas y debilidades o trampas profundas, en la empresa familiar». *Guía de aproximación a la empresa familiar*, Cap. 4, Ed. Gráficas Muriel, 2006, págs. 89 a 111.

²³ RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. J. y RODRÍGUEZ ZAPATERO, M., *La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla*. Cátedra PRASA de Empresa Familiar Universidad de Córdoba, 2004, pág. 71.

propensión a disminuir —o incluso prescindir— de sus ingresos con tal de mantener la empresa en funcionamiento.

4º.- *Preservación de la reputación de la empresa.* Como está en juego la reputación de la familia —muchas de las empresas familiares llevan en su razón social o incluso en su marca sus apellidos—, hay una mayor probabilidad de que sus miembros mantengan altos estándares en lo que se refiere a la honestidad en las transacciones de negocios y en otras cuestiones, como son la oferta de calidad y valor al cliente²⁴.

5º.- *Enfoque largoplacista.* La mayoría de los gerentes que provienen de la familia tienden a adoptar una perspectiva a largo plazo de la empresa, en parte porque la consideran como un activo que debe mantenerse en el tiempo por el bien de las futuras generaciones. Esto implica que la adopción de decisiones sea más meditada, evitando correr riesgos innecesarios, así como la permanencia en el tiempo de sus estrategias y políticas.

6º.- *Importante capacidad de autofinanciación.* Los empresarios familiares suelen emplear su patrimonio personal en financiar el desarrollo del negocio. Además, también es muy frecuente que este tipo de organizaciones reinvierta en su propio crecimiento la totalidad o una parte importante de los beneficios obtenidos en la actividad.

²⁴ GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., «Cambios en la familia y cambios en la empresa familiar», en *El futuro de la empresa familiar. De la unidad familiar a la continuidad empresarial*, Ed. Bresca Profit, 2011, págs. 37 a 63.

En cuanto a las debilidades de la empresa familiar, es preciso apuntar —antes de abordar cada una de ellas— que son muchos los autores que las han señalado como causas que explican su mortalidad. Sin más dilación, a continuación se concretan las principales fragilidades²⁵ que presenta la empresa familiar:

1ª.- Confusión entre el hecho de ser propietario y el de tener capacidad para dirigir. Es común observar en este tipo de empresas cómo muchos de los propietarios-directivos —con mayor o menor preparación académica— no poseen las capacidades de dirección adecuadas a las nuevas situaciones que se presentan en la empresa. En no pocas ocasiones esta situación se debe a la falta de predisposición de los propietarios a introducir personas en la cúspide de la empresa —pese a que cuenten con una mayor idoneidad— ajenas a la familia, es decir, una falta de delegación en personas extrañas. En los casos más extremos, se rehúsa incluso cualquier asesoramiento o ayuda externa. Por último estas posturas pueden también desembocar en la inoperancia e inutilidad del Consejo de Administración y de la Junta General.

2ª.- Confusión de los flujos económicos. Consiste en no querer seguir las reglas de mercado en la generación y reparto del valor económico agregado. Las remuneraciones de la familia se suelen alejar del valor correspondiente en el mercado, ya sea por exceso —derivado de los vínculos afectivos— o por defecto —considerando que lo recibirán

²⁵ VIVAS MORENO, B., «Fortalezas y debilidades o trampas profundas, en la empresa familiar», en *Guía de aproximación a la empresa familiar*, Cap.4, Ed. Gráficas Muriel, 2006, págs. 89 a 111.

posteriormente como mayor patrimonio—. Se derivan también de este desorden situaciones en las que los familiares ven en la caja de la empresa una prolongación de la caja de la familia, lo que lleva a tomar dinero “prestado” de la misma sin control, fenómeno que se ha denominado como «*confusión de bolsillos*». Por último, esta fragilidad suele conllevar a su vez problemas en el orden financiero y tributario.

3ª.-*Confusión de los lazos de afecto, propios de la familia, con los lazos contractuales, propios de la empresa*²⁶. Todos los componentes de la familia deben contribuir al desarrollo de la empresa, sin propiciar situaciones en las que se produzca un abuso de confianza. Y es que se trata de dos ámbitos —familia y empresa— marcados por valores distintos de no fácil combinación, en el primero de ellos prepondera el afecto mientras que en el segundo debe prevalecer la competitividad.

4ª.- *Retrasar innecesariamente la sucesión*. La sucesión es un proceso complejo que dura bastantes años y que contempla diferentes aspectos, tanto desde el punto de vista de la empresa como del de la familia. Es necesario tener en cuenta que en muchas ocasiones existe una reticencia a tomar la decisión final debido tanto al recelo de los fundadores respecto a su retirada como a la voluntad de evitar agravios comparativos entre los familiares. Por lo tanto, debe existir una sucesión bien planificada, fruto de la preparación adecuada de los sucesores.

²⁶ SOLER, C. y REIG, E., *Pequeñas empresas grandes ideas. Las claves para la gestión de la empresa familiar*, Ed. Pearson Educación, Madrid, 2011, págs. 57 a 61.

5ª.- *Costes de agencia*. En caso de empresas familiares constituidas como sociedad limitada, se derivan costes de agencia como en el caso en el que exista un único socio puesto que, si no cuenta con las habilidades necesarias se verá obligado a contratar a un administrador, produciéndose conflictos entre los intereses de ambos, y dado que el socio no será normalmente un experto en gestión, se producirán costes derivados de la vigilancia y control imperfectos del administrador²⁷.

6ª.- *Coste fiscal añadido en caso de reparto de dividendos*. El socio habrá de integrar el dividendo recibido en la base del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuando sea una persona física, sin que la deducción por doble imposición de dividendos sea total. Además, existirá la posibilidad, en función de cuáles sean los ingresos totales del socio, de tributar al tipo máximo marginal del 43% por los dividendos recibidos.

7ª.- *Falta de liderazgo a partir de la segunda generación*. El liderazgo que representa el patriarca-fundador tiende a desvanecerse cuando las generaciones posteriores acceden a la propiedad y dirección del negocio, provocando un enorme riesgo de conflictos en la empresa por la toma del control.

8ª.- *Otras razones*. Son muchas más las ocasiones en que se pueden poner de manifiesto las fragilidades que presenta esta figura; a modo de ejemplo cabría citar las siguientes: ante la existencia de una oferta de compra de la empresa muy ventajosa, no siempre se toma la decisión más

²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», en *InDret Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), nº 308, Octubre de 2005, Barcelona, pág. 8.

adecuada; dilución de la propiedad por el crecimiento de las ramas familiares; dificultades para que los diversos miembros de la familia trabajen unidos debido a las tensiones familiares²⁸, etc.

Expuesto cuanto antecede debemos apuntar una nueva debilidad de la empresa familiar de la que nos ocupamos en el presente trabajo, por estar presente en una mayoría cualificada de las empresas familiares: la posibilidad de que se produzca la ruptura matrimonial de los cónyuges casados en régimen de gananciales, titulares de empresas individuales o de acciones o participaciones sociales en sociedades familiares.

A menudo la doctrina²⁹ no contempla como tal la debilidad la ruptura matrimonial de alguno de sus componentes, y ello es así porque parten de la premisa de que todos los miembros de las empresas familiares han contraído matrimonio otorgando capitulaciones matrimoniales por las que fijan como régimen económico matrimonial el de absoluta separación de bienes. De ser así, en caso de ruptura matrimonial no habría problema alguno que resolver, ya que el bien “empresa” sería del cónyuge miembro de la familia y por consiguiente, el otro cónyuge no tendría derecho a adjudicarse, ni en todo ni en parte, el bien “empresa”.

²⁸ SÁNCHEZ-CRESPO, C. y CALERO ARTERO, J. F., en *La Empresa Familiar: guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil –matrimonial y sucesorio*», societario y fiscal, Ed. Editorial Comares, Granada 2000, págs. 10 y ss.

²⁹ Vid. GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., *Ideas básicas para dirigir la empresa familiar*, Ed. Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª Edición, 2008, pág. 30 y ss. AMAT SALAS, J.M., *La continuidad de la empresa familiar*, Ed. Gestión 2000, 2004, págs. 47 y ss.

Sin embargo, tal premisa — como revela la práctica forense — no se da ni en España, ni en la Región de Murcia. No hay ningún estudio publicado que facilite dato alguno sobre qué miembros de una empresa familiar están casados en régimen de gananciales o de absoluta separación de bienes. Por tanto se procede a operar de la siguiente forma: se extrapolan los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística sobre el número de matrimonios contraídos en España — con excepción de los territorios que cuentan con regímenes forales — bajo un régimen económico matrimonial u otro y se aplican porcentualmente al número de empresarios titulares de empresas familiares. Con ello, se puede suponer que el 94% de los titulares de empresas familiares tienen como régimen económico matrimonial el de gananciales. Ese dato, se reitera, no ha sido constatado por estudio sociológico ni de investigación alguno, aunque podría aproximarse al porcentaje de empresas sin protocolo familiar que señala para la Región de Murcia la Cátedra de la Empresa Familiar de la Universidad de Murcia.

En España, las rupturas matrimoniales han seguido aumentando a pesar de la grave crisis económica en la que estamos inmersos y al descenso del número de matrimonios. Según los datos facilitados por el Consejo General de Poder Judicial³⁰ resulta que:

³⁰ Últimos datos disponibles en la página web del Consejo General del Poder Judicial, descarga directa en el siguiente enlace: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_de_Nulidades__Separaciones_y_Divorcios_ingresadas_en_el_tercer_trimestre_de_2011.formato3

a) En el año 2010, se produjeron en España 127.685 rupturas matrimoniales frente a 168.000 nuevas nupcias.

b) En el año 2011, de Julio a Marzo, 25.215 matrimonios se rompieron en España, un 0,75% menos que el mismo periodo del año anterior. De éstas, las rupturas conflictivas supusieron un 40% del total, habiendo aumentado la conflictividad del 37,6% al 40%, desde la entrada en vigor de la reforma de ley del divorcio en 2005³¹.

c) En el año 2010, se produjeron en la Región de Murcia 3.877 rupturas matrimoniales frente a 5.371 nuevas nupcias.

d) En el año 2011, de Julio a Septiembre, 733 matrimonios se rompieron en la Región de Murcia.

e) Los matrimonios disueltos duran una media de 15,4 años, un dato que se mantiene estable, y los cónyuges más proclives a la separación están entre los 40 y los 49 años (una media de 41,9 años en mujeres y 44,4 años en hombres).

En definitiva, estamos ante una problemática relevante, a veces de difícil solución. Por todo ello, es importante analizar los problemas que surgen en las empresas familiares en caso de crisis matrimonial, así como las medidas que pueden adoptarse, bien mediante acuerdos entre los

³¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Publicada en el B.O.E núm. 163, de 9 de Julio de 2005.

propios cónyuges, bien mediante las correspondientes resoluciones judiciales, en orden a:

- Conseguir la estabilidad, conservación y continuidad del patrimonio de la empresa familiar.
- Salvaguardar los derechos patrimoniales del cónyuge titular, sin perjuicio de los derechos patrimoniales que correspondan al otro cónyuge.

2.4. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO FISCAL DE LA EMPRESA FAMILIAR

La brevedad en el tratamiento de esta cuestión se justifica por la necesidad de evitar que una excesiva profundización en un tema tan complejo —como es el ámbito fiscal— reste claridad expositiva al presente trabajo. Sin embargo, por su importancia se ha considerado oportuno incluir una mención, a modo de pincelada, con objeto de facilitar una mejor comprensión del entorno jurídico de la empresa familiar.

Es preciso apuntar, ante todo, que en el ámbito fiscal sí se encuentra acotado el concepto de empresa familiar como tal; así, de una lectura de las normas de la Ley 19/1991, de 6 Junio, del Impuesto sobre el Patrimonio se desprende, siguiendo a Pérez-Fazón que empresas familiares, a los efectos del propio impuesto, son *«aquéllas de carácter individual o societario, que no se dediquen a la simple gestión de un capital mobiliario o inmobiliario, que sean dirigidas de forma habitual, personal y directa por un miembro del grupo familiar (formado por el matrimonio en el supuesto de empresa individual y por los parientes más cercanos en el societario), que detente un porcentaje mínimo del*

capital o patrimonio de la empresa y que se perciba por dicha dirección un porcentaje de más de la mitad de las rentas o de los rendimientos obtenidos por el empresario o por uno de los propietarios principales de la entidad»³².

El tratamiento fiscal que el ordenamiento confiere a las empresas familiares tiene un carácter claramente beneficioso. La regulación específica de estas empresas se encuentra en tres ámbitos, fundamentalmente: el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Al margen de ello, son también de aplicación a estas empresas otros preceptos que, sin embargo, no se refieren específicamente a ellas, como sucede, singularmente, en el caso del Impuesto sobre Sociedades.

En el presente trabajo sólo se va a hacer referencia al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ya que el Impuesto sobre el Patrimonio, además de haber estado suprimido de gravamen en los últimos años³³, su reincorporación por el Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante LIP), con carácter temporal, está limitado en el tiempo a dos años. Entrando en materia, nos vamos a centrar en las reducciones recogidas en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, LISD), que operan en caso de que la sucesión de la sociedad

³² PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., «Régimen fiscal de la empresa familiar en España», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, nº 17, 2001, nº1, págs. 1439 a 1467.

³³ *Vid.* la Ley 4/2008 (publicada en el BOE el 25 de diciembre), del 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

familiar se produzca por herencia o por donación. Así, el Art. 20. 2 letra c) del LISD establece una reducción del 95% en caso de adquisición *mortis causa* de la empresa familiar. La razón de tal previsión se encuentra en el diseño de facilitar la transmisión de la empresa familiar entre generaciones; tal objetivo fue instado por la Comunidad Europea a los Estados miembros, pues dada su importancia económica —ya referenciada en el primer apartado del presente punto— su continuidad es vital para conseguir un mercado único competitivo³⁴.

Sin embargo, dada la oscuridad de la redacción dada por el legislador, se hizo necesaria la interpretación de la norma; en primer lugar por parte de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) —*Resolución 2/1999*—, a cuyas resoluciones, no obstante, sólo cabe reconocerles eficacia en el ámbito de los órganos de gestión de la Administración Pública. Por ello, más recientemente, el Tribunal Supremo (Sala III de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 18 de Marzo de 2009³⁵, ha venido a fijar —desautorizando de forma contundente la pauta dada por la DGT— el criterio definitivo sobre una de las cuestiones concernientes a esta reducción, la base sobre la que ha de aplicarse para obtener su cuantía, estableciendo que *«la reducción ha de practicarse sobre el valor que dicho activo fiscalmente supone, sin la minoración de conceptos, como*

³⁴ALFONSO GALÁN, R. M., «Beneficios fiscales en el impuesto sobre sucesiones y donaciones con ocasión de la transmisión mortis causa de la empresa familiar», en AAVV, *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, págs. 765 a 799.

³⁵ Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso, nº 1657/2009, de 18 de Marzo. Id. VLEX-57819737

cargas o deudas extraños a él»³⁶. De esta forma, los obligados tributarios conocen ya la base sobre la que deberán aplicar en futuras actuaciones la reducción por adquisición *mortis causa* de la empresa familiar.

La otra reducción que atañe a la sociedad familiar objeto de estudio, la encontramos en el Art. 20.6 del ISD, relativa los supuestos de donación de empresas y participaciones societarias. Al igual que en el supuesto que acabamos de analizar, se establece un reducción del 95% del valor de la empresa o de las participaciones societarias en la base imponible derivada de la donación de la empresa, siempre que concurran los siguientes requisitos:

i. Es necesario que a la empresa donada (o en su caso a las participaciones donadas), le sea aplicable la exención regulada en el art.4.8 del LIP.

ii. La transmisión debe realizarse a favor de determinadas personas que estén vinculadas familiarmente con el transmitente (cónyuge, descendientes o adoptados).

iii. El donante debe tener 65 años o más o encontrarse en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

iv. En caso de que el donante ejerciera funciones de dirección en la empresa, debe cesar en su ejercicio y remuneración, sin que se considere a estos efectos, la mera pertenencia al Consejo de Administración.

³⁶ SANZ CLAVIJO, A., «La base de la reducción por adquisición mortis causa de la empresa familiar en el ISyD tras la STS de 18 de marzo de 2009», en *Nueva fiscalidad*, núm. 5, 2009, págs. 53 a 82.

v. Por su parte, el donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto de Patrimonio durante al menos 10 años. Además, durante este lapso temporal, deberá de abstenerse de realizar cualquier acto de disposición u operación societaria que, directa o indirectamente, pueda dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.

Al respecto debemos señalar que la severidad de estos requisitos dificulta la operatividad práctica de esta reducción. En concreto, nuestros tribunales³⁷ han reflejado en varias sentencias la dificultad de casar los requisitos contemplados en la LISD y la exención del Art. 4.8 de la LIP.

³⁷ Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, nº 31093/2009, de 14 de Diciembre, Westlaw JUR\2010\69187, «El sujeto pasivo presentó autoliquidación por el Impuesto sobre Donaciones y Sucesiones sobre una base imponible de 23.800.000 ptas. acogiéndose a la reducción del 95% prevista en el art.20. 6 de la Ley 29/1987. El 2 de julio de 2001, la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid extendió acta de disconformidad al hoy codemandado en la que se hacían constar los hechos antes relatados. En ella se considera que la reducción aplicada no procede por no cumplirse los requisitos previstos para que a las participaciones donadas les sea de aplicación la exención del art. 4.8.Dos de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, proponiendo por ello liquidación sobre una base imponible de 23.800.000 ptas». Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 1467/2010, de 9 de noviembre, Westlaw JUR\2011\81073, «El motivo de impugnación de la liquidación es la discrepancia existente entre el actor y las Administraciones demandadas en cuanto a la aplicabilidad a la adquisición sujeta a tributación de la reducción de la base imponible prevista en el Art.20.6 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Considera la Administración que la donación de las participaciones sociales no reúne uno de los requisitos previstos legalmente y es que, a los bienes transmitidos, le sea de aplicación la exención del arto 4.8 de la Ley del Impuesto de Patrimonio»

Ante todo lo expuesto, siguiendo a Navarro Egea³⁸, cabe criticar el grado de exigencia de los requisitos del Art. 20 de la Ley 29/1987 para el traspaso generacional de las empresas, puesto que no guardan relación con la realidad empresarial en la que debe basarse el trato de favor pretendido. Por ello, debemos defender una reforma de estas reducciones para que cumplan la finalidad perseguida, que no debe ser otra que disminuir la carga fiscal de las empresas familiares en el momento del traspaso generacional.

³⁸ NAVARRO EGEA, M., «Tratamiento fiscal de las empresas familiares en la Ley del ISD», en *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*. Ed. Aranzadi, 2010, Navarra, págs. 227 a 251.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO

Comenzaremos haciendo una introducción sobre el régimen económico matrimonial español. Se trata del conjunto de reglas que cada ordenamiento dedica a la ordenación de la economía del matrimonio. Reglas orientadas a fijar los criterios de actuación que permitan determinar: cuáles son las necesidades básicas de los miembros de la familia —alimentación, alojamiento, educación, vestuario, gastos sanitarios, etc.—; modo de proceder a su levantamiento, a costa de qué patrimonio o en qué proporción cada cónyuge o cada integrante de la unidad familiar debe contribuir,³⁹ el régimen de responsabilidad por las deudas contraídas frente a terceros, los criterios relativos a la administración y liquidación de los bienes pertenecientes a los cónyuges, etc.

Todo matrimonio requiere inevitablemente unos medios económicos con los que hacer frente a sus necesidades, siendo inimaginable que no precise de ellos por carecer de aquéllos; en tal sentido, el ordenamiento, al regular la economía del matrimonio, no hace más que rubricar una exigencia que se impondría aunque no existieran normas positivas.

³⁹ SERRANO ALONSO, E., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 9.

Por tanto, estos medios económicos son los que plantean numerosas cuestiones litigiosas cuando, llegado el momento, el matrimonio debe de enfrentarse a una ruptura.

En España coexisten dos sistemas de normas relativas al régimen económico matrimonial, las de derecho común y las de los derechos forales o especiales. El Art 13 del CC establece los criterios conforme a los cuales se determina la aplicación de las normas relativas al régimen económico matrimonial en aquellos territorios que cuenten con sus propias leyes civiles sobre la materia. Por su parte, conforme al Art 16.1.1º del CC, la vecindad civil —común o foral— constituye el punto de conexión básico para determinar la ley aplicable a los ciudadanos españoles a efectos de resolver su sometimiento al Código Civil o a alguno de los diferentes sistemas jurídico-civiles existentes en España en relación con aquellas cuestiones que tradicionalmente configuran el llamado "estatuto personal" (Art.9 CC), entre ellas, el régimen económico matrimonial⁴⁰. No obstante, hay que tener en cuenta, que, en muchos casos el problema de la sujeción al Derecho civil común o a uno de los Derechos civiles forales o especiales no habrá de solucionarse acudiendo al concepto de vecindad civil, sino a otros puntos de conexión (por ejemplo, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, a falta de dicha residencia, el lugar de celebración del mismo; art. 9.2 CC).

⁴⁰ DÍEZ SOTO, C., «Vecindad civil», en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, T. I, Tema 20, Ed. Dykinson, 2011, págs. 623 y 624.

De cara a una mayor comprensión de los distintos regímenes matrimoniales, es preciso mencionar—antes de analizar cada uno de ellos pormenorizadamente— los principios que inspiran esta disciplina en nuestro ordenamiento:

a) *Principio de libertad de estipulación.* Son los cónyuges quienes estipulan su régimen económico matrimonial sin más limitaciones que las establecidas en el Código. Por tanto se está ante una particularización del principio de autonomía de la voluntad tan presente en el ámbito civil. Y es que se debe entender que estamos ante una esfera —la matrimonial— que concierne casi en exclusiva a los consortes y por ello basta con preservar la seguridad del tráfico y los derechos de terceros. La práctica totalidad de las legislaciones modernas recogen este principio —de modo que se deja a los esposos la fijación de las reglas a las que desean someter su matrimonio—; ahora bien, se requiere la expresa manifestación del tipo de régimen que se desea aplicar, por lo que será necesario suscribir un contrato en el que se especifiquen tales normas. Para subsanar la omisión del acuerdo expreso, el propio legislador ha dispuesto el régimen económico matrimonial que será aplicable, surgiendo de este modo el régimen económico matrimonial subsidiario y supletorio al libremente estipulado.

b) *Principio de igualdad.* Consiste en la traducción en esta materia económico-matrimonial del cardinal principio de la igualdad jurídica entre marido y mujer que consagra el artículo 32 de la Constitución⁴¹.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Ed. Tecnos, 2006, pág. 135.

c) *Principio de mutabilidad del régimen económico conyugal*. Supone la posibilidad de que los esposos determinen o modifiquen su régimen económico tanto antes como después de contraer matrimonio. La inclusión de este principio en nuestro ordenamiento data de la Ley de 2 de mayo de 1975, que supuso un cambio radical en el sistema imperante hasta ese momento; bien entendido que la solemnidad intrínseca del negocio capitular y la necesidad de preservar los derechos de terceros imponen la necesidad de observar en todo caso las exigencias formales y de publicidad impuestas por el ordenamiento.

3.1. DERECHO CIVIL COMÚN

En primer lugar, es necesario abordar lo que algunos autores han convenido en denominar como el *régimen económico matrimonial primario*. Al respecto se debe puntualizar que tal título no debe llevar a confusión, ya que no se trata de otro sistema económico del matrimonio a añadir a los que regula el código, sino sólo de una serie de normas generales de aplicación común a todos los regímenes matrimoniales.

De su examen se extrae que manejan normas de muy diversa índole que, en opinión compartida con algunos autores⁴², no constituyen un régimen perfectamente articulado que venga a superponerse o completar lo acordado por los cónyuges o por la ley. Además, hay que matizar el verdadero sentido de algunas disposiciones, que están inequívocamente

⁴² BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio*, Cap. I, Ed. Dykinson, 2006, pág. 43.

referidas a un régimen concreto —pierden así su pretendido carácter general—, que casi siempre suele ser el de gananciales. Esta deficiencia ha sido reflejada por la jurisprudencia a partir de la STS de 19 de Noviembre 2007⁴³ « El primero de los capítulos del título III del libro IV del Código civil dedicado al régimen económico matrimonial, con la expresión "disposiciones generales" agrupa un conjunto de normas inconexas, que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, "régimen matrimonial primario", pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El artículo 1322 es un claro supuesto: este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales...No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes». Siguiendo esta dirección, hay que abogar por proceder a un cambio en su ubicación ya que sería más correcta su inclusión en el Libro I del Código Civil, con objeto de permitir su aplicabilidad directa a todo matrimonio.

El Código Civil dedica al régimen económico matrimonial el libro IV, título III, capítulo I, Arts. 1315 a 1444, bajo la rúbrica "Del régimen económico matrimonial". El primero de tales capítulos, integrado por los arts. 1315 a 1324, recoge una serie de disposiciones generales de índole patrimonial que necesariamente deben de ser combinadas con el régimen económico específico del matrimonio.

⁴³ Sentencia nº 1029/97 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 19 de Noviembre de 1997 (Westlaw RJ 1997\7978). Esta sentencia ha sido recogida los tribunales, configurando una línea jurisprudencial al respecto.

En un análisis particular de los aspectos más relevantes de estas disposiciones generales, siguiendo la línea marcada por Díez-Picazo⁴⁴ cabe destacar:

a) *El levantamiento de las cargas del matrimonio y la sujeción de los bienes de los cónyuges* —Art. 1318 del CC—. El Código impone a los consortes el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio sin concretar qué debe entenderse por las mismas, cuestión que pone de manifiesto la imprecisión antes mencionada; de ahí que hayan sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han dotado de contenido al concepto. La mayoría de los autores⁴⁵, a la luz del art. 1362.1^a, consideran que las cargas del matrimonio son —en general— las de alimentación y educación, así como aquellas necesidades de carácter básico que se desprenden de las circunstancias particulares de cada familia. Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia nº564/2006, de 31 de Mayo⁴⁶ ha señalado como cargas del matrimonio *«todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes»*, y es que el trabajo en casa también deberá ser computado como contribución a las cargas. En conclusión, deberán entenderse como cargas encaminadas

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Tecnos, 2006, págs. 136 a 144.

⁴⁵ PÉREZ MARTÍN, J., «Delimitación de las cargas del matrimonio», en *Regímenes económico matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Ed. LEX NOVA, Vol. II, 1^a Edición, 2009, págs. 1559 y ss.

⁴⁶ Sentencia del TS, Sala 1^a, nº 564/2006, de 31 de Mayo, rec. 4112/2006, EDJ 2006/80805

al sostenimiento de la familia los gastos de alimentación, vestido, alojamiento, cuidados médicos, educación y otros de la misma índole de los hijos comunes; y, en general, también podrán considerarse como tales los gastos ordinarios —luz, agua, teléfono, etc.—, los gastos de ocio y entretenimiento de la familia siempre que guarden una proporción con las circunstancias del núcleo familiar⁴⁷.

Al mismo tiempo, dicho artículo impone a los cónyuges una sujeción de sus bienes, debiendo entenderse aquella tanto desde una perspectiva externa —en atención a las posibles responsabilidades que pudieran contraer frente a terceros—, como interna —en relación con la contribución que cada cónyuge debe realizar al sostenimiento de las cargas del matrimonio—.

b) Los actos de los cónyuges orientados a atender las necesidades ordinarias de la familia. Al respecto, es destacable lo dispuesto en el Art.1319.2 del CC, donde se establece un orden de responsabilidades patrimoniales orientadas a responder de las deudas contraídas por los consortes en ejercicio de la “potestad doméstica” que el mismo artículo enuncia en su primer párrafo. Así, en primer lugar responderán solidariamente los bienes del cónyuge que contraiga la deuda —ya que como deudor responderá con sus bienes presentes y futuros en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal—y los comunes; en segunda posición, y con carácter subsidiario, los bienes del otro esposo. Todo ello

⁴⁷ PÉREZ MARTÍN, J., «Delimitación de las cargas del matrimonio», en *Regímenes económico matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Ed. LEX NOVA, Vol. II, 1ª Edición, 2009, págs. 1559 y ss.

supone una mayor protección de los terceros que tengan a su favor créditos en atención a las necesidades ordinarias de la familia frente a otros acreedores. En el supuesto de que responda alguno de los esposos con sus bienes, el Código prevé su reintegro de conformidad con su régimen matrimonial.

c) Las consecuencias jurídicas de la necesidad de la actuación conjunta de los cónyuges. El Art. 1322 CC dispone que «Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». Esto supone que tales actos serán anulables y no nulos, con la salvedad de los actos realizados a título gratuito —excepción dispuesta por el 2º párrafo de dicho artículo— y que tengan por objeto bienes comunes, en el ámbito del régimen de gananciales. Esta última apreciación refuerza la deficiencia expuesta anteriormente acerca de la falta de generalidad de las normas recogidas en el Libro IV.

d) La disposición de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia y muebles de uso ordinario. El Art. 1320 del Código dispone que para los actos de disposición de derechos sobre la vivienda habitual y sobre los muebles de uso ordinario de la familia se exige el consentimiento de ambos cónyuges o de la autoridad judicial en su caso, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges. El fundamento no es otro que la conveniencia de dispensar una mayor protección a los intereses familiares en juego.

e) *La atribución legal mortis causa del ajuar de la vivienda.* Con la intención de otorgar una protección al cónyuge superviviente el Código Civil —Art. 1321— atribuye al mismo las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común, sin que dicha atribución se compute en su haber hereditario. Es precisamente el término «común», el que suscita más problemas, y es que da a entender, desafortunadamente, que el precepto se refiere a aquellas viviendas que pertenezca a la sociedad de gananciales o a la comunidad de bienes que hubiesen pactado los esposos con el régimen matrimonial. Hubiese bastado con su no incorporación al precepto, ya que con una única referencia a la vivienda habitual ya se desprende el carácter de hogar común de la misma.

Ahora bien no todas las disposiciones que tratan sobre el régimen económico matrimonial se encuentran situadas en el bloque de artículos que va desde el 1.315 al 1.324, ya que el régimen económico matrimonial en las situaciones de crisis matrimonial —separación o divorcio— se encuentra regulado en el Título IV, Libro I, Arts. 81 al 107 del CC.

La situación en el derecho civil común puede sintetizarse del siguiente modo: el régimen económico del matrimonio es el que fijen voluntariamente los cónyuges en cada caso, mediante el otorgamiento de capitulaciones ; si no hay capitulaciones matrimoniales o en ellas no se dice nada, se aplicarán las reglas de la sociedad de gananciales, que es el régimen legal supletorio principal o de primer grado; si hay capitulaciones matrimoniales pero no se fija el régimen económico que se desea,

manifestándose únicamente la voluntad de excluir la sociedad de gananciales, se someterá el matrimonio a la normativa legalmente prevista para el régimen de separación de bienes, convirtiéndose así en un régimen legal subsidiario para cuando se excluya la sociedad de gananciales —régimen de separación que será el principal cuando así lo establezcan los esposos en las capitulaciones matrimoniales, pues en éstas pueden fijar libremente el régimen que quieran⁴⁸—. Todo este estudio se irá desarrollando a continuación a través del examen de los distintos tipos de regímenes económicos matrimoniales que configura nuestro ordenamiento.

f) *Libertad de contratación entre los cónyuges*. Con carácter general, el Art. 1323 del Código Civil habilita a los consortes para la transmisión entre sí, por cualquier título, de todo tipo de bienes y derechos, así como la celebración de toda la clase de contratos. Algunos autores⁴⁹ identifican como límite de esta autonomía el respecto a la igualdad entre los esposos, de manera que proclaman la nulidad de aquellos pactos: (i) que impliquen la sumisión de algún cónyuge al otro; (ii) que priven a cualquiera de los esposos, de forma definitiva y sin posibilidad de revisión, del poder de gestión o administración de sus propios bienes o de los comunes; (iii) o que impidan, de forma general, cualquier tipo de intervención en el desarrollo

⁴⁸ SERRANO ALONSO, E., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, págs. 10 a 12

⁴⁹ MORENO VELASCO, V., «El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad», en *Diario La Ley*, nº 7609, 12 de Abril 2011, Ref. D-160 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY 3452/2011). AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, en AA.VV., Ed. Dykinson, 2009, pág. 122.

de la economía familiar. Por su parte, nuestros Tribunales⁵⁰ abogan por otorgar a esta facultad de los cónyuges su sentido más amplio, sujetando la validez de los negocios celebrados entre los cónyuges, a la ausencia de vicio del consentimiento, en consonancia con la teoría general de los contratos.

g) *La confesión de privatividad.* Conforme a lo establecido en el Art.1324 del Código Civil, bastará con la confesión de uno de los cónyuges, para probar que un determinado bien pertenece al otro. Sin embargo, este efecto de la confesión de privatividad —como medio de prueba suficiente— se restringe al ámbito de los cónyuges, resultando insuficiente

⁵⁰ Vid. Sentencia AP de Sevilla, Sección 2ª, nº513/2008, de 27 de Noviembre, EDJ 2008/289124: «...el art. 1323 del Código Civil que permite que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos, y así la sentencia de 12 de diciembre de 1997, declara que se les permite realizar los contratos que estimen pertinentes; es una facultad amplia, que no tiene en principio limitación y que les permite entre cónyuges realizar transmisiones entre ellos y celebrar cualquier tipo de contratos; si esa facultad como sucede está recogida en nuestro Código Civil, la única posibilidad para cuestionar su validez y eficacia, no puede ser otra que como en cualquier contrato, se pueda demostrar algún vicio que invalide el consentimiento y en base a ello si se podría rescindir esa transmisión o esa manifestación...». Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 3ª, de 17 de Noviembre de 2001, Rec. nº 1362/2000, Westlaw AC\2002\299: «...1323 del Código Civil permite a los cónyuges que, pese a que un bien tenga el carácter ganancial, se le confiera la cualidad de privativo, bien como mera liberalidad, bien como contraprestación a otra de las adjudicaciones que se realizan... la libertad de contratación que rige en nuestro Derecho, desde el otorgamiento de la escritura pasaron a tener la consideración de privativos, con todos los efectos inherentes. Y no se ha invocado, ni acreditado, un concreto vicio del consentimiento que pudiera anular la manifestación de la escritura pública de capitulaciones...». Sentencia de la AP de Madrid, Sección 20ª, nº 422/2006, de 6 de Octubre, Westlaw JUR 2007\54686: «... en virtud de los principios de libertad de pacto de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, y la sentencia apelada en cuanto se sujeta a lo allí pactado para determinar la forma de hacer cesar la situación de indivisión sobre la vivienda litigiosa, es perfectamente ajustada a derecho, al no haberse alegado la concurrencia de vicios en el consentimiento prestado por Don Jon, ni concurrir motivos para pensar que en el convenio litigioso obedeciera a otra causa o motivo que el deseo de regular los efectos económicos de la separación entre los cónyuges litigantes, ni mediar renuncia expresa, o por actos propios concluyentes de Doña María Purificación de su derecho a llevar a efecto lo convenido»

en relación a los herederos forzosos y acreedores⁵¹. Así, la jurisprudencia⁵² atribuye a la confesión entre cónyuges (como declaración unilateral válida en Derecho y sólo en las relaciones que puedan darse entre éstos) la eficacia de prueba “bastante” para destruir presunciones legales. De este modo, el Alto Tribunal ha detallado cuáles son los requisitos que tiene que cumplir la confesión para que pueda producir efectos:

- i. El autor de la declaración debe ser alguno de los cónyuges.
- ii. El confesante debe ser aquél a quien perjudique la confesión.
- iii. Además, el confesante debe tener capacidad de obrar y poder de disposición.
- iv. Por último, la confesión debe haberse realizado constante el matrimonio.

⁵¹ Vid. Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 13 de Junio de 2003 Westlaw RJ 2003\4225: «Para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil (LEG 1889, 27) , no es suficiente la confesión de un consorte sobre el carácter de la adquisición, pues ésta opera entre cónyuges (artículo 1324 del Código Civil), pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios...»

⁵² Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 969/2004, de 8 de Octubre, VLEX-17302848: «...la del art. 1324, que, a su vez, permite, mediante “confesión” (declaración unilateral válida en Derecho) hecha por el que, de ellos, pueda resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aun perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro... situaciones como aquéllas en que se produzca la falta de precio (se permite que sin él la causa de tal traspaso de propiedad sea la mera declaración de voluntad del perjudicado), o la precariedad o desproporción del mismo, no afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario, o que se dé la existencia de situaciones enervantes, como serían las del error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace, en cuyos casos sí faltaría propiamente el consentimiento...». Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1216/2006, de 29 de Noviembre, Westlaw RJ\2006\10030: «...Los requisitos para que esta confesión produzca efectos entre los cónyuges serán: 1) que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2) que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3) que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4) que la confesión se haya efectuado constante matrimonio...»

Sin embargo, esta prevalencia no tiene carácter absoluto, cabe prueba en contra, siempre que sean pruebas eficaces y contundentes y vayan en la línea de —al igual que el supuesto anterior— demostrar la existencia de un error o falta de capacidad para prestar el consentimiento o que haya sido prestado bajo engaño, es decir, cuando manifiesten la existencia de un vicio en el consentimiento del cónyuge que presta la confesión. En el siguiente punto nos referiremos más ampliamente a ello.

Nuestro Código Civil regula tres tipos de regímenes económicos matrimoniales: El de la Sociedad de Gananciales (Arts. 1.344 a 1.410), Régimen de Participación (Arts 1411 a 1.434) y de Separación de bienes (Arts 1411 a 1444), de los que nos vamos a ocupar en los siguientes epígrafes.

3.1.1. De la sociedad de gananciales

3.1.1.1. Origen y evolución histórica

Como punto de partida del análisis de esta institución es importante resaltar que su origen se sitúa ya en el derecho histórico castellano, lo que permite dar cuenta de la enorme tradición que esta figura tiene en nuestro derecho.

La idea de participación en las ganancias está presente en el Fuero Juzgo, que atendía a un criterio de proporcionalidad según el capital aportado por cada uno de los cónyuges. Esta pauta cambia en el Fuero Real y las Leyes de Estilo, haciendo su aparición el reparto por mitad basado en

un criterio de igualdad⁵³. Igualmente, cabe citar las referencias que se encuentran en Las Partidas, las Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá o la Novísima Recopilación⁵⁴ que por razones de brevedad nos limitamos a enumerar, pero que permiten poner en relieve la importancia histórica que la sociedad de gananciales tiene en nuestro Derecho.

Asimismo, es preciso destacar el proceso de codificación llevado a cabo en 1851 por García Goyena, debido a la consagración de la sociedad legal de gananciales, la dote y los bienes parafernales. Como características más importantes de la sociedad de gananciales recogida el proyecto de García Coyena cabe citar las siguientes⁵⁵: el marido es el administrador legítimo y exclusivo de todos los bienes del matrimonio; se consagra la dote que la mujer aporta al matrimonio para soportar las cargas familiares; se reafirma la partición de ganancias de manera igualitaria, etc.

Posteriormente, esta idea de sociedad marital fue tomada por el legislador de 1889 como régimen general a falta de pacto entre los cónyuges. Si bien hasta la posterior reforma de 1981 se trataba de un sistema dotal—utilizado como régimen supletorio de segundo grado—,

⁵³ BARCELÓ DOMÉNECH, J., «De la sociedad de gananciales. Sección primera: Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2006, págs. 235 a 251.

⁵⁴ ALARCÓN PALACIO, Y., «Régimen económico del matrimonio desde la Codificación hasta la reforma de 1981», en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nº25, 2006, pág. 79.

⁵⁵ ALARCÓN PALACIO, Y., «Régimen económico del matrimonio desde la Codificación hasta la reforma de 1981», en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nº25, 2006, pág. 82.

aunque dado su cariz peyorativo no se utilizaba en los últimos años como tal⁵⁶.

Por tanto, estamos ante una institución de honda raigambre en nuestro derecho que ha conseguido mantenerse a lo largo de los siglos.

3.1.1.2. Concepto y naturaleza

Es el régimen más común en nuestra sociedad —aunque cada vez en menor medida—, puesto que es el que resulta de aplicación en defecto de pacto entre los cónyuges. Nuestro Código Civil no da una definición de la sociedad de gananciales, se limita en su Art. 1344 a describir su efecto final más importante, consistente en el reparto por mitad del haber de la sociedad entre los cónyuges o sus respectivos herederos en la fase de liquidación del régimen económico.⁵⁷

Pese a esta carencia, es posible llegar a un concepto de sociedad de gananciales a partir de la conexión de este precepto con los Arts. 1315 y 1316 del CC, considerando a la misma como *«el sistema económico matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas, que surge por la voluntad de los esposos manifestada en capitulaciones o por la ley, en defecto de aquéllas, y que determina que, a su disolución, se hagan comunes y divisibles por*

⁵⁶ EVANGELIO LLORCA, R., «Sección quinta: de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Parte II», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, pág. 599.

⁵⁷ BARCELÓ DOMENECH, J., «De la Sociedad de gananciales. Sección primera: disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, págs. 233 a 251.

la mitad las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio»⁵⁸

Esta falta de concreción en el Código Civil ha llevado a distintas consideraciones en torno a la calificación de la sociedad de gananciales dentro de la doctrina. Así, se procede a recoger las siguientes propuestas, siguiendo la pauta dada por Serrano Alonso⁵⁹:

a) *La sociedad de gananciales entendida como una comunidad ordinaria o por cuotas*; cada uno de los cónyuges es titular de una cuota (que sería en principio del 50 por 100) sobre el total de los bienes comunes; sobre la cuota correspondiente al otro cónyuge no se tiene ningún derecho o facultad. Es una idea bastante simplista, insuficiente para explicar todo el sistema matrimonial.

b) *La sociedad de gananciales consiste en un patrimonio adscrito a un fin*: la satisfacción de las necesidades familiares. Bajo esta idea se considera que ese patrimonio tiene sustantividad propia, ajena a la de sus integrantes; y por tanto, su titularidad es de los dos cónyuges en la medida en que es necesario para el cumplimiento de los fines familiares.

c) *La sociedad de gananciales como una verdadera sociedad entre marido y mujer*; sociedad que para el cumplimiento de sus fines necesita un patrimonio propio. Esta postura tenía cierto apoyo legal en el Art. 1395 originario del Código Civil, donde se declaraban aplicables a las

⁵⁸ SERRANO ALONSO, E., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 13

⁵⁹ SERRANO ALONSO, E., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, págs. 13 y ss.

sociedades de gananciales «*las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en lo que no se opongan a lo expresamente determinado*»; suprimido el precepto en la reforma de mayo de 1981, y sin equivalente en la nueva regulación, no sólo se imposibilita que pueda mantenerse esta solución sino que además se pone de manifiesto que la única naturaleza que puede predicarse de esta “sociedad” es la comunitaria.⁶⁰

d) *La sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico o «en mano común»*, lo que implica que el derecho que los cónyuges tienen sobre la masa común no es susceptible de ser dividido en cuotas, es un derecho íntegro sobre la totalidad del patrimonio y que pertenece al mismo tiempo a marido y mujer, lo que explica la necesidad de actuación conjunta para la validez y eficacia de su derecho. La consideración de esta postura presupone la atribución a la sociedad de gananciales de ciertas características tales como la existencia de una vinculación personal entre los comuneros, la prevalencia del interés comunitario y la inexistencia de acción de división⁶¹. Esta solución es mayoritaria y dominante tanto en la doctrina⁶² como en la jurisprudencia⁶³.

⁶⁰ MARTOS CALABRÚS, M. A., «El nuevo Derecho matrimonial», en *Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005, de 8 de Julio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 184.

⁶¹ DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2004, pág. 96.

⁶² *Vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Tecnos, 2006, págs. 158 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, IV (Derecho de familia), Vol. 1º, Barcelona 1999, págs. 193 y ss. ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, págs. 254 y ss.

⁶³ ST del TS, Sala 1ª, nº124/2007, de 8 de Febrero (EDJ 2007/8503): «*La sociedad de gananciales no constituye propia comunidad regulada en el artículo 392 del Código... presentándose más bien la sociedad ganancial de tipo germánico...*». Línea jurisprudencial recogida por los Tribunales, *vid.* entre otras ST de la AP de La Rioja, Sección 1ª, nº24/2011,

3.1.1.3. Composición del patrimonio de la sociedad. Distinción entre bienes gananciales y bienes privativos

El régimen de gananciales atribuye a las ganancias y beneficios de los cónyuges la condición de comunes o gananciales, constituyéndose un patrimonio común que pertenece a ambos cónyuges y que se halla afecto a unas cargas o deudas comunes, destinándose los remanentes que existieren el momento de la disolución a ser repartidos por mitad entre ambos cónyuges. La idea central, pues, es establecer una comunidad de ganancias, que es una comunidad parcial, en cuanto sólo se refiere a un tipo de bienes, que son los bienes gananciales.

Se parte, según la doctrina⁶⁴, del presupuesto de que las ganancias o beneficios no son nunca obra exclusiva del cónyuge que más decisivamente haya intervenido en su obtención, sino que también son obra del ahorro y sacrificio del otro. Por esta razón se hacen comunes.

de 14 de Marzo (EDJ 2011/60534) «...La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales, es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico...». ST de la AP de La Coruña, Sección 3ª, nº55/2011, de 8 de Febrero (EDJ 2011/25137): « debe hacerse notar que se está tratando tanto la sociedad de gananciales... como si fuesen comunidades romanas, partiendo de la premisa de que pertenece a cada uno de los interesados la mitad de cada bien; cuando se trata de comunidades de carácter germánico». ST de la AP de Madrid, Sección 14ª, nº345/2010, de 7 de Junio (EDJ 2010/182402): «...la sociedad de gananciales no es propiamente una comunidad de bienes proindiviso romano del artículo 392 del Código civil , sino una comunidad en mano común o tipo germánico». ST de la AP de Granada, Sección 3ª, nº351/2010, de 24 de Septiembre (EDJ 2010/322302): «...dado que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (8 de febrero de 2007, 25 de febrero de 1997, 29 de abril de 1994, 4 de marzo de 1994 y 2 de junio de 1990 entre otras muchas), que la sociedad de gananciales es una comunidad de bienes de tipo germánico , en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, lo que es característico de una propiedad en mano común de tipo germánico...».

⁶⁴ BARCELÓ DOMENECH, J., «De la Sociedad de gananciales. Sección primera: disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, págs. 233 a 251.

Por otro lado, hay que resaltar la importancia de establecer unas pautas para que, tanto a efectos de determinar el régimen de administración de los bienes, como a la hora de afrontar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, sea posible salvar los problemas que genera la determinación del carácter de los bienes conyugales.

Como punto de partida para ello, debe situarse la *presunción de ganancialidad*, recogida en el Art. 1361 del Código Civil, que permite calificar como gananciales todos los bienes existentes en el matrimonio siempre que no se demuestre que pertenecen en exclusiva a uno de los esposos. Se trata por tanto de una presunción *iuris tantum* de evidente trascendencia práctica —puesto que conlleva que se incorporen a la masa ganancial bienes que en principio deberían de ser considerados como privativos ante la imposibilidad de su acreditación como tales—, que opera exclusivamente en el aspecto activo y en exclusiva respecto a cuestiones fácticas⁶⁵.

La prueba contraria a dicha presunción parece facilitarla el mismo código (Art. 1324) al disponer como suficiente la confesión del otro cónyuge —denominada por la doctrina como *confesión de privatividad de los bienes gananciales*—; sin embargo, a propósito de este extremo es preciso realizar alguna puntualización. Es conveniente señalar, por un lado, que tal confesión debe ser entendida, como apunta Díez Soto, como «*una declaración de conocimiento, unilateral y recepticia, susceptible de producir ciertos*

⁶⁵ DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2004, págs. 190 a 197.

*efectos especiales en atención al contexto y a las circunstancias en que se emite»*⁶⁶. Por otro lado, que sólo tiene trascendencia directa entre los cónyuges, encontrándose limitada respecto a terceros⁶⁷—herederos forzosos y acreedores—, en el sentido de que por sí sola no hace prueba del carácter privativo de los bienes a los que se refiere. Esta línea ha sido reflejada por la jurisprudencia, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2001, donde se dice expresamente que «El precepto 1324 atribuye eficacia probatoria "inter partes", es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes...»⁶⁸. Por otra parte, en lo referente a su dimensión probatoria es importante poner de manifiesto la necesidad de darle una interpretación en sentido amplio, con el objetivo de evitar conferirle un enfoque puramente procesal, puesto que, en opinión compartida con Díez Soto, «la especial eficacia que el precepto pretende atribuir a la confesión no se proyecta solamente en el ámbito judicial, sino que se manifiesta también en el plano extrajudicial en aspectos tan relevantes como son los relativos a la determinación del régimen sustantivo y registral de administración y

⁶⁶ DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2004, pág. 208.

⁶⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., «Derecho de familia», en *Principios de Derecho Civil VI*, Editorial: Marcial Pons. 2007, Sexta Edición, págs. 214 a 217.

⁶⁸ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. de recurso 3329/1996, de 25 de Septiembre de 2001. (Id. VLEX-15205498). Sentencia que ha establecido toda una línea jurisprudencial pues ha sido citada por nuestros Tribunales en sus sentencias más recientes, sirva de ejemplo la Sentencia nº551/2010 de la AP de Pontevedra, Sección 6ª, de 29 de Julio (Westlaw JUR 2010\376458):«Tal como señala la STS de 29 Noviembre de 2006 que cita la anterior sentencia de 25 septiembre 2001, el precepto 1324 atribuye eficacia probatoria "inter partes" ...»

disposición de los bienes, el sistema de liquidación y el régimen de responsabilidad»⁶⁹.

Asimismo, es indispensable hacer una mención a la posibilidad, no vana, de *atribución voluntaria de ganancialidad* de la que disponen los consortes, inspirada en el principio de autonomía de la voluntad preponderante en el ámbito matrimonial a partir de la reforma de 1981. El Código —en su Art. 1355— abre la puerta a la posibilidad de que durante el matrimonio los esposos decidan transformar en ganancial cualquier tipo de bien— con independencia de cuál sea su origen— siempre que haya sido adquirido a título oneroso. Por tanto, la finalidad que busca el legislador es favorecer la ganancialidad del patrimonio conyugal, en el sentido de que los consortes puedan alterar la calificación de determinados bienes sin necesidad de otorgar capitulaciones matrimoniales⁷⁰. Este hecho se ha visto reflejado en los Tribunales, así en la Sentencia de la AP de Madrid de 29 de junio de 2010, se determina « *El artículo 1355 del Código Civil (LEG 1889\27) responde a la finalidad de dotar a la autonomía de la voluntad de los cónyuges de la facultad de determinar la calificación jurídica de determinados bienes. Se trata, en definitiva, de una "fictio iuris" para variar la naturaleza de los bienes en el campo familiar, como corolario lógico a la admisibilidad jurídica de las*

⁶⁹ DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, pág. 210.

⁷⁰ DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, págs. 264 a 270.

donaciones entre cónyuges, convirtiendo en consorcial un bien privativo y viceversa»⁷¹.

Puntualizando, es la Sección Segunda del Capítulo IV del Título III la que nos indica cuál es la composición del patrimonio común. Así en su Art. 1347 establece que son bienes gananciales:

1º.- *Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.* Son los rendimientos obtenidos de la actividad laboral, profesional o empresarial.

2º.- *Los frutos (dividendos), rentas o intereses que se produzcan tanto de los bienes privativos como gananciales.* Deben de entenderse como los percibidos o devengados durante el matrimonio⁷².

3º.- *Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para un solo esposo.* En consonancia con el principio de subrogación real.

4º.- *Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.* El carácter ganancial del derecho de retracto determina la calificación de los bienes adquiridos conforme al mismo incluso aun cuando para su ejercicio se hayan utilizado fondos privativos.

5º.- *Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la*

⁷¹ Sentencia de la AP de Madrid nº778/2010, Sección 24, de 29 Junio. (Id. VLEX-220204299)

⁷² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Tecnos, 2006, pág. 179.

formación de la empresa o establecimiento concurren capital privado y capital común, se aplicará lo dispuesto en el Art. 1.354. Este inciso implica que no pierden su carácter ganancial las empresas y establecimientos constituidos con cargo al caudal común durante el matrimonio pese a que su titularidad, ejercicio profesional o ambos corran a cargo de un único cónyuge. Sobre este punto procederemos a un estudio más exhaustivo en el punto cuarto del presente trabajo.

En cuanto a la calificación como bienes privativos, el Código tampoco proporciona una definición, se limita a establecer una enumeración taxativa en su Art.1346 del CC, en el cual determina como bienes privativos de cada uno de los cónyuges los siguientes bienes y derechos:

1º.- *Los bienes y derechos que pertenecieran a cada uno de los cónyuges al comenzar la sociedad,* con independencia de que la sociedad de gananciales comience en el momento de celebración del matrimonio o en otro posterior. Se trata tanto de cosas—muebles o inmuebles— en cuyo caso bastará con la acreditación de que su adquisición se realizó con anterioridad a la constitución de la sociedad, como de derechos intelectuales, aunque los rendimientos derivados de los mismos serán gananciales.

2º.- *Los que adquiera después por título gratuito.* Son los bienes que reciban los cónyuges por donación, legado o herencia.

3º.- *Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.* Al igual que en el Art. 1347.3 del CC, antes referido, a resultas de la aplicación del principio de subrogación real. Cuestión lógica puesto que no se ha producido ningún cambio que afecte a la masa de gananciales.

4º.- *Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.* Conlleva una vez más la aplicación del fundamento anterior —el principio de subrogación real—; sin embargo, en este caso el legislador pretende referirse a aquellos supuestos en los que la adquisición resultante del derecho de retracto —cuya titularidad ostente uno solo de los cónyuges— se realice con cargo a la masa ganancial⁷³, convirtiendo en acreedora a la sociedad de gananciales, cuyo crédito se hará efectivo, en principio, en el momento de la liquidación del matrimonio.

5º.- *Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.* Son los derechos personalísimos que tengan contenido patrimonial, como ejemplo cabe citar el derecho de habitación, las jubilaciones o las condecoraciones.

6º.- *El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.* Es consecuencia de la idea de que la indemnización no es una ganancia⁷⁴. En este sentido, considera parte de la doctrina que si la indemnización resarce a la persona (invalidez, enfermedad permanente), será privativa; pero si suple al salario

⁷³ LASARTE ÁLVAREZ, C., «Derecho de familia», en *Principios de Derecho Civil VI*. Editorial: Marcial Pons, 2007, Sexta Edición, págs. 217 a 219.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Ed. Tecnos, 2006, Pág. 161.

(enfermedad transitoria), será ganancial⁷⁵. Sin embargo dichas consideraciones no son sencillas, ya que no es fácil apreciar tal disociación del salario en muchos casos. Por ello, más adelante se profundizará en el tratamiento que confiere la jurisprudencia y la parte mayoritaria de la doctrina a las indemnizaciones de origen laboral.

7º.- *Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.* Se refiere a bienes cuyo carácter personal viene determinado por su destino, incluso aunque hayan sido adquiridas con bienes gananciales. El objetivo es proteger las cosas vinculadas personalmente a cada cónyuge, pues carece de sentido calificarlas como comunes. Aunque esta intención se ha visto turbada por el inciso final, al precisarse que quedan excluidas las de extraordinario valor, quedando abierta la puerta de la valoración.

8º.- *Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.* Son también bienes privativos por destino, pues además de su personalísima utilización son los medios que procuran la subsistencia de una persona. En el caso de que hayan sido adquiridos con dinero ganancial será necesario proceder al reintegro de su valor a la sociedad. En el último inciso, parece lógico que el legislador haya excluido la posibilidad de declararlos como privativos cuando pertenezcan a un establecimiento o industria común, puesto que así se evitan situaciones en

⁷⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al artículo 1346 del Régimen económico matrimonial, sobre bienes privativos», en *Régimen económico matrimonial. Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil*. Marzo de 2009. Id. VLEX-59767040. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-economico-matrimonial-privativos-53417134>

los que ambos cónyuges aleguen la titularidad exclusiva. Piénsese, por ejemplo, en un despacho de abogados o en una clínica utilizada indistinta y conjuntamente por ambos.

Por tanto, en síntesis, pueden entenderse como bienes privativos aquellos que cada esposo posea antes de la celebración del matrimonio y una vez comenzado éste, los que recibieran a título gratuito, ya sea por donación, legado o herencia, así como aquéllos que tienen una especial vinculación con la persona de uno de los cónyuges.

Sin embargo, debido a la conjunción que debe hacerse entre el carácter privativo de los bienes y derechos a los que se refiere el precepto anteriormente analizado y el principio de reparto de cargas y ganancias que la sociedad de gananciales representa, se hace necesario dedicarle un análisis más detenido—lejos de una simple enumeración— antes de cerrar este apartado. Siguiendo la línea expuesta por el Magistrado Valdés-Solís Cecchini⁷⁶, hay que matizar las particularidades que presentan determinados bienes y derechos:

a) *Mejora de la capacidad y calidad laboral.* Es indudable que todos los aspectos relacionados con el trabajo —capacidad, calidad, selección, etc.— son cuestiones inherentes a la persona y por tanto absolutamente privativos; al igual que se consideran gananciales los frutos del mismo. El problema se plantea a la hora de tratar las mejoras en las capacidades y

⁷⁶ VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F., «Liquidación de la sociedad legal de gananciales: supuestos especiales y referencia a la empresa familiar», en *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, 1ª Edición, Ed. Dykinson, 2010, págs. 251 a 255.

calidades laborales —por ejemplo preparación y consecución de una oposición— que experimenta un cónyuge vigente el matrimonio. ¿Se debe reembolsar o compensar a la sociedad de gananciales por los gastos ocasionados para conseguir las mismas? La doctrina se encuentra enfrentada al respecto; unos defienden la necesidad de compensación mientras que otros la condicionan a que se trate de gastos extraordinarios. Lo que se puede asegurar es que es un terreno de difícil valoración.

b) *Pensiones por invalidez, jubilación e indemnizaciones de origen laboral.* Doctrina y jurisprudencia les dedican un tratamiento similar. Los autores⁷⁷ reputan a las mismas —mayoritariamente— como gananciales, sosteniendo que todas las prestaciones patrimoniales derivadas de la relación laboral son gananciales vigente el matrimonio. Asimismo, los Tribunales vienen realizando la misma consideración, si bien en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo a raíz de su Sentencia nº 715/2007⁷⁸ se ha matizado que a la hora de determinar la naturaleza

⁷⁷ Vid. entre otros a VALDÉS SOLIS CECCHINI, F., «Liquidación de la sociedad legal de gananciales; supuestos especiales y referencia a la empresa familiar», en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Ed. Dykinson 2010, págs. 221 a 251. LA CASA GARCÍA, R., «Contribución al estudio de algunas cuestiones controvertidas del régimen jurídico-privado de los planes de pensiones», en *Revista Española de Seguros*, nº 139, Septiembre de 2009, págs. 395 a 459.

⁷⁸ Sentencia del TS nº 715/2007, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de Junio. VLEX-30354679. «El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formar parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones, que debe ser considerado como un

—ganancial o privativa— de una prestación relacionada con los ingresos salariales —directa o indirectamente— debe tenerse en cuenta si se adquirieron vigente la sociedad de gananciales o con posterioridad a su disolución; y también se debe diferenciar entre el derecho a su cobro —que es ineludiblemente privativo al ser un derecho de la personalidad— y los rendimientos devengados, que vigente la sociedad de gananciales sí tendrán carácter ganancial. En conclusión, puede decirse que en la práctica durante la vigencia de la sociedad de gananciales los ingresos obtenidos por indemnizaciones —en general— relacionadas con el trabajo tendrán carácter ganancial.

c) *Derechos de clientela*. Se trata de aquellos supuestos en los que se ejercen determinadas profesiones —con carácter semipúblico y en un régimen de exclusiva— por concesión de los poderes públicos; tales como registradores, notarios, farmacéuticos, etc. En estos casos, resulta de aplicación la doctrina del título y la ganancia, según la cual el título, como derecho personalísimo, será privativo, mientras que el rendimiento económico que se derive de la misma tendrá la consideración de ganancial. Los supuestos más controvertidos se han planteado en el caso de las

componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (sentencias de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (sentencia de 20 diciembre 2003)». Recientemente también ha sido referida la doctrina sentada en esta sentencia en la Sentencia de la AP de La Coruña nº 332/2010, Sección 3ª, de 7 de Septiembre (Westlaw JUR 2010\343953): «(...) que la doctrina jurisprudencial clásica, para determinar si una pensión por jubilación o incapacidad, o una indemnización laboral por despido improcedente debe tener o no la consideración de bien ganancial está resumida en la sentencia del Tribunal Supremo 26 de junio de 2007»

farmacias; al respecto se ha señalado por la jurisprudencia⁷⁹ que, pese a que sólo podrá ser titular de la licencia de farmacia el cónyuge farmacéutico —siendo por tanto la misma privativa—, el local físico del negocio, la clientela, el derecho de traspaso y similares son considerados gananciales.

3.1.1.4. Funcionamiento. Análisis de la administración de la sociedad de gananciales

La premisa de la que hay que partir para el examen de este aspecto de la sociedad de gananciales es la gestión conjunta por parte de los cónyuges, plasmada en el Art.1375 CC como régimen supletorio a las capitulaciones matrimoniales, cuyo objetivo es sustituir la gestión marital que imperaba antes de la reforma del Código Civil de 1981.

Según un amplio sector doctrinal —Díez-Picazo y Gullón⁸⁰ y Avilés García⁸¹, entre otros— esta administración coordinada tiene su origen en el

⁷⁹ Sirvan de ejemplo la la Sentencia del TS, Sala 1ª, De lo Civil, nº 469/2003, de 14 de Mayo (EDJ 2003/17148): « una farmacia tiene, además de la faceta propia del ejercicio profesional del farmacéutico, una segunda faceta, que está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente (en propiedad o arrendamiento), las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia, añadiendo que esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1.347 del Código Civil». También apreciable en la Sentencia de la AP de Cantabria, Sección 2ª, nº 206/2009, de 12 de Marzo (Westlaw AC\2009\906): «Al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, (...) no ofrece duda la naturaleza ganancial del referido negocio, sin que quepa confundir la sede física o local del negocio con el negocio mismo o empresa, susceptible en cuanto bien patrimonial con "vida propia", distinta de los elementos que lo componen, de ser valorado como ganancial».

⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Tecnos, 2006, pág. 179.

principio de igualdad, entendiéndose ésta como una igualdad concurrente o mancomunada que exige el acuerdo de ambos cónyuges para los actos de administración y disposición de los bienes que integran la sociedad de gananciales.

Ahora bien, esta gestión conjunta debe ser concretada, puesto que el legislador no impone la concurrencia de ambos en cualquier acto de gestión, pudiendo sustituirse ésta por la actuación de uno solo de los cónyuges siempre que venga amparada por el consentimiento del otro, cuestión que se desprende de la lectura conjunta de los Arts. 1322, 1376 y 1377 del CC. Además, es preciso puntualizar que este consentimiento puede ser tanto expreso como tácito —entendiendo este último como la falta de oposición a los actos dispositivos del otro cónyuge⁸²—, así como anterior o posterior a las actuaciones.

Estas matizaciones cobran aún más relevancia cuando se habla de actos realizados por uno de los cónyuges en ejercicio de una actividad comercial; en no pocas ocasiones, con objeto evadir deudas, se alega la falta de consentimiento tácito del otro cónyuge para evitar que el pago de las mismas recaiga sobre los bienes gananciales. Al respecto, doctrina y jurisprudencia consideran, conforme a lo establecido por los Arts. 6 a 8 del Código de Comercio, que concurre el consentimiento del otro consorte cuando se dé una falta de oposición a las actuaciones, siempre que el

⁸¹ AVILÉS GARCÍA, J., *El Artículo 1384 Del Código Civil y La Sociedad De Gananciales*, Editorial La Ley, Tomo IV, 1991, pág. 1204.

⁸² LÓPEZ RICHART, J., «Sección Cuarta: De la administración de la sociedad de gananciales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson. 2005, págs. 457 a 522.

cónyuge cuyo consentimiento se considera omitido estuviera al corriente de las mismas. Esta idea ha sido plasmada con claridad en la Sentencia del TS de 5 de Octubre de 2007, donde se declara que «*En este Código se exige, para que los bienes comunes queden obligados, el consentimiento de ambos cónyuges, pero se presume el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro...*»⁸³ y también en la Sentencia de la AP de Murcia de 10 de Julio de 2000 «*(...) los bienes comunes gananciales están sujetos a las responsabilidades derivadas del ejercicio comercial por uno de los cónyuges, siempre que concurra el consentimiento del otro, que no precisa ser expreso, bastando el tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo (...)*»⁸⁴. Más adelante, en el apartado IV del presente trabajo, al tratar de las clases de empresas familiares por la forma de organización jurídica, abordaremos el estudio de la ganancialidad del bien empresa familiar y de sus actos de gestión, administración y disposición, profundizando en estas cuestiones.

También es inevitable apuntar que el Código Civil prevé, en su Art. 1376, la posibilidad de autorización judicial supletoria en caso de que uno de los cónyuges estuviera impedido para prestar su consentimiento, —entendido como una imposibilidad de hecho y no como un status jurídicamente declarado, en cuyo caso la gestión se transfiere al otro

⁸³ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 1035/2007, de 5 de Octubre. Westlaw RJ\2007\6798

⁸⁴ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 5ª, núm. 105/2000, de 10 de Julio. Westlaw AC\2000\1754

cónyuge conforme a lo dispuesto en el Art. 1387 del CC⁸⁵— o se negase injustificadamente a ello. Asimismo, el Art.1377 también se refiere a la intervención judicial, pero en este caso referida a los actos de disposición onerosos.

Una vez que se ha llegado a este punto es necesario plantear si es posible la realización de un pacto dentro de la sociedad de gananciales que atribuya a uno solo de los cónyuges las facultades de administración y gestión del patrimonio ganancial. Se trata de una cuestión nada pacífica entre la doctrina, encontrándose quienes defienden que no cabe pacto en contra de la gestión conjunta (Pereña Vicente⁸⁶) y aquellos que, con base en el Art. 1.375 del CC, abogan por admitir la atribución de la administración a uno solo de los cónyuges, siempre que no se haga de manera absoluta, permanente e injustificada (Díez-Picazo⁸⁷). En aras de una visión progresista del régimen matrimonial, se ha de defender esta segunda línea doctrinal, haciendo prevalecer la voluntad de las partes como eje del matrimonio, y evitando encorsetamientos innecesarios de las relaciones matrimoniales. También es preciso recordar las normas especiales de los artículos siguientes al 1375 como excepciones al principio de actuación conjunta, en concreto se trata de: *a) el anticipo de numerario para el ejercicio de la profesión o administración ordinaria de bienes propios (Art. 1382 CC)*, que como tal anticipo deberá ser restituido una vez que ya no sea necesario

⁸⁵ LÓPEZ RICHART, J., «Sección Cuarta: De la administración de la sociedad de gananciales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, págs. 457 a 522.

⁸⁶ PEREÑA VICENTE, M., *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: transmisión de su titularidad y gestión entre sus cónyuges*, Ed. Dykinson, 2004, págs. 139 y ss.

⁸⁷ DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Ed. Tecnos, 2006, págs. 177 y ss.

para el que la tomó, y en todo caso a la disolución de la sociedad⁸⁸; b) *la defensa de los bienes y derechos gananciales* (Art. 1385 CC), admitiéndose la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda actuar en beneficio de la comunidad; c) *los gastos urgentes* (Art. 1385 CC), referidos tanto a la disposición de numerario como a la posibilidad de contraer obligaciones; la razón de este precepto se halla en el deber que tienen ambos cónyuges de atender a las necesidades de la familia; d) *la disposición de frutos y productos de bienes privativos* (Art. 1381 CC), son sólo aquellos actos cuya finalidad sea el levantamiento de las cargas matrimoniales⁸⁹; e) por último, *las liberalidades de uso* (Art. 1378 CC): cada cónyuge podrá realizar sobre los bienes gananciales liberalidades de uso.

Análisis aparte merece el Art. 1384, el cual enuncia como válidos «*los actos de administración de bienes y disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*»; de su lectura se desprende una excepción a la regla general de gestión. Se prioriza aquí la seguridad del tráfico jurídico, con el objetivo de proteger al tercero de buena fe que se relaciona con uno de los cónyuges y confía en la legitimación que le otorga la titularidad formal o la posesión de un determinado bien⁹⁰. Este razonamiento también ha sido incorporado por los tribunales; así, la Sentencia de la AP de Madrid de 30 de Junio de 2009 denegó la declaración de invalidez de la venta de unas acciones por

⁸⁸ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «La gestión de bienes gananciales», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, págs. 1668 a 1684.

⁸⁹ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Ed. Tecnos, 2006, págs. 180 a 183.

⁹⁰ LÓPEZ RICHART, J., «Sección Cuarta: De la administración de la sociedad de gananciales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, pág. 492.

parte de una esposa sin consentimiento de su cónyuge precisamente amparándose en este artículo «*Pero es excepción a estas reglas la contenida en el artículo 1.384 del Código Civil , establecida en garantía de la seguridad del tráfico y las transacciones, y en virtud de la cual son válidos los actos de disposición de dinero y títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren; y es precisamente esta norma especial la que impide invalidar la enajenación de las acciones realizada sin consentimiento de D. Juan Enrique , pues la misma se realizó por Dña. Antonia , cónyuge a cuyo nombre figuraban como acciones nominativas (...)*»⁹¹.

En opinión compartida con algunos autores (Lacruz Berdejo)⁹², es necesario añadir en la interpretación del 1384—junto a la seguridad y agilidad de las transacciones—el interés por la más fácil gobernabilidad del consorcio familiar y la conservación de un área suficiente de autonomía para cada esposo en la gestión de sus propios bienes, negocios y asuntos⁹³.

Por último, es indispensable señalar que en todos los casos de gestión o administración de bienes es obligatorio para los consortes informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica que le corresponda. Este deber lo establece el Código Civil en su Art. 1383, recayendo tanto sobre los bienes gananciales como

⁹¹ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 21ª, nº 313/2009, de 30 de junio (Westlaw JUR\2009\342762).

⁹² Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Gestión de la comunidad de gananciales», en *Elementos de Derecho Civil IV*, Vol. I, Ed. Dykinson, 2008, págs. 231 y ss.

⁹³ AVILÉS GARCÍA, J., «El artículo 1384 del Código Civil y la sociedad de gananciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº4, 1991, págs. 1204 a 1214.

privativos —debido al carácter ganancial del producto de los mismos⁹⁴—. Pese a la importancia de esta imposición, nada precisa el legislador acerca del plazo para llevarlo a cabo, la periodicidad de su cumplimiento o la forma que debe revestir, por lo que ante el silencio sólo cabe tratar de interpretar la norma en busca de respuestas.

En cualquier caso, este punto se retomará en el capítulo 4, al abordar las especialidades de las sociedades de capital.

3.1.2. Del régimen de separación de bienes

3.1.2.1. Concepto

En cuanto al régimen económico matrimonial de separación de bienes, su característica fundamental consiste en que cada cónyuge conserva la propiedad de todos sus bienes obtenidos antes y durante el matrimonio. Así se desprende del Art. 1437 del Código Civil. De esta forma el cónyuge que genera los rendimientos se entiende que es el único titular, al igual que lo será de los frutos que se obtengan, independientemente de que exista matrimonio. No es necesario insistir en que, conforme a lo dispuesto con carácter general por el Art. 1.318 CC, ambos deberán contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y puesto que no existe una masa común, habrán de afrontar tal carga con sus propios bienes.

⁹⁴ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «La gestión de bienes gananciales», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, págs. 1668 a 1684.

Sin embargo, a medida que pasan los años es posible que resulte difícil determinar a cuál de los dos cónyuges pertenece un determinado bien. En estos casos es cuando entra en juego la presunción recogida en el Art. 1441 del Código Civil, en virtud de la cual, en caso de que no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad. Se trata de una presunción *iuris tantum*, puesto que sólo se mantiene mientras uno de ellos no demuestre que el bien en cuestión tiene el carácter de privativo y por tanto pruebe la propiedad exclusiva sobre él, que actúa como norma de cierre del régimen económico matrimonial⁹⁵. Además, es preciso recordar en este punto el valor de la confesión de privatividad entre cónyuges, recogida en el Art. 1324 del CC; remitiéndonos a lo explicado cuando abordamos las normas comunes a todos los regímenes económicos del matrimonio.

A pesar de esta radical separación entre los bienes de ambos cónyuges, no hay inconveniente para que existan determinados bienes en régimen de comunidad ordinaria, como señala la Sentencia de la AP de Madrid⁹⁶: *«La adquisición de bienes por los cónyuges durante el matrimonio contraído bajo tal régimen de separación de bienes se rige por lo previsto en los arts. 1435 y ss. y en especial por lo dispuesto en el art. 1437 CC de manera que, a falta de otros pactos, la existencia de bienes en común y pro indiviso que hayan sido adquiridos por los cónyuges, durante la vigencia de dicho régimen, con*

⁹⁵ FERNÁNDEZ SOTO, C., «El régimen económico matrimonial de separación de bienes en el ámbito del Código Civil», en *Actualidad Civil*, Nº 22, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, tomo 2, pág. 2693.

⁹⁶ Sentencia de la AP de Madrid núm. 65/2010, Sección 24ª, de 20 de Enero. (Id.: VLEX-220119411).

posibles deudas derivadas de los mismos, se presentaría como una comunidad de bienes, en los términos prevenidos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil (LEG1889\27). Y para poner fin a la misma, tras la disolución de dicho régimen obvio es que ha de bastar el ejercicio de la *actio communi dividendo* (...)»

3.1.2.2. Clases

A la hora de abordar en qué casos se aplicará este régimen es posible distinguir, siguiendo la línea dada por O'Callaghan⁹⁷, tres supuestos distintos:

a) *Separación de bienes convencional*. Son aquellos supuestos en los que los cónyuges adoptan este régimen de forma expresa en las capitulaciones —ya sea antes o después de celebrado el matrimonio—, pues así lo dispone el Art. 1435 del Código Civil. En la práctica su ejercicio está cada vez más extendido en nuestro Derecho, puesto que presenta numerosas ventajas, sobre todo cuando ambos consortes realizan actividades profesionales y cuando se trata de segundas nupcias, si existen hijos del primer matrimonio, con el fin de que no haya confusión entre patrimonios. Lo más adecuado es que se realice antes de comenzar el matrimonio, puesto que es en ese momento cuando se observa con mayor claridad la independencia económica de los esposos. Además, es preciso añadir que, en la mayoría de los casos en los que se pacta con posterioridad a la celebración de las nupcias, suele existir un propósito de fraude para terceros. Para evitar

⁹⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El régimen de separación de bienes», en *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 4 (Derecho de familia). Ed. Edersa 2004. Id. VLEX-215604. Disponible en el siguiente enlace: <http://vlex.com/vid/regimen-separacion-bienes-215604>.

estas situaciones, el Código Civil prevé en su Art. 1317 que la modificación del régimen económico del matrimonio durante la vigencia de éste no afectará en ningún caso a los derechos que hubiesen sido adquiridos por terceros. Esta tutela ha sido ampliamente otorgada por nuestros Tribunales en numerosas sentencias⁹⁸.

⁹⁸Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 755/2007 de 3 de julio, (Westlaw: RJ\2007\3792) «Cuando se disuelve, constante matrimonio, la sociedad de gananciales mediante capítulos matrimoniales, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1317 CC, de modo que ello no perjudicará en ningún caso los derechos de los terceros que sean anteriores a la liquidación sin que se tenga que pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones (...)». Sentencia del TS, Sala de lo Civil, recurso núm. 359/1989, de 18 de Julio de 1991, (Westlaw RJ\1991\5399): «(...) la modificación efectuada en las capitulaciones matrimoniales, lo hace, evidentemente, con eficacia «erga omnes», de manera que aquellos derechos adquiridos no puedan ser afectados por el cambio del régimen económico matrimonial, con el alcance de que tal precepto protege no es a un tercero registral o a un adquirente confiado, ni tan siquiera exige buena fe, sino que respeta, simplemente, la anterioridad y los derechos adquiridos, por lo que no es un caso de protección a la apariencia, sino a la realidad, acaso no aparente, y considerando, en definitiva, como «derechos adquiridos», no sólo los reales, sino también los de crédito, por lo que, en consecuencia, persiste el «status quo ante» de los bienes conyugales existentes antes del cambio del régimen matrimonial, de forma que seguirán respondiendo o serán irresponsables de las mismas deudas que les gravaban con anterioridad a la modificación, con el consiguiente efecto de que lo único que ha de probar el acreedor es la realidad de su crédito y la anterioridad de ésta a la modificación del régimen matrimonial producido (...)». Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 120/2012, de 8 de marzo, (JUR 2012\110951): « (...) el cambio de régimen pactado en las capitulaciones va a producir frente a los terceros, porque en realidad la base del argumento de la recurrente es que al afectar el contenido de las capitulaciones a los terceros acreedores, se produciría el perjuicio de sus derechos, lo que llevaría a la nulidad. Y esta afirmación no es correcta, porque: a) el Art. 1317 CC establece que "la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros ", por lo que no es necesario acudir a la declaración de nulidad de las capitulaciones para la preservación de estos derechos, y b) el Art. 1401 CC establece que "mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor" y el no deudor "responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados", lo que determina que el régimen de la protección de los terceros frente a actos fraudulentos del deudor es el de la inoponibilidad de los capítulos y no el de la ineficacia». Sentencia de la AP de Granada núm. 338/2007, de 7 de Septiembre (Westlaw JUR 2008\24016) «... acogiendo la acción rescisoria por fraude de acreedores declaró la nulidad de la adjudicación en escritura de Capitulaciones Matrimoniales de la finca... que con carácter ganancial pasó tras la liquidación de este régimen económico a titularidad exclusiva de la esposa

b) *Separación de bienes legal*. Se incluyen aquí varios casos; el primero de ellos se da cuando los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales manifiestan que no desean regirse por el régimen de gananciales y no optan expresamente por el régimen de participación de ganancias; y es que la ley impone este régimen económico como supletorio de segundo grado. En segundo lugar, cuando así lo disponga las normas del derecho interregional del territorio en el que se celebra el matrimonio. Por último, cuando se extinga —constante matrimonio— la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fueren sustituidos por otro régimen distinto.

c) *Separación de bienes judicial*. El régimen de separación puede tener su origen en una resolución judicial; así ocurrirá cuando haya separación personal dictada en sentencia, y también en otros supuestos donde no es posible mantener los gananciales ni otro régimen (imposibilidad jurídica de uno de los cónyuges, realización por uno de actos de administración o disposición en fraude, daño o peligro del otro, separación de hecho por más de un año, e incumplimiento del deber de información de la gestión hecha por uno⁹⁹). En estos casos, cuando además se haya liquidado

bajo régimen de separación de bienes...». Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 19ª, núm. 281/2009, de 6 de Junio (Westlaw JUR 2009\409033): «la responsabilidad de los bienes entonces gananciales dada la inoponibilidad de las modificaciones del régimen económico matrimonial de gananciales a separación de bienes, en su concepto de tercero de buena fe». Sentencia de la AP de Madrid, Secc. 18ª, núm. 567/2009, de 7 de Diciembre (Westlaw JUR 2010\69671): «...no puede perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos por terceros en relación con estos bienes, aunque fueran adjudicados a la esposa al sustituirse el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes (...).»

⁹⁹ FERNÁNDEZ GONZALÉZ, M. B., «¿En qué casos rige el régimen de separación de bienes?», en *El matrimonio y los hijos. Cien preguntas claves y sus respuestas*, Id.VLEX-

previamente el régimen de gananciales, será necesario anotar e inscribir en el Registro de la Propiedad el cambio de régimen si afecta a bienes inmuebles. Asimismo la sentencia se anotará en el Registro Civil, con el objetivo de darle suficiente publicidad frente a terceros.

3.1.2.3. Funcionamiento desde una doble perspectiva: administración y disposición de bienes y responsabilidad exclusiva o conjunta

De la división de patrimonios y la titularidad separada, se deriva también la atribución de los poderes de administración y disposición sobre los respectivos bienes, de forma independiente, a cada uno de los cónyuges, pues no podía ser de otra manera. Sin embargo, dada la existencia de un vínculo matrimonial entre los consortes, es totalmente admisible que uno de ellos, contando con la debida autorización, realice actos de administración o incluso de gestión sobre bienes pertenecientes al patrimonio del otro. En atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, podrá entenderse que actúa con el consentimiento de su esposo, bajo un mandato o poder tácito, aunque es preferible que el mismo sea expreso por razones de seguridad jurídica, eximiéndole el Código Civil en su Art. 1439 de rendir cuentas cuando el destino de tales actos sea la atención de la familia.

En lo referente a las responsabilidades, debemos acudir al Art. 1440 CC, donde se precisa que serán exclusivas cuando las actuaciones realizadas por uno solo de los esposos redunden sólo en su beneficio, ya

que, aunque la persona se halle casada, se comporta en cuanto a su patrimonio como si no lo estuviera. Por el contrario, la responsabilidad corresponderá a ambos cónyuges cuando dichas actuaciones se realicen en el ejercicio de la potestad doméstica, esto es, con objeto de atender las necesidades de la familia de acuerdo a su nivel social y económico. En concreto, de las deudas contraídas en uso de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes (en su caso) y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente los del otro consorte, conforme a la remisión establecida al Art. 1319 del mismo Código.

Del mismo modo, ambos cónyuges deben contribuir según lo pactado al levantamiento de las cargas matrimoniales —Art. 1438—, y si no hay pacto lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos¹⁰⁰. En esta línea, De los Mozos considera que *«estas cargas derivan de las numerosas y variadas necesidades de la familia que generan constantemente unos gastos que deben ser atendidos conjuntamente, aunque no exista un patrimonio común y no sufragados por uno cualquiera de los cónyuges, sino por ambos»*¹⁰¹. Por tanto, la finalidad que se persigue es conseguir un criterio de equidad en el reparto de los gastos ordinarios de la familia— y por ende una armonía en el ámbito familiar—, priorizando el principio de autonomía de la voluntad tan preponderante en el ámbito matrimonial. En

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., «¿Cómo funciona el régimen de separación de bienes?». *El matrimonio y los hijos. Cien preguntas clave y sus respuestas*. Id.VLEX-200239, 2002. Disponible en el siguiente enlace: <http://vlex.com/vid/casos-rige-regimen-separacion-bienes-200237>

¹⁰¹ DE LOS MOZOS, J.L., «Comentarios a los artículos 1411 a 1444», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), Tomo XVIII, vol. 3, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, págs. 348 a 366.

esta línea, en opinión compartida con algunos autores, hay que señalar como límite a la libertad de pacto la exoneración de contribución a favor de uno de los cónyuges, dado el carácter imperativo que se desprende del precepto.

La principal novedad introducida por la reforma de 1981 en este terreno es la atribución de un valor computable al trabajo doméstico a la hora de extinguir el régimen. Esta puntualización ha sido ampliamente criticada por la doctrina¹⁰², en el sentido de que parece poco aconsejable como medio de introducir un elemento comunitario en el sistema de separación, dadas las dificultades de delimitar la categoría legal de «*trabajo para la casa*». Esta deficiencia se ha visto reflejada en la jurisprudencia, existiendo al respecto posturas interpretativas enfrentadas. Así, mientras que algunos tribunales¹⁰³, exigen —para que el trabajo doméstico computado como contribución a las cargas del matrimonio sea susceptible de compensación— que exista una dedicación absoluta y plena al trabajo doméstico sin que medie ningún tipo de ayuda externa, para otros¹⁰⁴, basta

¹⁰² ALBALADEJO GARCÍA, M., *Compendio de Derecho Civil*, 14ª Edición, Ed. Edisofer S.L, 2011, págs. 496 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., «El régimen de separación absoluta», en *Elementos de Derecho Civil IV*, Vol. I, Ed. Dykinson, 2008, págs. 285 y ss.

¹⁰³ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 24ª, nº 1318/2007, de 7 de Noviembre (EDJ 2007/257578): « (...) que la esposa se haya encargado de un modo directo, único y exclusivo, de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales». Sentencia de la AP de Vizcaya, Sección 6ª, nº 496/2005, de 16 de Septiembre (Westlaw «(...) atención a la familia directa, exclusiva y excluyente durante el matrimonio por parte de la esposa »

¹⁰⁴ Sentencia de la AP de Palencia, Sección 1ª, nº 394/2009, de 26 de Diciembre (EDJ 2009/354062) «Sin embargo, la primera dificultad surge al concretar el grado de dedicación a la familia que la norma requiere. En este punto, esta Sala se inclina por considerar que no es necesaria una atención directa, exclusiva y excluyente (...) sino que basta lo que otras sentencias entienden por "sobreportación». Sentencia de la AP de Córdoba, nº 355/2004, de 6 de Febrero (EDJ 2004/235602) «(...) pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio

con que se haya llevado a cabo la dirección de la casa y cuidado de los hijos, aunque se cuente con auxilio exterior, siempre que se dé una sobreaportación por parte del esposo reclamante.

Otro punto destacable de la compensación es que la mayoría de los tribunales considera que, para que medie la indemnización, es necesario que esa dedicación al trabajo doméstico conlleve un incremento patrimonial para el otro consorte. Este requisito ha llevado en muchos casos a la denegación de la indemnización sobre la base del principio *quid pro quo*. Así, la AP de Zaragoza¹⁰⁵, con ocasión de la liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes, señala que «(...) si como en el caso ha sucedido, según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquélla para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella, merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento...». Sin embargo,

doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días». Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 2/2010, de 5 de Enero (EDJ 2010/24324): «La asistencia de empleada del hogar y la no duración prolongada del matrimonio son circunstancias que no determinan la exclusión de los requisitos de la indemnización en el artículo citado». Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, nº 396/2006, de 6 de Noviembre (EDJ 2006/316482) « (...) la desigualdad que se pretende corregir no sólo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida, de ahí que tenga derecho a la compensación (...)»

¹⁰⁵ Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección 2ª, nº125/2009, de 3 de Marzo. EDJ 2009/142704

recientemente se ha abierto una nueva línea jurisprudencial en la interpretación del Art. 1438 CC por el Tribunal supremo a raíz del cambio de criterio establecido en su Sentencia nº534/2011, de 14 de Julio¹⁰⁶. Y es que considera el Alto Tribunal que *«se excluye que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge como consecuencia del trabajo realizado en el hogar por el cónyuge acreedor»*. Toda una novedad en esta materia, que une el derecho a recibir la indemnización a la dedicación a las tareas domésticas y a la imposibilidad de desarrollar una carrera profesional propia del cónyuge que se ha dedicado al hogar, desvinculando así el derecho a percibir la indemnización de un eventual enriquecimiento por parte del cónyuge que sí ha podido dedicarse a su trayectoria profesional.

Por último, dado el carácter de la compensación a la que se refiere el Art. 1438 CC, se ha de precisar que es perfectamente compatible con la pensión compensatoria recogida en el Art. 97 del mismo Código. Y es que, mientras que esta última encuentra su fundamento —además de en la dedicación pasada y futura a la familia— en el deber de socorro y asistencia mutua entre los cónyuges ante la situación de desequilibrio económico que conlleva la disolución del matrimonio para uno de ellos, aquélla tiene su base en la dedicación prestada a la familia durante el matrimonio.

¹⁰⁶ Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 534/2011, de 14 de julio, rec. 1691/2008, (EDJ 2011/146921)

3.1.3. Del régimen de participación

Este régimen, procedente del Derecho alemán, tiene como inspiración el designio de materializar la igualdad del hombre y la mujer en materia de Derecho Civil, y fue introducido como novedad en nuestro Derecho por la reforma del Código civil operada por la Ley de 13 de Mayo de 1981.

Se introduce como régimen convencional, es decir, que sólo regirá en un matrimonio cuando se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, lo que es muy poco frecuente, por lo que se trata prácticamente de un desconocido para la mayoría de la población no jurídica. Sin embargo, la doctrina aboga por su utilización debido a las ventajas que presenta, al ser una combinación de los otros dos regímenes disponibles en nuestro ordenamiento, aunque algunos autores, como Lasarte¹⁰⁷, consideran demasiado compleja su aplicación, lo que le resta eficacia práctica.

Durante su vigencia, este régimen funciona prácticamente como el régimen de separación total de bienes, ya que los patrimonios del marido y la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo.

Una vez terminada la vigencia del régimen de participación en las ganancias, se compensa el valor de las ganancias obtenidas por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

¹⁰⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., «Derecho de familia», en *Principios de Derecho Civil VI*, Ed. Marcial Pons, 2007, Sexta Edición, págs. 293 a 303.

En cierta medida se puede considerar que es un sistema mixto, a caballo entre la sociedad de gananciales y el régimen de separación de bienes, puesto que el principal objetivo perseguido en su configuración es aunar las ventajas del sistema de separación —independencia patrimonial de cada cónyuge— con las del régimen de gananciales —el cónyuge sin poder económico propio participa de las ganancias del otro¹⁰⁸—. En esta línea, según el *iter* temporal en el que se encuentre, se estará en una vertiente u otra. Así, como se ha señalado, durante la vigencia del régimen económico matrimonial el régimen de participación será análogo al de separación —tiene primacía la autonomía patrimonial y son de aplicación las normas supletorias dispuestas en el Código para este último régimen—; mientras que en caso de extinción se aproximará más al de gananciales, con el que comparte las causas de extinción recogidas en el Art. 1415 CC y los principios inspiradores del mismo.

En esta línea, el artículo 1411 intenta definir este régimen, aunque hay que destacar que lo hace desde el punto de vista de su efecto: «*en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*». Es preciso señalar que el derecho del consorte que ha tenido menos ganancias es un derecho de crédito y no una cuota sobre ningún

¹⁰⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El régimen de participación», en *Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia)*. VLEX-215603, disponible en el siguiente enlace: <http://vlex.com/vid/regimen-participacion-215603>.

bien¹⁰⁹. Debiéndose entender por ganancias la *diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final* de cada cónyuge. La determinación exacta del patrimonio originario y final es relativamente compleja, por lo que no será analizada en este artículo. En tal sentido, baste señalar que al inicio del régimen de participación en las ganancias, los contrayentes o los cónyuges deben confeccionar un inventario que contemple su activo y su pasivo, para efectos de la comparación entre patrimonio inicial y patrimonio final.

3.2. DE LOS DISTINTOS RÉGIMENES ESPECIALES Y FORALES

A continuación mencionaremos de forma sucinta los diferentes derechos especiales o forales que coexisten en el territorio nacional en relación al matrimonio y sus pactos.

3.2.1. Derecho Civil de Vizcaya

En Vizcaya rige el sistema de libertad de pacto; y subsidiariamente, en defecto del mismo regirá un tipo de régimen de comunidad universal denominado *régimen de comunicación foral de bienes*. Este sistema se desarrolló como una fórmula de auténtico estatuto agrario para la

¹⁰⁹ FAUS, M., «Régimen de participación. Código Civil», en *Breviario civil. 4: Derecho de familia*, Noviembre 2010, Id. VLEX-227057, disponible en el siguiente enlace: <http://vlex.com/vid/regimen-participacion-codigo-civil-227057>.

conservación y mantenimiento de la propiedad familiar, en relación al vínculo común de la «casa».¹¹⁰

Así señala el art. 93 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco que: « *El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración. El régimen económico matrimonial, tanto el pactado como el legal podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. En ningún caso las modificaciones en el régimen económico matrimonial perjudicarán los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad*».

Conforme al art. 94 de dicha ley: «*A falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio*».

3.2.2. Derecho Civil Foral de Cataluña

Recientemente, en Cataluña, ha sido derogada la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, que establecía la libertad de pactos en capitulaciones matrimoniales antes o después de celebrarse el matrimonio, por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Si bien, en materia de régimen

¹¹⁰ ROMÁN GARCÍA, A., *El Matrimonio y su Economía*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, Madrid, pág. 165.

económico del matrimonio, la esencia se ha mantenido, ya que, a diferencia de lo establecido en el Derecho Común, el régimen legal supletorio de primer grado sigue siendo el régimen económico de separación de bienes; tal previsión queda recogida en el Art. 231-10 CCC.¹¹¹

Se regulan como regímenes típicos, además del de separación de bienes, el de participación en las ganancias, el régimen de asociación a compras y mejoras, propio del Camp de Tarragona y de otras comarcas, el régimen del *agermanament* o pacto de mitad por mitad, propio del derecho de Tortosa; y el régimen del pacto de *convinença* o *mitja guadanyeria*, asociación propia del Valle de Arán.

3.2.3. Derecho Civil de Aragón

También recientemente se han producido modificaciones legislativas en el ámbito económico del matrimonio en la Comunidad Autónoma de Aragón. Así, el 23 de Abril del pasado año, entró en vigor el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba, con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (en adelante, CDFa), derogando la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad. Si bien, al igual que en el caso catalán, tales cambios no han introducido reformas importantes en el contenido del régimen económico aragonés. De esta

¹¹¹ Art. 231-10 CCC: «1. El régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos. 2. De no existir pacto, o en caso de que los capítulos matrimoniales sean ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes».

forma, se consagra en el Art. 193 del CDFA¹¹² la libertad de pacto en capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges, estipulándose como régimen supletorio de primer grado el *consorcio conyugal*. Se trata de un sistema que presenta una gran similitud la sociedad de gananciales. Al igual que en el caso estatal, el régimen de separación de bienes, además de en los supuestos en los que se haya acordado en capitulaciones matrimoniales, rige subsidiariamente en caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal y siempre que no se haya pactado otro régimen.

3.2.4. Derecho Civil Foral de las Islas Baleares

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, establece —en su Art. 3 igualmente— la libertad de regímenes y pactos en orden a la organización, en capitulaciones, de la economía del matrimonio, siendo también el régimen legal supletorio el de separación de bienes.

En el Art. 64 se regula una institución conocida en Menorca bajo la denominación de *Sociedad Rural*, comúnmente pactada entre el titular del predio rústico y un cultivador, y en la que se confiere a ambos consocios conjuntamente la representación. El cultivador asume la gestión de los intereses de los familiares que con él conviven.

¹¹² Art. 193 del CDFA: « 1. El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges. 2. En defecto de pactos en capitulaciones sobre el régimen económico del matrimonio o para completarlos en tanto lo permita su respectiva naturaleza, regirán las normas del consorcio conyugal regulado en el Título IV de este Libro»

3.2.5. Derecho Civil Foral de Navarra

La ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, consagra también el sistema de libertad de pactos en capitulaciones matrimoniales o contratos matrimoniales, que podrán otorgarse antes o después de celebradas las nupcias; en defecto de esté pacto regirá como régimen legal supletorio la *sociedad conyugal de conquistas*, de estructura y funcionamiento parecido a la sociedad de gananciales. Como régimen típico se regula la *sociedad familiar de conquistas*, que amplía la participación en las conquistas a donantes, donatarios e instituidos.

3.2.6. Derecho Civil de Galicia

El régimen establecido es igual que el de derecho común —es decir— libertad de pacto en capitulaciones matrimoniales y en defecto de las mismas, se aplicará el régimen legal de gananciales. Como especialidad cabe señalar que la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia regula la llamada *Compañía Familiar Gallega*, que se constituye, Art. 157, entre labradores con vínculos de parentesco para vivir juntos y explotar la tierra, lugar acasado o explotación pecuaria de cualquier naturaleza.

3.2.7. El Fuero del Baylío

En la costumbre y en el texto de la Ley del Fuero, vigente en algunos municipios de Extremadura y en Ceuta, el régimen económico matrimonial

se concibe como un sistema de comunidad universal respecto a los bienes de los cónyuges; de acuerdo con esta organización, éstos pondrán en común todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, tanto si han sido adquiridos a título oneroso, como si se han adquirido a título gratuito.

Por tanto, en el momento de extinguirse el matrimonio por fallecimiento de alguno de los cónyuges, se agrupan todos los bienes formando una masa patrimonial que se divide en dos partes iguales, correspondiendo una mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los causahabientes del fallecido, si los hubiera. Desde el momento de la celebración del matrimonio se produce el sometimiento al Fuero del Baylío, pero su aplicación se da en el momento de la extinción del matrimonio por causa de muerte de uno de los cónyuges.

Cumpliendo los requisitos formales que se exijan para la aceptación del Fuero del Baylío, se puede igualmente rechazar, con posterioridad a una previa aceptación, el Fuero del Baylío, de forma conjunta o separadamente, por uno o ambos cónyuges, respectivamente. La renuncia realizada por cualquier cónyuge, o la simple omisión de actuación alguna al respecto, tendrá como efecto directo la aplicación automática del régimen económico matrimonial de gananciales, que actúa como Derecho supletorio o subsidiario¹¹³.

¹¹³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., «Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del Derecho Foral de Extremadura: El Fuero de Baylío», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº4, 1999, págs. 1702 a 1731.

3.2.8. Derecho Civil de la Comunidad Valenciana

La nueva legislación de la Comunidad Valenciana de 10/2007, de 20 de marzo, ha supuesto un cambio radical en el ámbito matrimonial de dicha Comunidad, y es que establece en su precepto número 6 que: *«a falta de carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales, o cuando estas sean ineficaces, el régimen económico aplicable será el de separación de bienes, sin que la celebración del matrimonio tenga otra trascendencia económica para los consortes que la de afectar sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio»*¹¹⁴. Por tanto, se ha dejado de recoger como régimen supletorio de primer grado a la sociedad de gananciales para abrir paso a la separación de bienes.

Otra peculiaridad introducida por la Ley 10/2007 es la recuperación de una figura histórica del Derecho Valenciano como es la *germanía* regulada en el Título II; la propia ley en su artículo 38 la define como *«una comunidad conjunta o en mano común de bienes, pactada entre los esposos en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, con ocasión de éste, o bien en cualquier momento con posterioridad, modificando o complementando aquellas»*

¹¹⁴ Ley 10/2007, de 20 de Marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

3.3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

Se hace necesario señalar en primer lugar que son raras las legislaciones que establecen un régimen económico matrimonial con carácter imperativo —por ejemplo Rumanía—; siendo lo más común —o general— que se atribuya a los futuros esposos la facultad de adoptar convencionalmente el régimen matrimonial que consideren, si bien es cierto que en bastantes países se exige que sea alguno de los regímenes legalmente previstos, es el caso de Alemania y Suiza, por ejemplo.

Sin ánimo de exhaustividad —puesto que el presente trabajo centra su análisis en los problemas que surgen entre la empresa y el matrimonio en el ordenamiento español— se procede a estudiar aquello que acontece en los países de nuestro entorno. Al respecto, se puede afirmar que, en relación con los regímenes legales supletorios que se aplican, ocurre lo siguiente: en los países anglosajones —además de en Austria y en Grecia— rige la separación de bienes, aunque se debe matizar que en el caso de los primeros se trata más bien de una ausencia de régimen económico matrimonial, pese a que a efectos prácticos conlleve una separación de bienes; en los países nórdicos y escandinavos lo que se da es una asociación amplia de bienes que se genera tras la disolución del matrimonio; en los países germánicos —Alemania y Suiza— se da el régimen de participación en ganancias; por último, en la mayor parte de Europa se da una comunidad de adquisiciones y ganancias bastante similar a nuestra sociedad de gananciales.

Para acabar es necesario apuntar que son cada vez más los países europeos que dotan a la vivienda familiar de una especial protección, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges —aun cuando sólo uno de ellos sea el propietario— para disponer de los derechos sobre la misma y sobre el mobiliario de uso familiar, todo ello con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial¹¹⁵. Como excepción a esta línea cabe mencionar a Alemania —salvo que la vivienda familiar represente la mayor parte del matrimonio— Italia o Grecia.

3.4. NECESIDAD DE UN CAMBIO EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ESPAÑOL

Es importante resaltar la necesidad de un cambio en nuestro Código Civil en cuanto al régimen económico del matrimonio. En la actualidad se establece la sociedad de gananciales como régimen general a falta de pacto entre los cónyuges (Art.1345 CC). Empero, se trata de una institución digna de otra época, y superada por la realidad de los tiempos.

Como ya se ha apuntado, la sociedad de gananciales como tal surge en una época en la que el peso económico de la familia recae en exclusiva sobre el varón, la mujer no trabaja fuera de la casa y se dedica de lleno al cuidado del hogar. Es por ello que en su momento cobraba sentido la existencia de una unidad económica común que salvaguardara los

¹¹⁵ CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «Regímenes económicos matrimoniales», en *Revista La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, núm. 42, Junio de 2007, págs. 87 y ss.

intereses femeninos ante la imposibilidad de adquirir una independencia económica del marido.

Sin embargo, en la realidad actual se debe apuntar la cada vez más creciente incorporación de la mujer al mercado laboral —con una tasa de actividad femenina del 52,67%¹¹⁶ en el primer trimestre de 2011 frente al 34,49 %¹¹⁷ de hace 20 años— hecho que reduce o incluso elimina el grado de sumisión económica respecto al marido. Haciendo que la sociedad de gananciales atente innecesariamente contra la igualdad en el matrimonio, pues presupone que la mujer está en un plano inferior, cuando no hay nada más lejos de la realidad, por lo cual la verdadera paridad pasa por desterrar la sociedad de gananciales del Código Civil en su configuración actual.

Asimismo, es preciso señalar que la prescripción del modelo de gananciales también encuentra sustento en razones jurídicas. En primer lugar, en la práctica he podido observar cómo muchas personas casadas en gananciales pretenden comportarse en sus negocios como si tuvieran separación de bienes, especialmente en el ámbito societario¹¹⁸. En segundo lugar, proliferan los negocios de atribución de privatividad basados en el Art. 1324 del CC, lo cual denota una voluntad creciente de los consortes

¹¹⁶ Instituto Nacional de Estadística. Notas de prensa, de 29 de Abril de 2011. Encuesta de Población Activa, Primer Trimestre 2011, pág. 2.

¹¹⁷ Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Resultados Detallados. Tasas de actividad por sexo, estudios terminados y grupos de edad. (Hasta 1999). Disponible en el siguiente enlace: <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do>

¹¹⁸ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., en «El régimen económico matrimonial en el Código Civil una revisión crítica 25 años después». *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, 2006, pág. 38

por desvincular sus patrimonios en sus relaciones internas¹¹⁹. No obstante, es preciso matizar que no estaría suficientemente justificada una interpretación del precepto que llevara a atribuir a la declaración de privatividad un carácter propiamente negocial y absolutamente vinculante inter partes en todo caso, debiendo admitirse, por el contrario, la posibilidad de que su valoración pueda verse relativizada a la luz de la concurrencia de otros medios probatorios, así como la posibilidad de que el cónyuge confesante pueda impugnar su propia confesión por falsedad, simulación, error de hecho o de derecho, u otros vicios del consentimiento, siempre con sujeción a las exigencias de la buena fe¹²⁰.

En consecuencia, carece de lógica mantener esa unión económica entre los cónyuges como forma supletoria general en el régimen matrimonial, sobre todo porque existe una tendencia creciente a que ambos obtengan ingresos de forma independiente. Por ello, cobra un mayor sentido que se recoja de forma supletoria, a falta de pacto entre los consortes, el régimen de separación de bienes. Y esto es porque, pese a los inconvenientes que esta forma de administración presenta —mantener una plena separación de la titularidad de todos los bienes no siempre resulta cómodo ni posible— son más importantes sus ventajas, por tratarse de un régimen mucho más práctico —notoriamente menos arduo en caso de disolución del matrimonio y más protector en caso de que alguno o ambos

¹¹⁹ Vid. CALLEJO CARRIÓN, S., «Crisis del modelo de sociedad de gananciales: amenaza o afirmación de la igualdad de la mujer», en *Actualidad Civil*, Nº 13, Quincena del 1 al 15 Jul. 2011, págs. 2476 y ss.

¹²⁰ DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2004, pág. 216.

cónyuges realicen alguna actividad laboral o profesional, ya que las deudas propias de un cónyuge no afectarán en nada el patrimonio propio del otro — y por ende más contemporáneo.

Apoyando este criterio encontramos la opinión del Catedrático Guilarte Gutiérrez, quien reputa a la sociedad de gananciales como un «modelo periclitado y que básicamente atendía a la compensación económica de una mujer dedicada a las labores del hogar e inhábil para la generación de los recursos patrimoniales que la familia precisaba»¹²¹. Considerando además que «la colectivización de los beneficios debe suponer una opción expresamente querida por los cónyuges pues, en principio, la igualdad de acceso de uno y otro al mundo laboral y a la obtención de recursos económicos, hace innecesaria la genérica tutela del legislador al cónyuge cuya inferioridad apriorística no es tal »¹²². En opinión compartida, las principales demandas de reforma se refieren a « (...) la hoy inaceptable regulación de la pensión compensatoria tendente a la persistencia de tal protección más allá de la vida del matrimonio (...)»¹²³, y es que la actual pensión compensatoria supone la persistencia de una comunicación ganancial en el trabajo o industria del otro cónyuge, y por si fuera poco con vocación de permanencia salvo celebración de nuevas nupcias.

¹²¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Sociedad de gananciales: Caducidad de un modelo», en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº4, septiembre de 2004, pág. 171.

¹²² GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Sociedad de gananciales: Caducidad de un modelo», en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº4, Septiembre de 2004, pág. 201.

¹²³ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho Común: propuestas. (Especial relevancia a tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)». *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid 2009, pág. 28.

Por lo expuesto, se ha de defender una modernización de nuestro Código Civil, de cara a conseguir una mayor concordancia con la realidad que nos rodea y sobre todo una mayor fluidez en el tráfico jurídico. El objetivo es lograr una simplificación de la administración de los patrimonios, evitando un entorpecimiento de la vida económica de la familia por falta de entendimiento, dotar de una mayor independencia a la toma de decisiones de los cónyuges, y, sobre todo, facilitar la disolución del vínculo matrimonial. Todo ello adquiere una importancia aumentada cuando el matrimonio se entremezcla con la empresa familiar, como se verá en el desarrollo del presente trabajo.

4. CLASES DE EMPRESAS FAMILIARES POR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN JURÍDICA

Una vez abordada la definición de empresa familiar, y expuestos los distintos regímenes económico matrimoniales, procedemos a examinar la relación entre ambos sobre la base de la distinción de los tipos de empresa familiar que se pueden encontrar en nuestro ordenamiento en función de su forma jurídica. La razón de esta elección radica en que consideramos que es la línea preferible de análisis a la hora de realizar un estudio de la incidencia que tienen los distintos regímenes matrimoniales en la empresa familiar; y es que en función de ante qué tipo de organización se esté, la problemática que surge y los matices en torno a aquella son distintos. Así pues, primero se acometerá el examen de la empresa individual y posteriormente de las sociedades de capital.

4.1. EL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA

4.1.1. Concepto. Particularidades del empresario persona física casado

Como punto de partida no se puede situar otro que no sea la definición de la figura de empresario individual en nuestro Derecho. Al respecto cabe decir que nuestro Código de Comercio en su artículo 1 apartado primero señala que, a los efectos del propio Código, son

comerciantes los que teniendo capacidad legal para el ejercicio del comercio se dediquen a él habitualmente. Debe tenerse en cuenta, como señala inequívocamente la doctrina, la inexactitud del término empleado por el legislador al referirse al comerciante, ya que no sólo incluye a aquellas personas que llevan a cabo labores de intermediación comercial, sino también a aquéllas que realizan actividades de transformación industrial o meramente extractivas, como apunta el mismo artículo en su segundo apartado. Dicho esto, se puede sustituir sin problemas el término comerciante por el de empresario, poniendo distancia con términos decimonónicos. Por otro lado, se puede observar cómo en lugar de ofrecer un concepto de empresario persona física, el legislador se limita a destacar dos presupuestos básicos para la adquisición de tal condición: capacidad legal y ejercicio habitual —profesionalidad— en el desarrollo de la actividad comercial. Sin embargo, es necesario destacar —como ha sido tradicionalmente puesto de manifiesto por la doctrina¹²⁴— la insuficiencia del elenco de características recogidas por el Código, pues omite uno de los requisitos esenciales para el concepto de empresario, que no es otro que el hecho de actuar en nombre propio.

Por tanto, se está ante el supuesto de una persona, que, en nombre propio, se dedica habitualmente —como profesión— al ejercicio de una actividad mercantil, comercial o industrial, con ánimo de obtener un lucro o beneficio, mediante la inversión y asunción de un riesgo, manifestando externamente, mediante los oportunos medios de publicidad, el ejercicio

¹²⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Tecnos, 2008, págs. 83 a 121.

de dicha actividad y contando, para todo ello, con una organización, llamada empresa.¹²⁵

Centrando el análisis en el empresario persona física casado, es necesario apuntar que los artículos 6 a 12 del Código de Comercio establecen los efectos patrimoniales que se derivan para el matrimonio y que repercuten en la empresa cuando uno de los cónyuges es empresario.

Antes de profundizar en su régimen, es imprescindible reseñar que el comerciante casado no presenta diferencias con el comerciante soltero en los sistemas de separación de bienes —de ahí su conveniencia— y de participación en ganancias, ya que no existen masas comunes de bienes y derechos.

La preocupación del Derecho Mercantil incide en la responsabilidad patrimonial por las deudas y obligaciones derivadas de la actividad empresarial, dado que el empresario —como persona física— responde de sus actos con todos sus bienes presentes y futuros (Art. 1.911 CC). Ahí radica la necesidad de delimitar qué bienes tienen tal consideración. El Código de Comercio diferencia en esencia dos supuestos con efectos distintos: aquellos casos en los que *no exista oposición del otro cónyuge*, en cuyo caso responderán los bienes del comerciante y todos los gananciales; y otros en los que *sí media dicha oposición*, siendo aquí donde entra en juego el artículo 6 del CCo., según el cual, además de sus bienes propios, quedarán obligados todos los bienes «*adquiridos a resultas*» del comercio. Es

¹²⁵ CALVO MEIJIDE, A., «Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», en *Actualidad Civil*, N^o 35, Sección Crónica, tomo 4, 2001, pág. 1261.

decir, todo lo procedente del negocio, con independencia de su atribución posterior a uno u otro cónyuge —con el problema probatorio correspondiente—, limitando así los bienes gananciales afectos. Esta distinción ha sido a su vez recogida por doctrina¹²⁶ y jurisprudencia; así, la Sentencia del TS número 755/2007 —entre otras¹²⁷— explicita: « (...) *Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito "cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo"*»¹²⁸. Es importante subrayar al respecto que se introduce un nuevo elemento —derivado de las presunciones recogidas en los Arts. 7 y 8 del CCo— a la hora de concretar dicho consentimiento, y es que valdrá con que el mismo sea tácito, entendido como falta de oposición, observándose así la influencia directa que tiene sobre los actos de comercio el régimen económico de gananciales.

¹²⁶ ROJO, A., «El régimen legal de la responsabilidad patrimonial por deudas mercantiles del cónyuge empresario: características generales», en ROJO, A y MENÉNDEZ, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Thomson-Civitas., Octava Edición, 2010, págs. 87 y ss.

¹²⁷ Sentencia de la AP de Barcelona nº291/2006, de 11 de Mayo « (...) *al remitirse el Código Civil al de Comercio (artículos 6, 7, 11 y 12), con lo cual la validez de la fianza prestada por el marido obliga directamente a la sociedad de gananciales si no consta oposición de la esposa al ejercicio mercantil profesional de aquél*». Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº620/2005, de 15 de Julio « *En el caso presente se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su esposo, constituyendo medio económico para el sustento de su familia (...)*»

¹²⁸ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, núm. 755/2007, de 3 de Julio. Westlaw. RJ\2007\3792

Además, se debe tener en cuenta que no se especifica quién debe soportar la carga de la prueba de la naturaleza de cada bien, si el cónyuge del comerciante o los acreedores. Esta cuestión no carece de importancia, ya que la solución que se le atribuya es determinante de los efectos de la responsabilidad. La doctrina se encuentra dividida al respecto. Para los autores que entienden que a estas normas se les debe conferir una interpretación —prioritaria— en aras de la protección absoluta del patrimonio familiar, la carga de la prueba debe recaer sobre los acreedores¹²⁹; sin embargo, otro sector doctrinal considera que corresponde a los cónyuges probar la naturaleza del bien, en especial si forma parte del establecimiento mercantil del cónyuge comerciante, siendo ésta la postura más lógica y razonable en interés de la seguridad del tráfico jurídico¹³⁰. Además, ésta ha sido la orientación seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 850/91 de 25 de Noviembre de 1991¹³¹, que impuso la carga de la prueba al mismo comerciante casado, y no al acreedor, ya que considera el Alto Tribunal que se trata de cuestiones

¹²⁹ Vid. entre otros SÁNCHEZ CALERO, F. J y GARCÍA PÉREZ, R. (Coords.). *Protección del Patrimonio familiar*. Ed. Tirant lo Blach. 2ª Edición. Valencia. 2007. Págs. 387 y ss. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *La empresa familiar: Manual para empresarios*. Ediciones Deusto. Barcelona 2005. Pág. 20

¹³⁰ HERRERA CAMPOS, R y HERNÁNDEZ RUEDA, N., *El nuevo derecho matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005 de 8 de Julio*, Ed. Dykinson, Madrid 2007, págs. 195 a 207. ALEJÁNDREZ PEÑA, P., *Liquidación de bienes gananciales. Aspectos prácticos, procesales y sustantivos*, Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, Noviembre 2006, págs. 207 a 359.

¹³¹ Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, núm. 850/91, de 25 de Noviembre. VLEX-203258347: « *Tampoco ha probado, ni intentado tampoco, el recurrente que tales locales no han sido adquiridos como resultas de su actividad mercantil, prueba que a él le incumbiría y no a la acreedora, por tratarse de una gestión doméstica cuyas particularidades íntimas escapan a cualquier acreedor, por lo que también sería rechazable el motivo en virtud del inciso primero del citado art. 6 del Código de Comercio*»

«de una gestión doméstica cuyas particularidades íntimas escapan a cualquier acreedor», por lo que tiene más sentido que tal carga recaiga sobre los cónyuges, en concreto sobre el consorte empresario.

El Art. 6 CCo es una norma de *ius cogens*, que va a provocar que el patrimonio privativo personal del cónyuge comerciante, así como los bienes y derechos que deriven de la actividad mercantil, queden afectos, *en todo caso*, a las responsabilidades dimanantes del ejercicio del comercio, siendo éste el sentido que debe darse a la frase «quedarán obligados»; resultando obvio que dicho precepto recoge un supuesto de responsabilidad, que responde a la pregunta de con qué bienes se responde de las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio.¹³²

Otra particularidad de las reglas relativas al régimen de responsabilidad es que todo lo expuesto resulta también de aplicación, por analogía, a otros regímenes matrimoniales especiales y forales de comunidad,¹³³ como son el régimen de conquistas de Navarra, el de comunidad de bienes de Aragón, etc. Sin embargo, no se aplica este régimen a las parejas de hecho o no matrimoniales, según la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, como puede observarse recientemente en la Sentencia nº416/2011, de 16 de Junio¹³⁴ «(...) *Esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho*

¹³² HERNÁNDEZ RUEDA, N., «Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, nº3, 2002, págs. 1065 a 1093.

¹³³ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil I*. Tirant lo Blach Tratados. Valencia 2010, págs. 143 a 153.

¹³⁴ Sentencia del TS nº416/2011, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de Junio, VLEX-285748631

exista una relación de analogía. No se admite en la jurisprudencia de esta Sala la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema».

Dada la complejidad de todo lo expuesto, se hace inexcusable afirmar que lo más aconsejable para organizar una empresa son las sociedades de capital, dadas las ventajas que éstas presentan —y que se resaltarán en el presente trabajo— respecto al empresario persona física.

Con todo ello, —volviendo a la concreción de este apartado— a continuación inevitablemente asaltan las siguientes preguntas: ¿qué ocurre con el bien empresa?, ¿debe considerarse de un cónyuge o de ambos?, ¿en qué supuestos? En el siguiente punto se va a tratar de dar respuesta a estas cuestiones.

4.1.2. La empresa individual: titularidad y gestión

Siguiendo la línea establecida, es necesario abordar el problema que se plantea a la hora de considerar a la empresa individual como bien. Al respecto, cabe destacar dos teorías: *la unitaria*, que considera que la empresa es un bien propio por sí mismo, independientemente de los bienes y derechos que la componen; y *la pluralista*, que considera a la empresa como un bien compuesto a su vez por una serie de bienes y donde cada uno conserva su estatuto jurídico particular¹³⁵. En aquellos casos en los que el empresario persona física se halle casado, la calificación de la

¹³⁵ MILLÁN SALAS, F., «La empresa y la sociedad de gananciales», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº4, 1994, pág. 236

empresa como bien adquiere matizaciones particulares, puesto que la incidencia del régimen matrimonial es determinante para la misma. En este sentido, el objetivo que a continuación se pretende es dilucidar si se ha de calificar —y bajo qué supuestos— a la empresa como un bien privativo, ganancial o mixto.

4.1.2.1. *Calificación de la empresa individual en el contexto del régimen de gananciales*

A) Empresa Ganancial

Como ya se señaló con ocasión de tratar la configuración de los bienes gananciales, dispone el Art. 1347-5º CC que son gananciales «*las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes (...)*». Se trata de un precepto introducido por la reforma del 81 sin antecedentes en el Derecho histórico del ámbito territorial del Código Civil y que se inspira, en cierto modo, en el Art. 39.1º de la Compilación aragonesa¹³⁶

Hay que advertir que cuando se emplea esta expresión —establecimiento o explotación— no se especifica si sus previsiones se refieren a las de carácter individual o societario. Esta situación ha sido analizada por la doctrina¹³⁷ con ocasión de ofrecer una interpretación del

¹³⁶ RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales», *Homenaje al profesor Juan Roca*, Universidad de Murcia: Servicio de Publicaciones, 1989, pág. 715

¹³⁷ Vid. DÍEZ BALLESTEROS, J. A., *La empresa individual en el Régimen de Gananciales*, Ed. Montecorvo, 1997, págs. 74 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentarios a los artículos 1346 a 1374», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.) Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, Tomo XVIII, Vol. 2,

Art. 1347-5^a del Código Civil, llegando unánimemente a establecer que para que una empresa sea ganancial, mediante adquisición originaria, debe reunir las siguientes condiciones:

i. *Fundación ex novo de la misma vigente la sociedad de gananciales.*

Postura defendida por la jurisprudencia, pues, como señala de forma precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre del 2000¹³⁸: es un «negocio de naturaleza ganancial (...) la empresa que se constituyó, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales». En la misma línea se pronuncia por ejemplo la Sentencia de la AP de Murcia de 22 de julio de 2008¹³⁹: «Tal empresa se constituyó, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales (...), momento en el que tenían la condición de bienes gananciales "los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos"». La pregunta que a continuación se plantea inevitablemente es: ¿cuándo debe considerarse que se ha fundado la empresa? Al respecto cabe realizar las siguientes consideraciones: hace prueba de lo mismo la inscripción del empresario en el Registro Mercantil —aunque hay que precisar que el empresario persona física no tiene impuesta tal obligación—, así como la apertura al público del establecimiento mercantil. Pese a lo dicho, se ha de

Págs. 133 a 197; y MILLÁN SALAS, F.: «La empresa y la sociedad de gananciales», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº4, 1994, págs. 235 a 249.

¹³⁸ Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1^a, nº1082/2000, de 20 de Noviembre. Rec. 3397/1995. (EDJ 2000/38860)

¹³⁹ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 5^a, nº 180/2008, de 22 de Julio. JUR\2009\95542

entender estos hechos, más que como presunciones de la creación de la empresa, como presunciones del ejercicio del comercio, por lo que es necesario a la par que exista un conjunto de bienes organizados por el empresario, así como una apertura y una clientela¹⁴⁰.

ii. *Por uno cualquiera de los cónyuges.* Creación de la empresa por cualquiera de los cónyuges, resultando intrascendente qué cónyuge, de los dos, realice el acto de la fundación. Pues hay que tener presente que el eje de la sociedad de gananciales es precisamente la idea de lo “común” entre cónyuges, resultando irrelevante quién realice los actos.

iii. *A expensas de los bienes comunes.* Es decir, que se empleen íntegramente fondos comunes para la constitución de la empresa.

Un breve examen de lo acontecido al respecto en los Tribunales de nuestro país revela la ganancialidad del bien empresa cuando concurren las características señaladas; así, la AP de Murcia¹⁴¹ afirma el carácter ganancial de la mercantil creada por el marido un año después de dictarse sentencia de separación del matrimonio, pero sin existir liquidación y adjudicación de los bienes. Viene a señalar el órgano decisor que dicha sociedad se creó a expensas de los bienes comunes, vigente la sociedad ganancial —en este caso sería postganancial—, y fundada por uno de los

¹⁴⁰ VICENT CHULIÁ, F., «Especialidades del Régimen Jurídico del comerciante casado», en *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol.I, Tirant lo Blach, Valencia 2010, págs.168 y ss.

¹⁴¹ Sentencia AP de Murcia, Sección 1ª, núm. 50/2005 de 15 febrero, JUR\2005\269959

cónyuges. Por tanto, conforme al Art. 1347-5ª del Código Civil, le otorga el carácter ganancial a la empresa.

En la misma línea, aplicando el ordinal 5ª del art. 1347, se pronuncia la Sentencia de la AP de Cantabria de 12 marzo de 2009¹⁴². Afirma dicha Audiencia la ganancialidad de la farmacia de ambos cónyuges, ya que «se puede decir que la farmacia de Madrid fue fundada constante el matrimonio, ya que aunque la licencia de instalación se obtuvo antes de su celebración, y el local fue adquirido a título privativo, la apertura efectiva del establecimiento se produjo cuando ya se había contraído el matrimonio, siendo entonces cuando, a costa del caudal presuntivamente ganancial, se inicia, desempeña y consolida la actividad comercial».

Por tanto, se puede decir, a modo de conclusión, que el supuesto más común y relevante es el de adquisición originaria de una empresa de carácter ganancial. Pero no se puede obviar que existen otros supuestos de ganancialidad de la empresa¹⁴³, son los casos de adquisición derivativa:

1. *Cuando las negocios sean adquiridos a título oneroso a costa del caudal común*, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los cónyuges —consecuencia lógica de la aplicación del Art. 1347-5ª CC—. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Murcia, de 22 de mayo de 2006¹⁴⁴, señalando el carácter ganancial de la licencia del taxi

¹⁴² Sentencia AP de Cantabria, Sección 2ª, núm. 206/2009 de 12 marzo, AC\2009\906

¹⁴³ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*. Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 3ª Edición, 2007, págs. 27 y ss.

¹⁴⁴ Sentencia AP de Murcia, núm. 220/2006, de 22 de Mayo, JUR\2006\195624

—negocio regentado por el marido—, al haberse adquirido a costa del caudal común y a título oneroso.

2. *Cuando se adquiriera por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fuera con fondos privativos.* Pese a parecer una hipótesis inusual, su existencia teórica es admisible en conformidad con el Art. 1.347-4ª CC. Por tanto, es fundamental la existencia del derecho de retracto en el patrimonio ganancial para que opere el carácter ganancial de la empresa, siendo indiferente el origen de los fondos empleados para adquisición de la misma, y produciéndose, en su caso, el nacimiento de un crédito a favor del patrimonio privativo que obligará a un reembolso o reintegro.¹⁴⁵

3. *Cuando la empresa sea donada o dejada en testamento a los cónyuges conjuntamente, y sin especial designación de partes, constante la sociedad.* Siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos esposos, y el donante o testador no hubiese dispuesto otra cosa en virtud del Art. 1353 CC. Por tanto, es una excepción al principio contenido en el Art. 1346.2 CC.

4. *Cuando los cónyuges, de común acuerdo, atribuyan carácter ganancial a la empresa adquirida a título oneroso, constante la sociedad,* al margen de cuál sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, según lo establecido en el Art. 1355 CC.

5. *Empresa ganancial por presunción.* Cuando no se acredite su carácter privativo conforme a la presunción —ya analizada— contenida en el Art.

¹⁴⁵ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentarios a los artículos 1346 a 1374», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.) Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, Tomo XVIII, Vol. 2, págs. 133 a 197

1361 CC. Se debe citar, en este sentido, la Sentencia del TS¹⁴⁶, de 24 julio de 1996, donde se declara la necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria, y convincente, respecto al desplazamiento a la situación de privaticidad. Por tanto, no basta la existencia de «indicios acusados» en tal sentido, pues la «vis atractiva» de la ganancialidad de los bienes impone la exigencia de una prueba que reúna las características señaladas jurisprudencialmente en favor de la naturaleza privativa de los bienes.

Por último, considerando la orientación jurisprudencial¹⁴⁷, se puede añadir otro supuesto de empresa familiar con carácter ganancial. Son aquellos *negocios familiares donde puede existir una confusión entre la concesión administrativa y el carácter patrimonial-familiar del negocio* —por ejemplo: administración de loterías, estancos, quioscos, etc.—. Como señala la Sentencia de la AP de Sevilla¹⁴⁸, —sobre el supuesto fáctico de un quiosco de prensa— el mismo constituye el negocio familiar por el hecho de que la licencia otorgada por el Ayuntamiento tiene carácter personal e intransferible del marido, pero ello no es obstáculo para considerarlo como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio. Por tanto, se considera la concesión más bien

¹⁴⁶ Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 652/1996 de 24 julio, RJ\1996\6052

¹⁴⁷ Entre otras, Sentencia TS, Sala de lo Civil, núm. 281/2000 de 27 marzo, RJ\2000\2487; reflejada en la Sentencia AP de Sevilla, Sección 2ª, núm. 261/2004 de 8 junio, JUR\2004\213024

¹⁴⁸ Sentencia AP de Sevilla, Sección 2ª, núm. 67/2004 de 10 febrero, AC\2004\336

un tipo de titularidad formal impuesto por exigencias de la Administración que no excluye la aplicación de los criterios civiles. Señala la Audiencia que, « (...) *En consecuencia, no puede confundirse la titularidad administrativa con la civil, por lo que constando acreditado que la concesión se produjo durante el matrimonio, y no habiendo quedado desvirtuada la presunción de ganancialidad, procede (...) incluir dentro del activo ganancial el quiosco de prensa*»

B) Empresa Privativa

En primer lugar hay que subrayar que, mientras que la ganancialidad de las empresas individuales se recoge expresamente en la enumeración de los bienes comunes en el Art. 1347-5^a del CC, no sucede así cuando el negocio es privativo.¹⁴⁹ Esto no impide o excluye, que en determinadas circunstancias la empresa aparezca integrada en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

Así, puede ocurrir que un cónyuge antes de contraer matrimonio sea titular de una empresa y desee conservarla una vez casado —bajo el régimen de gananciales—, siempre teniendo en cuenta que los beneficios o rendimientos derivados de dicha actividad tendrán el carácter de gananciales. (Art. 1347.2^a CC).

Otras hipótesis de empresas privativas serían aquellas fundadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por vía de subrogación

¹⁴⁹ MILLÁN SALAS, F., «La empresa y la sociedad de gananciales», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº4, 1994, pág. 236, que considera que el Código Civil recoge los supuestos de empresa privativa en los arts. 1359 y 1360.

respecto a otra empresa privativa o bienes de la misma naturaleza —por ejemplo, la herencia que recibe de los padres uno de los cónyuges la invierte en fundar una empresa—; o en los casos de sucesión *mortis causa* de una explotación mantenida indivisa cuando el progenitor de uno de los cónyuges hizo uso del Art. 1056 CC párrafo 2º¹⁵⁰.

Se trata de situaciones excepcionales que pueden concurrir en determinadas personas, como por ejemplo, en el caso de una empresa familiar donde uno de los cónyuges recibe por testamento otra empresa en funcionamiento que no se desea confundir con la primera.¹⁵¹

Así, en opinión de Peña «*es difícil que haya un supuesto de empresa fundada durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges que tenga carácter enteramente privativo, pues la aportación de uno de los cónyuges debe ser considerada capital común*»¹⁵²

En resumen, para una mejor comprensión, vamos a enumerar los supuestos de empresas privativas¹⁵³:

1. *Aquellas que pertenezcan a uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad* (Art. 1346-1ª). Cuando uno de los cónyuges adquirió o creó la

¹⁵⁰ Artículo 1056 CC: «El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados (...)»

¹⁵¹ GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *La empresa familiar ante el derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, 1995, Civitas, págs. 83 a 96.

¹⁵² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, págs. 647 y 648.

¹⁵³ FONT GALÁN, J. I., «La empresa en el Derecho mercantil», en *Derecho Mercantil I*. Vol. 1º. Cap. 6. Marcial Pons, Madrid 2010, págs. 69 a 71.

empresa antes de contraer matrimonio, incluso si fue adquirida a plazos y la totalidad o parte del precio se satisfizo con dinero ganancial (Art. 1357 CC), sin perjuicio del pertinente reembolso (Art. 1358 CC)

2. *Aquellas empresas adquiridas a título gratuito* (Art. 1346-2ª CC), es decir, por sucesión o donación. Nuestra jurisprudencia se ha manifestado sobre la calificación de empresas que hayan sido adquiridas por sucesión hereditaria, o por donación. Así cabe citar, entre otras, la Sentencia de la AP de Badajoz de 15 de marzo de 2001¹⁵⁴, donde se discutía sobre el carácter ganancial o privativo de una Sociedad Agraria de Transformación. Dicho tribunal señala que: *«los bienes inmuebles que constituyen la base de la Sociedad Agraria de Transformación fueron obtenidos a título gratuito de la madre de uno de los cónyuges, la cual también cedió gratuitamente a sus hijos para la constitución de la SAT el capital correspondiente para su aportación (...) por tanto, no puede otorgarse la calificación de ganancial»*.

Ahora bien, se debe tener presente el mandamiento del Art. 1353 CC, aplicable a la empresa cuando se refiere a la eventualidad de que la misma *«hubiese sido donada o dejada en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuese aceptada por ambos cónyuges y el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario»*, ya que se trata claramente de una excepción a la regla anterior.

¹⁵⁴ Sentencia AP de Badajoz, Sección 2ª, núm. 83/2001 de 15 de marzo (AC\2001\438)

3. *Adquiridas a costa o en sustitución de bienes privativos* (Art. 1346-3^a CC). Esta regla opera únicamente cuando se adquiere la empresa exclusivamente con fondos privativos.

4. *Adquiridas en virtud de un derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges* (Art. 1346-4^a CC). En este supuesto, lo determinante es el derecho de retracto, con independencia de los fondos empleados para su ejercicio.

Lo mismo sucederá en el supuesto de opciones de compra pactadas antes de contraer matrimonio pero ejercitadas constante el mismo.

5. *Por atribución de los cónyuges* (Art. 1355 CC, “a contrario”), de mutuo acuerdo, con independencia de la forma de adquisición y los caudales empleados.

C) Empresa fundada con capitales mixtos

El inciso final del Art. 1347-5^a CC, recoge una hipótesis en que la empresa tiene la calificación de mixta. Es el supuesto en que la empresa se funda con capital en parte privado y en parte común. Hay que hacer una remisión expresa al artículo 1354 CC¹⁵⁵, en cuanto a la forma de adquisición mediante precio o contraprestación, lo que conduce a una indivisión ordinaria entre el cónyuge que aporta bienes privativos y la sociedad de gananciales, en proporción a sus respectivas aportaciones.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Artículo 1354 CC: «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas»

¹⁵⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J., «La sociedad de gananciales (V). Liquidación del activo», en *Regímenes económico matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Lex Nova, Vol. I, 1^a Edición, Valladolid, 2009, págs. 609 y ss.

Así pues, la generalidad de la doctrina no duda en señalar que la fundación mixta da lugar al nacimiento de una empresa o establecimiento en régimen de comunidad ordinaria¹⁵⁷.

4.1.2.2. *Gestión de la empresa individual: administración y disposición*

A) Empresa Ganancial

Cuando se habla de «*gestión de la empresa ganancial*» se hace referencia a todos aquellos actos de conservación, administración o de disposición, que se llevan a cabo por uno o ambos cónyuges sobre el negocio en su conjunto o sobre alguno de sus componentes.¹⁵⁸

Se debe, por tanto, enfatizar la diferencia entre actos de administración y actos de disposición sobre los bienes de la empresa, ya que tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre ambos.

a) Administración: la administración de un negocio de carácter común, a tenor de lo establecido en el Art. 1375 CC, corresponderá a los

¹⁵⁷ RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al profesor Juan Roca*, Universidad de Murcia: Servicio de Publicaciones, 1989, pág. 720. DE LOS MOZOS, «Comentarios a los artículos 1344 a 1410», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.). Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, Tomo XVIII, vol. 2. pág. 180. Antes de adoptar esta postura el legislador barajó varias posibilidades. Así, la opción de la existencia de una empresa en parte ganancial y en parte privativa fue inicialmente descartada durante la tramitación parlamentaria del art. 1347.5º CC. Por su parte, en el Proyecto presentado por el Gobierno se establecía que, cuando para la formación del negocio se empleaban capitales o bienes gananciales y privativos, éste pertenecía al patrimonio que hubiera efectuado una mayor aportación. Sin embargo, finalmente se adoptó la decisión de llevar el principio de subrogación real hasta sus últimas consecuencias, al aceptarse una enmienda que proponía la redacción hoy vigente por considerar preferible la aplicación del art. 1354 CC, considerando la mayoría de la doctrina que se trata del momento de la formación de la empresa y la solución de la indivisión es más justa.

¹⁵⁸ DÍEZ BALLESTEROS, J. A., *La empresa individual en el Régimen de Gananciales*, Ed. Montecorvo, 1997, pág. 192

cónyuges conjuntamente, salvo pacto en contrario. Como ya se indicó, tras la reforma de 1981 se estableció un nuevo sistema de cogestión y codisposición de los bienes gananciales, requiriéndose el consentimiento de ambos cónyuges para llevar a cabo los actos de administración, sin perjuicio de lo dispuesto en capitulaciones matrimoniales.¹⁵⁹

Sin embargo, pese a ello, no existe impedimento para que la administración se realice por uno solo de los cónyuges —constituyendo el supuesto más habitual en la práctica—. Se trata de la hipótesis establecida por el Art. 1384 CC, cuando la empresa figure a nombre de uno de los cónyuges o se encuentre en su poder.

- Que figure a su nombre: es identificado por algún sector doctrinal como que «gire a su nombre»¹⁶⁰. Sin embargo, ambos conceptos son diferentes, por lo que parece preferible decir que se trata del caso en que uno de los cónyuges aparezca exterior y formalmente como titular del negocio, y que además, del conjunto de sus operaciones se desprenda esa condición.

- Que se encuentre en su poder: no debe entenderse como tenencia material y concreta de cada uno de los elementos integrantes de la empresa, sino en el sentido amplio de dirección y gestión de la misma.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «La Gestión de Bienes Gananciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº7, 2001, págs. 1668 a 1684.

¹⁶⁰ LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir) y otros. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia*, Tomo IV, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 247.

Una parte significativa de la doctrina¹⁶¹ señala que el Art. 1384 CC tiene una finalidad bien precisa: facilitar el tráfico comercial, y mantener la validez de los actos de administración y los de disposición, realizados por uno solo de los cónyuges sobre determinados bienes gananciales. Por tanto, se observa cómo dicho precepto revela con claridad la unión existente entre la titularidad y la atribución de los bienes comunes.

Destaca en este sentido la Sentencia de la AP de Asturias, de 16 de junio de 1998¹⁶², que señala: *«En tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuyo nombre figuren, en el caso concreto, el que aparezca frente a la sociedad ostentando la condición de socio, así como la del art. 1381.1.º que posibilita al cónyuge socio gravar a efectos los derechos derivados de esta condición frente a los otros sujetos de la relación, en este caso la Sociedad y los demás socios».*

Por último, conviene subrayar la necesidad de concordar el Art. 1.384 CC con la normativa hipotecaria, concretamente con el art. 94 RH. Las diferencias entre ambos preceptos quedan patentes en el apartado 2º del Art. 94, donde se autoriza al cónyuge que aparece como titular registral a realizar una serie de actos cuya calificación como actos de administración

¹⁶¹ Vid. AVILÉS GARCÍA, J., «El Artículo 1384 del Código Civil y la Sociedad de Gananciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº4, 1991, págs. 1204 a 1214.

¹⁶² Sentencia de la AP de Asturias, núm. 309/1998, Sección 5º, de 16 de junio, AC 1998/1197

es bastante dudosa, porque podría sostenerse que se están ampliando las facultades de gestión del cónyuge titular. En su apartado 3ª, sin embargo, se exige, para inscribir actos de disposición a título oneroso respecto de bienes presuntamente gananciales, el consentimiento de ambos cónyuges, o en su defecto, la correspondiente autorización judicial. Por último, el apartado 4ª dispone lo mismo respecto de actos a título gratuito. Este supuesto de actos de disposición se verá a continuación.¹⁶³

En resumen puede decirse que del art. 94 RH se desprende una cierta confusión entre actos de administración y actos de disposición.

b) Disposición: según el Art. 6 del CCo «en caso de ejercicio del comercio por una persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges».

Dicho precepto regula dos cuestiones diferentes:

a) El régimen de responsabilidad de los bienes por el ejercicio del comercio, comentado anteriormente con ocasión del examen de las particularidades del empresario persona física casado.

b) Las facultades de disposición del comerciante casado, en las que se centra el estudio a continuación.

La interpretación que la doctrina ha otorgado al artículo 6 del CCo en relación con el régimen de disposición no ha sido cuestión pacífica.

¹⁶³ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «La Gestión de Bienes Gananciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº7, 2001, págs. 1668 a 1684.

Algunos autores (Eizaguirre y Rojo, entre otros) consideran que dicho precepto amplía las facultades de disposición del cónyuge comerciante a la vez que reduce su responsabilidad. Otros (Vicent Chuliá, Díez-Picazo y Gullón entre otros), en cambio, consideran que esta norma ha sido derogada implícitamente por la reforma del Código Civil efectuada por la Ley de 13 de Mayo de 1981, dado el tenor que se desprende del artículo 1375 al establecer la cogestión¹⁶⁴. En la defensa de este argumento precisa Vicent Chuliá que sería absurdo conferirle otro sentido al Art.6 C.Co, ya que, en caso de que todos los bienes gananciales sean obtenidos a resultas del comercio, una aplicación de dicho precepto supondría una desvirtuación total del sistema general de disposición —enajenación y gravamen— sobre los gananciales dispuesto en el Código Civil.

En nuestra opinión, se ha de defender una aplicación intermedia —aunque restrictiva— del precepto, situándolo como una excepción a la regla de disposición conjunta de los bienes, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece el propio artículo. Por lo tanto, las facultades de disposición que concede el CCo al comerciante sobre los bienes gananciales se restringen al ámbito mercantil y deben interpretarse restrictivamente¹⁶⁵, atendiendo a:

¹⁶⁴ EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M., *Derecho Mercantil*, Civitas, 2008, 5ª Edición, págs. 226 y ss. ROJO, A, URÍA, R. y otros., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 2010, 8ª Edición. págs. 105 y ss. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 143 y ss. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «*Derecho de familia, Derecho de sucesiones*», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Ed. Tecnos, 2006, págs. 180 y ss.

¹⁶⁵ SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen Económico Matrimonial del Comerciante*, Ed. Dykinson, 1996, págs.232 y ss.

1. Que el cónyuge tenga la condición de comerciante: cualidad que, en el caso del empresario individual (Art. 1.1 CCo) reúnen todas aquellas personas que teniendo capacidad legal (mayor de edad con libre disposición de sus bienes) para ejercer el comercio en nombre propio, se dediquen a él habitualmente.

2. Que sea casado, y adquiera los bienes a resultas del comercio: la facultad de disposición se extenderá a todos los bienes adquiridos con los beneficios o rendimientos de la empresa, bien porque reviertan en la misma, o porque sin revertir en ella tenga su origen en la actividad comercial.

Centrando la aplicación del artículo 6 del Código del Comercio en el bien empresa, cabe preguntarse si dicho precepto comporta que el cónyuge comerciante pueda enajenar la totalidad de la empresa ganancial, o sólo elementos no esenciales de la misma.

La respuesta a esta pregunta, de suma trascendencia a la hora de determinar las medidas a adoptar por el Juzgado de Familia, tiene una solución casi unánime por la doctrina. Con independencia de considerar la dificultad de establecer dónde empieza el negocio originario, y dónde las resultas del comercio¹⁶⁶, se entiende que el comerciante individual casado no puede disponer separadamente del propio negocio, cuando éste es

¹⁶⁶ Vid. DÍEZ BALLESTEROS, J. A., *La empresa individual en el Régimen de Gananciales*, Ed. Montecorvo, 1997, págs. 247 y ss.; SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen Económico Matrimonial del Comerciante*, Ed. Dykinson, 1996, págs. 232 y ss.; HERNÁNDEZ RUEDA, N., *Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales*, Editorial La Ley, nº33, 2002, págs. 5 y ss.

ganancial o cuenta con participación ganancial, *sin el consentimiento del otro cónyuge*, pese a que no exista regulación jurídica sobre la materia sustitutiva del derogado Art. 1413 CC.

Sin embargo, cuando se trate de un *componente no esencial*, sí puede enajenarlo *sin que concurra el consentimiento de su cónyuge*. En el caso de un componente esencial, aunque técnicamente constituya un bien adquirido con las resultas del comercio, el comerciante casado necesita el consentimiento de su cónyuge para su enajenación¹⁶⁷.

Ahora bien, este régimen de disposición de los bienes adquiridos en el comercio tiene escasa repercusión práctica, pues en la mayoría de casos la jurisprudencia llega a idéntico resultado por aplicación de la regulación civil. Es por ello que, aunque el Código Civil afirma que la disposición de los bienes gananciales es conjunta por los dos cónyuges (Art. 1375 CC y ss.), en la *praxis* se convierte en disposición unilateral y separada de un solo cónyuge, aunque exista la posibilidad de impugnación por parte del otro¹⁶⁸. Se trataría, en principio, de un acto de disposición meramente anulable (Art. 1.322).

Además, hay que añadir que el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta —como ya se apuntó—, tanto por asentimiento, como por su

¹⁶⁷ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Decimoquinta Edición, Vol. I, Madrid 2008, pág.97.

¹⁶⁸ SANCINENA ASURMENDI, C., *Régimen Económico Matrimonial del Comerciante*, Ed. Dykinson, 1996, pág.234

aquietamiento y conformidad con la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos.¹⁶⁹

Se puede observar lo dicho en la Sentencia AP de Álava de 7 de marzo de 1992¹⁷⁰ respecto de los actos de administración y disposición de la empresa individual ganancial. En ella se interpone por la esposa demanda de separación matrimonial, solicitando mediante otrosí, al amparo de lo establecido en los Arts. 102 y ss. del Código Civil, la adopción de medidas provisionales de separación matrimonial. Con anterioridad, estando en proceso de negociación extrajudicial la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa procede a requerir al marido para que se abstuviera de realizar operaciones de disposición o endeudamiento, y a comunicarle su deseo de intervenir en la gestión y administración de las sociedades y empresas.

La parte dispositiva del auto de medidas —posteriormente ratificado en la sentencia— acuerda que el demandado siga regentando el negocio familiar en el normal tráfico mercantil.

Antes de dictarse las citadas medidas, y coetáneamente con la presentación de la demanda de separación, el esposo procedió a constituir una sociedad mercantil, aportando todos los bienes propios del negocio familiar (maquinaria, vehículos, muebles, enseres, etc.)

¹⁶⁹ *Vid.* Sentencia del TS nº621/1991, de 20 junio de 1991 (EDJ 1993/6043); nº748/1993, de 19 julio de 1993 (EDJ 1993/7311); y nº1245/1993, 22 de diciembre de 1993 (EDJ 1993/11807)

¹⁷⁰ Sentencia AP de Álava núm. 666/1991, de 7 de marzo de 1992, AC 1992\490.

El capital social se suscribió en un 90%, a favor del cónyuge titular del negocio anterior; y el resto, un 10%, fue suscrito por dos personas, con un 8% y 2%, respectivamente.

La esposa, conocedora de la pretensión de su marido de transformar la empresa familiar en sociedad anónima, no aceptó participar en la escritura de su constitución, en la medida que no se le reconocía su derecho de suscripción del 50% del capital social, sino únicamente el 45%.

Posteriormente, la esposa interpone demanda de juicio de menor cuantía solicitando la nulidad de la transmisión del dominio sobre los bienes aportados a la Sociedad.

La Sala señala:

1º.- Si la nueva sociedad fuera equivalente al 100% del patrimonio ganancial aportado, no hay disposición, ya que ambos patrimonios se confunden. Que admitiendo que se trate de un acto de administración extraordinario, no compromete al patrimonio común, ya que en este caso hay un supuesto de subrogación real.

2º.- Pero en el presente caso, existe un 10% del capital social, suscrito por terceras personas, que rompe el equilibrio hasta entonces existente entre ambos cónyuges (y ello tiene notoria trascendencia en cuanto a los derechos políticos societarios de la demandante en la sociedad). Por ello, sí constituye un acto dispositivo la suscripción por terceros ex art. 1347.5 CC, ya que en virtud del Art. 1377 CC, el consentimiento de la esposa para ceder un 5% de su participación es necesario. Y, en el presente caso, la esposa notificó fehacientemente a su marido su interés en coadministrar

los bienes comunes. Por consiguiente, se decreta la nulidad de la transmisión.

En la misma línea, la Sentencia del TS de 14 de noviembre de 2000¹⁷¹ viene a resolver el problema suscitado en relación con los actos que exceden de la administración y constituyen en su conjunto, y en sus componentes, actos de disposición que necesitan el consentimiento de la esposa, en relación al arrendamiento de un inmueble ganancial con opción de compra.

Así, la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia declara la nulidad del contrato de arrendamiento del inmueble ganancial por 4 años, prorrogables durante 20 años más, fundamentalmente porque el consentimiento de la esposa era preciso por implicar un acto de disposición.

Distinta apreciación tiene la AP de Valencia, dado que señala que el contrato no recoge ningún acto de disposición. Respecto del arrendamiento destaca que no reúne los requisitos establecidos en el Art. 2.5 LH, por lo que no puede calificarse como acto de administración extraordinaria, ni mucho menos de disposición. Y en cuanto a la opción de compra, argumenta que por sí misma no constituye acto de disposición alguno, y que el verdadero acto dispositivo del local sería el contrato de compraventa en el caso de que el optante ejercitase su derecho y fuese atendido por el concedente, pues entonces se llevaría a cabo la efectiva transmisión.

¹⁷¹ Sentencia del TS núm. 1029/2000, de 14 de noviembre, RJ\2000\9914

Por su parte, el TS resuelve señalando que *«el negocio de que se trata compromete el futuro de un bien inmueble ganancial (...), de modo que, no habiendo intervenido la esposa en dicho contrato, ni presentado el consentimiento en forma alguna para tal operación, está facultada para ejercitar la acción de nulidad (anulabilidad o impugnabilidad) (...)»*.

Declara el Alto Tribunal que, respecto del arrendamiento, aunque se pactó por cuatro años, se concedió la posibilidad de prorrogarlo hasta veinte (...), y ello supone que tal acto excede de los de administración, como ha declarado reiteradamente esta Sala. Por tanto, *«el contrato de que se trata, ni en su forma compleja, ni siquiera en sus individualidades o componentes (con su propia autonomía), es subsumible entre los actos que un cónyuge puede realizar con independencia del otro, de tal manera que (salvo que se hubiera dado un supuesto de excepción, que no es el caso) es precisa la «actuación conjunta»*

Por último, para definir de forma precisa y clara la línea divisoria entre los actos de administración y disposición, debemos citar la Sentencia dictada por la AP de Málaga de 5 de marzo de 2009¹⁷².

El supuesto fáctico viene referido al contrato privado, elevado a público, celebrado entre unos padres —casados en régimen de gananciales— y su hijo. El hijo interpuso demanda frente a sus padres solicitando en su *petitum* el cumplimiento de dicho contrato, por el que el padre se comprometía a entregar las participaciones sociales de la empresa

¹⁷² Sentencia AP de Málaga (Sección 6ª). Sentencia núm. 143/2009 de 5 marzo, AC\2009\871.

que poseía a su hijo, y como contraprestación, éste recibiría determinados bienes y derechos de la mercantil.

El padre, demandado junto a la madre, alegó que las participaciones eran propiedad de la sociedad de gananciales y que su mujer no había prestado el consentimiento expreso a la enajenación de las mismas. Por su parte, el demandante mantenía la validez del contrato por haber mediado el consentimiento tácito de la madre, basándose en que ésta conocía el contrato y nunca se había opuesto.

La Audiencia consideró que no existía consentimiento tácito de la madre, ya que para que éste existiera, debería provenir de actos inequívocos que lo revelasen, sin que cupiera atribuir otro significado a tales actos, correspondiendo la valoración al criterio de los Tribunales, según las circunstancias concurrentes en cada caso.

En segundo lugar, el hijo alegó la aplicación del art. 1384 CC, ya que al estar las participaciones a nombre del esposo, resultaba aplicable dicho artículo. Los demandados —marido y mujer— mantuvieron la concurrencia de una causa de nulidad del contrato por falta de consentimiento de la esposa, según disponen los Arts. 1377 y 1322 CC y jurisprudencia que los interpretan, siendo el art. 1384 CC una excepción a la regla general contenida en los anteriores preceptos.

El tribunal de apelación terminó señalando que el art. 1384 CC no era de aplicación al supuesto de hecho, porque: en primer lugar, además de las participaciones sociales se disponía también por el esposo, sin consentimiento de la esposa, de una finca de carácter ganancial; en

segundo lugar, porque con dicho precepto la Ley había querido facilitar el tráfico sólo de los títulos valores, y, tal como se resuelve en RDGRN 25 Mayo 1987 (RJ 1987, 3929), el artículo 5.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995, 953) [actual art. 92.2 LSC] establece taxativamente que las participaciones sociales no tienen el carácter de valores.

En definitiva, vigente la sociedad de gananciales es necesaria la “actuación conjunta”, además de para los actos de disposición —Arts. 1375, 1377 y 1378—, para todos aquellos actos de gestión que, aunque puedan considerarse incluibles en la administración ordinaria, afecten gravemente, con carácter duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los bienes gananciales.

B) Empresa privativa

A juicio de Rams Albesa¹⁷³, la empresa privativa no plantea especialidad alguna desde el punto de vista de la gestión, ya que los cónyuges conservan la más plena capacidad sobre sus bienes privativos, y la empresa de tal carácter queda sujeta a las reglas de gestión propias de los bienes privativos.

a) Administración: corresponde a cada cónyuge la libre administración y disposición, ya sea a título oneroso o gratuito, de sus bienes privativos. La empresa es explotada por el consorte a quien le pertenece.

¹⁷³ RAMS ALBESA, J., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Ed. Dykinson, 2010, págs. 25 a 116.

En consecuencia, el titular privativo está facultado para realizar todos los actos relativos a su explotación, disposición o gravamen que estime conveniente, sin necesidad del consentimiento de su consorte.¹⁷⁴

Cabe plantearse, no obstante, qué ocurre cuando la empresa es privativa del cónyuge titular, pero ambos esposos tienen pactado el régimen económico matrimonial de gananciales.

Atendiendo al Art. 1381 CC « *Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos forman parte del haber de la sociedad de gananciales y están sujetas a las cargas y responsabilidades de la Sociedad de gananciales (...)*»

Para su cálculo —frutos y rentas— habrá que tener en cuenta la contabilidad del cierre del ejercicio social, y su importe se aplicará a cubrir las necesidades de la explotación empresarial, las del patrimonio privativo y las cargas del matrimonio. Y si hubiera excedente, en virtud del artículo 1382 CC¹⁷⁵, el metálico —numerario ganancial— puede ser tomado como anticipo —provisión de fondos— para destinarlo a la administración ordinaria de los bienes, siempre con conocimiento del otro cónyuge.

En resumen, corresponde a cada cónyuge la libre administración y la libre disposición de sus bienes privativos, y la libertad de decidir su propia actividad profesional y el modo de desempeñarla o de explotar los propios negocios. No obstante, los frutos, cuando se perciban, se harán comunes.

¹⁷⁴ BUSTOS MORENO, Y., «Sección tercera: de las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, págs. 361 a 456.

¹⁷⁵ Artículo 1382 CC: «Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes».

No es, por tanto, una autonomía patrimonial totalmente absoluta, debido a la relevancia que tiene para la sociedad de gananciales.¹⁷⁶

b) Empresa privativa gestionada por el cónyuge no titular. Es frecuente que la empresa privativa de un cónyuge sea gestionada por éste. Pero, en la práctica, existen numerosos casos en que un negocio privativo es gestionado por el consorte no titular del mismo.

Ahora bien, el Art. 71 CC establece que «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida»; luego, como regla general, ninguno puede ostentar la gestión individual de los bienes privativos de su consorte sin autorización de éste.

Para erigirse con tal facultad es necesario que medie un mandato de gestión expresa, debiendo someterse al régimen correspondiente que, en todo caso, obliga, una vez concluida la gestión, a rendir cuentas justificadas al otro por todo lo realizado.¹⁷⁷

Por tanto, se puede señalar que no existe una regulación jurídica específica respecto a la gestión de un cónyuge sobre los bienes del otro¹⁷⁸, en este caso, sobre la empresa privativa del otro. Sostiene Lacruz¹⁷⁹ — como se ha mencionado anteriormente— tal fundamentación en el mandato

¹⁷⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 633 y ss.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «La Gestión de Bienes Gananciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº7, 2001, págs. 1668 a 1684.

¹⁷⁸ GARCÍA GALARTE, A., «Hacia una reforma radical del derecho matrimonial», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Civitas, 1ª Edición, 2004, págs. 4617 a 4630.

¹⁷⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Gestión de la comunidad de gananciales». Elementos de Derecho Civil IV, Familia, Vol. I, Ed. Dykinson, 2008, págs. 231 y ss.

expreso o tácito¹⁸⁰; por lo que este puede ser revocado en cualquier momento, asumiendo el titular del bien la administración, o restringiendo las facultades del cónyuge administrador no titular.

C) Empresa mixta

La titularidad mixta de la empresa comporta la aplicación de las reglas de la comunidad de derechos. De esta forma, en su gestión participarán, de una parte, el cónyuge titular de la parte privativa y, de otra, los miembros de la pareja conjuntamente. En concreto, para su administración será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes (Art. 398 CC¹⁸¹).

En consecuencia, las decisiones de los cónyuges habrán de ser siempre corporativas, y por tanto, unánimes, por lo que no valdrá que el cotitular individual trate de sumar el porcentaje de votos que le correspondan, en calidad de tal, con la mitad de gananciales.

Conforme al régimen previsto para la comunidad de bienes en el artículo 397 CC, la disposición, el gravamen, o todo acto que comporte la alteración sustancial de la empresa mixta, en su conjunto, requiere, como la

¹⁸⁰ Para ello se basa en la aplicación analógica del artículo 1439 CC previsto para el régimen económico matrimonial de separación de bienes, según el cual: «Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio»

¹⁸¹ Artículo 398.1 CC: «Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes»

empresa integralmente ganancial, el consentimiento unánime de los cónyuges.¹⁸²

Se debe citar, por su adecuado razonamiento jurídico, la Sentencia de la AP de Toledo, de 1 de marzo de 2004¹⁸³, que resuelve la nulidad del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado entre las codemandadas sobre un inmueble adquirido por el marido y su esposa en régimen de comunidad de bienes, por mitad y pro indiviso, alegándose como fundamento de esta pretensión, la falta de consentimiento del esposo, en relación con el Art. 398 C.C.

Señala dicha sentencia que « *El art. 398 del Código Civil (LEG 1889, 27) establece un régimen de administración de la cosa común basado en la voluntad mayoritaria de los comuneros, quedando limitado su ámbito a los denominados actos de administración y disfrute, mientras que los actos de alteración y disposición se someten a la regla de la unanimidad (art. 397 CC). La asimilación legal entre los actos de administración y los dirigidos al mejor disfrute de la cosa común, permite incluir dentro del ámbito del precepto las actividades encaminadas a la obtención de los frutos e incluso a la realización de mejoras útiles en la cosa*»

Por lo tanto, el negocio realizado sin el acuerdo de la mayoría de los condóminos —en este caso los cónyuges—, es un negocio que no reúne los requisitos para su validez y no puede vincular o perjudicar a los demás

¹⁸² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Título IV: De algunas propiedades especiales», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo IV, Vol 2º: Artículos de 392 a 429 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal. Título IV: De algunas propiedades especiales. Id. VLEX-229966. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-397-229966>.

¹⁸³ Sentencia de la AP de Toledo (Sección 1ª), núm. 71/2004 de 1 de marzo, JUR\2004\107410

condueños, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el condueño —en este caso la esposa— que lo celebró frente al tercero de buena fe que ha contratado con él.

Por último, se señala que la indivisión entre la masa consorcial y el cónyuge aportante de la parte privativa, lleva consigo la facultad de pedir en cualquier momento la división de la cosa común, ejercitando la *actio communi dividundo* del Art. 400 CC.

4.1.3. Referencia al empresario persona física en situación de concurso de acreedores

No podemos terminar este punto del trabajo sin realizar una breve mención al concurso de acreedores del empresario persona física. Así, recientes datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística¹⁸⁴ reflejan que el número de deudores concursados ha aumentado un 13,3% en 2011 respecto a 2010. Sin embargo, este incremento global se debe al concurso de sociedades, ya que el concurso del empresario persona física disminuyó un 11,1% interanual. Además, hay que tener en cuenta que el concurso de personas físicas dedicadas a la actividad empresarial supone sólo un 3,5% del total de concursos declarados en 2011, lo que pone de manifiesto una realidad incuestionable: las personas físicas en estado de insolvencia no recurren habitualmente a los mecanismos paliativos que ofrece la Ley Concursal. En la misma línea, aunque con una caída menos

¹⁸⁴ Nota de prensa, Instituto Nacional de Estadística, de 7 de febrero del 2012, consulta directa en el siguiente enlace: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0411.pdf>

acusada, se sitúan los concursos de personas físicas sin actividad empresarial, con un descenso del 3,4% interanual.

Como señala la profesora Cuenca Casas, «*la insolvencia de la persona física, sobre todo si se trata de una persona casada, plantea una complejidad particular que no ha sido para nada tenida en cuenta por nuestro legislador concursal*»¹⁸⁵. Es más, existen ventajas incuestionables pensadas para la insolvencia de sociedades de capital y que son expresamente negadas para la insolvencia de las personas físicas. Así, por ejemplo, no cabe la paralización de la ejecución hipotecaria en caso de personas físicas o jurídicas concursadas cuando el bien sobre el que recae la garantía no esté afecto a su actividad profesional o empresarial ni a una unidad productiva de su propiedad, circunstancias éstas más fácilmente acreditables cuando se trata de una empresa en crisis. De este modo, la vivienda familiar, que siempre ha sido merecedora de una protección especial por nuestro legislador —dada su condición de bien de primera necesidad—, no recibe en la Ley Concursal ningún trato específico, pues sí se puede paralizar el embargo que pesa sobre ella, pero no la ejecución de la hipoteca. La familia se puede quedar sin vivienda mientras se sustancia el concurso, pero no ocurre lo mismo si se trata de una fábrica textil.

En esta línea existen numerosos ejemplos de discriminación como ocurriría en los efectos de la conclusión del concurso a que se refiere el

¹⁸⁵ CUENA CASAS, M., «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, nº 20, Quincena del 16 al 30 de Noviembre 2008, Tomo 2, pág. 2189 y ss.

art. 178 LC¹⁸⁶, respecto de los créditos no satisfechos en el procedimiento concursal.

Pues bien, donde se evidencia un claro desprecio legislativo respecto de la insolvencia de la persona física es cuando se abordan las especialidades de la persona casada en régimen de gananciales.

4.1.3.1. Insolvencia del deudor casado en régimen de gananciales

Podemos pensar en la figura del empresario, persona física, casado bajo el régimen de gananciales que es declarado en concurso. La insolvencia de dicho empresario plantearía diversas cuestiones, sobre todo en la formación de la masa activa. Es evidente que debemos de incluir los bienes privativos del empresario, pero cabe plantearse qué sucede con el patrimonio ganancial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges, en este punto es necesario tener en cuenta el principio de universalidad recogido en el Art. 76.1 de la LC, en virtud del cual,

¹⁸⁶ Art. 178 LC: «1. En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes. 2. En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme. 3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme»

constituyen la masa activa del concurso todos los bienes y derechos del patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso.

El legislador español ha optado por incluir dichos bienes en la masa activa cuando éstos deban de responder de las obligaciones del concursado, es decir siempre. El artículo 77.2 LC establece que: *«Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso»*.

Como señala la doctrina¹⁸⁷, se trata de un precepto oscuro e incardinado dentro del sistema legal vigente en materia de régimen económico matrimonial. Y es que no cabe duda que resulta difícil armonizar los derechos del cónyuge no deudor con los derechos de los acreedores sobre la base del principio general de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el Art. 1911 CC.

¹⁸⁷ BLANQUER UBEROS, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 9, 2008, págs. 17 y ss.; GADEA SOLER, E., «La delimitación de la masa activa del concurso de persona casada», en *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Ed. Dykinson, 2ª Edición, 2010, págs. 157 a 160. ALBA MARTÍN, M. O., «El concurso de acreedores del empresario casado», en PÉREZ GIL, J. y DE ROMÁN PÉREZ, R (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, 2011, págs. 35 a 48.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que dicho precepto de nuestra Ley Concursal faculta al cónyuge no deudor para solicitar la disolución del régimen conyugal siempre que se incluyan bienes comunes en la masa activa, lo que se supedita a que deban responder de las obligaciones del concursado, es decir, siempre. En cuanto al momento en que debe ejercitarse esta facultad, el Art. 21.7 LC señala que cuando se dicta el auto de declaración de concurso el Juez decidirá, en su caso, acerca de *«la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el art. 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales»*

4.1.3.2. Liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación cuando el cónyuge empresario es declarado en concurso

Por último, nos tendríamos que plantear cuándo y cómo ha de efectuarse la liquidación de la sociedad conyugal para garantizar en todo momento los intereses del cónyuge no concursado. Debemos garantizar el derecho a la integridad patrimonial del cónyuge del concursado pero, al mismo tiempo, no podemos atentar contra los intereses de los acreedores del cónyuge empresario.

La interpretación que se dé al Art. 77.2 LC dependerá del interés que cada autor quiera hacer prevalecer. De ahí que las posiciones doctrinales¹⁸⁸ al respecto sean de lo más diverso y contradictorio. Si, como

¹⁸⁸ Vid. SANZ VIOLA, A. M., «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la ley concursal», en *Revista de Derecho Privado*, nº11, Noviembre-Diciembre 2004, págs. 714 a 735. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La errática solución dada a la insolvencia de la sociedad de gananciales en la nueva Ley

algún autor considera, los cónyuges deben solidarizarse entre sí, deben compartir lo bueno y lo malo, y si ambos se han beneficiado de la actividad profesional de uno de ellos, tienen que ser también ambos quienes soporten las consecuencias, cualquiera que sea su magnitud. Es obvio que esta forma de pensar conduce a una desmesurada protección del acreedor y a una prácticamente nula protección del cónyuge del concursado. Se postula así que la solución *ideal* es que los acreedores deben poder agredir indiscriminadamente los bienes comunes, solucionándose entre los cónyuges los eventuales excesos en las relaciones internas por la vía de los oportunos reembolsos¹⁸⁹. Esta opción no dispensa una tutela real al cónyuge no deudor, que chocaría con la normativa reguladora del régimen de gananciales.

La segunda posibilidad pasa por considerar que la sociedad de gananciales debe liquidarse con *carácter previo al convenio o liquidación del concurso*. En tal liquidación previa deberá tenerse en cuenta todo el pasivo ganancial, tanto el generado por el concursado como por su cónyuge. La opción escogida en el Proyecto de LC era respetuosa con el principio de responsabilidad patrimonial universal, en tanto que la liquidación previa de la sociedad conyugal constituía un *príus* necesario para determinar el

concurzal», en *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004, págs. 2225 a 2238. GALÁN LÓPEZ, C., «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *Revista de Derecho Concurzal y Paraconcurzal*, nº1/2004, de 2004, págs. 215 a 224.

¹⁸⁹ CUENA CASAS, M., «La Coordinación de la Liquidación de la Sociedad de Gananciales con el Convenio o la Liquidación del Concurso», en *Revista de derecho concurzal y paraconcurzal*, nº12, de 2010, págs. 71 a 91.

patrimonio real del concursado. Respetaba los derechos de su cónyuge que, de esta forma, podía salvaguardar su derecho dominical sobre los bienes comunes y, sobre todo, tenía en cuenta la circunstancia de que no todos los acreedores gananciales tienen la consideración de acreedores del concursado. Todo el pasivo ganancial generado por el cónyuge del concursado se tenía presente en esta liquidación previa de la sociedad de gananciales que, por las razones apuntadas, debía hacerse en pieza separada. El riesgo de una liquidación fraudulenta se solventaba con la intervención del Juez del concurso y con la de la administración concursal en sustitución del deudor concursado.

Pero la solución adoptada en el texto del Proyecto fue objeto de críticas. Así, señala Beltrán Sánchez: *«La decisión de otorgar preferencia a la liquidación de la sociedad de gananciales sobre la normativa concursal y, en consecuencia, integrar en el concurso el derecho del cónyuge concursado a la cuota de liquidación de la sociedad conyugal, parece ir contra la más elemental lógica. Si una sociedad es declarada en concurso, cosa que puede ocurrir aun cuando ya se encuentre en liquidación, no se repartirá entre los socios el patrimonio resultante de la liquidación mientras no haya terminado el procedimiento concursal, porque el patrimonio social no puede dividirse entre los socios hasta que hayan sido satisfechos todos los acreedores, de manera que el procedimiento concursal se antepone —o, al menos, se superpone— al proceso de*

liquidación y reparto del patrimonio social, y no hay ninguna razón para que la liquidación de la sociedad de gananciales deba seguir distinta regla»¹⁹⁰

Pero es que, a nuestro juicio, hay una razón poderosa que aconseja un tratamiento distinto: la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, que poco tiene que ver con una sociedad mercantil. La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica y no puede ser declarada en concurso; además, uno de sus partícipes, el cónyuge del concursado, no es deudor en concurso y no tiene por qué responder de las deudas privativas de su cónyuge con su derecho sobre el patrimonio común. El principio de responsabilidad patrimonial universal no puede ser excluido y vulnerado por el solo hecho de que el concursado esté casado en régimen de gananciales. La integridad patrimonial del cónyuge del concursado debe ser, en principio, respetada.

4.2. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Las empresas familiares en España se organizan mayoritariamente como sociedades de capital, dado que la forma societaria se impone por la limitación de la responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial, las ventajas en cuanto a la transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, y la autorregulación estatutaria, que permite facilitar la continuidad de su gestión en manos de la familia.

¹⁹⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por GarcíaVillaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra, Ed. Dilex, Madrid 2002, Universidad Rey Juan Carlos I y Universidad de Almería Madrid, 2002, pág. 161.

Por esta razón, el primer instrumento jurídico viene determinado por la elección del tipo o de los tipos sociales que van a configurar la estructura jurídica de la empresa, aspecto de orden básico o fundamental. El segundo estará determinado por la adaptación de la forma social a los fines e intereses objeto de organización y conciliación entre empresa y familia propietaria en sede de ulteriores modificaciones de los estatutos sociales¹⁹¹. Este último aspecto —de orden pericial—, constituye un sistema fundamental para pasar del derecho automático de sociedades (formularios, estatutos-tipo), al derecho artesanal de sociedades basado en el conocimiento de los institutos y en su aplicación y modelación según la pericia, fantasía e imaginación del jurista ante el diagnóstico de los problemas y su tratamiento y solución¹⁹².

De ahí la necesidad de proceder en este trabajo, en primer lugar, al examen de la regulación legal de las sociedades de capital y al estudio pormenorizado de los dos tipos societarios más relevantes: Sociedad Anónima (S.A, en adelante) y Sociedad Limitada o Sociedad de Responsabilidad Limitada (S.L o S.R.L, en adelante).

¹⁹¹ El problema de la ingeniería estatutaria y de pactos parasociales que, normalmente, se desata con el ingreso en la sociedad con el ingreso en la sociedad familiar de la segunda y ulteriores generaciones de propietarios, así como ante la preparación de la sucesión, según informa ALONSO ESPINOSA, F. J., «La empresa familiar como problema», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, Enero-Marzo 2012, pág. 58.

¹⁹² VICENT CHULIÁ, F. «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº5/2000, págs. 23 y ss. SÁNCHEZ RUIZ, M., «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», en AAVV, *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Ed. Thomson Reuters, 2010, págs. 45 y ss.

Con carácter previo hay que establecer los criterios por los que una sociedad de capital tendrá la condición de empresa familiar. En este sentido, tendrán tal consideración todas aquéllas en que una familia¹⁹³:

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

2º.- Ejercer el control político y económico.

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

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

4.2.1. Su regulación en el Derecho español

En el Derecho Español, las Sociedades de Capital se rigen, por las siguientes normas:

- Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital —en adelante LSC—, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, que entró en vigor el 1 de Septiembre de 2010, con excepción del Art. 515 que resulta de aplicación a partir del 1 de Julio de 2011. Con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, en materia de

¹⁹³ GÁLVEZ GORRIZ, C., «Propiedad y gobierno: la empresa familiar», en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 50, 2002, págs. 158 a 181.

constitución de sociedades mercantiles y de cargas administrativas en los actos societarios. Es necesario mencionar igualmente la Instrucción de 18 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 diciembre, así como la Instrucción de 27 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se corrige la de 18 de mayo de 2011, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre. Cabe destacar asimismo, las novedades recientemente introducidas por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, así como por el Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

- Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada.

- La Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre Modificaciones Estructurales de la Sociedades Mercantiles —en adelante, LME—.

- Junto a estas normas básicas, debe mencionarse la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores —en adelante, LMV—, de la que ha sido derogada por la LSC el Título X (artículos 111 a 117), con excepción de

los apartados 2 y 3 del Art. 114, y los artículos 116 y 116 bis; y el Reglamento (CE) 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

- Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

El Texto Refundido de *La Ley de Sociedades de Capital (LSC)*, que entró en vigor el 1 de Septiembre de 2010 contiene la regulación general de las sociedades de capital, el régimen general de sociedades anónimas — incluidas las especialidades en la regulación de las sociedades anónimas cotizadas—, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones, salvo en lo relativo a las modificaciones estructurales, que seguirán estando reguladas en la LME.

Esta Ley cumple con la previsión recogida en la Disposición Final Séptima de la LME, que habilitaba al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, procediera a refundir en un único texto, bajo el título de “Ley de Sociedades de Capital”, los siguientes textos legales:

(i) *La Sección 4ª, Título I, libro II, del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones (artículos 151 a 157)*

(ii) *El Real Decreto Legislativo 1564/1898, de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.*

(iii) *La Ley 2/1995, de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas; y*

(iv) El Título X de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas.

Como indica su exposición de motivos, el Texto Refundido “*debe ser el resultado de la regularización, aclaración y armonización*” de los distintos textos legales que regulaban las Sociedades de Capital, no pudiendo limitarse a una mera transcripción de artículos.

Los fines perseguidos por la norma eran los siguientes:

a) Poner orden, intentando reducir las imperfecciones de las proposiciones normativas, y modificando en ocasiones la sistemática. Naturalmente, el texto refundido contiene la integridad de lo que refunde.

b) Aclarar y eliminar, en la medida de lo posible, las dudas de interpretación que podían suscitar los textos legales, determinando el exacto alcance de las normas.

c) Suprimir divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología, procurando, sobre todo, superar las discordancias derivadas de la anterior legislación. En este sentido, esta norma establece una muy importante generalización o extensión normativa a todas las sociedades de capital de soluciones que originariamente afectaban a un solo tipo social, lo que evita la necesidad, anteriormente sentida, de acudir a remisiones y, en determinados casos, cuando existía identidad de razón, a la aplicación analógica¹⁹⁴.

¹⁹⁴ GÓMEZ PORRÚA, J. M., «Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital», en *Revista Derecho de los Negocios*, N° 240, 2010, págs. 31 a 35.

d) Permitir la elaboración de estatutos tipo o modelos de sociedades¹⁹⁵. Así el pasado 11 de Diciembre de 2010 se publicó en BOE núm.31, el correspondiente a sociedades de responsabilidad limitada mediante la *Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada*.

e) Abrir el camino para acometer una reforma en el ámbito societario, que era necesaria. Como señala el propio apartado V de la Exposición de motivos, «(...) el *Texto Refundido nace con decidida voluntad de provisionalidad; nace con deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho (...)*»¹⁹⁶.

La LSC presenta, según lo expuesto, una doble dimensión:

(i) Mejor sistemática: Uno de los principales cambios o novedades de esta Ley es precisamente la reordenación sistemática de los textos que refunde.

Con carácter general, responde al siguiente esquema: división de títulos en función de las materias. Dentro de cada título, se incluyen las normas generales aplicables en cada materia a todas las Sociedades de Capital y, sólo cuando es necesario, se recogen expresamente las especialidades de cada forma social.

¹⁹⁵ PICH ROSELL, V., «Una aproximación a la Ley de Sociedades de Capital», en *Revista Estrategia Financiera*, nº 281, Marzo 2011, pág. 67.

¹⁹⁶ GÓMEZ PORRÚA, J. M., «Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital», en *Derecho de los Negocios*, Nº 240, 2010, págs. 31 a 35.

Como excepción, los Títulos XII a XIV, se refieren a la “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, la “Sociedad Anónima Europea”, y las especialidades de las sociedades anónimas cotizadas.

(ii) Armonización de tipos sociales: Conforme al mandato de armonización, la LSC realiza en numerosas ocasiones una generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para un solo tipo social: extiende reglas de las sociedades anónimas a las sociedades limitadas y viceversa, cuando con carácter previo determinadas cuestiones sólo se regulaban para un tipo social o se establecían regímenes distintos en la LSA y en la LSRL. Precisamente, en los casos en que la LSC ha optado por extender una solución que sólo existía en un tipo societario a otros, es donde aparecen las novedades que tendrán sin duda mayor relevancia en su aplicación práctica.

4.2.2. Concepto, características comunes y clases

El artículo 1.1 de la LSC aclara qué formas sociales se consideran sociedades de capital, señalando que éstas son: «*la sociedad de responsabilidad limitada; la sociedad anónima; y la sociedad comanditaria por acciones*».

Dejando fuera del estudio la sociedad comanditaria por acciones, así como también las sociedades cotizadas (por su menor conexión con la empresa de corte familiar), se van a examinar con mayor detenimiento las otras dos formas sociales: la Sociedad Anónima y la Sociedad Limitada.

4.2.2.1. Características comunes

Como Sociedades de Capital, ambas participan de unas características comunes, que describiremos a continuación:

A) Sociedad capitalista

El capital social no sólo constituye el elemento común denominador de todas las sociedades de capital, sino también el rasgo diferenciador más característico de éstas frente a las sociedades personalistas, presentándose así, en cierto modo, como una contrapartida a la responsabilidad limitada de los socios. Según Iglesias Prada y García de Enterría, el capital social «representa la suma de los valores nominales de las acciones —en las Sociedades Anónimas (Art.1.3 LSC)— o participaciones sociales —en las Sociedades Limitadas (Art.1.2 LSC)— en que éste está dividido»¹⁹⁷. Desde esta óptica, resulta determinante en la constitución del capital social el valor nominal —definido como una cuota de interés en la compañía— que se le asigne a las acciones o participaciones sociales. Hay que tener en cuenta que tanto las acciones como las participaciones sociales son indivisibles. Esto implica que el socio no puede fraccionarlas en otras de menor valor nominal por su propia iniciativa, al igual que tampoco puede reagruparlas, quedando estas operaciones reservadas a la junta general a través de la modificación de los estatutos. Pese a ello, las acciones y participaciones sí son acumulables —Art. 90 LSC—; lo que supone —sin perjuicio de su

¹⁹⁷ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Las Sociedades de Capital. Aspectos básicos», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Thomson Reuters, Octava Edición, Pamplona 2010, págs. 399 a 401.

individualidad y autonomía jurídica— que un socio puede ser titular de varias e incluso de todas ellas. Pudiendo verificarse esta acumulación tanto en el momento de constitución de la sociedad como en cualquier otro posterior, mediante la adquisición por el socio de nuevas acciones o participaciones sociales.

A su vez, el capital social despliega un importante papel de orden jurídico y organizativo en el funcionamiento de la sociedad, al desempeñar un doble cometido:

a) Función de ordenación. El capital social constituye la referencia imperativa para aspectos esenciales de la organización y del funcionamiento interno de la sociedad¹⁹⁸. En primer lugar —en el plano estrictamente financiero— el capital actúa como indicador para determinar la existencia de beneficios distribuibles, para calcular el valor de las acciones propias que puede mantener la sociedad en la autocartera (Art.146.2 LSC), así como para determinar el importe máximo de las acciones o participaciones sin voto que puede llegar a emitir la sociedad (Art. 98 LSC). En segundo lugar, en la esfera corporativa o de gobierno, el capital sirve de medida para delimitar las relaciones dentro de los órganos sociales, y también para establecer el alcance de determinados derechos inherentes a la posición jurídica del socio.

¹⁹⁸ VAQUERIZO ALONSO, A., «El capital social integrado por las aportaciones de los socios», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 185 y ss.

b) Función de garantía de acreedores. Como fondo patrimonial indisponible, el capital social constituye la única garantía estable con que cuentan los acreedores para el cobro de las deudas sociales. La configuración del capital como cifra de retención del pasivo contable determina que el valor del activo vinculado a esa cifra no pueda detraerse de las arcas sociales, obligando en cierto modo a la sociedad a mantener neto patrimonial constante en beneficio de acreedores, por cuanto que impide que puedan resultar del balance ganancias repartibles sin que los elementos del activo cubran —aparte de las demás deudas— la deuda representada por el capital. De esta forma, el beneficio obtenido debe destinarse obligadamente al saneamiento de pérdidas de ejercicios anteriores cuando a consecuencia de las mismas el valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra de capital social¹⁹⁹.

En cumplimiento de esta función, se establece que el valor del capital social nunca puede ser inferior a los mínimos legales establecidos en el Artículo 5 de la LSC. Por lo tanto, las cifras señaladas por la Ley de Sociedades de Capital —tanto para la S.A como para la S.L— deben ser mantenidas durante toda la vida social. Para asegurar el mantenimiento y la integridad del capital a lo largo de la vida de la sociedad, la LSC ha previsto varios mecanismos: por un lado, hay preceptos que tratan de evitar la distribución —o “devolución”— a los socios del patrimonio

¹⁹⁹ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1^o edición, 2004, Murcia, pág. 130.

vinculado (sirva de ejemplo el Art. 273, que condiciona el reparto de dividendos a la existencia de beneficios realmente obtenidos, o el Art. 148, letra c, que establece el requisito de constituir una reserva especial indisponible de acciones propias); por otro, hay normas que contemplan medidas de conservación del patrimonio (por ejemplo, se prescribe la obligatoriedad de reducir capital o incluso disolver la sociedad cuando las pérdidas provoquen la falta de cobertura patrimonial adecuada; según lo establecen los Arts. 327 y 363.1, letra e, respectivamente). Sin embargo —y pese a lo dicho—, no es función del capital mínimo el garantizar plenamente la constitución de un patrimonio suficiente para el desarrollo del objeto social. De ahí que, en la práctica, sean frecuentes las sociedades infracapitalizadas, tanto por una falta de fondos para el desarrollo del objeto material (infracapitalización material) como por indisposición de los medios financieros aportados por los socios a título de crédito y no de capital propio (infracapitalización nominal).²⁰⁰

De otra parte, la doctrina coincide en la necesidad de diferenciar entre los conceptos de capital social y patrimonio, ya que ambos aluden a realidades distintas²⁰¹. El primero de ellos constituye una cifra “fija”, contable y convencional recogida en los estatutos, de carácter estable, y que sólo puede ser modificada —aumentada o reducida— por acuerdo

²⁰⁰ CANTALAPIEDRA ARENAS, M., «La nueva Ley de Sociedades de Capital», en *Revista Estrategia Financiera*, nº 276, 2010, pág. 78.

²⁰¹ Vid. por todos, VICENT CHULIÀ, F., «Las sociedades de capital. Aspectos básicos». *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blach, Valencia 2010, pág. 400. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «La financiación de la sociedad anónima. Capital y aportaciones sociales. Financiación ajena», en *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. I. Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, pág. 338.

formal de la sociedad. El segundo se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico propios de la sociedad en cada momento. Esta distinción implica que la relación entre ambos conceptos sea normalmente reveladora del estado económico en que se encuentra una sociedad. Así, capital y patrimonio suelen coincidir en el momento de constitución de la sociedad, cuando ésta no cuenta más que con las aportaciones realizadas —o comprometidas— por los socios, mientras que dicha equivalencia tiende a desaparecer con el comienzo de la actividad social, pues el patrimonio irá oscilando en función de los resultados positivos o negativos de los distintos actos y operaciones que se vayan realizando.

Por último, hay que señalar que en las sociedades capitalistas existe una obligación de aportación —básica o primordial— de todo socio. En un sentido amplio, aportar es la obligación de permanente colaboración en la consecución del fin social. Se impone, pues, la distinción entre la obligación de aportación *in genere* —en la que cabría entender comprendidas *las prestaciones accesorias*, que más adelante examinaremos—, y la obligación de aportación al *capital social*, esencial para obtener la condición de socio en las sociedades de capital mediante fundación o adquisición originaria de nuevas acciones o participaciones sociales derivadas de un aumento del capital social. En cuanto a las clases de aportaciones por razón del objeto, cabe distinguir entre dos tipos:

a) *Las aportaciones dinerarias*, que son aquellas consistentes en dinero. El Art. 61 de la LSC se refiere a ellas al especificar que deberán realizarse en euros, con la obligación de realizar la equivalencia en los mismos en caso de que las aportaciones se efectúen en otra moneda.

b) El otro tipo de aportaciones se conceptúa de forma negativa como *no dinerarias*, en consecuencia son todas aquellas cuyo objeto no consista en dinero. Esta clase puede resultar conveniente en atención a la actividad económica a desarrollar por la sociedad o cuando ésta se cree para explotar bienes o elementos patrimoniales hasta entonces en poder de los socios²⁰². El artículo 63 LSC exige que en la escritura de constitución —o en su caso en la de ejecución del aumento de capital— se describan con sus datos registrales, si existieran, y se exprese además la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones asignadas en contrapartida de ese valor.

B) Responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales

Tradicionalmente ha sido denominado por la doctrina como *principio de separación de personalidades* entre la corporación y las personas que la integran²⁰³. De esta forma, el socio sólo se obliga a aportar el importe de las partes alícuotas del capital social a cuya entrega se ha comprometido, sin asumir ninguna responsabilidad personal por las deudas sociales; siendo

²⁰² GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Aportación de capital. Aportación dineraria y no dineraria», en *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 211.

²⁰³ MARÍN CASTÁN, F., *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, LA LEY, 1ª Edición, Madrid, 2007, págs. 188 y ss. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Derecho Mercantil I*, Vol. 1º, Decimocuarta Edición, Marcial Pons 2010, págs. 56 y ss.

la ausencia de responsabilidad personal, el segundo de los rasgos tipológicos fundamentales de las sociedades de capital. Ahora bien, esta exclusión de responsabilidad no constituye propiamente un privilegio atribuido a los socios, sino que viene a introducir un determinado modelo de distribución del riesgo de la empresa, fundamentado en los importantes efectos beneficiosos que posee la responsabilidad limitada como criterio de ordenación de los intereses involucrados en la actividad societaria. Entre estos efectos, la limitación de la responsabilidad de los socios reduce su natural aversión al riesgo empresarial, facilitando la acumulación de capitales y el funcionamiento de la sociedad conforme a un sistema de gestión delegada y a una estructura abierta de la propiedad. En este sentido, permite la profesionalización de la administración social y simplifica de modo extraordinario los mecanismos de valoración de las empresas, lo que resulta fundamental para medir el riesgo de cualquier inversión, tanto si se realiza por los socios —en concepto de recursos propios— como si procede de terceros acreedores —en concepto de financiación ajena—. El principio de separación de personalidades se descompone en dos reglas fundamentales: la primera indica que el patrimonio social constituye una referencia objetiva para la satisfacción de los acreedores sociales, quienes sólo pueden perseguir la satisfacción del crédito frente a la sociedad, y no frente a los socios; la segunda regla advierte que el deber de aportación de los socios se circunscribe *prima facie* al importe del valor nominal de las acciones o participaciones sociales

suscritas, de tal manera que, una vez desembolsadas éstas, la sociedad no puede exigir de aquéllos la realización de nuevas aportaciones²⁰⁴.

Por otro lado, es necesario apuntar que el beneficio de la no responsabilidad de los socios puede ocasionar problemas derivados del abuso de la figura societaria, cuando es utilizada a través de testaferros o fiduciarios, para encubrir a verdaderos comerciantes individuales que quieren salvar su responsabilidad. Las divergencias entre la apariencia y la realidad, el abuso de derecho y la mala fe, hacen que pueda estar justificado —a veces— el *levantamiento del velo de la persona jurídica*. En términos generales, la jurisprudencia ha establecido que en situaciones en las que «*la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad torcida o fraudulenta; los jueces y tribunales podrán, entonces, hacer caso omiso de la misma o de alguno de sus efectos propios, como la separación patrimonial que se busca entre la persona jurídica y sus socios*»²⁰⁵.

Tratándose de doctrina jurisprudencial, esta materia también ha sido tratada en numerosas ocasiones por los Tribunales. Destaca —por su mayor detenimiento— la Sentencia del TSJ de Aragón de 29 de Marzo de 2011,²⁰⁶ donde se explican los elementos esenciales para su aplicación: «(...)

²⁰⁴ VAQUERIZO ALONSO, A., «El principio general de limitación de la responsabilidad de los socios», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.). *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 190 y ss.

²⁰⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo en la persona jurídica en la jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, págs. 575 y ss.

²⁰⁶ Sentencia del TSJ de Aragón (Zaragoza) nº 2/2011, Sala de lo Civil y Penal, 29 de Marzo. VLEX-310937486. Véase también la Sentencia del TS, Sala de lo Civil, de 11 de Noviembre de 1995. Recurso núm. 1460/1992. Westlaw RJ/1995/ 8118. «(...) ello por aplicación de la también doctrina jurisprudencial elaborada en torno al levantamiento del velo de las personas jurídicas (...) las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de que al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto- se

La doctrina del levantamiento del velo permite traspasar la personalidad jurídica independiente de la sociedad, cuando ésta se utiliza en fraude y alcanzar (levantando el velo) a las personas físicas que se encuentran en el origen. En este sentido la STS 483/1998 que cita las de 28-5-84, 24-9-87, 20-6-91 y 123-12-96. En esa misma sentencia se expresa que... el elemento esencial para poder aplicar esta doctrina es que los actos societarios sean fraudulentos, (...) y se utilice la sociedad para ejecutarlos como pantalla protectora o velo. En la STS de 28 de enero de 2005 se razona así: (...) el hermetismo de la persona jurídica no tiene carácter absoluto, pero la seguridad jurídica y la pluralidad de intereses que están en juego exigen que, ante una cuestión tan delicada, se proceda con cautela y caso por caso, y así se ha pronunciado esta Sala -que ha dicho que la aplicación exige moderación, S. 12 febrero 1999, y que se requiere probar el ánimo y actuar defraudatorio, SS. 12 junio 1995, 12 febrero 1999 -. Las hipótesis en que se puede apreciar el abuso fraudulento de la personalidad jurídica de los entes societarios son numerosas, y la jurisprudencia (que es muy abundante en la materia...) ha aludido, o contemplado, según las diversas situaciones presentadas, la creación artificial o mera apariencia para obtener un resultado contrario a derecho; ente totalmente ficticio o pura ficción; inconsistencia de la persona jurídica; instrumentación; desdoblamiento de una persona en dos sociedades; personalidad jurídica meramente formal; confusión de personalidades, o de patrimonios; sustancial confusión e identidad; etc., pero en todo caso ha requerido la existencia de datos claros -significativos- que demuestren la actuación fraudulenta (...).

De todo ello cabe concluir que la aplicación de esta doctrina y la acreditación del fraude son inseparables. No basta para obtener un

puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (artículo 10 de la Constitución [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]) o contra el interés social, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (artículo 7.2 del Código Civil) (...)»

levantamiento del velo que quien lo insta haya sufrido un perjuicio o se sienta lesionado en su interés. Tampoco bastaría la consideración de que se está ante una sociedad patrimonial. Hace falta que artificiosamente se haya usado —o abusado de— una forma societaria con el fin de defraudar a otro; que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento.

C) Estructura corporativa

No hay actuación directa de los socios en la promoción del fin social, ni en la explotación del objeto social, sino que sus relaciones de la sociedad con sus socios y con terceros, imperativamente, están encomendadas a dos órganos sociales: *la junta general y el órgano de administración*. Antes de profundizar en su examen hay que formular un concepto legal de ambos órganos que facilite su comprensión; así de la lectura del artículo 159 de la LSC se extrae que la *junta general* es el órgano de formación y expresión de la voluntad social, cuyas decisiones obligan a los administradores y a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la junta. En el modelo legal, la junta general viene concebida como el órgano supremo y soberano encargado de las materias más relevantes —aprobación de cuentas, modificación de estatutos, etc.—, destacando sus competencias para nombrar y destituir a los administradores²⁰⁷.

²⁰⁷ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Los órganos sociales de las Sociedades de Capital», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 475.

Por su parte, *el órgano de administración* es el encargado de llevar a cabo la gestión ordinaria de la sociedad y la representación en sus relaciones jurídicas con terceros (Art. 209 LSC). Una de las estructuras que puede adoptar el órgano de gestión —más habitual en las sociedades de mayores dimensiones— es el Consejo de Administración, que se define por ser un órgano colegiado que adopta sus decisiones por mayoría de sus miembros. Dado que sus pautas de funcionamiento no suelen ser compatibles con las exigencias operativas que impone la gestión cotidiana de una sociedad, es muy posible —y frecuente en la práctica— que el Consejo de Administración delegue de forma permanente (Art. 249 LSC) —aunque con ciertas limitaciones— parte de sus facultades de gestión y representación en alguno o en varios de sus miembros²⁰⁸. De este forma se constituyen: los *consejeros delegados*, pudiendo atribuirse la delegación a favor de uno —asemejándose así a la figura del administrador único— o varios consejeros, en cuyo caso deberá indicarse en el acuerdo de delegación su régimen de actuación²⁰⁹ —solidaria o mancomunada— (Art. 149.1 RRM); o las *comisiones ejecutivas*, que se configuran como un órgano colegiado de administración (Art. 251.1 LSC), y suelen designarse en las grandes SA cuando el número de operaciones es elevado y heterogéneo, exigiendo una actuación administrativa permanente.

²⁰⁸ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Los órganos sociales de las Sociedades de Capital», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 496.

²⁰⁹ SALELLES CLIMENT, J. R., «La delegación de facultades del Consejo de Administración», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 1795 y ss.

Como principio básico en la organización corporativa hay que citar el de separación de competencias y funciones entre los órganos sociales y —dentro del mismo— el principio de reserva de la “iniciativa empresarial”, para la modificación, disolución y decisiones básicas en la organización corporativa y financiera, que se atribuye a los socios o junta general, en razón de y en la medida en que aportan capital, en tanto que la “iniciativa institucional” o “gobierno” se confía a los administradores u órgano de administración²¹⁰.

Recientemente el Preámbulo de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (Ley 25/2011, en adelante), ha ampliado la flexibilidad para optar alternativamente por distintos los modos de organización de la administración sin necesidad de reforma estatutaria (antes sólo prevista para S.L) a la S.A, con objeto de ahorrar de costes. De esta forma, actualmente en ambas, los estatutos sociales pueden establecer distintos modos de organizar la administración, pudiendo la junta general optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

Sin embargo, en la SA el Consejo de Administración es de constitución obligatoria siempre que la administración de la sociedad se

²¹⁰ VICENT CHULIÁ, F., «El órgano de administración», en *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blach, Valencia 2010, pág. 574.

confíe de forma mancomunada —no solidaria— a más de dos personas (Art. 210.2 LSC).

Destaca igualmente el detalle con que se regula la administración de la sociedad por la LSC, refiriéndose en su articulado a aspectos muy diversos del órgano corporativo de administración. Entre las cuestiones reguladas está:

a) *El nombramiento de los administradores* (Arts. 214 y 215), siendo necesario, para que surta efecto, la aceptación del cargo y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. También se prevén *los requisitos para ostentar el cargo* (Art. 212), pudiendo ser administrador una persona física o jurídica ajena a la sociedad, salvo que en los estatutos se disponga lo contrario.

b) En cuanto *al régimen de incompatibilidades* (Art. 213), se establecen una serie de prohibiciones que tratan de evitar vicios en esta figura. Otro aspecto relevante es *la remuneración a percibir* (Arts. 217 a 219), estableciéndose con carácter subsidiario la gratuidad, y fijándose límites y restricciones a la remuneración mediante la participación en beneficios y mediante entrega de acciones u opciones sobre acciones (stock options)

c) En cuanto a *la duración en el cargo* (Art. 221), será indefinida —salvo pacto estatutario— para la SRL y limitada a seis años para la SA, con posibilidad de reelección.

d) Respecto al *cese en el cargo* (Arts. 223 y 224), se considera como una facultad que corresponde, con carácter general y salvo las especialidades recogidas, a la junta general.

e) Los deberes que tienen que cumplir los administradores en el desarrollo de sus funciones (Arts. 225 a 232) están sometidos a ciertos principios generales —lealtad, administración diligente, fidelidad—, y tienden a garantizar la dedicación e independencia de los administradores con objeto de salvaguardar los intereses de la sociedad limitada. Dentro de este elenco destaca por su importancia el Art. 230, que recoge la prohibición de competencia del administrador con la sociedad, ya que el conflicto se sustenta en dos elementos: la oposición de intereses y el riesgo de lesión de los intereses de la sociedad).

f) Se establecen igualmente unas reglas mínimas sobre *la representación de la sociedad* (Arts. 233 a 235), y se dedican normas especiales *al Consejo de Administración* (Arts. 242 a 251), que se regirá —con carácter general— por las normas de funcionamiento y organización acordadas por cada sociedad —en sus estatutos sociales—, con las excepciones establecidas en las normas imperativas que le sean de aplicación.

g) Especial trascendencia práctica tienen las disposiciones relativas a *las responsabilidades en las que los administradores pueden incurrir* (Arts. 236 a 241), que buscan el resarcimiento de los daños patrimoniales que puedan derivarse de su actuación incorrecta o negligente (cabe matizar —como ha señalado la doctrina²¹¹— que se trata de una responsabilidad de

²¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*. Aranzadi. 2ª Edición, Madrid, 2007, págs. 73 y ss. ALCOVER GARAU, G., «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, págs. 81 y ss. ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *Revista*

naturaleza civil —contractual o extracontractual— que no debe ser confundida —por tanto— con la responsabilidad administrativa, fiscal o penal a que puede dar lugar su actuación al frente de la sociedad).

Mención aparte requieren los efectos que la estructura corporativa de la sociedad tiene en la responsabilidad por los actos de la misma. Empero, antes de ahondar en los tipos de responsabilidades y las consecuencias que se pueden derivar para los administradores, es imprescindible recoger los presupuestos que señala la doctrina²¹² como esenciales para que la misma opere: incumplimiento culposo²¹³—ya sea por acción u omisión— de los deberes inherentes al cargo de administrador; infracción producida en el desempeño del cargo; presencia de un perjuicio o daño; y, por último, la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el acto lesivo. Asimismo es necesario puntualizar que dicha responsabilidad no desaparece por la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido

Derecho Mercantil, nº 198, 1990, págs. 639 y ss. ALONSO ESPINOSA, F. J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*. Ed. Aranzadi, 2006, págs. 13 a 16.

²¹² RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M^a I., «Los presupuestos de la responsabilidad», en *La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 128 y ss. ALONSO ESPINOSA, F. J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*. Ed. Aranzadi, 2006, págs. 55 y ss. DÍAZ ECHEGARRAY, J. L., «Elementos de la responsabilidad», en *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Editorial Montecorvo, S.A, 2^a Edición, 1995, págs. 475 a 482.

²¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», en *Revista Indret* (www.indret.com , nº 413. Barcelona. Enero 2007, págs. 5 y ss. ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de responsabilidad», en BELTRÁN, E y ROJO, A. (dir), *La responsabilidad de los administradores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 211 a 215. LOJENDIO OSBORNE, I y CRUZ RIVERO, D., «La administración de la sociedad», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J (Coord.) *Derecho Mercantil I*, Vol. 2^o, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 243 a 278. SALDAÑA VILLODO, B., *La acción individual de responsabilidad*. Ed. Tirant lo Blanch, 2009, págs. 421 y ss.

aprobado o autorizado por la junta general, tal y como señala la propia LSC en su artículo 236 apartado 2º. En cuanto a los tipos de responsabilidades, cabe diferenciar, según la esfera patrimonial en la que incidan los actos lesivos, entre²¹⁴: *las responsabilidades ad intra o contractuales* —ejercitables a través de la acción social de responsabilidad— cuyo ejercicio corresponde a la sociedad y subsidiariamente a los socios, acreedores o incluso administradores concursales —bajo determinados requisitos—, con el fin de lograr la reintegración del patrimonio de la sociedad; y *la responsabilidad ad extra o extracontractual*, cuyo ejercicio se canaliza mediante la acción individual de responsabilidad, que corresponde a los socios y acreedores por los daños que lesionen directamente sus intereses.

Una conducta típica en la que se afirma la existencia de responsabilidad de los administradores por causar un daño directo a terceros consiste en el endeudamiento progresivo de la sociedad, a sabiendas de su insolvencia, o el vaciamiento del patrimonio de la sociedad mediante la desviación de activos a otras sociedades. Este último supuesto se corresponde con el analizado por el TS en su Sentencia de 4 de Noviembre de 2010²¹⁵, señalando el Alto Tribunal que para la viabilidad de la acción individual de responsabilidad son necesarios cuatro requisitos: «1) *Acción u omisión contraria a la ley o a los estatutos o con incumplimiento de*

²¹⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «La responsabilidad de los administradores», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, págs. 439 a 442.

²¹⁵ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 670/2010, de 4 de Noviembre. Westlaw RJ\2010\8868.

los deberes inherentes al desempeño del cargo. 2) Que la acción u omisión se desarrolle por el administrador o administradores precisamente en concepto de tales. 3) Daño directo al interés del tercero. 4) Relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño»

Requisitos semejantes exige la jurisprudencia para que pueda operar la acción social de responsabilidad contra los administradores. Como ejemplo recogemos la Sentencia del TS de 20 de diciembre de 2002²¹⁶, en la que se desestima el recurso precisamente por la no concurrencia de tales requisitos: «Para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad que constituye el objeto del proceso es preciso que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo (que tiene su patrón objetivo en la diligencia de un ordenado empresario), y que el patrimonio social haya sufrido un daño (arts. 133.1 y 127 LSA) (...)»

D) Naturaleza mercantil por su forma y no por su objeto social

Las que examinamos son sociedades mercantiles cualquiera que sea su objeto social, por aplicación del criterio seguido por el Legislador —Art. 2 LSC— que ha acogido *el principio de mercantilidad por razón de la forma*, lo que comporta su sometimiento al conjunto de obligaciones y deberes que integran el estatuto jurídico del empresario²¹⁷. De esta forma,

²¹⁶ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 1258/2002, de 20 de diciembre. RJ\2003\228

²¹⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., «La caracterización legal de la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES, C. (Coord.) *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pág.128.

se reafirma la calificación y la adscripción jurídica de estas sociedades al ámbito mercantil, disipándose cualquier incertidumbre en torno a su posible consideración como sociedades civiles. Se restringe así el alcance de la norma recogida en el artículo 1670 del Código Civil, en la medida en que las únicas formas que pueden revestir las sociedades civiles son la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple.

El precepto también supone el reconocimiento implícito de la importancia de los aspectos estrictamente formales y estructurales de las organizaciones societarias de base corporativa. Al prescindir del criterio de distinción *ratione materiae*²¹⁸ que históricamente había determinado la adscripción conceptual de los entes societarios al campo civil o mercantil, se acepta implícitamente que las sociedades de capital constituyen formas de organización susceptibles de ser utilizadas para el cumplimiento de los más variados fines²¹⁹.

E) Denominación social, nacionalidad y domicilio social

Como cualquier otro tipo de persona —ya sea natural o jurídica— las sociedades de capital necesitan poseer un nombre —denominación social para las personas jurídicas— que las distinga en el tráfico jurídico.

²¹⁸ Este ha sido el criterio que había venido estableciendo el Tribunal Supremo como jurisprudencia, sirva de ejemplo su Sentencia nº177/2006, Sala 1ª, de lo Civil, Noviembre. (Id. VLEX-25668295): « En cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad constituida por las partes, no cabe considerarla de carácter civil dada su dedicación a una actividad comercial. En la jurisprudencia se impone la tesis que distingue las sociedades civiles y las mercantiles atendiendo al criterio de la materia, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio y civiles cuando no concurre tal circunstancia (...)».

²¹⁹ VAQUERIZO ALONSO, A., «Las Sociedades de Capital», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 193 y ss.

La denominación social, además de cumplir con esta función identificadora o individualizadora, cumple el importante cometido de informar sobre la forma social de la sociedad, y por consiguiente, de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales²²⁰. Este rasgo viene impuesto desde el artículo 6²²¹ de la LSC al obligar a las sociedades a indicar en su denominación la forma societaria. Asimismo, la LSC —Art. 7— prohíbe que una sociedad pueda adoptar idéntica denominación que otra preexistente, con objeto de cumplir la necesaria función identificadora. La efectividad de esta prohibición se asegura a través de la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central, mediante la certificación acreditativa de que la denominación pretendida no figura registrada²²².

Otro de los elementos esenciales de las sociedades mercantiles es su *nacionalidad* —Art. 8 LSC—. Serán españolas las sociedades con domicilio social —registral o estatutario— en España. De esta previsión sobre la nacionalidad se desprenden tres consecuencias²²³: la primera de ellas es que se obliga a las sociedades que tengan su principal establecimiento —o explotación— en España a que fijen también aquí su domicilio social

²²⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., «Sección 1ª. Denominación», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 201, págs. 214 a 227.

²²¹ Artículo 6 LSC: «1. En la denominación de la sociedad de responsabilidad limitada deberá figurar necesariamente la indicación Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Limitada o sus abreviaturas S.R.L. o S.L. 2. En la denominación de la sociedad anónima deberá figurar necesariamente la indicación Sociedad Anónima o su abreviatura S.A (...)»

²²² BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «La responsabilidad de los administradores», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, pág. 338.

²²³ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Sección 2ª. Nacionalidad», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 227 y 228.

y se constituyan conforme a la ley española (Art. 9.2 LSC). La segunda posibilita la opción de fijar el domicilio social en territorio español y conforme a las leyes españolas para aquellas sociedades que tengan su centro de dirección en territorio español, pero no su principal establecimiento, con la única imposición de establecerse en el lugar de administración. Por último, se prohíbe que la sociedad constituida conforme a la ley española fije su domicilio social en el extranjero.

Por último, el *domicilio social* alude al domicilio mercantil que constituye una manifestación de la personalidad jurídica de la sociedad. La fijación del domicilio cumple una función identificadora de la personalidad jurídica que exige —como sujeto de derecho y centro de imputación de actividad jurídica— una referencia local general y continuada. El domicilio resulta relevante para las relaciones jurídicas, especialmente a efectos de comunicaciones, notificaciones, concreción de la nacionalidad de la sociedad, así como la determinación del régimen jurídico al que queda sometida la sociedad, o en relación con el funcionamiento de los órganos de la sociedad²²⁴. Establece el Art. 9 de la LSC un criterio alternativo para fijar el domicilio social en España: el *lugar donde se halle el centro de su efectiva administración o dirección*, entendido como el lugar donde se localice el poder de decisión de la sociedad; o el *lugar donde radique su principal establecimiento o explotación*, entendida como la base física de la empresa o negocio —unidad

²²⁴ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Sección 3ª. Domicilio», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 233 y 234.

económica industrial— que sirve de base para el desarrollo del objeto social de forma permanente o constante²²⁵. Asimismo, el apartado 2º de aquél, impone la obligación de tener el domicilio social en España a aquellas sociedades de capital que tengan su principal establecimiento o explotación en territorio español.

4.2.2.2. *La sociedad anónima. Concepto y particularidades tipológicas*

La Sociedad Anónima ha sido históricamente el modelo de sociedad con mayor presencia en la actividad económica por su especial aptitud para canalizar recursos ajenos hacia iniciativas empresariales de cierta dimensión. Es la forma social prevalente para el desarrollo y constitución de grandes empresas²²⁶. En ella, además, no importa quién participa en el capital social, sino en qué porcentaje —*intuitu pecuniae*—. Eminentemente abierta, es fácil entrar y salir, por el principio de libre transmisibilidad de acciones (salvo pacto estatutario).

La Ley pretende proporcionar un concepto de esta sociedad cuando establece que «*en la sociedad anónima, el capital, que está dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales*» (Art.1.3 LSC). Por tanto, de esta definición pueden extraerse los siguientes elementos esenciales: 1º) tener

²²⁵ LOJENDIO ORBORNE, I. y NÚÑEZ LOZANO, P. L., «Denominación, nacionalidad y domicilio», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (Coord.) *Derecho Mercantil I*, Vol.2º, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 43.

²²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J y VELÁZQUEZ, L., «La sociedad anónima principios fundamentales», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Coord.) *Lecciones de derecho mercantil*. Ed. Civitas, 2006, págs. 299 a 320.

dividido el capital en acciones; 2º) que el capital se forme o integre necesariamente por las aportaciones de los socios; 3º) que los socios no respondan personalmente de las deudas sociales.

Sin embargo, estas características no agotan los rasgos configuradores de esta forma social. Así, a lo largo de la LSC se encuentran otras notas fundamentales, de carácter imperativo, que la distinguen esencialmente de las restantes formas sociales, implícitas en su elección como forma de organización societaria y configuradoras de ella (*cfr.* —entre otros— los Arts. 1, 2, 20, 33, 23, 56 y 92 LSC); notas que no son, por tanto, *ni excluibles ni modificables* (se trataría de cláusulas nulas por contravenir la Ley y los principios configuradores ex Art. 28)²²⁷.

La S.A. —como arquetipo de corporación capitalista—, junto a los elementos esenciales propios de la sociedad de capital —antes expuestos— añade los siguientes:

A) Patrimonio propio evaluable económicamente

La S.A. es una sociedad que necesariamente ha de ser titular de un patrimonio propio formado, inicialmente, mediante la suscripción del capital social, que está dividido en acciones, y que se integrará por las aportaciones de todos los socios. Además, es preciso matizar que estas aportaciones de los socios sólo pueden consistir en dinero, en bienes o en

²²⁷ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1º edición, 2004, Murcia, pág. 125.

derechos susceptibles de valoración económica, pero no en trabajo²²⁸. Asimismo, la participación en el capital que ostente cada uno de los accionistas marcará la intensidad en el ejercicio de los derechos sociales, ya que la sociedad anónima se encuentra sometida al *régimen de mayoría de capital*²²⁹. Por otro lado, hay que tener en cuenta que este patrimonio oscilará en su composición y valoración según las vicisitudes de la explotación y actividad social; de forma que —eventualmente— socios o terceros podrán realizar nuevas aportaciones al capital, derivadas de operaciones de *aumento del capital social*. Hay que destacar que para su constitución se requiere una suscripción inicial de capital de, 60.000 euros (Art. 4.2 LSC), cifra que constituye el capital mínimo. La finalidad perseguida con ello es intentar aproximar la función de capital mínimo a la de suficiencia de capital, pues es evidente —como señalan Rojo Fernández-Río y Beltrán Sánchez²³⁰— que a medida que se eleve la cifra de capital respecto a la legalmente exigida, será más fácil que sea suficiente para el desarrollo de la correspondiente actividad. Así sucede especialmente en mercados como el de crédito, de seguros y de valores, sectores éstos en los que las exigencias mínimas de capital son más elevadas. También se encuentran especialidades en la cifra de capital de

²²⁸ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., «Las sociedades capitalistas», en *Manual de Derecho Mercantil*. Capítulo XIII, 3ª Edición, Universidad Pontificia de Comillas Madrid, 2007, págs. 295 y ss.

²²⁹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «La sociedad anónima: función económica, concepto y constitución», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, pág. 336.

²³⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, J. A y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Capital social mínimo», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi. Pamplona 2011, pág. 206.

las sociedades anónimas deportivas y en el capital mínimo desembolsado exigido a las SICAV.

B) Forma social típicamente despersonalizada: aplicación del principio *intuitu pecuniae*

Una de las características más destacables —y diferenciadoras— de la S.A es que le resulta aplicable el principio jurídico *intuitu pecuniae* —en contraposición al principio *intuitu personae*—, en virtud del cual el capital aportado por uno de los contratantes es más importante que la calidad de la persona que lo aporta. La importancia de este rasgo característico ha sido destacada por la jurisprudencia más reciente de nuestro Alto Tribunal. De este modo, en su Sentencia de 24 de Febrero de 2011²³¹, señala el TS: «Un principio básico de la sociedad anónima, orientada hacia premisas capitalistas (...), por cuanto esta figura jurídica, a diferencia de las asociaciones personalistas, está regida por criterios del *intuitu pecuniae* (...)».

De esta suerte, el socio obtiene tal condición mediante la titularidad de acciones adquiridas originariamente de la propia sociedad en pago de sus aportaciones al capital, o bien derivativamente de un titular anterior²³². Las acciones, además de encarnar el singular vínculo o relación jurídica que se deriva del contrato de sociedad y de la consiguiente pertenencia a ésta, reflejan también un derecho subjetivo de naturaleza compleja, pues

²³¹ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 89/2011, de 24 de Febrero. Id. VLEX-261775262.

²³² ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1ª edición, 2004, Murcia, págs. 127 y 128.

atribuyen a su titular una posición jurídica —la condición de socio— con un determinado contenido patrimonial y personal que puede ser objeto de diversos negocios jurídicos, ya sea a título pleno, (compraventa); limitado (usufructo -Arts. 127 LSC-, en cuyo caso corresponderá al nudo propietario, salvo pacto en contrario, el ejercicio de todos los derechos sociales, excepto el derecho a los dividendos acordados por la sociedad que se atribuye al usufructuario²³³); de garantía (prenda -Art. 132 LSC-); así como de embargo y ejecución (supuesto en el que el Art. 133 de la LSC dispone que se observarán las disposiciones relativas a la prenda).

C) Características del capital. Particularidades de las acciones

Las acciones, además de partes del capital y posiciones objetivas de socio, tienen el atributo legal, fundamental en la diferenciación con otras sociedades, y no excluible por disposición estatutaria, de *valores mobiliarios*, y por ende, son títulos negociables. Esta característica aparece resaltada en el artículo 92.1 de la LSC, donde se explicitan dos tipos de representación de la acción. Tradicionalmente las acciones se han venido representando documentalmente. Esta incorporación de las acciones a títulos-valores facilita tanto el ejercicio como su transmisión de la posición de socio; en esta medida, en los últimos años ha venido produciendo un fenómeno de

²³³ MARÍN CASTÁN, F., *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Códigos Magíster, LA LEY, 1ª Edición, Madrid, Mayo de 2007, págs. 452 y ss.

“desmaterialización”, que ha culminado con la posibilidad de que las acciones se representen mediante anotaciones en cuenta²³⁴.

Los modos de transmisión de las acciones representadas por medio de títulos varían según se trate de acciones nominativas o de acciones al portador (Art. 120.1 y 2 LSC): las acciones al portador se transmiten conforme a lo dispuesto en el artículo 545 del CCo; mientras que las acciones nominativas se transmiten, además de por los modos generales admitidos en Derecho, por medio de endoso. La transmisión de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta tiene lugar mediante transferencia contable. Por tanto, se trata de modos de transmisión seguros y rápidos, que contrastan vivamente con la transmisión de participaciones sociales que, en cuanto bienes inmateriales, se transmiten de acuerdo con las normas de cesión de créditos y demás derechos incorporales²³⁵.

D) Sociedad eminentemente abierta

Uno de los rasgos distintivos de esta forma societaria es precisamente la facilidad para entrar y salir de la sociedad. La base de esta característica se sustenta en el *principio general de libre transmisibilidad de acciones*, recogido de manera implícita en el Art. 123 de la LSC, al establecer que «Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan

²³⁴ DÍAZ MORENO, A., «La representación de la acción», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 778.

²³⁵ VAQUERIZO ALONSO, A., «Las Sociedades de Capital», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 189.

sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos». Por tanto, las restricciones²³⁶ a esta regla general se deben establecer en los estatutos y sólo pueden recaer sobre las acciones nominativas —se excluyen los títulos al portador—. La interpretación de las cláusulas restrictivas, como contenido estatutario, se deberá efectuar conforme a los criterios comunes a las normas objetivas y al contenido contractual²³⁷. Y en todo caso, deberá ser una interpretación estricta y acomodarse a la voluntad de las partes.

Por otro lado, hay que señalar que la introducción en los estatutos de cláusulas restrictivas de la transmisión, y la consecuente vinculación de las acciones, constituye uno de los principales medios para convertir la SA en una sociedad “cerrada” y, de este modo, facilitar que se pueda adecuar mejor a la empresa familiar. Como ejemplo de esta afirmación, vamos a citar la Sentencia de la AP de Murcia de 12 de Mayo del 2011²³⁸. El supuesto es el siguiente: MM, S.A empresa dedicada a la fabricación y venta de conservas vegetales de toda clase, platos preparados, mermeladas y confituras, se constituye como una sociedad anónima familiar “cerrada”, al establecer en el Art.9, apartado c, 2ª de sus Estatutos una cláusula limitativa de la libre trasmisibilidad de sus acciones, consistente en la prohibición de transmitir las acciones a favor de personas

²³⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., «Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones», en GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J y GARRIDO CHAMORRO, P.J. (Coords.) *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Editorial Civitas, Madrid, 2010, págs. 332 y ss.

²³⁷ HUARTE ARREGUI, M., «Acuerdo de accionistas de una sociedad anónima cerrada: relaciones entre socios, permanencia y gobierno de la sociedad», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 20, 2003, págs. 137 a 143.

²³⁸ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4, nº 203/2011, de 14 de Abril (EDJ 2011/82393)

que realizaran —por sí o por persona interpuesta— actividades de competencia directa con el objeto social. En junio de 2007 tres de sus accionistas se comprometen a la venta de la totalidad de sus acciones a NR S.A. Posteriormente, en noviembre de 2007, la Junta General de Accionistas deniega la transmisión proyectada al considerar a NR S.A como competidor directo. Ante ello, los accionistas interesados en la venta interponen demanda de impugnación de dicho acuerdo, por entender infringido su derecho a la libre transmisión de sus acciones. Finalmente, tanto el Juzgado de lo Mercantil, como la AP en la ratificación posterior, consideran que existía concurrencia competencial en el mercado entre NR, S.A y la mercantil demandada; por ende, el acuerdo cuya nulidad se pretendía era acorde con la cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones, supeditando así el *ius disponendi* o la libre transmisibilidad de las acciones al interés social.

Pese a todo ello, es preciso indicar —como parece apuntar la exposición de motivos de la LSC— que cada vez queda menos espacio económico y sociológico para una sociedad anónima que —sin estar cotizada— mantenga su tipo legal de sociedad abierta²³⁹. De hecho, es sabido que el mantenimiento de esta figura está cediendo cada vez más a favor de la sociedad limitada, como se puso de relieve a la hora de tratar la importancia económica de la empresa familiar.

²³⁹ PERDICES HUETOS, A., «Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Cap. IV: La representación y la transmisión de las acciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs .991 a 997.

E) Sociedad pensada para la gran empresa

La S.A. responde a la forma social prototipo de la gran empresa; este argumento se sustenta en los siguientes rasgos configuradores de carácter general²⁴⁰: tiene potencialmente un *número elevado de socios*; es una *sociedad de inversores*; los socios aparecen más bien como proveedores de capital, a la espera de obtener rentabilidad económica en forma de revalorización de las acciones y reparto de beneficios; la *identidad de los socios resulta irrelevante* ante la formación de la sociedad, la consecución del fin común o la explotación del objeto social; se asienta sobre *bases capitalistas para la atribución y ejercicio de los derechos del socio*, observándose una proporcionalidad entre el riesgo y la intensidad de la participación social; y además, ofrece la *posibilidad de fundación sucesiva*, cuando no es posible suscribir inicialmente la totalidad del capital social por un número reducido de socios y se realiza un llamamiento público a los inversores con el fin de lograr la suscripción de acciones.

Esta característica es apreciable en la actualidad, ya que —pese a que su grado de difusión en los mercados, como se ha reiterado, se haya visto notablemente disminuido ante la creciente aceptación de la sociedad de responsabilidad limitada— continúa siendo la forma social preferida para el desarrollo de grandes empresas. Esto no quiere decir que en nuestro sistema no pueda ser utilizada esta forma social para cualquier otro tipo de actividad empresarial, con menos socios —incluso uno solo— y de

²⁴⁰ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir.), «Sociedad Anónima: Caracterización», en *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Vol. II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria de San Antonio, Murcia, 2004, págs.120 y ss.

reducida trascendencia económica, dada la gran polivalencia que le otorga su régimen jurídico²⁴¹.

F) Mayores formalismos y costes de mantenimiento

La S.A. presenta, comparativamente con las demás formas sociales, unos mayores formalismos en el procedimiento y requisitos de convocatoria de las juntas generales. En el caso de la S.A., tradicionalmente la convocatoria de cualquier junta de accionistas debía realizarse de acuerdo con un procedimiento imperativo, cuyo incumplimiento acarrearía la nulidad de la junta y de los acuerdos tomados en ella, y que no podía ser derogado ni enmendado por vía estatutaria —los estatutos sólo podían, si acaso, añadir algún requisito más—. Hasta hace poco, la convocatoria debía hacerse mediante anuncio publicado en el BORM y uno de los diarios de mayor circulación en la provincia con un mes de antelación —como mínimo— a la fecha de celebración de la junta. Estos requisitos se han visto flexibilizados por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, que modifica la redacción del Art.173 de la LSC, introduciendo la posibilidad de sustituir en los estatutos la necesidad de publicación de la convocatoria de la junta general en uno de los diarios de

²⁴¹ IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Sociedades de Capital. Aspectos básicos», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, Octava Edición, Pamplona 2010, págs. 299 y ss.

mayor tirada de la provincia donde tenga su domicilio la sociedad por su difusión en la página web corporativa de la misma o incluso, como en la SL, por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita. Sólo en el caso de las SA con acciones al portador será preceptiva la publicación de un anuncio en el BORME. El fin perseguido con esta medida no es otro que conseguir el abaratamiento de los costes de convocatoria. Debemos señalar que este sistema de convocatoria produjo en sus comienzos una cierta inseguridad jurídica relación con el cómputo de los plazos. En atención a esta deficiencia, la Instrucción de 18 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de la Junta General, en aplicación del RDL13/2010, de 3 de diciembre, vino a concretar en su punto noveno «*que el anuncio de convocatoria deberá estar publicado en la página web de la sociedad desde la fecha de aquella hasta la celebración de la Junta General*». Además, se exige que la convocatoria recoja una relación de los asuntos que se van a tratar —denominada *orden del día*— con objeto de informar a los accionistas de las cuestiones que van a ser deliberadas y también para determinar las materias sobre las que puede pronunciarse válidamente la junta, salvo excepciones legales²⁴².

También se requiere legalmente para la SA un quórum necesario —de al menos un veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto en la primera convocatoria— para que la junta general quede

²⁴² URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Dirs.) «La Junta General de Accionistas», en *Comentario al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo V, Editorial Civitas, Madrid, 1992, págs. 83 y ss.

válidamente constituida (artículo 193 de la LSC), así como la doble convocatoria de la junta —se impone a los administradores la obligación de realizar una segunda convocatoria cuando sea imposible celebrar la junta en primera convocatoria por falta del quórum necesario²⁴³—; todo ello con objeto de que los acuerdos sean adoptados en el seno de la sociedad por una fracción suficientemente representativa del capital. Así, la exigencia de un quórum determinado impide entender válidamente constituida la reunión si las ausencias son significativas.

Por su parte, la doble convocatoria de la junta otorga una nueva oportunidad de obtener una mínima asistencia, estableciendo un requisito de quórum menos riguroso, para el caso de que tampoco acudan los titulares del capital social inicialmente previsto²⁴⁴. No es posible que las sociedades rebajen los umbrales mínimos marcados por la ley.

Por último, señalar que para este tipo social el Art. 67 LSC exige que las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, sea objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil. El Informe habrá de ser incorporado como anexo a la escritura de constitución o, en su caso, de ejecución del aumento del capital, debiendo ser depositada copia autenticada en el Registro Mercantil. El Registrador Mercantil denegará la

²⁴³ CURTO POLO, M. M., «La segunda convocatoria en la Sociedad Anónima», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1282.

²⁴⁴ JUSTE MENCÍA, J., «La exigencia de quórum y doble convocatoria en la Sociedad Anónima», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I, Capítulo I, Aranzadi. Pamplona, 2011, págs. 1364 y ss.

inscripción de la escritura en el Registro Mercantil cuando se haya atribuido a la aportación una valoración superior a la que resulta del informe del experto.

4.2.2.3. *La sociedad limitada. Concepto y particularidades tipológicas*

Como ya se señaló al tratar el apartado III, la inmensa mayoría de las empresas familiares adoptan esta forma social; recuérdese que conforman el 94,39%²⁴⁵ de las sociedades que se constituyeron en España en 2010. Es una forma social esencialmente orientada a proporcionar a las empresas de mediano y pequeño tamaño o dimensión económica un modelo societario alternativo a la sociedad anónima, en el que, con mayor simplicidad o flexibilidad organizativa, se mantenga inalterado el principio de responsabilidad limitada del socio.

La Ley pretende proporcionar su concepto cuando establece que «*en la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que está dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales (Art.1.2 LSC)*».

En cuanto a las particularidades de este tipo social cabe destacar las siguientes²⁴⁶:

²⁴⁵ Dato extraído del informe estadístico societario anual elaborado por el Registro Mercantil Central. Disponible en el siguiente enlace:

²⁴⁶ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1^o edición, 2004, Murcia, págs. 411 y ss.

A) Patrimonio propio evaluable económicamente

Es una forma de sociedad con patrimonio propio formado inicialmente con las aportaciones de sus socios, que —además de necesarias— han de ser *susceptibles de valoración económica* y constar en la escritura pública de constitución, al constituir el patrimonio inicial mínimo de este tipo social.

Este segundo requisito impone una limitación al objeto de la aportación, ya que incluye la exigencia de evaluación con arreglo a criterios objetivos, es decir, sin conexión con valoraciones sentimentales o de afección. Asimismo es importante señalar que tampoco es necesario que los bienes o derechos sean susceptibles de existencia autónoma y directamente realizables bajo los presupuestos de ejecución forzosa. Esta exigencia viene siendo reclamada por la doctrina tradicional²⁴⁷ con apoyo en la función de garantía del capital social, en atención a la cual se concibe como cifra de retención del valor equivalente respecto de los elementos del activo del patrimonio.

Por último, hay que apuntar la exclusión expresa, por parte del legislador, de la posibilidad de aportar a la sociedad trabajo o servicios (Art. 58.2) —característica compartida con la SA—. Esta prohibición revela una clara intención de dejar fuera de las aportaciones las meras prestaciones de hacer, ya que consisten en actividades personales y por

²⁴⁷ GARRIDO DE PALMA, V. M., «La sociedad de responsabilidad limitada en sus principios configuradores», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez-Calero*, Vol. 3, Ed. McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, págs. 3123 a 3150.

ende —aun cuando cumplan el requisito de ser evaluables económicamente— carecen de estabilidad; téngase en cuenta el riesgo y la incertidumbre que rodea la ejecución de este tipo de aportaciones²⁴⁸.

B) Interposición de la sociedad en las relaciones entre socios y objetivación de la posición de socio

No hay relaciones directas entre los socios, sino que éstas tienen lugar entre los socios y la sociedad. El capital social de ésta debe estar dividido en dos o más “partes del capital”, cuya titularidad atribuye la posición de socio de forma objetiva —no por vía directa contractual—. Esas “partes del capital” son las *participaciones sociales*, las cuales no son valores mobiliarios o negociables, tal y como recogió la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁴⁹ « (...) *las participaciones no pueden ser valores negociables y no pueden documentarse o individualizarse en un título físico como las acciones de la sociedad anónima, ni siquiera incorporarse a resguardos provisionales. Estas características son las que provocan una mayor diferenciación entre la acción y la participación con todas las consecuencias ulteriores (...)*». Por tanto, éste último es el criterio fundamental para su diferenciación con la SA. La SRL está privada de la facultad de emitir valores mobiliarios, tanto para la captación de recursos propios, como ajenos, ya que: (i) las participaciones no son ni

²⁴⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Las aportaciones sociales. Disposiciones generales», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 557 a 565.

²⁴⁹ Resolución de 21 de septiembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Pontevedra, don César Cunqueiro González-Seco. Id. vLex: VLEX-207444947

pueden ser valores mobiliarios; y (ii) tiene expresamente prohibida la emisión de obligaciones, u otros valores mobiliarios²⁵⁰.

C) Intuitu personae

Subyace como *tipo prevalente* el de la sociedad con escaso número de socios, y cuyas relaciones están impregnadas de un más o menos intenso *intuitu personae*: importa más la identidad de los socios que participan. La dimensión de la empresa no es determinante para la elección de esta forma social. Así: a) se puede constituir y mantener con una baja cifra de capital mínimo, lo que facilita su empleo para la organización de pequeñas empresas; b) no existe limitación del número máximo ni mínimo de socios, por lo que este aspecto no es óbice para su empleo por cualquier empresa, al margen del número de socios. En definitiva, se trata, en opinión de Olivencia Ruiz «*de empresas pequeñas o medianas de reducida y estable base social*»²⁵¹, con independencia de que este tipo social pueda ser elegido también para la gran empresa.

²⁵⁰ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1ª edición, 2004, Murcia, pág. 413.

²⁵¹ OLIVENCIA RUIZ, M., «La caracterización legal de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Tratando de la sociedad limitada*. Jornadas sobre la Nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Madrid. Fundación Cultural del Notariado.1997, págs. 127 a 158

D) Sociedad cerrada ante la salida de sus socios

Este carácter cerrado constituye —señala la doctrina tradicional²⁵²— un elemento estructural de la Sociedad Limitada, que se manifiesta fundamentalmente en el hecho de que las participaciones sociales tienen restringida su transmisión. Esta restricción de su transmisibilidad explica, por otra parte, que las participaciones sociales no tengan el carácter de valores, ni puedan estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta.

En esencia debe apuntarse que la identidad de los socios es relevante desde el punto de vista de su régimen legal ya que: i) rige en ella un principio de prohibición de cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales; ii) es lícita la cláusula estatutaria que dispone el cierre absoluto de la sociedad mediante prohibición de la transmisión de las participaciones sociales siempre que vaya acompañada del reconocimiento estatutario de un derecho de separación *ad nutum* a favor de todos los socios.

Esta característica ha sido explicitada por nuestra jurisprudencia; como ejemplo citamos la Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2007²⁵³ «(...) *Esta lectura parece la más coherente con la idea, tantas veces repetida, de que la sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad cerrada en la que no son*

²⁵² VELASCO SAN PEDRO, L. A., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 1543 y ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Editorial Aranzadi, 2ª Edición, Colección Grandes Tratados, Mayo 2006, págs. 238 y ss. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., «La Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Tratado de Derecho Mercantil*, Vol. I, Disposiciones generales, Fundación, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, págs. 91 y ss.

²⁵³ Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 926/2007, de 21 de Septiembre. EDJ 2007/159266.

irrelevantes las circunstancias personales de un nuevo socio y en la que la transmisión de las participaciones, vehículo de la incorporación del nuevo socio, es algo más que la transmisión de un bien»

E) Sociedad flexible y personalizable

La SL se presenta como una forma social flexible y susceptible de ser adaptada con facilidad a los intereses personales de los socios, al atribuir a los socios fundadores, o en su caso, a la Junta General de Socios, amplias facultades para adaptar el régimen societario a sus concretas necesidades de organización. Esta característica se relaciona —según la doctrina²⁵⁴— con el carácter híbrido de la SRL, ya que en esta forma social —como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— coinciden elementos personalistas y elementos capitalistas, reflejados los primeros en la posibilidad de introducir una regulación personalizable mediante estatutos. En definitiva, se puede decir que este carácter flexible se aprecia en una doble vertiente²⁵⁵: por un lado, en la menor imperatividad de las normas reguladoras; y por otro, en la amplia disponibilidad para introducir en los estatutos soluciones alternativas menos rigurosas.

²⁵⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Comentario al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Civitas, Madrid 1999, pág.25.

²⁵⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J. y PEÑAS MOYANO, M. J., «La empresa familiar como empresa mercantil», en *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Fundación EOI, 2007, págs. 145 y ss.

F) Sociedad de bajo coste de mantenimiento

Tradicionalmente era éste uno de los aspectos que hacía especialmente atractiva a la sociedad limitada para determinadas empresas. Sin embargo, últimamente existe una tendencia legislativa —en gran medida motivada por la situación de crisis que vivimos— a acercar en este ámbito a ambos tipos sociales. De este modo, la posibilidad de prever estatutariamente un régimen de publicidad de las convocatorias de las juntas generales personalizable, contemplada antes en el Art. 172.3 de la LSC sólo para la SL, se ha extendido también a las SA a raíz de la reforma introducida por Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. El objetivo es facilitar la posibilidad de evitar incurrir en los costes que representan las normas generales de publicidad de la convocatoria, recogidas en el Art.173.1 LSC. Así, en ambos tipos sociales se puede sustituir el anuncio en el BORM por la publicación de la convocatoria en la página web de la sociedad —medio utilizado en la mayoría de los casos— o, incluso, por otros sistemas de comunicación escrita individual.

Sin embargo, debemos señalar que se ha preservado como reducto propio de la SL, que le atribuye un menor coste de mantenimiento, el carácter dispositivo para nombrar expertos independientes ante la fundación o aumento del capital con aportaciones no dinerarias, o ante su fusión o escisión, con excepción de los supuestos de fusiones especiales en

los que se produzca la absorción de una sociedad participada íntegramente o al noventa por ciento (Art. 49 y 50 de la LME).

4.2.3. La sociedad limitada como forma societaria más adecuada para la empresa familiar

Dada la idoneidad —compartida por muchos autores²⁵⁶ y resaltada por el presente estudio— de la sociedad de responsabilidad limitada como forma societaria que mejor se adapta a las necesidades y características de la empresa familiar, no se puede cerrar este apartado sin antes reunir los fundamentos en los que se sustenta tal afirmación:

a) *Ventajas de la estructura corporativa.* Como señala Alfaró Águila-Real «puede afirmarse que la forma de la sociedad limitada es el vehículo utilizado por aquéllos que, idealmente, constituirían una sociedad personalista para obtener la ventajas que presentan las sociedades de estructura corporativa»²⁵⁷. En esta línea, se revelan como ventajas de esta forma social la existencia de órganos que facilitan las relaciones con terceros y, sobre todo, la responsabilidad limitada, que evita transmitir al patrimonio personal de sus socios la responsabilidad por las deudas sociales. Este aspecto es básico y

²⁵⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Sociedad de Responsabilidad Limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)», en *Estudios de historia y de pensamiento económico: homenaje al profesor Francisco Bustelo García del Real*. Editorial Complutense, 2003, págs. 570 y ss. ARIAS FUENTES, A., «Elección del tipo social: notas distintivas entre las Sociedades Anónimas y la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. (Coord.) *Sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Aranzadi, 1997, págs. 35 a 53.

²⁵⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com)*, nº 308, Barcelona, Octubre 2005, págs. 6 y ss.

determinante —en la mayoría de los casos— de la elección de la forma jurídica de la empresa. Además, adquiere una importancia incrementada cuando se mezcla la empresa con la familia.

b) *Dificultades para transmitir las participaciones.* Las sociedades de responsabilidad limitada están dotadas de un carácter cerrado, en el sentido de que se imponen límites a la transmisibilidad de las participaciones —especificadas anteriormente— y complejos formalismos. Este hecho se refleja perfectamente en el Art. 108.1 de la LSC —anteriormente en el Art. 30.1 de LSRL— al establecer que «*serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos*». Se ha de tener en cuenta, además, que—a diferencia de las sociedades anónimas— no se cuenta con un “mercado de participaciones”, al no ser éstas títulos negociables. Esta característica se presenta como ventaja a la hora de conferir a la empresa familiar una continuidad a lo largo de las generaciones, dificultando la entrada de extraños en la misma. Por último, esta idea viene reforzada por la disposición recogida en el artículo 107 de LSC, al señalar que —salvo cláusula estatutaria en contrario— la adquisición de las participaciones sociales por socios, por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo constituyen supuestos de transmisiones libres. Por tanto, en opinión compartida con Iglesias Prada²⁵⁸, el fin perseguido al señalar los lazos personales como única

²⁵⁸ IGLESIAS PRADA, J. L., «El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar», en *Revista General del Derecho*, núm. 596, Mayo 1994, págs. 5417 y ss.

excepción general al principio restrictivo de las transmisiones es manifestar la adecuación de esta forma social a la empresa familiar, en aras de que la misma permanezca en manos de la familia.

c) *Requisitos menos gravosos*. Tanto el menor capital inicial necesario para su constitución, como su bajo coste de mantenimiento —antes explicado—, la hacen preferible a la sociedad anónima como forma societaria, y más adecuada para la empresa familiar por su mayor facilidad en el manejo y menor coste de mantenimiento.

d) *Autonomía de la voluntad*. En su conjunto le es aplicable un régimen jurídico mucho más flexible que en el caso de la SA; esto se refleja en la LSC cuando otorga a los estatutos un amplio margen de disponibilidad para determinar aspectos fundamentales de la organización y funcionamiento de la sociedad²⁵⁹. Así, existen supuestos en que los estatutos pueden modificar una previsión legal —sirvan de ejemplo el Art. 37 de la LSC sobre la capacidad de los administradores antes de la inscripción de la sociedad, o el Art. 173 de la LSC relativo a la convocatoria de la Junta—; pero es más, hay casos en los que, para que una norma o supuesto se aplique, deberá haber estado previsto en los estatutos, es decir, si no hay previsión en los estatutos, no se da el supuesto y, por ende, no hay regla legal supletoria. Cabe citar como ejemplo —entre otros— la posibilidad de establecer un derecho de adquisición preferente a favor de otros socios en la transmisión de participaciones *mortis causa* prevista en el

²⁵⁹ FAUS PUJOL, M., «Previsiones estatutarias en las Sociedades Limitadas», en *Breviario Mercantil*, Diciembre de 2010, VLEX -44254287. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/previsiones-estatutarias-limitadas-44254287>

Art. 110 de la LSC. Esta mayor flexibilidad permite a las empresas familiares una mejor adaptación a sus situaciones específicas, y es que la posible personalización de la propia sociedad permite acercar un modelo societario teórico a las propias singularidades de cada empresa. Por último, destaca la posibilidad de introducir desigualdades — Art. 96.3 LSC— en el derecho al voto de los socios, a través de las participaciones sin voto, permitiendo así que una empresa familiar pueda preservar el poder del grupo familiar frente a otros socios sin necesidad de tener la mayoría del capital social, pudiendo obtener financiación por el cauce del aumento del capital sin poner en peligro el poder de decisión de la familia²⁶⁰. También se admite en la sociedad de responsabilidad limitada el voto plural; así, los estatutos pueden reconocer a favor de alguna o algunas participaciones sociales, mayor o menor número de nominal o porcentaje de participación en el capital social.

e) *Mayor control del Órgano de Administración.* Además de la posibilidad de exigir estatutariamente la obligación de incorporar administradores o directivos profesionales independientes o externos —incluso mediante la reserva de un número de vocalías a favor de este tipo de consejeros—, destaca en este tipo social la posibilidad de imponer —vía estatutaria— deberes concretos de conducta a los administradores cuyo incumplimiento puede ser fuente de responsabilidad civil ante la sociedad, socios, y en su caso, ante terceros, así como causa obligatoria

²⁶⁰ DE LA VEGA GARCÍA, F. L., «Formas societarias y empresa familiar», en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Capítulo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 36.

separación del cargo por acuerdo de la junta general de socios, o en su caso por virtud de resolución judicial. Asimismo, destaca la prohibición directa de competencia que recae en este tipo social sobre los administradores, (restricción que sólo puede salvarse mediante acuerdo de la junta general de socios —Art. 230.1 y 2 de la LSC—); y la necesidad de acuerdo de la junta general para el establecimiento de relaciones onerosas entre sociedad y administrador²⁶¹.

f) *Flexibilidad de la Junta General*. Cabe destacar también la habilitación del Art. 161 LSC para que la Junta imparta instrucciones de gestión o someta a autorización decisiones del órgano administrativo —salvo disposición estatutaria en contra—, con lo que se recoge en la sociedad limitada lo que parece una especificidad en su estructura orgánica, que se manifiesta en el reconocimiento de una cierta posición de supremacía de la junta general sobre los administradores. De este modo, cabe la posibilidad de que la junta general atraiga hacia sí determinados asuntos de gestión e influya en la marcha de la empresa no sólo indirectamente —a través del nombramiento, revocación, aprobación de la gestión y acción de responsabilidad— sino directamente a través del poder de instrucción en sentido estricto (mediante acuerdo de la junta general sin previa reserva estatutaria)²⁶². En definitiva, todo ello posibilita la adaptación de la estructura orgánica al funcionamiento de la empresa familiar.

²⁶¹ ALONSO ESPINOSA, F. J., «La empresa familiar como problema», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, Enero-Marzo 2012, págs. 66 y 67.

²⁶² OTERO LASTRES, M., «La Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar», en AAVV *La empresa ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Ed. Civitas, 1995, págs. 175 a 194.

De esta forma, constituye un régimen más sencillo y menos costoso que el de las sociedades anónimas, adaptándose mejor a las necesidades y a las características propias de cada empresa familiar.

4.2.4. Órganos de administración y gobierno de las sociedades de capital. Especialidades de la empresa familiar

Como característica propia de las empresas familiares, en su configuración societaria, suelen existir, junto a los órganos estrictamente societarios (Junta General y Órgano de Administración), otros órganos “familiares” cuyas funciones suelen determinarse, con mayor o menor precisión, en el Protocolo familiar (instrumento que estudiaremos en el último capítulo del presente trabajo).

De este modo, se observa que no existen modelos predefinidos para la estructuración de los órganos de gobierno propios de la empresa familiar; se parte del principio de que cualquier pauta de buen gobierno debe relacionar los elementos familiares y empresariales en aras de evitar que las desavenencias familiares se trasladen a la Junta General o al Órgano de Administración, abogando por conseguir un consenso familiar previo.

4.2.4.1. Órganos societarios

Los órganos de administración y gobierno propios de las sociedades de capital —ya analizados cuando se abordó la estructura corporativa de

las sociedades de capital—, presentan ciertas particularidades en la empresa familiar.

A) La Junta General en la empresa familiar

La junta general es el órgano supremo y soberano de las sociedades de capital, al residir en él la representación del derecho de propiedad de los socios, sobre el patrimonio y la empresa social. Así, además de corresponderle las competencias más trascendentes sobre la vida social, ocupa un lugar preeminente dentro de la estructura organizativa.

En sus actuaciones se sigue el principio de funcionamiento colegial; es decir, como órgano colegiado, para la válida formación de su voluntad se requiere que sus acuerdos sean el resultado del respeto a una serie de reglas procedimentales cuyo sentido básico es garantizar la comunicación entre sus miembros y el respeto a los derechos políticos de éstos²⁶³.

La asistencia a las juntas generales se configura como un derecho que asiste a todos los miembros de la familia que ostenten la condición de socios (Art. 179 LSC), aunque es posible que en las Sociedades Anónimas se condicione estatariamente el derecho de asistencia a la posesión de un número mínimo de acciones. Además de los socios, deberá concurrir a la junta general válidamente convocada el órgano de administración, si bien sólo tendrá derecho de voto si al mismo tiempo el miembro del órgano de administración es socio y siempre que, tratándose de una sociedad

²⁶³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La Junta General», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Ed. Aranzadi. 2011, págs. 1187 a 1197.

limitada, no se encuentre en una situación de conflicto de intereses (Art. 190 LSC). También es factible que asistan otros sujetos distintos a los socios o a los administradores (directores, gerentes, técnicos y demás interesados en la buena marcha de los asuntos sociales), cuando así se prevea estatutariamente o lo acuerde el presidente de la Junta General (Art. 181 LSC), aunque en este último caso la autorización es revocable.

Señala la doctrina²⁶⁴ que en las empresas familiares este órgano tiene un carácter atípico —sobre todo en la primera generación—, ya que, además de ser escaso el número de socios, lo normal es que uno solo de ellos ostente la mayoría de las acciones o participaciones, confiriéndole la capacidad para adoptar decisiones. De este modo, se produce la desnaturalización de esta figura, atribuyéndole un carácter fundamentalmente protocolario, puesto que su utilidad está ligada precisamente a la fragmentación de la propiedad en la empresa familiar. Este papel meramente formalista de la Junta General es remarcado en la práctica en las empresas familiares a través de pactos extraestatutarios tendentes a consensuar el voto por ramas familiares con carácter previo a la celebración de la Junta,²⁶⁵ mediante la sindicación del voto.

²⁶⁴ GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., «La Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar», en AAVV *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Ed. Civitas, 1995, págs. 175 a 194. CIVERA GARCÍA, A., «Los órganos de gobierno de la empresa familiar: la Junta General», en *Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares*, Ed. Civitas, 2006, págs. 123 a 132. RETORTILLO ATIENZA, O., «Particularidades de funcionamiento de la junta general de la PYME y empresa familiar», en AAVV *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, Ed. Civitas, 2010, págs. 403 a 436.

²⁶⁵ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 59 y 60. PÉREZ MORIONES, A., «Eficacia y organización de los sindicatos del voto», en *Los sindicatos del*

Asimismo, debemos señalar como dificultad añadida a la que se enfrenta este órgano —como debilidad propia de la empresa familiar— la duplicidad de roles que se da en este tipo de sociedades, y es que el hecho de que existan personas que ostenten a su vez la propiedad, la administración y la dirección de la sociedad, puede acarrear conflictos de intereses; por ello, es necesario delimitar muy bien las funciones de cada órgano.

Por último, hay que subrayar la gran utilidad que presenta para las empresas familiares —dado su escaso número de socios— la celebración de Juntas universales, definidas por Miranda Serrano²⁶⁶ como «*aquellas juntas de carácter informal en las que concurren dos requisitos: presencia de la totalidad del capital y aceptación unánime por los socios de la celebración de la junta*». De este modo, los socios pueden tratar cualquier clase de asunto y adoptar todo tipo de acuerdos, evitando los formalismos legales de convocatoria de la junta general recogidos en la LSC. Además, otra ventaja añadida a esta flexibilidad, es la posibilidad de efectuar la junta universal en cualquier lugar, ya sea del territorio nacional, o incluso, del extranjero (Art. 178.2 LSC).

voto para la junta general de sociedad anónima, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 1996, págs. 503 y ss.

²⁶⁶ MIRANDA SERRANO, L.M., «La junta universal de accionistas o socios: una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas», en *Revista: Derecho y opinión*, nº9, 2001, pág. 349.

B) El Órgano de Administración

El órgano de administración de las sociedades de capital es el órgano encargado de llevar a cabo tanto la gestión y administración interna de la sociedad, como la representación de ésta en el tráfico jurídico (Art.209 LSC), potestad de la que no puede ser desposeído. De este modo, se configura legalmente como un órgano social permanente y con proyección externa.

Dentro de las tareas de gestión y administración, y al margen de las facultades y deberes que la Ley les encomienda directamente (convocatoria de juntas, formulación de las cuentas anuales, etc.), los administradores han de entenderse facultados para realizar todas aquellas actividades u operaciones que sean idóneas para el desarrollo del objeto social, siempre que no estén reservadas a la junta general.

La Ley no somete al órgano de administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que faculta a las sociedades para optar entre varias formas alternativas (Art. 210.1 LSC). Es posible nombrar a un administrador único o a varios —que podrán actuar conjunta o solidariamente—, así como establecer un Consejo de Administración. Sin embargo, en las sociedades anónimas será obligatoria la constitución de este último órgano cuando la administración se confíe de forma mancomunada a más de dos personas (Art. 210.2 LSC).

En la práctica, como señala Quijano²⁶⁷, es bastante frecuente observar cómo, en sus inicios, las empresas familiares suelen contar con un administrador único, el fundador; mientras que, posteriormente, —conforme aumentan las ramas familiares—, se suele adoptar una administración pluripersonal.

En esta línea, es muy usual que las empresas familiares con cierta solidez y dimensión cuenten con un Consejo de Administración. Al tratarse de un órgano colegiado —además de tener que adoptar sus decisiones por mayoría— su régimen de funcionamiento viene determinado por la necesidad de convocatoria y constitución válida. Para evitar las rigideces, suelen delegarse funciones específicas a favor de uno o varios Consejeros Delegados, reservando para el Consejo las facultades mínimas que en todo caso deben corresponderle (la rendición de cuentas y la elaboración de balances), porque se califican expresamente como indelegables.

La mayoría de los autores²⁶⁸ destaca la conveniencia de nombrar Consejeros externos e independientes, ya que, además de servir como instrumento de ayuda al equipo de dirección de la empresa —mediante la

²⁶⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Órganos de gobierno de la empresa familiar», en AAVV *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Ed. Bosch, 2005, págs. 47 a 92.

²⁶⁸ SEGURA DE LASSALETTA, R., «Gobierno estable de la empresa familiar», en AAVV *El buen gobierno de las empresas familiares*, Ed. Aranzadi, 2004, págs. 105 a 137. GARRIDO PALMA, V.M., «La empresa familiar y el derecho de sociedades», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 43, 2005, págs. 99 a 132. GARCÍA GARCÍA, E., «El Consejo de Administración: funcionamiento», en GIMENO BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L (Dirs.) *Órganos de la sociedad de capital*, Ed. Tirant lo Blach, Vol. II, 1ª Edición, 2008, págs. 1366 y ss.

aportación de conocimientos técnicos, supervisión, orientación, etc.²⁶⁹—, pueden incrementar la confianza de los inversores, los trabajadores y, en general, de las personas que se relacionan con la empresa (incluidos proveedores y clientes).

La gestión de la empresa debe efectuarse con profesionalidad, con objeto de evitar —como hemos señalado al tratar las debilidades de la empresa familiar— que las posibles desavenencias familiares entorpezcan la buena marcha de la sociedad. Así, la familia debe apostar por dirimir sus conflictos en el seno de las instituciones familiares reguladas por el protocolo, evitando trasladarlas al órgano de administración.

4.2.4.2. Órganos familiares

Como peculiaridad de las empresas familiares, es muy frecuente que junto con los órganos societarios que se acaban de examinar, se creen otros órganos de gobierno puramente familiares. Subrayan Gallo y Amat la importancia de estos órganos para la empresa familiar, puesto que *«ayudan a tomar decisiones sobre las tareas que son de responsabilidad de una familia empresaria, mantienen la fluidez de las relaciones personales, favoreciendo la comunicación, la participación, la toma de decisiones conjunta y la resolución de conflictos, y permiten educar a la familia y transmitir el legado y los valores de las generaciones anteriores»*²⁷⁰.

²⁶⁹ MONREAL MARTÍNEZ, J. y otros, *La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial*, Ed. Civitas, 2002, págs. 31 a 33.

²⁷⁰ GALLO, M.A. y AMAT, J.A., *Los secretos de las empresas familiares centenarias. Claves del éxito de las empresas familiares multigeneracionales*, Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Ed. Deusto, 2003, págs. 79 y ss.

A) La Asamblea de Familia

Es habitual que se configure en el protocolo como un órgano meramente informativo —que carece por tanto de facultades decisorias— al que asisten todos los miembros de la familia a partir de una determinada edad (por ejemplo, más de 18 años), con independencia de que trabajen o no en la empresa y sean socios o no de la misma a título personal. De este modo, se hace partícipe de la marcha de la empresa con carácter periódico (por ejemplo, mediante su reunión una vez al año) a todos los miembros de la familia, manteniendo así unido el binomio empresa-familia²⁷¹.

Asimismo, señalan algunos autores²⁷² que la necesidad de articular este órgano se incrementa conforme aumentan las ramas familiares, de cara a facilitar el relevo generacional. Basan su postura en que la junta de familia es, por excelencia, el foro más adecuado para educar y transmitir los valores de la empresa a los familiares más jóvenes; y por tanto, el medio más conveniente para introducirles en sus derechos y responsabilidades como futuros propietarios de la sociedad.

²⁷¹ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «La asamblea y en el consejo de familia. Disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital. A propósito de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 26, 2006, págs. 475 a 494.

²⁷² NEUBAUER, F. y LANK, F. L., «Las instituciones familiares y el consejo de administración», en *La empresa familiar: Cómo dirigirla para que perdure*, Ed. Deusto, 2003, págs. 103 a 170. VIVAS MORENO, B., «Órganos de gobierno en la empresa familiar», en *Guía de aproximación a la empresa familiar. Con la sucesión del empresario en el horizonte*. Colección EOI Empresas, 2006, págs. 111 a 138.

B) El Consejo de Familia

Es la institución familiar de carácter decisorio; en su seno se discuten y se deciden tanto los problemas que puedan surgir en la empresa, así como los proyectos de futuro.

Al igual que ocurría con la Asamblea de familia, la completa determinación de su cometido exigirá la precisión de sus competencias, composición y detalle de su régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos²⁷³. Así, en el desarrollo de sus funciones suele actuar de forma paralela al órgano de administración, velando por el respeto y aplicación de las normas y los pactos previstos en el Protocolo. En concreto, suele encargarse de la selección de los candidatos familiares a trabajadores de la empresa, proponer o debatir sobre la eventual separación o exclusión de algún socio, arbitrar en caso de conflicto entre los miembros de la familia, gestionar la sucesión, etc.

Para lograr que sea eficiente en sus funciones, el Consejo de familia deberá contar con un número reducido de miembros, siendo aconsejable que estén representadas todas las ramas de la familia, con objeto de alcanzar un equilibrio en el desarrollo de la empresa.

²⁷³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Órganos societarios y órganos familiares. Interrelaciones». *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Ed. Aranzadi, 2008, pág. 86.

4.2.5. Otras posibles estructuras societarias

Con objeto de realizar un estudio completo de las formas sociales que pueden adoptar las empresas familiares, se procede a mencionar brevemente otras opciones reguladas en nuestro Ordenamiento con fines organizativos.

4.2.5.1. Los grupos de sociedades

Es relativamente habitual en empresas familiares que han alcanzado un cierto nivel de desarrollo y crecimiento en distintas actividades, a la vez que han ido creciendo las ramas dentro de la familia —multiplicando su número de miembros—, que la coincidencia de ambos conjuntos sea percibida como fuente de un elevado nivel de riesgo por falta de especialización; al mismo tiempo, la alternativa de crear un conjunto de sociedades diferenciadas puede entrañar el peligro de dispersión y falta de coordinación. Por tanto, se requiere un cierto grado de integración entre estas sociedades vinculadas empresarialmente que garantice la unidad en la dirección económica de todas ellas, a la par que posibilite la diversificación, corrigiendo así la excesiva concentración. A tal fin se recurre a la configuración de los grupos de sociedades, cuyo concepto contempla el Art. 18 LSC. Para la existencia de grupo, dicho precepto solo exige una relación de “control” o dominio de una sociedad sobre otra u otras, mientras que la doctrina dominante estima que el elemento decisivo es que exista una “efectiva dirección unitaria”, esto es, una unidad de decisión en todas las sociedades del grupo. Define así Paz-Ares el grupo

de sociedades como «*la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria*»²⁷⁴. El supuesto más común dentro de las empresas familiares que han llegado a este nivel es la combinación de una *sociedad holding con empresas filiales*. La primera de ellas se encarga de la dirección unitaria, en la que todos los miembros de la familia participan porque han aportado sus acciones o participaciones en las empresas preexistentes. En cuanto a las filiales, se encargan de las actividades del grupo empresarial por sectores; en ellas se detecta, por un lado, una conexión directa con la sociedad holding, pues es ésta quien las dirige y coordina; por otro, su pertenencia a los miembros de la familia en distintas proporciones, así como la participación en las mismas de terceros ajenos a la familia²⁷⁵.

Un ejemplo de estas hipótesis sería la evolución experimentada por la primera empresa familiar en nuestra Región de Murcia, que no es otra que el Grupo Empresarial Fuertes²⁷⁶. Su evolución aparece descrita en la

²⁷⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Significado general de los grupos de sociedades», en MENÉNDEZ, A y ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, Octava Edición, Pamplona 2010, pág. 622.

²⁷⁵ CARBALLO CASADO, C., «Las sociedades Holding y la empresa familiar: aspectos jurídico-sustantivos y económicos», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 5, Editorial Bosch, 2005, págs. 84 y ss.

²⁷⁶ Empresa que destaca porque su filosofía actual es, por encima de cualquier otra pretensión, desarrollar iniciativas empresariales que den valor al holding, para garantizarle un futuro estable y sostenible. Se trata de un grupo empresarial orientado a la creación de valor, volcado en el principio de excelencia, y que ofrece a sus clientes propuestas sólidas en cualquiera de sus actividades empresariales. El Grupo Corporativo Fuertes cuenta en la actualidad con una plantilla de 5.220 trabajadores. El holding empresarial, aparece estratégicamente organizado en dos grandes Áreas de Negocio. En el Área Agroalimentaria, “Core Business” del Grupo con una facturación agregada de más de 1.100 millones de euros (dato de 2010), destacan: El Pozo Alimentación, dedicada al sector de la alimentación basada en proteína cárnica con una facturación en 2010 de 662

Sentencia de la AN de 5 de Marzo de 2008²⁷⁷ donde se señala « *La familia Fuertes ha intentado solucionar (...) el problema de la profesionalización, lo ha concentrado en manos de la entidad Grupo Corporativo Fuertes, SL, centrando en la sociedad que nos ocupa las decisiones accionariales y, por tanto, salvaguardar la situación familiar dentro del grupo, ya que la incorporación de socios terceros se realizaría a través de Grupo Corporativo Fuertes, SL (...)*». Se destacan los motivos que fomentan la creación del Grupo empresarial y que coinciden con los comentados «*(...) podemos resumir los motivos que han originado la creación de Grupo Empresarial Fuertes, SL: a) Sirve de base para futuras estructuras organizativas enfocadas al crecimiento y aumentando la flexibilidad, b) Garantiza el control del grupo, c) Delimita los ámbitos de decisión y gestión con una mayor especialización de los equipos directivos, d) Facilita la incorporación de nuevos socios (incorporación de nuevos socios a través de los sub-holding sectoriales, evitando cualquier posible efecto negativo en el negocio principal) (...)*». Recientemente, en el 5º Barómetro de la Empresa Familiar Murciana, el propio presidente del Grupo Empresarial Fuertes, S.L —D. Tomás Fuertes— destacó como ventajas del holding societario «*Las ventajas de*

millones de euros; Agrifusa, dedicada a la gestión de espacios rústicos y la producción agrícola (cereales y uva para vino, entre otros productos); Cefusa, se centra en la cría y engorde de cerdo, cerdo ibérico y vacuno; Fripozo, platos preparados, alimentos precocinados, verduras, carnes, pescados y mariscos, ultracongelados; Sediasa Alimentación, elaboración de quesos y productos lácteos; Bodegas Luzón, elaboradores y comercializadores de vinos de calidad; Procavi, industria avícola, líder español en la producción de pavos; y Amadeus, comercializadora de agua mineral natura. En el Área de Inversiones de Diversificación destaca en sectores tan diversos como el Inmobiliario, Petroquímico, Azulejero, Hostelería, Ocio, Infraestructuras, Comunicaciones, Biotecnología, Residencial para la 3ª Edad, Servicios, entre otros.

²⁷⁷ Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, nº219/2008, de 5 de Marzo. (Westlaw JT\2008\219)

gestionar este complejo empresarial son claras (...) permite aprovecharnos de una economía de escala (...); otra ventaja es que con la diversificación se reduce el riesgo global de la empresa, a la vez que nos proporciona sinergias; otra de las fortalezas es la promoción interna y es que la práctica totalidad de los directivos de las distintas compañías del grupo son reclutados de nuestras filas (...)»²⁷⁸. Por último, conviene también citar, por su importancia, otra serie de empresas familiares murcianas como son Grupo Terrazos El Pilar, S.L, Secom Iluminación SL, Grupo Gea Perona SA, General Ibérica de Extintores SA, Golosinas Vidal SA, Bibiano y Cia SL, Diego Zamora SA, Juan José Albarracín SA y Balneario de Archena, SA.

4.2.5.2. La sociedad unipersonal

Las empresas familiares también pueden adoptar otras formas específicas de sociedad, que normalmente son variantes de las generales conocidas. Así, cabe citar la *sociedad unipersonal* —regulada en el Capítulo III de la LSC—, concebida con carácter general como la forma de una empresa familiar en primera generación, cuando el fundador aparece como socio único. Sin embargo, esta fórmula está dotada de una vocación transitoria, ya que con la incorporación en la empresa de otros miembros de la familia la sociedad pasará —lógicamente— a ser pluripersonal. Este tipo se conoce como sociedad unipersonal originaria, explicitándose en el Art. 12 LSC la posibilidad de que el socio fundador sea una persona física

²⁷⁸ Barómetro de la Empresa Familiar nº5. Primer semestre de 2011. “*Confianza empresarial*”. Cátedra de Empresa Familiar Universidad de Murcia. Disponible en el siguiente enlace: www.um.es/cef.

o jurídica, puntualización que cabe valorar innecesaria²⁷⁹, bastando con que se hubiera referido a las sociedades constituidas por un solo socio.

4.2.5.3. La Sociedad Limitada Nueva Empresa

Otro supuesto específico es la llamada Sociedad Limitada Nueva Empresa, figura relativamente nueva en nuestro Derecho, ya que su introducción se produjo con la Ley 7/2003, de 1 de Abril. En una primera aproximación, parece desprenderse de su configuración una cierta idoneidad para la empresa familiar, dado su carácter reducido —su composición inicial se restringe a cinco miembros personas físicas y su objeto social, que consistirá en todas o algunas de las actividades previstas en el Art. 436.1 LSC—, es flexible; además, ofrece facilidades de constitución, gestión, llevanza de contabilidad, etc. Sin embargo, no ha tenido hasta ahora el grado de aplicación práctica que se esperaba, pues como explicita Tena Arregui «*siendo, en principio una ley de fácil y sencilla aplicación, sacrifica importantes ámbitos de la autonomía de la voluntad a exigencias de la agilidad que tienen relación sobre todo con facilitar la calificación registral*». ²⁸⁰

²⁷⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A., «Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada», en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IV, Vol. 5º, Ed. Civitas, 2001, págs. 57 y ss.

²⁸⁰ TENA ARREGUI, R., «Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámicas», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág.61.

4.2.6. Las acciones y participaciones sociales como técnica jurídica objetivadora de la posición de socio

La acción y la participación social, como parte del capital, son técnicas jurídicas de configuración objetiva de la posición de socio como “parte alícuota del capital social”, y como tales, son complejas, en cuanto implican un conjunto de derechos, obligaciones, y acciones cuyas fuentes son la Ley —Art 90 LSC— y los estatutos sociales²⁸¹. El valor nominal adquiere una importancia decisiva en la vida corporativa, ya que constituye —como apunta Díaz Moreno²⁸²— el módulo con el que —salvo disposición estatutaria en contrario— se mide la intensidad con que los socios pueden ejercitar determinados derechos.

Las acciones y participaciones sociales, como expresión de la condición de socio, conllevan la atribución al socio de un conjunto diverso de derechos. Así, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital —Art. 93— formula una enumeración expresa de los derechos del socio, que a continuación examinaremos. Estos derechos son: el de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones —u obligaciones convertibles en acciones— o el de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones, el de asistir y votar en

²⁸¹ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1^o edición, 2004, Murcia, págs. 163 y ss.

²⁸² DÍAZ MORENO, A. «Participaciones sociales y acciones. Disposiciones generales», en ROJO, A y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters, Pamplona 2011, págs. 763 y ss.

las juntas generales, el de impugnar los acuerdos sociales y el derecho de información. Mientras que los tres primeros son fundamentalmente derechos de naturaleza económico-patrimonial, los tres últimos tienen un carácter esencialmente político y funcional. En todo caso, el alcance de esta enumeración legal debe ser relativizado. De un lado, se trata aquí de derechos mínimos, dado que distintos preceptos legales reconocen otros derechos sustanciales que también integran el contenido jurídico-económico de las acciones y de las participaciones —como el de transmisión, el derecho de separación de la sociedad, el de asignación gratuita de acciones o participaciones en los aumentos de capital con cargo a reservas, etc.—. Y, de otro lado, los derechos enumerados tampoco son derechos absolutos, pues su alcance y condiciones de ejercicio han de determinarse de acuerdo con lo previsto en la propia Ley —que incluso permite en ocasiones la exclusión o limitación de algunos de ellos— y, en su caso, cuando se trate de derechos de naturaleza dispositiva, en los estatutos de la sociedad de que se trate²⁸³. Entrando en el estudio de los derechos mínimos antes enumerados, cabe señalar los siguientes²⁸⁴:

a) *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales.* Respecto al que cabe decir que, pese a que se reconozca a todos los socios, no tiene por qué atribuirse en igual medida. Además, este derecho presenta a su

²⁸³ IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA ENTERRÍA, J., «Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Obligaciones (I)», en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Thomson Reuters, Octava Edición, Pamplona, 2010, págs. 436 y 437.

²⁸⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., «Los derechos del socio», en ROJO, A y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters, Pamplona 2011, págs. 789 y ss.

vez una doble perspectiva: por un lado, existe un derecho en abstracto a participar en los beneficios de la sociedad; por otro, hay un derecho concreto al dividendo. En cuanto *al derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación*, se establece legalmente que una vez satisfechos los créditos contra la sociedad, la cuota líquida correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social, salvo disposición estatutaria en contra.

b) *El derecho de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones sociales, o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.* La suscripción o asunción originaria de acciones o participaciones —tanto en la constitución de la sociedad como en los aumentos posteriores de capital— obliga a los socios a realizar aportaciones a la sociedad, que permiten a ésta formar su patrimonio propio y cubrir adecuadamente su cifra de capital social. La LSC otorga un distinto trato a las SRL y a las SA en este ámbito. Así, mientras que a las primeras les impone, además del principio de asunción íntegra, que los socios desembolsen íntegramente el valor nominal de las participaciones sociales, a las segundas se les exige que sus acciones estén íntegramente suscritas, pudiendo estar desembolsada solamente una cuarta parte del valor nominal de cada acción. En los casos de aumento de capital social, el objetivo de los derechos de preferencia es evitar que la emisión por parte de una sociedad de nuevas participaciones o acciones cause un detrimento del valor de las mismas para los socios antiguos. Al respecto cabe decir que se han ensayado diversas fórmulas para sortear ese deterioro, como la

emisión de participaciones o acciones con prima o la atribución a los antiguos socios de una preferencia sobre el dividendo y/o sobre la cuota de liquidación, entre otras²⁸⁵. Sin embargo, estas fórmulas resultan insuficientes —ya que no cubren la pérdida de influencia sufrida en su derecho de voto—, y por tanto sólo resulta plenamente efectivo el reconocimiento a los antiguos socios de un derecho a asumir preferentemente las nuevas participaciones o acciones emitidas. Además, es necesario subrayar que el derecho de preferencia tiene que atribuirse a todos los socios en igual medida, es decir, proporcionalmente al valor nominal de las participaciones o acciones que aquellos posean (Art. 304.1 LSC).

c) *El derecho de asistir y votar en las juntas generales, y el de impugnar los acuerdos sociales.* En cuanto al primero de ellos —*derecho a asistir a las juntas generales*—, como señala la Dirección General de Registros y del Notariado, «*asistir es un derecho, no una obligación del socio*»²⁸⁶. A su vez, es importante resaltar que es factible la representación en el ejercicio de este derecho, aunque con las siguientes matizaciones: para las SRL el socio sólo puede ser representado por otro socio —salvo previsión estatutaria que habilite a otras personas—; en las SA la representación puede conferirse a cualquier persona, aunque los estatutos pueden limitarlo; por último, en ambas sociedades los socios tienen un derecho incondicional a hacerse

²⁸⁵ CERVERA OLIVER, M., «Derechos de suscripción preferente: normativa española y su regulación en el IASC», en *Partida Doble*, nº 131, Marzo 2002, Editorial Especial Directivos. págs. 6 y ss.

²⁸⁶ Resolución del DGRN de 30 de Marzo de 1999. Publicada en el BOE el 30 de Marzo de 1999.

representar por un familiar o por una persona que ostente un poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio del representado en territorio nacional²⁸⁷. Además, no se puede nombrar más de un representante por socio, y se exige que se haga por escrito —en caso de la SA, cuando lo prevean sus estatutos, por medios de comunicación a distancia que garanticen debidamente la identidad del socio— y de manera especial para cada junta —salvo la conferida en documento público—. Por su parte, en el caso de las Sociedades Anónimas es posible limitar este derecho exigiendo en los estatutos la posesión de un número determinado de acciones para poder asistir a la junta general, con la finalidad de agilizar su celebración.

Por su parte, los socios pueden votar en la forma que tengan por conveniente, aunque siempre en el marco de la buena fe, de la interdicción del abuso del derecho y del ineludible respeto al interés de la sociedad. Así, en el caso de la SRL, la Ley —Art. 190 LSC— establece la prohibición de ejercicio del derecho al voto en una serie de supuestos en los que la formación de la voluntad social podría verse interferida por la presencia de un conflicto de intereses. También es posible que el socio limite de forma voluntaria su libertad de voto y se obligue con otros socios a votar en las

²⁸⁷ FAUS PUJOL, M., «Derechos más importantes del socio en una sociedad anónima», en *Breviario Mercantil*, Octubre 2010, Id. VLEX-44279645, disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/aacute-importantes-socio-sociedad-oacute-66935818>

juntas de manera coordinada, dando lugar a los sindicatos de accionistas o de socios²⁸⁸.

d) *El derecho de información*. Tiene su origen en el natural interés del socio por conocer la marcha de la sociedad. Recuérdese que el socio no participa en las labores de gestión y administración de la sociedad —dada la disociación de funciones entre la junta general y el órgano de administración—; por tanto, el fin perseguido por este derecho es permitir a los socios recabar los elementos de juicio necesarios para poder ejercitar su derecho de voto de forma reflexiva y, en general, poner a su disposición un conocimiento preciso de la marcha de la sociedad ²⁸⁹. Debe tenerse en cuenta, además, que el contenido del derecho de información se amplía en relación a asuntos determinados, como los relativos a la aprobación de cuentas anuales, modificación de estatutos o modificaciones estructurales de la sociedad. En este último punto, es esencial destacar el reforzamiento del derecho de información a raíz de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ya que se impone a los administradores —Art. 9—, como paso preceptivo previo a la transformación de la sociedad, que pongan a disposición de los socios una

²⁸⁸ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA ENTERRÍA, J., «La asistencia, derecho de información y emisión del voto», en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dirs.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Thomson Reuters, Octava Edición, Pamplona, 2010, págs. 483 y 484.

²⁸⁹ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., «Las sociedades capitalistas», en *Manual de Derecho Mercantil*. Universidad Pontificia de Comillas Madrid, ICADE, 3ª Edición, 2007, pág. 295.

serie de informes detallados que den cuenta de la situación de la empresa²⁹⁰.

4.2.7. El carácter privativo o ganancial de las acciones o participaciones sociales

Para poder entender la incidencia de las crisis matrimoniales en el ámbito de la empresa familiar, debemos referirnos al tratamiento que en el marco del régimen económico del matrimonio —concretamente el de gananciales— reciben las acciones y participaciones sociales. Hay que señalar que no es muy extensa la regulación que encontramos en nuestro ordenamiento, siendo destacables los artículos 1.352 y 1.382 CC²⁹¹, y los preceptos relativos a la propiedad mobiliaria o a las mejoras que pueda experimentar la misma.

En el momento actual, no existen dudas sobre la naturaleza patrimonial de la acción o participación social, y su aptitud para ingresar en el patrimonio ganancial, o en el privativo, de cualquiera de los

²⁹⁰ GÓMEZ PORRÚA, J. M. «La transformación de las sociedades mercantiles (Estudio del nuevo régimen establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)», en *Derecho de los Negocios*, N^o 226, 2009, pág. 5.

²⁹¹ Art. 1352 CC «Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho». Art. 1382 CC: «Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes»

cónyuges. De este modo, en nuestro ordenamiento existen los siguientes criterios generales a la hora de determinar la condición ganancial o privativa de las acciones o participaciones sociales²⁹²:

a) *Criterio del momento de adquisición.* Las acciones y participaciones sociales que posea cada cónyuge con anterioridad a la constitución del régimen de gananciales —no plantea ningún problema— revestirán un carácter privativo²⁹³ por aplicación del artículo 1346.1 CC. Las particularidades, en cambio, se encuentran en aquellos casos en los que la adquisición se realice una vez vigente este régimen matrimonial; de tal forma que estos supuestos no pueden ser resueltos únicamente con la aplicación de este criterio.

b) *Criterio de la onerosidad de la adquisición.* La adquisición gratuita de acciones y participaciones por cualquiera de los cónyuges —ya sea por donación, herencia o legado— determinará su privatividad por aplicación del Art. 1346.2 del CC. Sin embargo, este criterio general tropieza con ciertas especialidades —y controversias— en el caso de adquisición de acciones o participaciones sociales procedentes de un aumento de capital con cargo a reservas, supuesto que posteriormente se abordará.

c) *Criterio de la subrogación real.* Por el juego de este principio, las acciones y participaciones sociales adquiridas a título oneroso durante la vigencia del régimen, van a quedar adscritas a una u otra masa patrimonial

²⁹² MONJE BALSAMEDA, O., *Sociedades de gananciales y participaciones sociales*, Bosch Editor, 2008, Derecho de sociedades, Congreso UNIJÉS 2007, págs. 225 a 237.

²⁹³ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Regímenes económicos matrimoniales: constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 817 y ss.

en función de la naturaleza que a su vez tuvieran los bienes objeto de la contraprestación, es decir, tendrán el carácter de privativo, ganancial o mixto en función de la naturaleza de la aportación²⁹⁴.

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

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

²⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Editorial Civitas, 1ª Edición, 2011, págs. 551 y ss.

que estará utilizando en la mayoría de los casos fondos privativos), pero ambos deberán manifestar su voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido²⁹⁵.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 14 noviembre de 2008²⁹⁶, donde la esposa demandante arguye en su demanda la nulidad de la venta de inmueble realizada por su marido a sus padres debido, principalmente, a la falta de consentimiento por su parte al tratarse de un bien ganancial. La sentencia de instancia, y la del tribunal de apelación, señalan que su derecho sobre la vivienda deriva de ser titular del 50 por 100 de las participaciones sociales de la mercantil, participaciones que sí tienen la condición de gananciales; y entre los bienes que conformaban el patrimonio de la mercantil estaba dicha vivienda. A modo de ejemplo, la sentencia cita: *«no es lo mismo que un matrimonio tenga acciones de una entidad mercantil cotizada en Bolsa, con afirmar que a los cónyuges les pertenecen bienes concretos de la sociedad»*

En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de febrero de 2008 viene a exponer: *«el patrimonio social pertenece a la sociedad y no a los socios, por lo que lo que es ganancial no es el*

²⁹⁵ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y otros. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia*. Tomo IV, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 218 y ss.

²⁹⁶ Sentencia AP de A Coruña, Secc. 3ª, núm 531/2008, de 11 de Noviembre EDJ 2008/360555

patrimonio de dicha sociedad, sino sólo las acciones o participaciones que el socio tenga en dicha entidad»²⁹⁷

4.2.8. Casuística de las acciones y participaciones sociales privativas de los cónyuges casados en régimen de gananciales

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

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

Un supuesto frecuente es el del empresario individual que, iniciada su actividad empresarial en estado de soltería —o adquirida la empresa por donación o sucesión—, y transcurrido un tiempo, decide, constante la sociedad de gananciales, transformar su negocio, de empresa individual a cualquiera de los tipos de sociedad de capital, por volumen, dimensionamiento o por motivos fiscales (supuesto contemplado en el artículo 4.3 de Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre Modificaciones Estructurales de la Sociedades Mercantiles).

La cuestión debe ser resuelta a favor del carácter privativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.346.3 del Código Civil: «*Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges los adquiridos a costa o en*

²⁹⁷ Sentencia AP de Las Palmas, Secc. 3ª, 19 de febrero de 2008, recurso nº 420/2007, EDJ 2008/86720

sustitución de bienes privativos». Entran en este concepto las acciones o participaciones sociales de la nueva empresa constituida mediante aportaciones no dinerarias, consistentes en la aportación del negocio privativo (Art. 66 de la LSC). Así lo defienden autores como Pérez Martín²⁹⁸, pues consideran que tendrán carácter privativo las acciones, participaciones y títulos que, constante la sociedad de gananciales, se hayan adquirido —o hayan sido objeto de transformación— a título oneroso pero con fondos privativos, con base en la aplicación del criterio de subrogación real.

En este sentido citaremos la Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº731/1999 de fecha 18 de Septiembre, (RJ 1999/6039)

«Toma relevancia el supuesto fáctico de un empresario individual que hereda de su padre un negocio. Al cabo de los años, vigente la sociedad de gananciales, constituye una sociedad anónima, con aportaciones no dinerarias de todos los elementos de la empresa individual, suscribiendo el 98% del capital social, y su hijo, mediante aportación dineraria, un 2%.

Posteriormente, en el procedimiento de separación matrimonial, los cónyuges no se pusieron de acuerdo sobre el carácter privativo o ganancial de las acciones, entablado la correspondiente contienda. La esposa basó su carácter ganancial en que fueron suscritas mediante aportaciones de elementos adquiridos con fondos comunes; mientras que el esposo alegó el

²⁹⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J. «Acciones, participaciones y otros títulos de sociedades y entidades mercantiles», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, LEX NOVA, Vol. I, Valladolid, 2009, pág. 596.

carácter privativo de sus acciones al considerar que fueron recibidas en contraprestación por la aportación del negocio heredado de su padre. El Juzgado de Instancia resolvió declarar gananciales las acciones litigiosas. Apelada la Sentencia ante la Audiencia Provincial de Valencia, ésta consideró privativo un 20% y ganancial un 80% de las acciones. El TS, revoca la sentencia de la Audiencia, declarando privativas la totalidad de las acciones suscritas por el esposo, considerando que lo que existió fue una transformación y ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con cargo a fondos de la misma, y antes de su aportación; de forma que ello no hizo perder el carácter privativo, con independencia de que la sociedad de gananciales tuviera derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (1397-3^a)»

Sensu contrario, debemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 30 de marzo de 2010²⁹⁹. Se discute sobre la ganancialidad o no de las participaciones sociales en la empresa familiar:

“En este caso, el marido presentó el recurso de apelación señalando que dichas participaciones tenían carácter privativo, ya que la empresa familiar databa de unos 150 años atrás, y que por razones fiscales, y de conveniencia, adoptaron en el año 1979 la decisión de adaptarse y regirse por una sociedad anónima, suscribiendo las acciones por parte de los dos esposos y por un tercero, sólo por conveniencia, sin que su mujer procediera al abono del importe de las acciones con bienes comunes. Sobre

²⁹⁹ Sentencia AP de La Rioja, Sección 1^a, nº 132/2010, de 30 de Marzo, rec. 16/2009, EDJ 2010/94380.

el origen de las aportaciones, y también de las sucesivas ampliaciones de capital, el recurrente decía que, por su parte, se aportaron bienes privativos, un préstamo facilitado por la empresa familiar, y diversas fincas que eran también de la familia.

En principio, el supuesto se resolvería considerando el hecho como una transformación y ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales; pero, como señala la Audiencia en su sentencia, no puede considerarse que la empresa familiar antigua sea la misma que la actual. Ello es así al no probarse que hubiera existido un traspaso en la titularidad de los inmuebles, el registro de marcas, o el personal de la empresa, encontrándose constante el matrimonio ante la constitución de una nueva mercantil que, aparentemente, surgió de nuevo, con un domicilio social diferente al de la anterior empresa. Por tanto, según la Audiencia, la continuidad empresarial se vio rota por la existencia de un diferente domicilio social, e incluso por la utilización de un distinto nombre empresarial y comercial, sin que pueda entenderse acreditado el traspaso en bloque de los activos empresariales, tales como instalaciones, maquinaria y trabajadores; constando igualmente que las sucesivas ampliaciones de capital se realizaron normalmente con cargo a reservas.

Para romper el principio de presunción de ganancialidad establecido en el artículo 1.361 del Código Civil, que dice: “se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se prueba que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”, y en evitación de controversias futuras, y litigiosidades innecesarias sobre el carácter

ganancial del bien “acción” o “participación social”, será conveniente que en la escritura de constitución de la sociedad se haga un inventario de los elementos aportados con mención expresa del carácter de los mismos.

4.2.8.2. Adquisición de nuevas acciones o participaciones sociales de la Sociedad

Hay de distinguir dos supuestos de adquisición:

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

b) La derivada del aumento del capital social —Art. 295 LSC—, por creación de nuevas participaciones sociales, emisión de nuevas acciones, o por elevación del valor nominal de la ya existentes, realizada con cargo a nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social —incluida la aportación de créditos contra la sociedad—, o con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado.

El artículo 1.352 CC³⁰⁰ atribuye la condición de privativas a las nuevas acciones o participaciones sociales cuyo origen procede de la titularidad de otras privativas. Si para su pago se utilizasen fondos comunes, o se

³⁰⁰ Art. 1352 CC: «Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho»

emitieran las acciones o participaciones sociales con cargo a beneficios, se reembolsará a la sociedad de gananciales el valor satisfecho.

El cónyuge que pretenda que las nuevas acciones o participaciones sociales, adquiridas constante la sociedad de gananciales, posean igual carácter privativo que las originarias, deberá probar que las antiguas las adquirió antes de contraer matrimonio por compraventa, herencia, donación o con fondos privativos, en virtud de sus derechos de suscripción preferente, ya que a la vista de la literalidad del precepto no hay que confundir titularidad con atribución.³⁰¹ En caso contrario, entraríamos en el ámbito de la presunción de ganancialidad —ya examinada— regulada en el artículo 1.361 del CC y, en consecuencia, si las acciones o participaciones sociales originarias fueron adquiridas con carácter privativo o ganancial, también lo serán las adquiridas en virtud de aquellas.

Así se pronuncia el TS en su sentencia de 24 de marzo de 2003³⁰², sobre las acciones adquiridas en ejercicio del derecho de suscripción preferente por ampliación social a partir de otras acciones privativas.

La cuestión fáctica versa sobre la titularidad ganancial o privativa de unas acciones adquiridas por uno de los cónyuges de su padre fallecido. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, señalan la titularidad privativa de dichas acciones.

³⁰¹ DE LOS MOZOS, J.L., «Comentarios a los artículos 1.344 a 1.410», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, Tomo XVIII, Vol. 2, págs. 63 y ss.

³⁰² Sentencia del TS núm. 277/2003, de 24 de marzo, RJ\2003\2917.

El TS señala expresamente « (...) *En todo caso, la atribución privativa de las nuevas acciones, o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge, obedece, o es “como consecuencia de su titularidad sobre otras acciones o títulos también privativos”.*

Examen aparte requiere, por sus especialidades —como apuntamos anteriormente—, la suscripción de acciones por aumento de capital con cargo a reservas generadas constante la comunidad ganancial. En primer lugar, hay que indicar que no comporta la entrada de nuevos bienes en la sociedad ni afecta, por tanto, a la situación patrimonial. Se trata de una mutación de reservas sociales en capital, mediante un simple traspaso contable, verificándose en consecuencia una reestructuración de los recursos propios de la sociedad. Este aumento comporta notables consecuencias jurídicas, ya que los fondos transformados —que en principio serían de libre distribución— quedan imputados a capital, y se convierten por ello en indisponibles. Es habitual en estos casos hablar de un aumento “gratuito” del capital, ya que los socios no tienen que realizar ninguna aportación y el desembolso de las nuevas acciones o participaciones es realizado por la propia sociedad con cargo a las reservas integradas en su propio patrimonio.³⁰³

Las nuevas acciones serán de titularidad privativa, con independencia del derecho de reembolso, ya que según explica Martín Meléndez, las reservas proceden generalmente de beneficios obtenidos y

³⁰³ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA ENTERRÍA, J., «Aumento de capital con cargo a reservas», en MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, 2010, Octava Edición, pág. 530

no distribuidos a los accionistas, pero una vez incorporados a las mismas, pierden dicho carácter, para pasar a formar parte del patrimonio social. Por eso, no se puede considerar la emisión con cargo a reservas como una emisión a cargo de dividendos. Como la sociedad de gananciales, analógicamente a lo que ocurre con el usufructuario de acciones, no tiene derecho a todos los beneficios que se produzcan, sino sólo “a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo” (aquí, durante la vigencia de la sociedad de gananciales), no puede defenderse que esas nuevas acciones sean gananciales, sino que han de ser privativas del cónyuge accionista, a lo que se une el mantenimiento de la posición del socio en la sociedad³⁰⁴.

Cadarso Palau considera que no se trata de un supuesto de adquisición de nuevas acciones de carácter gratuito (que, por consiguiente, entraría dentro del supuesto regulado por el art. 1346.2 CC³⁰⁵); sino que, como señala, se trataría de «acciones realmente desembolsadas, siquiera el desembolso se haga con cargo a reservas de beneficios acumuladas en poder de la sociedad e integradas en el patrimonio social»³⁰⁶

La suscripción de acciones por aumento de capital, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias de fondos comunes, es uno de los supuestos prácticos más frecuentes en las empresas familiares para dotarse

³⁰⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 302.

³⁰⁵ Art. 1346-2ª CC: «Son privativos de cada uno de los cónyuges: (...) Los que adquiera después por título gratuito»

³⁰⁶ CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Ed. Tecnos, 1993, págs. 62 y 63.

de recursos propios para su financiación.

En el primer caso, la realización de las aportaciones dinerarias se rige por las mismas normas aplicables al desembolso del capital fundacional. En estos casos la Ley prevé —Art. 62.1 LSC y 132 y 189 RRM— la posibilidad de hacer la entrega directamente al notario del efectivo para su ulterior depósito a nombre de la sociedad; o puede acreditarse ante el referido fedatario el depósito del dinero a nombre de aquélla mediante la correspondiente certificación³⁰⁷. Aunque hay que tener en cuenta la excepción que existe en las sociedades anónimas, donde se requiere que la cantidad pendiente de desembolsar no exceda del tres por ciento del capital social —Art. 299 LSC—. En este último punto, la Ley ha venido a suavizar la prohibición categórica de aumentar el capital sin el previo desembolso de las acciones emitidas, anteriormente recogido en el Art. 89 de la derogada LSA de 1951.

En el segundo caso, el contravalor del aumento —es decir, las aportaciones no dinerarias— deberá ser sometido al régimen que resulte aplicable en función del tipo social de que se trate: en la sociedad anónima habrá de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes (Art. 67 y ss. LSC), al igual que en fase de constitución; y en la Sociedad Limitada, regirá el particular régimen de responsabilidad solidaria de los aportantes, socios y administradores, frente a la sociedad, y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del

³⁰⁷ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. «Aportaciones dinerarias en el aumento de capital», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2216 y ss.

valor atribuido (Art. 73.1 LSC). Esta responsabilidad solidaria, en todo caso, podría excluirse (Art. 76 de la LSC) –de acuerdo con las reglas generales– sometiendo la aportación voluntariamente a valoración pericial³⁰⁸; y en el caso de una Sociedad Anónima, se extenderá a los socios fundadores y a aquellos por cuya cuenta hayan obrado éstos (Art. 77 LSC).

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

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

El derecho de suscripción preferente ya fue examinado cuando acometimos el estudio de los derechos legales mínimos reconocidos al socio. De esta suerte, la preferencia para la suscripción de nuevas acciones se revela como un derecho a favor de quien con anterioridad ya era socio. Ahora bien, dicha preferencia no siempre se ejercitará por su primitivo titular, ya que el derecho de suscripción preferente lleva implícito el reconocimiento de un valor económico y de un contenido patrimonial de carácter no personalísimo. Este dato es el que permite explicar la

³⁰⁸ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA ENTERRÍA, J. «Aumento de capital con cargo a reservas», en MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, 2010, Octava Edición, pág. 529

posibilidad de transmitir los mismos dentro del propio círculo de destinatarios de la preferencia, o bien a sujetos enteramente desvinculados de la sociedad que aumenta el capital³⁰⁹. Ahora bien, este último punto debe ser matizado en relación con las SL, ya que se requiere disposición estatutaria expresa para poder transmitir los derechos de asunción de participaciones sociales a personas distintas de las que legal o estatutariamente puedan adquirir libremente las participaciones sociales.

Concretamente, en la transmisión voluntaria del derecho de preferencia (Art. 306 de la LSC) por actos *inter vivos* de nuevas acciones, o participaciones sociales, cuando la titularidad de las anteriores es privativa, al no tratarse de un fruto, no puede considerarse ganancial, sino privativa; y por tanto, el importe de su enajenación tendrá tal carácter.³¹⁰

4.2.8.4. Pago de dividendos

Todo socio es titular, con el carácter de derecho individual, del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. Pero el derecho de participación en el reparto de las ganancias sociales y el derecho al dividendo no son conceptos equivalentes. Esta cuestión es observable en la práctica, puesto que hay empresas que, aun teniendo beneficios, deciden no repartir dividendos, y otras, en cambio, deciden incluso mantener una cuantía establecida a pesar de que en un ejercicio determinado los

³⁰⁹ LARA GONZÁLEZ, R., «La transmisión del derecho de preferencia», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2261y ss.

³¹⁰ PRETEL SERRANO, J. J., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 658 y ss.

resultados hayan disminuido o incluso se hayan obtenido pérdidas (reparto con cargo a reservas o a resultados de ejercicios anteriores).

La jurisprudencia³¹¹ y la doctrina³¹² aluden a dos tipos de derechos: uno abstracto, que es el derecho del socio a participar en los beneficios de las Sociedades de Capital; y otro concreto, que es el derecho al dividendo, que no se obtiene sino desde el acuerdo de la Junta General, y que, desde ese momento, nace como derecho de crédito del socio frente a la Sociedad, cuya prestación debida es la cantidad de dinero derivada de las “ganancias sociales” que le correspondan en proporción a su participación en el capital social para la Sociedades Limitadas (Art. 275.1 LSC), o al capital que hubiera desembolsado en el caso de las Sociedades Anónimas (Art. 275.2 LSC). Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de existencia —por previsión estatutaria— de acciones o participaciones con privilegio en el reparto de las ganancias sociales: son los denominados dividendos privilegiados.

³¹¹ Vid. Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 60/2002, de 30 de Enero « *El accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto. El acuerdo de la Junta general es el que decide el reparto del dividendo, y hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago (...)*». Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 676/2002, de 5 de Julio « (...) sobre el derecho al dividendo, distingue entre este derecho en abstracto y en concreto, solo reclamable tras acuerdo de la Junta General (...)». Auto de TS, Sala de lo Civil, de 11 de Noviembre de 2008 « (...) procede distinguir entre el derecho abstracto del accionista al reparto de dividendos y su derecho concreto a percibir dichos dividendos, una vez que existe acuerdo de la Junta General de reparto de beneficio (...)»

³¹² VICENT CHULIÁ, F., «Distribución de dividendos», en *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 675 y ss. MARCO ARCALÁ, L. A., *Derecho abstracto a los dividendos sociales*. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº44, 1997, págs. 805 a 814. BAGO ORIA, M^a B., *Dividendos encubiertos: el reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*, Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2010, págs. 83 y ss.

El derecho al dividendo nace por virtud de acuerdo social válido de reparto de ganancias, acordado por la Junta General, que será la que determinará las circunstancias de su pago, es decir, el tiempo, el lugar y la forma (Art. 276.1 LSC). Con carácter supletorio, se dispone (Art. 276.2 LSC), como lugar de pago, el domicilio social, y como tiempo del pago, el día siguiente al del acuerdo de distribución. Tal derecho también puede nacer por virtud de norma legal o, en su caso, de norma estatutaria que así lo disponga³¹³; teniendo un plazo de prescripción para su cobro de cinco años, contados desde el día señalado para ello.

Los presupuestos para su nacimiento son los siguientes:

a) Existencia de beneficios repartibles. Se cumplirá este requisito cuando el valor del patrimonio neto contable no sea inferior a la cifra del capital social, a consecuencia del reparto, siempre que, con carácter previo, hayan sido cubiertas las asignaciones legales y, en su caso, estatutarias, del beneficio (Art. 273. 2 LSC). Al respecto hay que puntualizar que el patrimonio neto al que hace referencia este precepto no es el contable según balance, sino el resultante de aplicar las correcciones previstas en el Art. 36.1 CCo. Así, el importe que se califique como patrimonio neto conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, habrá de incrementarse, de un lado, en el importe del capital social suscrito no exigido —requisito que sólo afecta a las S.A—. De otro lado, deberá incrementarse en el importe nominal de las primas de emisión o asunción

³¹³ ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1ª edición, 2004, Murcia, págs. 186 y ss.

de capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo, esto es, el relativo a las acciones o participaciones rescatables o sin voto. Por último, también a estos efectos, los ajustes por cambios en el valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias no se consideran patrimonio neto³¹⁴.

b) Inexistencia de pérdidas de ejercicios anteriores pendientes de absorción. En caso de existir tales pérdidas, el beneficio deberá destinarse necesariamente a la compensación de las mismas. Ha de tenerse en cuenta que, de existir reservas disponibles por cuantía igual o superior a las pérdidas acumuladas, el patrimonio neto no será inferior al capital. El capital actúa como cifra de retención, de tal forma que no podrá procederse al reparto de beneficios en tanto existan pérdidas de ejercicios anteriores, esto es, mientras no se restablezca el equilibrio entre capital y patrimonio neto. Es una de las asignaciones legales del beneficio.

c) Amortización íntegra de las partidas correspondientes a gastos de establecimiento y a gastos de investigación y desarrollo susceptibles de ser recogidos como activos, así como, en su caso, el fondo de comercio. En este último supuesto, hay que tener en cuenta que, con la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se eliminó la amortización sistemática del fondo de comercio, aunque en caso

³¹⁴ ORTUÑO BAEZA, M^a T., «La distribución de beneficios», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1^a Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2033 y ss.

de deterioro de su valor habrá que establecer la correspondiente corrección como pérdida irreversible (Art. 39.4 CCo). De esta forma —con el nuevo tratamiento contable del fondo de comercio—, se suprimió también la limitación en el reparto de dividendos en tanto no estuviera enteramente amortizado, pero se creó la obligación de dotación de una reserva indisponible por la cuantía de la potencial amortización que habría practicado por ese activo adquirido a título oneroso³¹⁵.

d) Existencia de una fuente válida de nacimiento del derecho al dividendo como derecho de crédito, que puede ser:

(i) La Ley.

(ii) El acuerdo de la junta general de socios favorable a aplicar la totalidad, o parte del resultado o del patrimonio neto, a ser repartido entre los accionistas como dividendo.

(iii) La disposición estatutaria que regule y determine el nacimiento de ese derecho, disposición que no debe excluir —de forma directa o indirecta— la competencia de la junta general de accionistas en tal sentido.

La sociedad puede, igualmente, acordar la distribución de cantidades a cuenta de dividendos, previo acuerdo de su junta general, o por acuerdo o decisión del órgano de administración (Art. 277 LSC). Conocidos en la práctica y literatura jurídica como *dividendos a cuenta*, consisten en cantidades de dinero que la sociedad entrega a sus socios como pago anticipado —“a cuenta”— de dividendos futuros, pero de fundada

³¹⁵ OMEÑACA GARCÍA, J., *Contabilidad General*, Ediciones Deusto, 11ª Edición, Barcelona 2008, pág. 292.

expectativa. Con esta práctica se atiende el posible interés de los socios en percibir el rendimiento de su inversión en la sociedad con una periodicidad inferior a la anual. Por tanto, sirve así al doble interés de la atracción de capitales y la realización del interés de los socios inversores. Se trata de dividendos sometidos a un proceso excepcional de distribución, y por ende, es necesario que se respeten siempre los siguientes presupuestos (Art 277 LSC), además de los generales ya expuestos:

a) Los administradores formularán con carácter previo un estado contable —que se incluirá posteriormente en la memoria— en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución de cantidades a cuenta. Con ello se pretende evitar que la sociedad proceda a la enajenación de elementos de su activo o a obtener crédito para hacer frente al pago de estas cantidades, aunque ciertamente este requisito podría cumplirse si se procediera a dicha enajenación u obtención de crédito antes de formular el estado contable. El estado contable deberá reflejar —de conformidad con las limitaciones previstas en este artículo— la obtención de un resultado positivo desde el cierre del ejercicio anterior, el estado de tesorería, la dotación de reservas legales y estatutarias, la existencia y cuantía de las pérdidas de ejercicios anteriores y la estimación del impuesto a pagar por dichos resultados. Esta finalidad podría lograrse con el balance de comprobación o, de no adaptarse al contenido y

momento necesarios, estos datos podrían reflejarse a través de un balance de situación y una cuenta de pérdidas y ganancias³¹⁶.

b) La cantidad total a distribuir no deberá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas pérdidas de ejercicios anteriores —con el fin de mantener el principio de correspondencia mínima entre capital y patrimonio— y cantidades que deban destinarse a reservas obligatorias e impuestos estimados sobre tal beneficio. Se pretende así garantizar que las cantidades a cuenta distribuidas recaigan sobre beneficios realmente obtenidos y de los que la sociedad puede —en principio— disponer libremente.

Para completar este apartado, es preciso hacer referencia al *derecho de separación de los socios en caso de falta de distribución de dividendos*. Así, con objeto de evitar la conducta de opresión de la minoría que puede causar la no distribución de dividendos durante varios ejercicios, la reforma parcial de la LSC operada por la Ley 25/2011, de agosto de 2011, ha incorporado en el Art. 348 bis como causa del derecho de separación del socio la falta de distribución de dividendos. Para que este derecho pueda prosperar es necesario que se den los siguientes requisitos: (i) que hayan transcurrido cinco ejercicios desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad; (ii) que el socio que pretenda hacer uso del derecho de separación hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales; (iii) que la junta general no acuerde la distribución como dividendo, de al menos, un tercio

³¹⁶ ORTUÑO BAEZA, M^a T., «Las cantidades a cuenta de dividendos. Requisitos», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1^a Edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 2058.

de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles; (iv) que dicha falta de reparto no tenga su justificación en una limitación legal, tales como la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o estatutarias; (v) que se trate de sociedades no cotizadas. La mayoría de la doctrina³¹⁷ ha coincidido en apuntar que, pese a esta reforma constituye un avance en el reconocimiento de los derechos de la minoría dentro de las sociedades de capital, su parca regulación conlleva dudas interpretativas de importancia, que pueden dar lugar a una casuística muy diversa. Ante estas deficiencias, el propio legislador, ha suspendido, mediante Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital³¹⁸, la aplicación del Art. 348 bis de la LSC hasta 31 de diciembre de 2014.

³¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, M. J. y SAMBEAT SASTRE, J.M., «Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *Diario La Ley*, nº 7844, de 24 de Abril de 2012 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY Ref. 4134/2012). LUCEÑO OLIVA, J.L., « Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC)», en *Diario La Ley*, nº 7709, de 5 de Octubre, Ref. D-367 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY Ref. 15821/2011). CAMPINS VARGAS, A., «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», en *Diario La Ley*, nº 7824, de 23 de Marzo de 2012, Ref. D-130 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY Ref. 2517/2012). FELIÚ REY, M. I., «Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad», en *Derecho de los negocios*, nº 259, 2012, págs. 23 a 27.

³¹⁸ Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 150, Sec. I, pág. 44680 y ss.

Por su parte, el Código civil dispone, en su precepto 1347.2, «*Son bienes gananciales: (...) Los frutos, rentas, o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*»

Dicho artículo habla de «frutos, rentas o intereses» que se devenguen durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y, por tanto, corresponderán a la sociedad de gananciales, y serán gananciales, los beneficios obtenidos de los bienes según su destino económico, por cualquiera de los cónyuges.³¹⁹

Entre los frutos que se devengan, constante la sociedad de gananciales, aparecen los dividendos aprobados por la sociedad familiar.³²⁰

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

La resolución de la cuestión planteada estriba en establecer qué criterio adoptamos para calificar los dividendos como gananciales o privativos: si la fecha del acuerdo o la de pago, es decir, el criterio del devengo frente al de pago.

³¹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, págs. 647 y 648.

³²⁰ *Vid.* Art. 127 LSC

Nuestra opinión, sustentada en la Jurisprudencia que invocamos del Tribunal Supremo³²¹ (Sentencias de fecha 10 de Octubre de 1996, 19 de Marzo de 1997 y 30 de Enero de 2002) y seguida en las distintas Audiencias Provinciales³²² (Madrid, 28-7-2006, Rec 165/2006; Alicante, 15-1-2004), nos permite fijar su calificación, como privativo o ganancial, atendiendo a **la fecha del acuerdo societario y no la de pago**, es decir, primando el criterio del devengo frente al del pago.

«El derecho nace y se concreta por el accionista y, por ende, para la sociedad de gananciales si la misma está vigente en el momento en que se acuerda el reparto de dividendos en la Junta, independientemente de que su pago se haya aplazado temporalmente, para añadir, que tienen este carácter y pertenecen al patrimonio ganancial las cantidades pagadas, y que estén pendientes de pago, por los acuerdos que sobre reparto de dividendos tomados en la Junta de las sociedades, en que los cónyuges sean titulares de acciones privativas, celebradas antes de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales»

En igual sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 14 de mayo de 2007³²³ *«el criterio para determinar qué dividendos pertenecen a la sociedad de gananciales radica en la fecha del acuerdo social aprobándolo, con independencia de la fecha y forma de pago, de suerte que los*

³²¹ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 788/1996, de 10 de Octubre, Westlaw RJ 1996\7063. Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 215/1997, de 19 de Marzo, Westlaw RJ 1997\1721. Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 60/2002, de 30 de Enero, Westlaw RJ 2002\2311

³²² Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 530/2006, de 28 de Julio, Westlaw JUR 2007\32151. Sentencia de la AP de Alicante, Secc. 4ª, núm. 7/2004 de 15 enero (Westlaw JUR 2004\79932)

³²³ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, núm. 144/2007 de 14 mayo, JUR\2007\368230

recibidos por virtud de acuerdos adoptados, vigente la sociedad ganancial, pertenecen a ésta». Más recientemente, también se puede citar como ejemplo de la vigencia de esta línea jurisprudencial —con conocimiento directo al representar a la parte actora— la Sentencia del mismo Tribunal de 22 de Febrero de 2011³²⁴ «Se indica que el procedimiento de que dimana el presente recurso, lo es por los dividendos abonados a la demandada en fechas de 20 de septiembre y 20 de diciembre de 2003 y 20 de marzo de 2004, una vez liquidada la sociedad de gananciales; que el derecho del accionista al dividendo surge cuando la junta de accionistas acuerda su reparto, fijando la cantidad, el momento y la forma de pago, que el presente caso el acuerdo de distribución se produjo vigente la sociedad de gananciales, por lo que integran un derecho de crédito de la sociedad»

Por tanto, los dividendos percibidos con posterioridad a la disolución del matrimonio, pero devengados constante el mismo —como derechos de crédito de la sociedad de gananciales— deberán ser percibidos por su titular y abonados en la mitad de su importe al otro ex cónyuge.

4.2.9. Actos de administración y disposición en las sociedades de capital por los titulares del bien casados en régimen de gananciales

En tanto sean un bien ganancial, las acciones y participaciones sociales estarán sujetas al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión³²⁵, es indudable la aplicación del

³²⁴ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4ª, nº 90/2011, de 22 de Febrero. JUR\2011\158662.

³²⁵ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «La gestión de bienes gananciales», en *LA Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº7, 2001, págs. 1668 a 1684.

inciso primero del Art. 1384 CC, en cuanto proclama la *validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuyo nombre, en el caso concreto, aparezca frente a la Sociedad ostentando la titularidad de la participación o acción* en su condición de socio, así como la del Art. 1385 CC³²⁶, que posibilita al cónyuge socio llevar a efecto los derechos derivados de esta condición frente a los otros sujetos de la relación, es decir, la sociedad y los demás socios. Este aspecto ya fue estudiado cuando se abordó la administración del régimen de gananciales, pero es necesario traerlo a colación para completar el examen de las acciones y participaciones:

a) Como *actos de administración*, por su condición de titular de las participaciones o acciones inscritas en el libro de registro, y por tanto, como socio de la Sociedad, el cónyuge titular podrá ejercitar los derechos que le confiere el Art. 93 LSC, precepto que viene a recoger el significado de la acción como conjunto de derechos corporativos integrantes de la condición de socio³²⁷. Recuérdese que el artículo 1384 del Código Civil se establece como excepción al principio de cogestión imperante en el régimen económico matrimonial de gananciales. Como señala Guilarte, «nuestro ordenamiento permite a un cónyuge llevar a cabo individualmente determinados “actos” sobre bienes que pueden ser de titularidad ganancial, pero que figuran inscritos a su nombre o que detentan en ese momento, al margen de la

³²⁶ Es decir, como señala la profesora MARTÍNEZ GALLEGO, «se habilita al cónyuge titular de un derecho de crédito (que no necesariamente único *dominus*) para que pueda realizar válidamente el cobro».

³²⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; y OLIVENCIA, M., (Dir.) *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Editorial Civitas, Tomo IV, 1994, pág. 98

*relación interna que exista entre ambos consortes»*³²⁸. Por tanto, el elemento determinante de la administración de las acciones o participaciones sociales es la titularidad de las mismas, correspondiendo aquella al cónyuge a cuyo nombre figuren. Esta línea ha sido reflejada en la jurisprudencia; así, se puede citar a la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de 29 de abril 1.999³²⁹, que atribuye al esposo, y no a la esposa, la administración de las acciones y participaciones sociales de las que era titular en tres sociedades familiares, así como el ejercicio de los derechos políticos en las Juntas Generales de Accionistas que pudieran tener lugar, quedando sometido al cumplimiento de las obligaciones principales y accesorias propias del cargo. Más recientemente, igual sentido atribuye a la administración de las acciones el TSJ de Madrid³³⁰ al invocar que en aplicación del artículo 1384 la gestión de aquéllas corresponde al cónyuge a cuyo nombre figuran.

b) En relación a la *esfera dispositiva*:

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

³²⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 1991, págs. 134 y ss.

³²⁹ Sentencia AP de Valencia (Sección 6ª) de 29 abril de 1.999, AC\1999\4932.

³³⁰ Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, nº 33/2011, de 11 de Febrero. JUR\2011\160857.

(ii) Sin embargo, *las participaciones sociales*, tal y como establece taxativamente el Art. 1 de la LSC, no podrán incorporarse a títulos negociables, razón por la cual, no podrán ser válidamente enajenadas sin el consentimiento de ambos cónyuges.

En estos casos, las reglas de ganancialidad se imponen a las societarias, ya que los actos de disposición exceden de la estricta relación societaria para adentrarse en el contenido del ejercicio de un derecho ordinario, como es el de propiedad.

Interpretamos que el Art. 1384 CC tiene total eficacia, ya que sólo cuando estemos ante un título valor ganancial a nombre de uno de los cónyuges, queda éste legitimado para realizar en solitario el acto de disposición. En otro caso, es decir, cuando no sea un título valor, el consentimiento dual será imprescindible.

Art. 1.377 CC «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes»; y 1.378 CC «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso»

En la Sentencia de Valencia antes reseñada³³¹, la Audiencia ratificó la medida dictada por el Juzgado de Instancia de *prohibición expresa a los*

³³¹ Vid. Cit. 329

cónyuges de realización de actos de disposición respecto de las acciones o participaciones nominativas de las que fueran titulares, y que integrasen la sociedad de gananciales, si no contaban con el consentimiento expreso del otro cónyuge, subsistiendo dichas medidas hasta que se produjera la liquidación de la sociedad de gananciales.

5. MEDIDAS EN ORDEN A LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL EN LA EMPRESA FAMILIAR

La crisis matrimonial puede afectar negativamente a la unidad, permanencia y continuidad de la empresa familiar, en cuanto sea necesario proceder a la atribución a cada cónyuge de la proporción que le corresponda de acuerdo con el régimen económico aplicado a su matrimonio.

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

Pocos son los precedentes que encontramos en nuestra jurisprudencia menor y mayor sobre lo que es objeto de estudio en este capítulo, sin duda debido a que los primeros pronunciamientos judiciales se decretan en el Auto de Medidas Previas o Provisionales, que no son susceptibles de recurso ante las Audiencias Provinciales; no así, cuando las medidas de administración y disposición de los bienes gananciales se adoptan en la

formación de inventario, que sí son susceptibles de recurso de apelación ante las Audiencias Provinciales.

Vamos a centrar nuestro examen en las *medidas* que podrían instarse ante los Juzgados de Familia, referidas a la conservación del patrimonio “empresa familiar” durante el proceso matrimonial (medidas provisionales y demanda principal), y hasta su liquidación.

5.1. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

5.1.1. Código civil

En primer lugar debemos señalar que en nuestro Derecho —Arts. 81 y 86 del CC— existen dos vías para poder obtener la separación matrimonial o el divorcio:

a) A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, lo que da lugar al procedimiento denominado por la práctica forense como «*de mutuo acuerdo*».

b) A petición de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso se suele denominar procedimiento «*contencioso*».

Tras la reforma de tales preceptos operada por la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio —y una vez desaparecidas las causas de separación y de divorcio—, en realidad la única diferencia que existe entre una y otra vía tiene que ver con la forma de regular los efectos

consiguientes a la situación de separación o de divorcio. Sin embargo, si bien se mira ello sólo atañe a la fuente de la que emanan las medidas reguladoras de la vida post-conyugal, en un caso convencional y en otro jurisdiccional, es decir, a la forma en que los cónyuges determinan la organización de sus relaciones futuras; pero no a la naturaleza o al contenido de esas medidas, que a la postre, viene a ser idéntico³³². Ya sea el convenio regulador, ya las medidas jurisdiccionales «subsidiarias», los aspectos que necesariamente hay que disciplinar siempre son los mismos, sin perjuicio de que los cónyuges puedan introducir, en el caso de la regulación convencional, otras precisiones diferentes. Por otra parte, el contenido de tales previsiones o la manera de disciplinar esos aspectos también es idéntico en ambas vías procedimentales, pues viene en todo caso marcado por lo establecido en los Arts. 92 a 101 del CC³³³.

Nuestro Código Civil distingue entre efectos y medidas provisionales. En relación con las medidas, cabe distinguir dos tipos, en función del momento en que se solicitan: *las medidas previas o "provisionalísimas"* (Art. 104 CC), son aquellas que solicita del juzgado el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, y que sólo subsisten si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptadas, se presenta la demanda

³³² LLAMAS POMBO, E. «Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión», en LLAMAS POMBO, E (Coord.) *Nuevos conflictos del derecho de familia*, LA LEY. Madrid, 2009, págs. 210 y ss.

³³³ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: ley 15/2005*, LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, Noviembre 2005, págs. 83 y ss.

ante el juez competente³³⁴. Y *las medidas provisionales* (Art. 103 CC), que son las que se solicitan de forma simultánea a la demanda de nulidad, separación o divorcio. En puridad, las medidas concretas a adoptar son las mismas en ambos supuestos, dada la remisión que efectúa el Art. 104 a los Arts. 103 y 102 del CC. Además, comparten las siguientes características³³⁵:

a) Tienen una naturaleza meramente eventual y cautelar, cuya finalidad es conseguir la preservación de un *status quo* en tanto no exista un pronunciamiento firme y definitivo sobre su mantenimiento o extinción, así como el aseguramiento de la efectividad de las medidas que finalmente se adopten con carácter definitivo. Obviamente, no se pedirán cuando se trate de un procedimiento consensual o de mutuo acuerdo, en el que es preceptiva la presentación de la propuesta de convenio regulador.

b) Tienen un carácter discrecional, no siendo, por tanto, impugnables en casación, pues las facultades discrecionales se otorgan al juzgador de instancia para que pueda resolver en cada caso y momento lo más conveniente; de todo lo cual ha de concluirse la improcedencia de que se aproveche el juicio declarativo sobre la liquidación de la sociedad de gananciales para deducir peticiones impropias de tal proceso, y por supuesto, de la casación.

³³⁴ BELLO JANEIRO, D., «La separación vincular y la disolución del matrimonio», en LLEDÓ YAGÜE, F., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. y MONJE BALMASEDA, O. (Coords.) *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Ed. Dykinson, T. I, Parte sustantiva. 2011, págs. 279 a 286.

³³⁵ PUIG BRUTAU, J., MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, A.E., *Diccionario de acciones en derecho civil español*, Editorial Bosch, S.A, 3ª Edición, Barcelona, 2005, pág. 375.

Este doble carácter ha sido reseñado por nuestros tribunales³³⁶, sobre todo a raíz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de Abril de 1994³³⁷: «(...) resultando indiscutible que todas las medidas adoptadas al respecto corresponde acordarlas, cual se ha dicho en el anterior fundamento, al juzgador de instancia, por su doble carácter discrecional y eventual, no siendo, por tanto, definitivas ni impugnables en casación las medidas adoptadas, ni su modificación, por lo que ha de pedirse ésta al Juez de la separación que adoptó tales medidas, quien ponderará la variación de circunstancias para modificarlas o no, de lo que ha de concluirse la desestimación del motivo, por no tener acceso lo que interesa al recurso extraordinario que nos ocupa (...)»

Centrándonos en el contenido del Art. 103 CC, hay que señalar que en él se establecen las medidas que afectan a aspectos más complejos de las relaciones familiares, diferenciándose entre las de naturaleza personal —determinación del cónyuge con el que han de quedar los hijos, el régimen de visitas, etc.—, las patrimoniales —sostenimiento de las cargas familiares, fijación de *litis expensas* y reglas relativas al régimen económico

³³⁶ Vid. también la Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 306/2002, de 25 de Septiembre. Westlaw JUR\2002\282295 «(...)las medidas provisionales que se regulan en el artº. 103 del Código Civil, son, simplemente, medidas de precaución, que revisten un doble carácter, discrecional y eventual, no siendo por tanto, definitivas, ni impugnables en casación, las resoluciones que recaigan sobre tales medidas, y que solo pueden ser impugnadas, o modificadas, cuando se acredite, que la discrecionalidad ejercida por el juzgador de instancia, en la adopción de tales medidas provisionales, es inoportuna o arbitraria, o que se han modificado las circunstancias fácticas, que aconsejaron la adopción de las medidas en cuestión (...)».

³³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 366/1994 de 29 abril (Westlaw RJ 1994\2945)

matrimonial— y las mixtas³³⁸ —atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, etc.—. A continuación vamos a desarrollar las medidas patrimoniales.

El artículo 103, párrafos 3º y 4º, tiene como finalidad:

a) Que los *rendimientos del patrimonio familiar garanticen la contribución a las cargas del matrimonio* a que están afectos, estableciendo las medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar su efectividad. Como señala la AP de Navarra³³⁹ « (...) *la contribución a las cargas del matrimonio tiene como finalidad fijar una cantidad genérica para cubrir las necesidades que surjan durante la tramitación del procedimiento de separación o divorcio (...)*»

Entre las medidas cautelares que pueden adoptarse para salvaguarda de los intereses patrimoniales, el precepto explicita «(...) *establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes (...)*». Los depósitos pueden versar acerca de dinero efectivo, joyas, títulos convertibles en Bolsa, acciones, participaciones sociales y demás bienes muebles por naturaleza, o por su carácter representativo, como escrituras de hipotecas, prendas y las de compra de inmuebles. En cuanto a las retenciones, estarán frecuentemente

³³⁸ PÉREZ VEGA, A., «Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio matrimoniales en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, nº 13, Sección Doctrina, 2002, tomo 2, Editorial La Ley, pág. 447.

³³⁹ Sentencia de la AP de Navarra, Sección 3ª, nº 125/2000, de 13 de Junio. El Derecho: EDJ 2000/52000

referidas a los porcentajes decididos sobre los ingresos de uno o de los dos miembros de la pareja.³⁴⁰

Las bases para la actualización de las cantidades que mensualmente o con otra periodicidad han de ser atendidas por los cónyuges, han de ser fijadas por el Juez, y de ordinario se llevan a efecto adoptando como porcentaje corrector el índice de precios al consumo u otros que se consideren más precisos o preferibles por alguna razón especial.

b) A la *conservación del patrimonio común hasta la liquidación de la comunidad*, en su caso, al finalizar el proceso o en ejecución de sentencia, estableciendo las reglas en cuanto a su administración y disposición, así como la obligación de rendición de cuentas. Sin embargo, en opinión de Ortolá Icardo³⁴¹, no se puede admitir que uno de los cónyuges, en caso de actividades mercantiles de carácter ganancial, y en sede de medidas provisionales, pretenda que el otro entregue la mitad de los beneficios de los negocios comunes cuya administración se encomienda a éste; y ello por cuanto excede del ámbito previsto en el artículo 103 del Código Civil, y por tanto, no puede resolverse y adoptarse como medida provisional. Por su parte, en la aplicación de este apartado los tribunales³⁴² han reiterado que

³⁴⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al artículo 103 Código Civil, Matrimonio, separación y divorcio», en *Matrimonio, separación y divorcio. Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, Ed. VLEX, Págs. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59767040>

³⁴¹ ORTOLÁ ICARDO, E. J., «Medidas provisionales coetáneas a la demanda de nulidad, separación o divorcio», en *Práctica de Tribunales*, Nº 13, 2005, pág. 10

³⁴² *Vid.* Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 6ª, nº 430/2011, de 11 mayo, Westlaw: JUR\2011\214438; Sentencia de la AP de Toledo, Sección 1ª, nº303/2009, de 19 de Noviembre. Westlaw: JUR\2010\26691 y Sentencia de la AP de Ciudad Real, Sección 2ª, nº 11/2009, de 20 de Enero. Westlaw: JUR\2009\193215

«esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de una demanda de separación, y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más»

Las reglas que se tendrán como básicas para el ejercicio de la administración de los bienes gananciales pueden ser acordadas por los cónyuges, siempre que sean definitivamente aprobadas por el juez, evitando las posibles desconfianzas o malas prácticas en el ejercicio de esta potestad. En caso de no existir acuerdo, sería de aplicación lo establecido en el artículo 91 del CC, que señala que el Juez, en defecto de acuerdo entre las partes, *«determinará las medidas que hayan de sustituir a la ya adoptada con anterioridad, en relación con la contribución a las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico, y las cautelas o garantías respectivas, estableciéndose las que proceda»*. En este punto, la AP de Granada³⁴³ subraya el carácter temporal de las medidas provisionales, y por ende, rechaza la genérica ratificación de las medidas provisionales en las sentencias de separación o divorcio *«(...) considerando que, como tiene reiterado este Tribunal, no es adecuado ratificar, de forma genérica, en las Sentencias en que se decreta la separación de los cónyuges, las medidas acordadas provisionalmente durante la tramitación del proceso (...) los efectos o medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la Sentencia estimatoria»*, lo que está en justo paralelismo con lo prescrito en el artículo 91, expresivo de que el Juez determinará conforme a lo establecido en los artículos

³⁴³ Sentencia de la AP de Granada, Sección 5ª, nº 214/2010, de 14 de Mayo. El Derecho: EDJ 2010/207950

siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad; aún más cuando algunas de ellas -artículo 103, 4 y 5 - tienen que desaparecer al producir la Sentencia firme la disolución del régimen económico matrimonial - artículo 95 - y la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio - artículo 103.3 -tiene que concebirse bajo auspicios diferentes y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 93 y 97 de dicho Cuerpo Legal»

Por otra parte, el artículo 102 CC enumera los efectos que son automáticos y operan «*ope legis*» una vez admitida la demanda de nulidad, separación, o divorcio —aunque también pueden solicitarse como medida previa, siempre que vaya seguida de la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio dentro de los treinta días siguientes— y que son los siguientes: 1º.- La separación provisional de los cónyuges. 2º.- La revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, y la cesación de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. De los reseñados, destacaremos el fijado en el apartado 2º, por considerarlo una de las medidas adecuadas para la conservación del patrimonio “empresa familiar”.

5.1.2. Ley de Enjuiciamiento Civil

5.1.2.1. Tratamiento procesal de las medidas provisionales previas y de las medidas provisionales coetáneas

El cauce procesal para solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil, sería el previsto en los artículos 771 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial—, de medidas provisionales previas a la demanda, o las derivadas de su admisión a trámite, que quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia, o se ponga fin al procedimiento de otro modo.

Así, el Art. 771 LEC se refiere al procedimiento a seguir para la tramitación de la solicitud de las *medidas provisionales previas*, constituyendo una plasmación procesal de lo dispuesto en el —antes mencionado— Art. 104 CC. Concretamente, las medidas se solicitarán ante el Juzgado de Familia o el de Primera Instancia, por cualquiera de los esposos, sin que sea preceptiva la asistencia de abogado y procurador para la presentación del escrito de solicitud. Admitida a trámite la solicitud de medidas, en forma de auto, el Secretario Judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes, debiendo dar cuenta de la resolución al Tribunal en el mismo día (Art. 771.2). El cónyuge demandado deberá estar asistido en la comparecencia por abogado y representado por procurador; al igual que el cónyuge solicitante, puesto que, aunque se le permite presentar la solicitud sin la intervención de abogado ni de procurador, dicha intervención sí será necesaria para «*todo*

escrito y actuación posterior», en la que cabe encuadrar la referida comparecencia. La doctrina³⁴⁴ ha criticado doblemente en este aspecto al precepto, al establecer que no sea preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para presentar el escrito de solicitud de medidas, y que sí deban intervenir para la comparecencia y para todo escrito o actuación posterior, pues, por un lado, en este escrito inicial de solicitud se pueden estar sentando las bases de unas medidas definitivas —ya que es posible su confirmación por la vía del art. 772 de la LEC—, por lo que parece más razonable que ya sea el propio letrado quien confeccione el escrito, por la importancia que éste tiene para el ulterior desarrollo procesal; y por otro, llama la atención que el demandado deba contar, en todo momento, con la asistencia letrada y representación procesal, y no así el demandante.

Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido efectuarse en aquélla, «*el Tribunal resolverá en el plazo de tres días, mediante auto*» (Art.771.4 LEC), esto es, si la prueba se practicó íntegramente dentro de la comparecencia, este plazo se contará desde el momento de la finalización de la misma; si la práctica de la prueba se hubiera completado en un acto distinto de la comparecencia, el plazo de los tres días comenzará a contarse a partir de la terminación de la práctica de la prueba. La resolución judicial adopta la forma de auto en el que el juez fijará todas las medidas solicitadas sobre las que no hubiera habido acuerdo, o aprobando

³⁴⁴ GÓNZALEZ POVEDA, P., *La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC comentada)*, Vol. II. MARTÍNEZ-PARDO, M^a. y LOSCERTALES FUERTES, D. (Coords.), Ed. Serpin, Madrid, 2000, págs. 1545 y ss. PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., *El proceso matrimonial*, Ed.Colex. Madrid, 2003, págs. 65 y ss.

las acordadas entre las partes; en este momento podrá rectificar las medidas que, por razón de urgencia, se hubieran adoptado sin la audiencia del demandado³⁴⁵. Los efectos y medidas provisionales previas, en cuanto se adoptan en consideración a la futura iniciación de un proceso de nulidad, separación o divorcio —como ya se señaló—, tienen una duración temporalmente limitada, y se extinguen si, transcurridos 30 días desde su adopción, no se presenta la correspondiente demanda de nulidad, separación o divorcio, esto es, están sometidas a un plazo de caducidad.

Como hemos avanzado, el Art. 172 LEC establece en su apartado 1º que la admisión a trámite de la demanda supone la confirmación de las medidas previas, salvo que el juez entienda que deben ser completadas o modificadas. De esta suerte, se reconoce al Tribunal —en el apartado 2º— la facultad de completar o modificar las medidas previamente acordadas cuando lo considere oportuno. Cuando el tribunal considere procedente modificar o completar las medidas, convocará a las partes a una comparecencia que será señalada por el Secretario judicial y que se substanciará por el trámite regulado en el Art. 771 de la LEC. Será necesario que, bien en la citación a la comparecencia, o al inicio de la misma, el tribunal determine, con exactitud, cuál va a ser el objeto de la comparecencia, para que las partes puedan formular las alegaciones que estimen oportunas o proponer la prueba pertinente sobre una medida en

³⁴⁵ GAVILÁN LÓPEZ, J., *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, págs. 436 y 437.

concreto; de lo que se trata es de acotar los puntos objeto de debate o controversia.

Por su parte, el Art. 773 de la LEC trata del procedimiento a seguir para la adopción de las *medidas provisionales coetáneas*, derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, a las que hace referencia el Art. 103 del CC. El actor, al solicitar la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en el escrito de la demanda principal, por medio de Otrosí Digo —al objeto de establecer la distinción entre la solicitud de medidas provisionales y definitivas— o con la presentación coetánea de un escrito independiente, la adopción de las medidas provisionales que estime oportunas —todas las que figuran en el Art. 103 del CC, o sólo las que en ese momento le interesen—, siempre y cuando no se hayan acordado medidas previas.

También se prevé la posibilidad de que las partes hayan llegando a un acuerdo sobre las medidas provisionales que van a estar vigentes durante la tramitación de todo el procedimiento hasta la adopción de las medidas definitivas. Este acuerdo acompañará al escrito de demanda para someterlo a la aprobación del tribunal, previo informe del Ministerio Fiscal si existen hijos menores o incapacitados. Al respecto hay que realizar dos puntualizaciones: la primera, que dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal al acordar las medidas definitivas; con lo cual, el papel de este acuerdo queda muy debilitado, porque tanto el demandante como el demandado, en su reconvención, pueden solicitar como definitivas

medidas de distinto contenido a las acordadas por ambos cónyuges como provisionales —no rige el principio de la prohibición de ir contra los propios actos³⁴⁶—; y, por otro lado, dudamos de su eficacia práctica, porque lo normal y lógico es que si las partes llegan a un acuerdo respecto de las medidas, soliciten el cambio del procedimiento contencioso a consensual.

Asimismo, se recoge —en el apartado 4º— la posibilidad de que sea el demandado el que solicite, en el escrito de contestación a la demanda, la adopción de medidas provisionales, siempre y cuando el actor no las hubiese solicitado y no estuviesen vigentes unas medidas previas o definitivas. La resolución de estas medidas se sustanciará en la vista principal del pleito, donde se oirá a las partes y se practicarán las pruebas, siempre que la vista se señale dentro de los 10 días siguientes a recibirse el escrito de contestación a la demanda; en caso contrario, el Secretario Judicial convocará a las partes —y en su caso al Ministerio Fiscal— a una comparecencia. Como señala Pérez Vega³⁴⁷, la intención del legislador con la redacción de este precepto ha sido buena, su intención es ahorrarse una comparecencia; sin embargo, dado el colapso que sufren, en general, los juzgados en nuestro país —en la práctica totalidad de los casos—, es dudoso que la citación a la vista pueda efectuarse antes de los diez días,

³⁴⁶ ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M^a., *Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 154.

³⁴⁷ PÉREZ VEGA, A., «Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio matrimoniales en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, nº 13, Sección Doctrina, 2002, tomo 2, Editorial La Ley, pág. 481.

por lo que la vía más utilizada es la tramitación de la petición de medidas en comparecencia independiente.

Antes de dictar el Tribunal la resolución, el Secretario Judicial convocará a los cónyuges, y en su caso, al Ministerio Fiscal —cuando sea preceptiva su intervención—, a comparecencia que se desarrollará conforme a lo establecido en el Art. 771 de la LEC para la adopción de medidas previas, complemento o modificación de las mismas.

Por último, hay que reseñar la posibilidad de que las medidas provisionales sean adoptadas de oficio por el juez. Así, el núm. 2 del Art. 773 de la LEC expresa que, admitida la demanda en defecto de peticiones de las partes, el tribunal deberá acordar lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el Art. 103 del CC. Se trata de la adopción de medidas integradas por un primer núcleo, que conforman las denominadas de orden público, sobre las que el juez tendrá que pronunciarse, aun cuando las partes no las hayan solicitado.

5.1.2.2. Otras medidas de administración y disposición de bienes gananciales: tratamiento procesal de la solicitud y formación de inventario en el marco de la liquidación de los gananciales

Si el Juez no se hubiera pronunciado, por no haberlo solicitado en la demanda las partes en contienda, cabe la adopción de medidas de administración y disposición de los bienes comunes por el cauce de los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez admitida la demanda, iniciado, o concluido el proceso por sentencia, cualquiera de los

cónyuges podrá solicitar la formación de inventario de los bienes gananciales, debiendo el Juzgador pronunciarse acerca de lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

Algunos autores³⁴⁸ atribuyen al Art. 808 LEC un carácter cautelar, ya que persigue el aseguramiento de la integridad del patrimonio conyugal, hasta la disolución régimen económico matrimonial; asimismo, entienden que ambos cónyuges se hallan legitimados para la solicitud del inventario. Con una opinión contraria, Guilarte Gutiérrez mantiene sus reservas respecto a esta doble legitimación, en los supuestos en los que el proceso liquidatorio de la sociedad conyugal trae causa a su vez de un proceso de disolución de la misma para el que sólo está legitimado uno de los cónyuges, como ocurre en los casos subsumibles en el art. 1393 del CC, señalando que *«la disponibilidad del proceso liquidatorio por parte del demandante, resulta difícilmente compatible con que sea el otro cónyuge el que inste la formación de inventario»*³⁴⁹

En cuanto al procedimiento de la solicitud, deberá hacerse por escrito, siendo aconsejable —aunque no preceptiva, conforme a lo dispuesto en el Art. 232.2 LEC— la representación de un Procurador y la dirección técnica de un Letrado, ya que son los que técnicamente pueden aconsejarles en la

³⁴⁸ PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., *El proceso matrimonial*. Editorial. Colex, Madrid. 2003, págs. 137 y ss. MONTERO AROCA, J., *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blach, 3ª Edición, Valencia, 2008, págs. 355 y ss.

³⁴⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial*, LORCA NAVARRETE, A. Mª (Dir.) Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 4393.

forma más adecuada para sus intereses. El Art. 808.2 de la LEC exige que la solicitud de formación de inventario sea acompañada de una propuesta, en la que, con la debida separación, se harán constar las partidas que deban incluirse con arreglo a la legislación civil; asimismo deberán aportarse —conjuntamente con la propuesta— los documentos que sirvan de base para la justificación de las diferentes partidas incluidas en el inventario. La remisión que, para la configuración de las partidas, entendidas como activo y pasivo, se hace a las normas civiles, nos lleva a pensar que lo realiza en concreto a los Arts. 1397 y 1398 CC, aunque, como acertadamente ha apuntado algún autor³⁵⁰, los citados preceptos cobran plena sustantividad una vez que se ha realizado la liquidación, conllevando operaciones y valoraciones que suponen la intervención de peritos y contadores, refiriéndose de manera expresa al «importe actualizado (...)». Por ello, la lectura lógica que habría que realizar de la remisión efectuada por el Art. 808.2 LEC a los Arts. 1397 y 1398 del CC, lo es única y exclusivamente con referencia a los efectos de formación de las partidas y los conceptos que deben contenerse en las mismas.

Por su parte, el Art. 809 LEC se refiere al procedimiento para la formación de inventario. Una vez que cualquiera de los cónyuges presente propuesta de inventario, el Secretario judicial señalará fecha y hora —en un plazo máximo de diez días a contar desde la solicitud— para que, en comparecencia de ambos cónyuges, se proceda a la formación del inventario. Citadas las partes a la comparecencia, puede acaecer que

³⁵⁰ DÍAZ FUENTES, A., *División de la herencia y liquidación del régimen matrimonial*, Editorial Bosch, 2002, págs. 286 a 288.

concurran las dos, una sola, o ninguna. En el primer caso, si existiere acuerdo sobre el contenido de las partidas y la valoración de los bienes y derechos que las integren, se extenderá acta por el Secretario, dándose por finalizado el acto. Ahora bien, en el supuesto de que alguno de ellos no compareciere, sin causa que lo justifique, se le tendrá por conforme con la propuesta que el otro haya realizado, con la diferencia de que en el caso de no hacerlo el instado, lo hace sobre la base de tener un conocimiento cierto de la propuesta hecha por la contraparte, y de la que se le ha hecho sabedor. Por contra, si quien no comparece es el cónyuge instante, se le tendrá por conforme con el inventario del otro, pero en este supuesto sin haber tomado conocimiento de su contenido. De cualquier manera, parece difícil que, sin causa justificada, deje de asistir a tal acto quien en su momento instó la iniciación del procedimiento. Por último, y para el caso de que ninguna de las partes hiciera acto de presencia, parece que lo más lógico sería proceder al archivo de las actuaciones, quedando viva la posibilidad de instar nuevamente el trámite en cualquier momento posterior³⁵¹. Prevé el apartado 2 del Art. 809 LEC que cuando se suscitaren controversias en la comparecencia entre las partes —ora relacionadas con la inclusión o exclusión de algún concepto en las partidas, ora con su importe— se citará a los interesados a una vista que se ajustará a los trámites propios del juicio verbal. Este juicio verbal, a tenor del último párrafo del art. 809 LEC, ha de finalizar por sentencia, que resolverá todas

³⁵¹ SÁNCER PELEGRINA, J.A, «Análisis de la formación de inventario y de la liquidación como fases del nuevo proceso liquidatorio de los regímenes económicos matrimoniales», en *Actualidad Civil*, nº 34, 2002, tomo 3, pág. 1107.

las cuestiones suscitadas, aprobándose el inventario del consorcio conyugal.

Requiere nuestra atención la importancia de la formación de inventario en fase de medidas, o dentro del proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su libro IV, Título I, Capítulo V, —artículos 806 a 811—, ya que de la inclusión o exclusión como ganancial del negocio familiar, o de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar, puede derivarse una controversia innecesaria a través de un largo y tortuoso proceso judicial que puede poner en juego la continuidad, e incluso la desaparición de la empresa familiar.

Prueba de ello es la Sentencia de la AP de Murcia de 2002³⁵², al validar el carácter ganancial de unas acciones y participaciones sociales originariamente privativas de tres sociedades de carácter familiar. La base de tal ratificación radicó en el hecho que los cónyuges habían introducido en el acuerdo sobre la separación y sus efectos, alcanzado en el acto de la vista de medidas provisionales, una cláusula en virtud de la cual atribuían carácter ganancial a las acciones y participaciones privativas del esposo; sin que se hubiesen solicitado medidas de administración o disposición.

Con posterioridad a ese acto, se produjo un cambio en la dirección letrada, que intentó deshacer el error manifiesto de la cláusula aludida, argumentando que era la formación del inventario —y no otro— el

³⁵² Sentencia AP de Murcia, Sección 1ª, núm. 233/2002 de 7 junio, JUR\2002\215935.

momento en que las partes deberían reconocer o no la ganancialidad de los bienes por vía de inclusión o exclusión, siendo precisamente en ese trámite donde se manifestó el carácter privativo de las acciones y participaciones sociales.

Tal pretensión fue rechazada en la instancia en base a que no existía obstáculo alguno para que las partes puedan convenir el carácter ganancial o privativo de los bienes cuando lo estimen pertinente, y todo ello por aplicación del Art. 1.323 del Código Civil.

Recurrida la resolución con fundamento en esa cláusula, el Juzgado incluyó en el activo inventarial las acciones y participaciones, considerando que se había alcanzado un acuerdo sobre el carácter ganancial de las mismas, perfectamente válido y eficaz de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 1.255, 1.323 y 1.355 del Código Civil.

La Audiencia señaló que —sin desconocer la desafortunada redacción de la cláusula 5ª— era necesario determinar cuál fue la verdadera intención de los contratantes. Desde luego, si las partes no hubieran reconocido ese carácter ganancial no habría razón alguna para su reseña literal, como base en la mentada disolución. Es de todo punto ilógico —continúa—, pretender que la cláusula 5ª —única que se refiere a unos concretos bienes—, carezca de virtualidad y eficacia, al quedar supeditada a los que del resultado de prueba posterior se puedan determinar en función de lo dispuesto en el artículo 1.361 del Código Civil. Añade que mayor importancia tiene el hecho de que en el propio acuerdo se pactara expresamente —en relación a las acciones y participaciones sociales— lo

siguiente: *«comprometiéndose las partes a no disponer de las mismas hasta el momento en que se haya liquidado la sociedad de gananciales»*. Concretamente, afirma el Tribunal que *« (...) es evidente que dicho pacto no puede entenderse de otra forma distinta a la que sostiene el Juzgador recurrido y esta Sala comparte, puesto que ningún sentido tendría una cláusula del referido tenor si de bienes privativos se tratase y ese era el carácter que le atribuía los cónyuges. Obviamente si no gozan de esa naturaleza ganancial, no existiría razón alguna que amparase semejante limitación de dominio»*.

Consideramos que la sentencia de instancia y la posterior de la Audiencia Provincial de Murcia, se ajustan plenamente a derecho, pese al esfuerzo del Letrado recurrente de enmendar el fallo garrafal de la cláusula 5ª del acuerdo; de ahí, la importancia que asume la formación de inventario de los bienes gananciales.

La liquidación de la sociedad de gananciales de los cónyuges en litigio concluyó en Marzo de 2010, tras un tortuoso e innecesario control de las sociedades familiares por parte de quien no era propietaria de las acciones y participaciones sociales, pero que devino en tal por un acto propio —precipitado y no deseado— de reconocimiento de ganancialidad por el cónyuge titular y de desastrosas consecuencias para la continuidad de una de las tres Compañías familiares, que acabó cesando en su actividad empresarial. Las otras dos sociedades siguen en poder de aquél de los cónyuges que era titular en las sociedades familiares con una participación del 100% de su capital social.

En conclusión, las medidas a solicitar y a adoptar, respecto a la administración y disposición del “bien empresa familiar”, deben garantizar su adecuado rendimiento cuando la ruptura conyugal no facilite la colaboración necesaria; así como las cautelas tendentes a la conservación del patrimonio empresarial, no sólo en interés de la familia o del cónyuge no titular, sino de los terceros.

La casuística es tan amplia que toda previsión teórica sería insuficiente, por lo que habrá que estar en cada caso al supuesto concreto.

En este trabajo, sólo nos queda formular un elenco generalista para la empresa individual y sociedades de capital.

5.2. MEDIDAS A ADOPTAR EN LA EMPRESA INDIVIDUAL, GANANCIAL Y MIXTA

El cónyuge ajeno a la gestión de la empresa debe pretender que se establezcan unas medidas tendentes a asegurar la continuidad del negocio familiar como fuente de ingresos de la unidad familiar, y de reparto del patrimonio postganancial. Todo parece sugerir que deberá continuar el cónyuge comerciante gestionando la empresa familiar, y esa sería sin duda la mejor postura —descartamos la cogestión—; la cuestión es determinar cuáles serían en concreto las medidas que podría solicitar para el aseguramiento del negocio ganancial. A nuestro juicio cabrían las siguientes:

1^o.- *Que la empresa continúe siendo gestionada por su titular, por el cónyuge comerciante.* Como regla fundamental e ineludible para garantizar

la continuidad de la empresa, dado el presumible desconocimiento de las necesidades y conveniencias del negocio por parte del cónyuge no titular, lo que haría poco adecuada la cogestión.

2.- *Formular un inventario de los elementos configuradores del bien empresa.* Teniendo en cuenta la confusión que se produce entre el patrimonio personal y empresarial, es conveniente —con objeto de dotar de protección a éste último— establecer una delimitación clara de los bienes que conforman el negocio.

3.- *Necesidad del consentimiento de los cónyuges para todo acto de disposición,* dejando a salvo la posibilidad de autorización judicial cuando uno de ellos la negare injustificadamente (Art. 1.377 CC), o bien limitar esa autorización judicial a los actos de disposición sobre determinados bienes.

4.-*Prohibición de hacer uso de la facultad (Art. 1382 CC) de tomar anticipos del numerario ganancial que sea necesario para el ejercicio de su actividad empresarial.*

5.- *Establecer la periodicidad por la cual el cónyuge comerciante deberá informar de la situación del negocio y de los rendimientos de la explotación, así como de la rendición de cuentas sobre la gestión de la empresa.*

6.- *Si fuera necesario, o conveniente, la designación de un auditor de cuentas que verifique y emita un informe sobre la situación económica patrimonial de la empresa.*

7.- *La anotación preventiva del auto de medidas en el registro de la propiedad donde conste inscrito el establecimiento mercantil.*

Con *carácter subsidiario* a los puntos anteriores, y para el supuesto que el cónyuge comerciante incumpla alguna de las medidas propuestas, se podría solicitar la administración conjunta de ambos cónyuges, o el nombramiento de un administrador judicial.

Respecto del nombramiento de administrador judicial, los Tribunales³⁵³ actúan con prudencia en su inicial designación por ser gravosa, rechazando en numerosas ocasiones las pretensiones de su nombramiento. La excepción suele darse en supuestos en los que el cónyuge no titular aporte elementos probatorios —no meras sospechas—, de actuaciones contrarias al patrimonio empresarial común, como por ejemplo las referidas a la ocultación de la realidad económica, o a las enajenaciones ficticias de elementos configuradores de la misma. Así, en Sentencia de la AP de Madrid³⁵⁴, se determina la necesidad de nombrar un administrador para el negocio familiar ante las irregularidades contables —enajenaciones injustificadas— realizadas por el marido comerciante, revocándole en el cargo y mandando realizar previamente un informe de auditoría.

³⁵³ *Vid.* Sentencia AP de Murcia (Sección 5ª), núm. 255/2009 de 10 de noviembre, JUR\2010\8526. Sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª, nº 566/2009, de 17 de Septiembre. VLEX-206407639, considera el tribunal como suficiente la rendición de cuentas efectuada al cónyuge no comerciante. Sentencia de la AP de Cantabria, Sección 2ª, nº 590/2008, de 1 de Octubre. VLEX-69251985. Sentencia de la AP de Málaga, Sección 4ª, nº 837/2005, de 31 de Octubre. JUR\2006\143541

³⁵⁴ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 514/2009, de 30 de Julio, Id. vLex: VLEX-77195065.

5.3. MEDIDAS A ADOPTAR EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La realidad de la empresa familiar es muy variada, pudiendo estar formada por ambos cónyuges como fundadores, o por ambos conjuntamente con otros miembros de su familia —generalmente hermanos y consortes de estos—; pudiendo coexistir, o no, el socio o los socios fundadores, con la siguiente generación.

Es factible que en la empresa familiar trabajen ambos cónyuges, o que uno de ellos sea socio y el otro un mero trabajador, o que uno de ellos se mantenga al margen del negocio, mientras el otro asume labores de gestión y dirección efectiva de la empresa como directivo o administrador.

No es infrecuente que, iniciada la crisis matrimonial, el cónyuge titular de las participaciones o acciones y administrador de la compañía, pretenda realizar determinadas maniobras con el fin de causar un perjuicio patrimonial a su consorte. A continuación destacamos los siguientes casos:

a) Así, hay supuestos en los que el cónyuge administrador realiza actuaciones tendentes a la desaparición de ciertos activos; sirva de ejemplo la Sentencia de la AP de Madrid³⁵⁵ en la que se impone al marido que reintegre al activo de la sociedad el importe actualizado de los bienes enajenados de forma fraudulenta como administrador del negocio familiar; concretamente, señala el tribunal: *«Los actos de administración y disposición de bienes gananciales, que pueden atacarse no solamente en el caso de que produzcan perjuicios a terceros, sino también cuando tal perjuicio se produce a la propia*

³⁵⁵ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 299/2008, de 25 de Abril. EDJ 2008/80251.

sociedad conyugal y a uno de los cónyuges, directa o indirectamente (...) es deudor de la sociedad legal de gananciales aquel cónyuge que realice un acto de administración o disposición, obteniendo un beneficio o lucro exclusivo para dicho cónyuge, u ocasionando dolosamente un daño a la sociedad (...)».

b) En otras ocasiones se realiza una disminución de los fondos propios por vía de pérdidas ficticias; así, la AP de Vizcaya³⁵⁶ declaró la nulidad de un contrato de préstamo realizado por el marido —en calidad de administrador único de la sociedad familiar—, por considerarlo una maniobra fraudulenta de engrose del pasivo de la sociedad, y desencadenante de las pérdidas ficticias de la sociedad.

c) A veces se producen operaciones societarias tendentes a la disminución del capital social mediante la realización de una *operación acordeón*. Denominación otorgada por la doctrina³⁵⁷ a aquellas operaciones complejas consistentes en una reducción del capital social por debajo de la cifra mínima legal —o incluso a cero— acompañado de aumento de capital simultáneo hasta alcanzar o superar dicha cifra o la transformación en otro tipo societario (Art. 343 LSC). Este tipo de operaciones han sido utilizadas con finalidades abusivas; así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo³⁵⁸ al señalar que el objeto perseguido con las actuaciones realizadas por el grupo de control no era otro «(...) que desprenderse de una minoría molesta o

³⁵⁶ Sentencia de la AP de Vizcaya, Sección 1ª, nº 595/2008, de 5 de Septiembre. EDJ 2008/359327

³⁵⁷ LEACH ROS, Mª. B., *Equilibrio patrimonial: operación acordeón*, Ed. Edersa, Madrid, 2001, págs. 23 y ss. CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R. *Operación acordeón, pérdidas y consenso en la Sociedad Limitada*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, págs. 17 y ss.

³⁵⁸ Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1171/2007, de 9 de Noviembre. EDJ 2007/206015.

sencillamente mal avenida», ya que el aumento de capital fue mediante compensación de créditos que dos de los socios ostentaban, habiéndose acordado en la junta general que al tratarse de ampliación por compensación de créditos, quedaba excluido el derecho de suscripción preferente de los accionistas amparándose en el Art. 159 LSA. Para evitar abusos por parte de los socios mayoritarios, la LSC otorga —en el apartado 2º del Art. 343— al derecho de preferencia una especial consideración al especificar que «*en todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios*». Esta previsión conlleva importantes consecuencias³⁵⁹: por un lado, no podrán utilizarse aquellos aumentos para los que no es aplicable el derecho de preferencia —absorción parcial o total y conversión de obligaciones en acciones (Art. 304.2 LSC)—; por otro, tampoco será admisible su exclusión por acuerdo de la Junta General (Art. 308 LSC), blindando así la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente para expulsar a los socios minoritarios. Así, en el ámbito de la sociedad de gananciales podemos encontrar dos supuestos: en el primero de ellos, el cónyuge administrador de la sociedad familiar —de la que ambos esposos son titulares— realiza una operación acordeón con la finalidad de expulsar de la sociedad familiar al otro consorte, aprovechando su falta de liquidez para suscribir nuevas acciones en el momento de la ampliación de capital. En el segundo, uno solo de los cónyuges —como único titular de las acciones o participaciones sociales—,

³⁵⁹ ESPÍN GUTIÉRREZ, C., «El proceso de reducción del capital por debajo del mínimo y aumento del capital simultáneos», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 2459 y ss.

llevaría a cabo la operación con desconocimiento del otro consorte, pudiendo en la ampliación de capital proceder a la liquidación de las mismas con el consecuente perjuicio para el patrimonio ganancial.

d) También es posible la existencia de créditos del socio frente a la sociedad —que podrían ser utilizados para un aumento de capital con cargo a los mismos— pero que se ocultan hasta la liquidación del caudal común, o se devuelven al socio en beneficio propio. Este último supuesto fue abordado por la AP de Albacete³⁶⁰, resolviendo el Tribunal la necesidad de incluir en la masa ganancial el importe de los créditos —«*por el efectivo obtenido con su amortización*»— que habían sido liquidados por el marido al considerarlos un bien ganancial, debiendo redundar —por tanto— en beneficio de ambos consortes.

e) Por otro lado, es factible, en el caso de sociedades anónimas, que el cónyuge proceda a la enajenación de sus acciones por precio inferior a su valor real, incluso con pacto de recompra, o simulando el contrato de compraventa. En este sentido, un claro ejemplo lo encontramos en la Sentencia de la AP de Badajoz de 11 mayo de 2007³⁶¹, donde la esposa solicita la adopción de las medidas cautelares necesarias ya que su marido y su hermanas están vendiendo a toda prisa los bienes de la sociedad MOVILANDIA SL, para que el resultado final sea de pérdidas, y la esposa demandante se quede sin parte ganancial de los beneficios que ha estado generando la empresa durante el matrimonio.

³⁶⁰ Sentencia de la AP de Albacete, nº 76/2006, de 6 de Junio. VLEX-52244711

³⁶¹ Auto AP de Badajoz, Sección 3ª, nº 66/2007, de 11 de mayo, JUR\2007\269479

f) Igualmente, puede constituirse una nueva sociedad mercantil —con el mismo objeto social— mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias provenientes de la sociedad familiar, descapitalizando la primitiva sociedad en beneficio de la segunda, y simultáneamente —y en unidad de acto—, una vez constituida, enajenar esas acciones o participaciones sociales que figuren a nombre de la sociedad familiar a favor de una sociedad interpuesta, o de un tercero a su ruego. Ejemplo de este supuesto hace la Sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 19 de Mayo de 2009³⁶². Concretamente la situación acontecida fue la siguiente: En Abril de 1995 se interpone la demanda de separación, adoptándose como medidas provisionales la prohibición de enajenación, pignoración o cesión de las participaciones sociales por parte del marido —administrador de la sociedad MYSER,S.L—, así como la obligación mensual de rendir cuentas sobre la marcha de la sociedad. Ante la situación de crisis matrimonial, el consorte desplegó —señala el Tribunal— *«un entramado económico financiero dirigido a evitar que su cónyuge pudiera percibir cantidad alguna del cuantioso patrimonio que integraba la sociedad de gananciales»*. Se procede así a la descapitalización de la empresa MYSER, S.L, y a la formación posterior de otra sociedad —RAYMA, S.A—; transfiriendo finalmente esta última a favor de un tercero. Considera la Audiencia que la conducta llevada a cabo por el esposo es constitutiva de un delito de apropiación indebida, situando el núcleo de la antijuridicidad en el perjuicio causado a *«(...) la sociedad de gananciales en cuanto tal y del cónyuge como titular de una*

³⁶² Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, nº11/2009, de 19 de Mayo. VLEX-76206789

expectativa de dominio y no como sujeto de una relación crediticia. Pues no es ocioso señalar que en relación con la sociedad de gananciales lo que existe es una expectativa de atribución de los mismos al tiempo de la disolución (...) y que las acciones descritas, con las que se pretende detraer el patrimonio en perjuicio de esa masa común, en un primer momento, y del otro cónyuge, a la postre, y que el sujeto activo especial desarrolla ejercitando -bien que entre otras que pueden nublar en este caso la calificación más procedente- las funciones de la administración de bienes de la sociedad de gananciales para desviarlos de su destino propio, es constitutiva del delito de apropiación indebida». Se condena por tanto al acusado —en concepto de responsabilidad civil derivada del delito— a reintegrar a la sociedad de gananciales las cantidades —incrementadas conforme a las previsiones legales— indebidamente apropiadas.

Por tanto, la casuística referente a los ataques que pueden realizarse contra al patrimonio ganancial es inmensa, e incluye cualquier fórmula que podamos pensar —dentro de la normativa jurídica de la Ley de Sociedades de Capital y de los estatutos sociales de la Empresa Familiar—, que con la más exquisita legalidad —al menos aparentemente—, podría llevar al otro cónyuge a interponer acciones judiciales de impugnación, nulidad o rescisión, que posteriormente expondremos de forma más exhaustiva.

Pero, en base a los Arts. 103 y 91 del Código Civil, ¿podemos solicitar al Juez de Familia que adopte medidas que garanticen que las operaciones antes referidas no puedan llevarse a cabo para que la Compañía familiar no pierda su valor, o entre en proceso de liquidación y desaparición?

Como hemos expuesto anteriormente en este trabajo, en las Sociedades de Capital, lo privativo o ganancial no es la Sociedad, sino las acciones o participaciones sociales.

Por consiguiente, nuestras propuestas de medidas van encaminadas en todos los casos a las sociedades familiares en las que los fundadores contrajeron matrimonio bajo el régimen de gananciales, incluyendo, tanto los supuestos en que alguno de los cónyuges es titular de la totalidad o de la mayoría muy cualificada del capital social, como otros, en los que cualquiera de los consortes es titular de la parte mayoritaria del capital social, junto al resto de su familia —padre y hermanos—, asumiendo uno al menos de los esposos las labores de gestión y dirección de la empresa familiar. La nota característica imprescindible en todos los casos es que uno de los cónyuges no sea titular del “bien” participación social, o acción, ya que, si lo fuera, ejercería sus derechos como socio dentro del seno de la sociedad.

5.3.1. Actos de administración

1.- La rendición de cuentas por parte del cónyuge administrador de su gestión al frente de las compañías familiares, con carácter mensual o trimestral. Como ya se indicó al examinar los preceptos del Código Civil en sede de medidas cautelares matrimoniales, la obligación de rendir cuentas está recogida en el Art. 103.4 de dicho cuerpo legal.

Esta medida viene sustentada en los precedentes Jurisprudenciales que citamos:

En la Sentencia del TS de 8 marzo de 1993³⁶³, el Alto Tribunal confirma la obligación de rendición de cuentas por parte del marido de la sociedad irregular perteneciente a ambos cónyuges, desde la fecha en que se apartó del entorno familiar, y a cuyo levantamiento de cargas habría de concurrir con la administración del negocio.

La Sentencia de la AP de Murcia de 2002³⁶⁴ estableció la rendición de cuentas mensual de la gestión por parte de uno de los cónyuges, administrador de las sociedades, de un grupo de sociedades familiares presuntamente ganancial. Se fundamentó en que la administración judicial de los bienes implica la rendición de cuentas de su gestión por parte del administrador en los plazos que marque el juzgador que, en ese caso, había encomendado dicha tarea al marido, que mensualmente tenía que cumplir con lo establecido, a fin de permitir a la contraparte el adecuado control de las empresas en cuestión.

La sección 5ª de la AP de Murcia³⁶⁵ dicta sentencia en la que desestima la pretensión de la esposa apelante en base a la siguiente fundamentación: *«(...) como bien se deduce de la sentencia impugnada, si no se está conforme con la administración que se realiza de la empresa, la LSC tiene diversos mecanismos para reformar los cargos de confianza de su funcionamiento, e igualmente para el supuesto de competencia desleal del demandado, siendo esas cuestiones de índole ajena a esta sede jurisdiccional. Y si el demandado incumple la*

³⁶³ Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 222/1993 de 8 Marzo, rec. 2614/1990 (EDJ 1993/2280)

³⁶⁴ Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, nº 233/2002 de 7 junio, JUR\2002\215935

³⁶⁵ Sentencia de la AP de Murcia (Sección 5ª), nº 356/2002, de 7 octubre, JUR\2003\70505

obligación de rendir cuentas mensualmente, también la Ley, en este caso la LEC, tiene otros mecanismos para obligarle por medio del propio Juzgado a que cumpla con los mandatos judiciales».

Más recientemente, encontramos otras Sentencias³⁶⁶ en las que se alude a la imposición al cónyuge administrador de la sociedad de la obligación de rendir cuentas al otro consorte como garantía de la adecuada gestión de la empresa hasta la liquidación del régimen matrimonial, con objeto de evitar así conductas fraudulentas.

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

Por regla general, las cuentas anuales, una vez formuladas por los administradores de la sociedad, tienen que ser verificadas o revisadas por los auditores de cuentas (Art. 263.1 LSC). No se trata de una mera comprobación de que los saldos que figuran en las anotaciones contables concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultado, sino de dar, con un alto grado de certeza y sin necesidad de rehacer el proceso contable en su totalidad, una opinión técnica y responsable sobre la

³⁶⁶ Vid. Sentencia de la AP de Asturias, Sección 4ª, nº 210/2009, de 4 de Junio. JUR\2009\289974. «(...) respecto a la gestión de los mismos, respetar idénticas cautelas a las que ya vienen establecidas para la otra parte, así como rendir cuentas trimestrales de su administración, al igual que deberá hacer el marido, hasta el momento de la liquidación.». Sentencia de AP de Lugo, Sección 1ª, nº 426/2008, de 21 de Mayo. JUR\2008\339122. «Finalmente la obligación de rendir cuentas es absolutamente legal, y a ello también se había comprometido el apelado en las medidas previas». Sentencia de la AP de Cádiz, Sección 5ª, nº 161/2007, de 12 de Marzo. JUR\2007\173289. «(...) así como en la obligación de rendir cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciba y los que adquieran en lo sucesivo, medidas de decisiva importancia que, sustituidas por las definitivas en la sentencia, permitirán mantener una situación de equilibrio entre los cónyuges mientras se sustancia el teóricamente breve trámite del juicio verbal y en la práctica el interminable incidente de inclusión y exclusión de bienes»

contabilidad en su conjunto, tras aplicar las técnicas de revisión y verificación.

En la actualidad, la función de revisión y verificación de las cuentas se confía a los auditores, en su condición de profesionales independientes y externos a la sociedad, que han de reunir una específica formación técnica y capacidad profesional.

Estos auditores pueden ser tanto personas físicas como jurídicas —sociedades de auditorías—, y tienen que desempeñar su labor de conformidad con las normas legales y profesionales que rigen la auditoría. Normas contenidas básicamente en el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (LAC); el Reglamento —RD 1636/1990, de 20 de Diciembre, modificado por el RD 180/2003, de 14 de Febrero—; y las normas técnicas elaboradas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, ICAC). Es importante señalar que los auditores de cuentas, en el ejercicio de sus funciones, se encuentran sometidos a dos principios que pretenden fortalecer la confianza de los terceros³⁶⁷: el *principio de profesionalidad*: la LAC —Arts. 24 y 25— alude a la sujeción de los auditores en el desarrollo de su función a normas éticas y de control de calidad interna, imponiéndoles el deber de secreto y el deber de conservación y custodia de documentación; y el *principio de independencia*: la LAC —Art.12— exige la necesaria independencia del auditor respecto a la

³⁶⁷ GONZALO ANGULO, J.A. y CASTELLANOS RUFO, E., «La reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas», en *Partida Doble*, nº 224, 2010, págs. 22 a 55.

sociedad sometida a auditoría, lo que implica necesariamente que el auditor no debe tener intereses ajenos a los profesionales ni estar sujeto a influencias susceptibles de comprometer tanto la solución objetiva de los problemas que pueden serle sometidos, como la libertad de expresar su opinión profesional. El ICAC es el órgano competente para velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia y valorar en cada trabajo concreto si existe o no falta de independencia de los auditores.

Entrando en su forma de proceder, el auditor analizará en primer lugar, con el fin de verificar los datos contables, la contabilidad del empresario y los documentos que justifiquen y sirvan de base a la contabilidad. En segundo lugar, el auditor procederá a su revisión, esto es, a comprobar la regularidad en la aplicación de los criterios y normas contables. Una vez que se hayan acometido las funciones de revisión y verificación en que consiste la auditoría, los auditores han de emitir un informe acerca de la fiabilidad de los documentos contables (Art. 269 LSC), en concreto determinando si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, y de los resultados de la sociedad, así como —en su caso—, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio (Art. 268 LSC).

Sin embargo, de la obligación legal de revisión por auditores quedan exceptuadas las Sociedades de Capital que puedan presentar un balance abreviado —Art. 263.2 LSC—, caso que ocurre en la mayoría de las empresas familiares. La Ley trata de aliviar las cargas jurídico-contables de las pequeñas sociedades, limitando la intervención preceptiva de los

auditores a las empresas que, por su mayor dimensión económica, ofrezcan una contabilidad más compleja y afecten en su actividad a más amplios círculos de intereses.³⁶⁸

Recordemos, por tanto, como señala el Plan General de Contabilidad³⁶⁹, que la empresa familiar sólo estará obligada a auditar sus cuentas cuando concurren durante dos ejercicios consecutivos, dos de los tres requisitos siguientes:

- El total de sus activos supere los 2.850 miles de €.
- El Importe neto de la cifra de negocios supere los 5.700 miles de €.
- El número medio de trabajadores supere los 50.

Asimismo, también será obligatoria la auditoría para cualquier empresa cuando así lo acuerde el juez competente³⁷⁰ —incluso en vía de jurisdicción voluntaria—, cuando se acoja la petición fundada de quien acredite un interés legítimo (Art. 40.1 CCo), en cuyo caso, el juez ha de exigir al solicitante una fianza o caución adecuada con el fin de que se responda del pago de las costas procesales o de los gastos de auditoría cuando no resulten vicios ni irregularidades esenciales de las cuentas anuales (Art. 40.2 CCo).

Las cuentas anuales —que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio

³⁶⁸ MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, 2010, Octava Edición, págs. 511 a 515.

³⁶⁹ REAL DECRETO 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, B.O.E nº 278, de 20 de Noviembre de 2007.

³⁷⁰ MANCHADO PLAZAS, J., «La verificación de las cuentas anuales», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 1974 y ss.

neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo (no obligatorio cuando la empresa pueda presentar el modelo abreviado) y la memoria—, deben someterse al conocimiento y aprobación de la Junta General, tanto en las sociedades anónimas como limitadas (Art. 272.1 LSC). Asimismo, las cuentas anuales se acompañarán —en su caso— del informe de auditoría y del informe de gestión³⁷¹, no siendo estos objeto de aprobación, aunque sí elementos relevantes para el ejercicio del derecho de información de los socios.

La Ley obliga a celebrar una Junta Ordinaria a tal efecto dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio social (Art. 164 LSC). Sin embargo, este plazo parece diluirse a la vista de lo establecido en el segundo apartado del mismo precepto, al declararse válidas las juntas generales ordinarias aunque hayan sido convocadas o celebradas fuera de plazo. Para mantener el fundamento jurídico del precepto —considera Ávila de la Torre³⁷²— debe ser necesariamente reinterpretado, entendiendo que el plazo fijado por la norma se ha convertido en un criterio legal moderador para delimitar los márgenes de actuación de los administradores. De este modo, el establecimiento de un período de reunión no supone sino una limitación a las posibles dilaciones en la formulación de las cuentas, en el entendido de que el no cumplimiento del plazo tiene un valor relativo que

³⁷¹ LIZCANO ÁLVAREZ, J., «El marco legal de la contabilidad en España», en *Contabilidad Financiera*, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 2005, págs. 35 y ss.

³⁷² ÁVILA DE LA TORRE, A., «La validez de la junta celebrada fuera de plazo», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 1225.

se ubica —exclusivamente— en el ámbito de la responsabilidad de los administradores.

La cuestión que planteamos a continuación es si puede un Juzgado de Familia establecer como medida el nombramiento de un auditor de cuentas en una empresa familiar que no está obligada legalmente a auditar sus cuentas anuales.

Según la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento del auditor de cuentas puede realizarse por la Junta General (Art. 264 LSC) —ya sea ordinaria o extraordinaria— siempre que cumpla los requisitos generales de convocatoria, quórum de constitución y mayoría de acuerdos. Además el acuerdo social ha de contener una serie de indicaciones relativas a la identificación de los auditores —nombre, apellidos y edad del auditor si es persona física y denominación social si es sociedad, nacionalidad y domicilio— así como, en caso de persona física, los auditores nombrados como suplentes de los titulares³⁷³. Además, se deberá indicar si se nombra a uno o varios auditores —personas físicas o jurídicas— que actúen de forma conjunta, e inscribir el acuerdo de nombramiento en el Registro Mercantil.

También cabe la posibilidad de que el nombramiento del auditor de cuentas sea efectuado por el registrador mercantil (Art. 265.2 LSC). Ahora bien, en estos casos el nombramiento exige la concurrencia de dos requisitos, uno de *legitimación* y otro *temporal* (Arts. 265.2 LSC y Art. 359.1 RRM). El solicitante —o solicitantes— debe ser titular, al menos, del cinco

³⁷³ FAUS PUYOL, M., «El auditor en la Sociedad Anónima». *Breviario Mercantil*. VLEX. 2010. VLEX-66981402. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/auditor-sociedad-oacute-66981402>

por ciento del capital social en el momento de formular la solicitud; si bien existe la posibilidad de que los estatutos sociales reduzcan este porcentaje, sin que nunca puedan aumentarlo³⁷⁴. Además, en cumplimiento de la segunda exigencia, la solicitud de nombramiento de auditor deberá presentarse antes de que transcurran tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social a auditar. Por tanto, cuando, en este supuesto, uno de los cónyuges fuera titular de al menos un cinco por ciento del capital social, podrá solicitar del registro mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha del cierre de dicho ejercicio (Art. 265.2 LSC). Ahora bien, no se puede pasar por alto lo advertido por el Tribunal Supremo, « Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones del Centro Directivo de 3, 4, 17, 22, 23, 24, 25 y 26 de abril, 3, 8, 9, 11, 18 y 28 de mayo, 3 de junio y 3 de septiembre de 1991; 24 de junio de 1992, etc.) en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA —léase ahora art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital— queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizada por los administradores (...)»³⁷⁵

³⁷⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Sociedades no obligadas a auditoría», ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 1987 a 1991.

³⁷⁵ Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº240/2007, de 9 de marzo, Westlaw RJ 2007\2064

Por otro lado, el Art. 266 de la LSC establece el nombramiento judicial de “auditor de cuentas” por revocación del designado, cuando concurra justa causa a solicitud de las personas legitimadas. Este precepto no sería de aplicación, en primer lugar, porque los juzgados competentes son los Juzgados de lo Mercantil del domicilio de la sociedad y no los de otro orden jurisdiccional, —en atención al reconocimiento de competencias exclusivas y excluyentes de los juzgados de lo mercantil (Art. 86 ter LOPJ) y dado que la petición de revocación de nombramientos judiciales de auditor se recoge explícitamente en la LSC—; y en segundo lugar, porque el precepto sólo se establece para el supuesto de revocación del designado y su sustitución por otro cuando concurra justa causa.

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que el Juzgado de Familia sería incompetente para adoptar esta medida en base al artículo 103 del Código Civil, por colisión con la Ley de Sociedades de Capital, que establece y delimita la legitimación y competencia de quien puede designar auditor de cuentas en una Sociedad de Capital. No obstante, para el supuesto de empresas familiares en las que sólo los cónyuges sean propietarios de la totalidad del capital social, no encontramos obstáculo para que el Juzgado de Familia pueda designar un auditor de cuentas que verifique sus cuentas anuales; si bien, ni tal designación, ni el informe que emita el auditor tendrán en ningún caso acceso al Registro Mercantil.

3.- En cuanto a los derechos políticos (Art. 93 LSC), ¿podría solicitarse que éstos pudieran ser ejercitados conjuntamente por ambos cónyuges?

La respuesta sería negativa, por aplicación analógica del artículo 126 LSC, cuando señala « (...) que en caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socios», y continúa el precepto añadiendo que «la misma regla se aplicará a los demás supuestos de derechos sobre participaciones o acciones». El precepto pretende que se consiga un ejercicio eficaz de los derechos del socio frente a la sociedad; de este modo se impone lo que la doctrina³⁷⁶ ha convenido en denominar «unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio». Esta regla se inspira en exigencias prácticas de simplicidad y claridad en el ejercicio de los derechos, esto es, que la copropiedad no entorpezca las relaciones de la sociedad. El propósito del precepto es ordenar el “ejercicio” unificado de los derechos del socio, pero no alterar ni configurar la cotitularidad puesto que, pese al ejercicio único, habrá concurrencia homogénea de socios titulares. La designación del representante común se configura así como una carga para los cotitulares, requiriéndose de esta suerte el acuerdo de ambos cónyuges, algo que se aventura complicado en caso de crisis en el matrimonio.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Consideraciones en torno a la copropiedad de acciones y participaciones sociales», en *Revista de Derecho de sociedades*, nº 23, 2004, págs. 49 a 64. GARCÍA VICENTE, J. R., «Copropiedad y derechos reales sobre participaciones sociales o acciones», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2011, págs.1009 y ss. BROSETA PONT, M., «Usufructo, prenda y copropiedad de acciones», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición. Tecnos, 2008, págs. 238 y ss. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., «Copropiedad de acciones», en *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas Madrid, 2007, págs. 305 y ss.

A este respecto, citamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2006³⁷⁷ por su adecuada fundamentación jurídica. Dicha sentencia se pronuncia sobre la pretensión de la esposa en orden a la administración conjunta de las participaciones sociales que posee su marido, suplicando que se declare nula la Junta General Extraordinaria de la Sociedad, al no haber podido ejercitar, conjuntamente con su marido, el derecho de información, voto y asistencia.

La Audiencia rechazó esta posibilidad, ratificando la sentencia de instancia, y señalando que correspondía al marido la administración de las participaciones sociales. Señaló dicha Audiencia que las acciones pertenecían a la sociedad postganancial existente entre los cónyuges en régimen de proindiviso, pero la no designación por los mismos de una persona para el ejercicio de los derechos del socio, concretamente los de asistencia y voto en la junta, conllevaría la imposibilidad de celebración de la Junta General, provocándose con ello la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad.

La Audiencia afirma textualmente que *«llevaría, por ejemplo, a una situación de inoperatividad de la sociedad por paralización de uno de sus órganos sociales, indispensable para su funcionamiento, e incluso de cierre registral (Art. 221 de la Ley de Sociedades Anónimas) y constituye incluso causa de disolución de la sociedad»*.

³⁷⁷ Sentencia AP de Madrid, sec. 28ª, 24-3-2006, nº 46/2006, rec. 41/2006, EDJ 2006/294674

Por lo tanto, si no pueden ser ejercitados los derechos políticos conjuntamente por ambos cónyuges, en supuestos de crisis matrimonial, nos encontraríamos ante el problema de que el cónyuge titular podría ejercitarlos en perjuicio de la empresa familiar o de su cónyuge.

Desde nuestro punto de vista, existe una única solución al supuesto que planteamos, que no podría ser adoptada por el Juzgado de Familia si no existe acuerdo entre los cónyuges litigantes, y que vendría dada por la designación por ambos de un tercero que ejercitase tales derechos, en base a:

a) El Art. 184 LSC, que establece para la Sociedad Anónima que *«todo accionista que tenga derecho a asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista»*. El accionista puede, por tanto, designar a un representante, o incluso al cónyuge no titular, para que ejercite los derechos ante una Junta determinada. Se recogen en el apartado segundo de dicho precepto los requisitos que deben cumplirse para la validez de la representación: deberá el cónyuge titular conferirlo por *escrito*, sirviendo al efecto la tradicional tarjeta de asistencia, con la novedad³⁷⁸ que supone la admisión de medios electrónicos o, en general, de comunicación a distancia —postal, telegráfica, fax, burofax y similares—; y con *carácter especial* para cada junta, no siendo admisible un apoderamiento que sirva para toda junta que se convoque durante un

³⁷⁸ Novedad introducida por la Ley 26/2003, de 17 de Julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, acuñada como Ley de transparencia.

determinado período de tiempo³⁷⁹. Esta exigencia tiene como fundamento la necesidad de que el accionista tenga conocimiento de la celebración de la junta y pueda dar al representante las instrucciones que estime oportunas.

Sin embargo, el Art. 187 LSC, señala que: *«Las restricciones legales contempladas en el Art 184 LSC (representación voluntaria en la junta general de la sociedad anónima) no serán de aplicación cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado, ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional»*. Por lo tanto, los requisitos legales antes examinados no son de aplicación cuando el representante sea una de las personas enumeradas en el precepto, facilitándose así la delegación planteada.

b) Por su parte, en la Sociedad Limita la representación voluntaria en la junta general se halla más restringida que en la Sociedad Anónima, de manera que —como explicita Zubiri de Salinas³⁸⁰— lo que constituye un

³⁷⁹ CASTELLANOS RAMÍREZ, M^a. J., «La presunción de solicitud pública de representación del accionista en la Junta General», en *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 259, 2006, págs. 193 a 218.

³⁸⁰ ZUBIRI DE SALINAS, M., «Representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 1312. Esta apreciación de mayor restricción en las SL también ha sido recogida por los tribunales, así en la Sentencia de la AP de Alicante, Sección 8^a, n^o 31/2009, de 21 de Enero. AC\2009\397 se destaca pormenorizadamente los requisitos para la validez de la representación del socio *«(...) la exigencia legal para tener por válidamente constituida la facultad representativa en una Junta societaria pasa necesariamente por la concurrencia de tres requisitos que aparecen como absolutos, 1) de naturaleza subjetiva, porque recaiga en determinadas personas, bien de las señaladas en la Ley, bien en los Estatutos societarios; 2) de naturaleza formal, porque el poder cumplimente la formalidad imperativa, ad solemnitate, de escritura, bien en documento privado, en cuyo caso debe ser especial para la Junta de que se trate, bien en instrumento público, en cuyo caso puede ser para*

régimen excepcional en la Sociedad Anónima se erige en regla general en la Sociedad Limitada. Así, el Art. 183.1 LSC reconoce al socio la posibilidad de hacerse representar en la junta general, disponiendo: «*El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional*». Se permite así la representación limitada a determinadas personas, aunque es posible que los estatutos amplíen este círculo de representantes a otras personas (Art. 183.2 LSC).

4º.- Sobre los derechos de contenido patrimonial: Reparto de las ganancias sociales. El Juzgado puede adoptar, como medida, la atribución conjunta y por mitad, a los cónyuges, de los dividendos acordados, o bien el depósito o retención de los mismos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Así, la AP de Madrid³⁸¹, dado el carácter ganancial de los dividendos con base en el Art. 1347.2 CC, recoge la posibilidad de «*subsidiariamente, sustituir la medida acordada por otra, consistente en ordenar a ésta parte la retención de los dividendos que se repartan, o la cuota de disolución en caso de un hipotético acuerdo de disolución, a favor de ambos cónyuges (...)*»

cualquier Junta y; 3) de naturaleza sustantiva o material, porque el poder de representación esté conferido en el más amplio ámbito de representación de facultades de gestión y administración patrimonial, esto es, con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional, exigencia que tanto lo es cuando el poder está otorgado en documento público como privado. (...)»

³⁸¹ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 10ª, nº 213/2008, de 9 de Junio, EDJ 2006/356381

5.3.2. Actos de disposición

Respecto a los *actos de disposición* referidos al “bien” acción o participación social, sería necesario que se adoptara la *prohibición de disponer de él*, expidiendo a tal efecto mandamiento dirigido al Administrador de la Sociedad para que conste su reflejo en el libro registro de socios.

Volviendo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia anteriormente citada³⁸², ésta ratificó las medidas adoptadas por un Juzgado de Primera Instancia de Murcia de prohibición de disposición a su titular sobre las acciones y participaciones sociales de las sociedades que formaban parte del grupo de empresas familiares, ordenando la anotación preventiva de tal prohibición.

Un supuesto práctico en relación con esta medida es el de un empresario murciano que, en trámite de separación matrimonial, convocó Junta de Accionistas de su Sociedad, en cuyo orden del día figuraba la autorización de la Junta para la transmisión de su paquete accionario a favor de una de sus hijas.

La esposa interpuso demanda ejercitando la acción de nulidad de la citada transmisión por simulación. El TS³⁸³ desestimó el recurso de apelación interpuesto por el marido, confirmando en su integridad la sentencia dictada, que declaraba: «*Que la venta de las acciones, efectuada por el*

³⁸² Sentencia AP de Murcia, Sección 1ª, núm. 233/2002 de 7 junio, JUR\2002\215935.

³⁸³ Sentencia TS, Sala de lo Civil, Sección Única, núm. 886/2003 de 25 septiembre, RJ\2003\7004.

demandado a favor de su hija, está afectada de causa de simulación, falsa, e irreal en cuanto el precio y el pago parcial fijado en la misma, declarando la nulidad de tal acto que se efectuó en fraude de los derechos gananciales que sobre ellos ostentaba la esposa, usando padre e hija de dolo y mala fe, quedando por ello rescindida y como no existente, dicha transmisión».

Pero todas estas medidas mencionadas, a nuestro parecer, serían innecesarias si se pudiera nombrar un/os administrador/es judicial/es.

De conformidad con la LSC, la competencia para el nombramiento y separación de los administradores de la sociedad corresponde a la Junta General. Ello se desprende del Art. 214.1 LSC, «*La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios sin más excepciones que las establecidas en la ley*»; Art. 160 LSC, b), «*El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos*»; y Art. 223.1 LSC: «*Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día*». Por lo tanto, de los artículos precitados se desprende que conforme a la regulación jurídica de las Sociedades de Capital, sólo la Junta General es el órgano competente para el nombramiento y cese de administradores.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico vigente existen dos supuestos especiales o excepciones a esta regla general, referentes a la intervención judicial de la administración de Sociedades de Capital:

a) La vigente Ley Concursal³⁸⁴. La rúbrica de su título II «*De la administración concursal*» regula todos los efectos relativos al nombramiento de administradores concursales.

b) Los artículos 630 a 633 LEC³⁸⁵, Libro III, Título IV, Sección 7ª que vienen a sustituir al Decreto-Ley 18/1969, sobre administración judicial de empresas embargadas.

Sobre la base anterior, nos debemos preguntar: ¿es jurídicamente viable que el Juez de Familia pueda adoptar como medida de carácter cautelar el nombramiento de un Administrador Judicial en las sociedades mercantiles de carácter familiar en caso de crisis matrimonial?

La pregunta tiene difícil respuesta por la *diversidad de criterios* utilizados por los Juzgados de Familia³⁸⁶ —por ejemplo, la AP de Zaragoza³⁸⁷ condiciona la procedencia de esta medida a la importancia económica del negocio ganancial— y la carencia de doctrina³⁸⁸ unificada

³⁸⁴ LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Boletín Oficial del Estado, núm. 164, Jueves 10 de Julio de 2003, Págs. 26905 a 26965.

³⁸⁵ LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado, núm. 7, Sábado 8 de Enero de 2000, Págs. 575 a 728.

³⁸⁶ *Vid.* entre otras, Sentencia AP de Murcia de 7-3-2007, EDJ 2007/133182; Sentencia AP de Segovia 28-06-2007, EDJ 2007/173104; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), Auto núm. 565/2002 de 5 junio, JUR\2002\223968; Sentencia AP de La Coruña, sec. 3ª, S 19-6-2009, nº 273/2009, rec. 482/2008, EDJ 2009/137049; Sentencia AP Madrid, sec. 24ª, S 11-10-2006, nº 1041/2006, rec. 481/2006, EDJ 2006/374320; Sentencia AP Baleares, sec. 5ª, S 16-3-2010, nº 94/2010, rec. 434/2009, EDJ 2010/62762.

³⁸⁷ Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección 2ª, nº 292/2006 de 30 de Mayo, EDJ 2006/112244.

³⁸⁸ *Vid.*, entre otros, ALEJÁNDREZ PEÑA, P., «Administración por tercera persona», en *Liquidación de bienes gananciales: aspectos prácticos, procesales y sustantivos*. Ed. LEX NOVA. 4ª Edición. Valladolid. 2008. Pág. 64 y ss. MARTÍN-PALACÍN GUTIÉRREZ,

sobre la materia, lo que puede dar lugar a que cualquier posicionamiento sea controvertido.

En nuestra opinión, no sería viable en sociedades mercantiles de carácter familiar en las que los cónyuges no fueran únicos socios, aunque el resto de los socios fueran familiares. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas,³⁸⁹ señalando que «*una sentencia de divorcio, puede contener perfectamente medidas relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero en ningún caso dichas medidas pueden afectar a la administración de bienes que también pertenecen a terceras personas*»

Pero, ¿qué sucede en aquellas empresas familiares en que los cónyuges en litigio son los únicos socios? Distinguiremos a este respecto entre:

- 1) Sociedades con actividad empresarial.
- 2) Sociedades holding.

Respecto a las *primeras*, disponemos de muy pocos precedentes jurisprudenciales; sin duda, porque, de acordarse la administración judicial, sería consecuencia de un acuerdo inmediato.

J.L., *La división judicial de patrimonios*. XXII Jornadas de estudio: la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 20, 21 y 22 de septiembre de 2000, Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ed. Septiembre 2002. Madrid. Págs. 866 y ss. PÉREZ MARTÍN, A. J., «Medidas en relación con la disposición de bienes», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Tratado de Derecho de Familia. Vol. 2. Ed. LEX NOVA. 1ª Edición. Valladolid. 2009. Págs. 1119 y ss.

³⁸⁹ Sentencia AP de Las Palmas (Sección 2ª), nº 483/1998 de 23 noviembre, AC\1998\2224

En el supuesto que contemplamos de Empresa Familiar, lo cierto es que la misma no es deudora de ninguno de los cónyuges, y por consiguiente, la regulación establecida en la nueva LEC no sería de aplicación, como tampoco tendría encaje —siguiendo con la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona³⁹⁰—, la norma de aseguramiento de bienes litigiosos del artículo 1419 de la antigua LEC, de intervención judicial de establecimiento industriales o fabriles.

Utilizando otro ejemplo, un Juzgado de Cartagena dispone, entre otras previsiones, la concesión al demandado de la administración de los frutos y rentas que produzca la actividad de autoescuela que gira bajo la denominación ALAMEDA S.L., debiendo estarse, en cuanto a la administración de la citada mercantil, a lo que disponga sus Estatutos y la LSRL, debiendo el esposo rendir cuentas de la administración que se le confía todos los meses dentro de los cinco primeros días de cada mes siguiente, y hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.

La esposa solicitó la modificación de la citada medida sobre la base de que el *«demandado no cumplía ningún mes con la obligación de rendir cuentas, así como al hecho de que el negocio antes de la separación daba beneficios y ahora pérdidas»*, solicitando que se le designara a ella como administradora de la sociedad.

³⁹⁰ Vid. entre otras Auto de la AP de Barcelona de 22 de enero de 1992, Westlaw AC 1992\364 y más recientemente la Sentencia de la AP de Castellón, Sección 1ª, nº 98/2001, de 10 de marzo. Westlaw JUR 2002\29080

La Sección 5ª de la AP de Murcia³⁹¹ dictó sentencia en la que desestimó la pretensión de la esposa apelante en base a la siguiente fundamentación: «Como bien se deduce de la sentencia impugnada, si no se está conforme con la administración que se realiza de la empresa, la LSC tiene diversos mecanismos para reformar los cargos de confianza de su funcionamiento, e igualmente para el caso de la supuesta competencia desleal del demandado, siendo esas cuestiones de índole ajena a esta sede jurisdiccional. Y si el demandado incumple la obligación de rendir cuentas mensualmente, también la Ley, en este caso la LEC, tiene otros mecanismos para obligarle por medio del propio Juzgado a que cumpla con los mandatos judiciales. (...) Por lo que no puede la demandante mezclar ambos temas, uno de carácter mercantil, y otro de carácter especial, saltándose lo dispuesto legalmente para cada uno de los casos concretos, obviando por esta vía las garantías establecidas en cada uno de los supuestos procedimentales que sean de aplicación, y que protegen los intereses no sólo de particulares, sino también generales, pues no olvidemos que las mercantiles están sujetas a un régimen legal en cuanto al conocimiento por parte de terceros tanto de su actividad, objeto social, como funcionamiento interno y externo, representación, órganos de gobierno, etc., en atención a todo ello, y en definitiva, a lo regulado en la LSC.»

Como conclusión, diremos que en las sociedades familiares con actividad económica, no sería jurídicamente viable (no existen precedentes jurisprudenciales, ni sustantiva, ni procesalmente) nombrar un

³⁹¹ Sentencia AP de Murcia (Sección 5ª), núm. 356/2002, de 7 octubre, JUR\2003\70505.

Administrador Judicial, ya que su designación y separación sólo compete a la Junta General.

Respecto a las *sociedades holdings familiares* —clase de agrupación empresarial a la que nos referimos cuando abordamos las formas que podían adoptar las empresas familiares— es frecuente encontrar grupos de Empresas Familiares en las que la propiedad de las participaciones sociales o acciones de las distintas sociedades que la componen, corresponde directamente a las personas físicas, debido a que han experimentado un crecimiento de sus actividades a través de diversas sociedades mercantiles, que era de difícil previsión cuando iniciaron su andadura empresarial³⁹². Esta estructura societaria, —como ya se manifestó— origina multitud de dificultades en cuanto a la gestión del Grupo, y al propio tiempo elevados costes y contingencias fiscales, que en muchas ocasiones representan un verdadero obstáculo para el desarrollo de nuevas iniciativas. Estos inconvenientes tienen una adecuada solución si se reorganiza el Grupo mediante una estructura Holding.

Para que una sociedad holding sea familiar han de darse dos requisitos³⁹³:

³⁹² PÉREZ COPONS, J., «Las sociedades holding, como solución para los grupos de empresas familiares». Artículos doctrinales: Derecho Mercantil. Noviembre 1999. Vid. en el siguiente enlace: http://noticias.juridicas.com/articulos/50Derecho%20Mercantil/199911cyp_04.html#

³⁹³ GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J., «Empresa familiar y operaciones vinculadas», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, nº23, 2007, T.1, pág. 179.

1) Que entre los socios personas físicas de una sociedad haya una vinculación mediante relaciones de parentesco.

2) Que la relación con las demás empresas se establezca a través de una persona jurídica —sociedad mercantil— dominante.

Como sabemos, la mayoría de los grupos familiares de empresas están dedicados a dirigir y gestionar las actividades de las sociedades participadas por ramas de actividad y patrimonial.

Como precedente jurisprudencial se dispone de las siguientes sentencias:

a) Por su detenimiento, destaca la Sentencia dictada por la AP de Madrid³⁹⁴, de 1 de Junio de 1.999, relativa a un procedimiento judicial de separación matrimonial, donde los cónyuges en régimen de gananciales, habían constituido una sociedad patrimonial mediante aportaciones no dinerarias consistentes en el patrimonio común —vivienda conyugal, apartamento en la playa y otro en la sierra—, en la que el esposo había sido designado, en la escritura fundacional de la Sociedad, administrador único, suscribiendo cada uno de los cónyuges el 50% del capital social; por tanto, una Compañía donde no había terceros socios ajenos. En este caso, solicitaba la esposa al Juzgado que se le designara administradora única de la sociedad que ambos cónyuges habían creado hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y, subsidiariamente, la administración del

³⁹⁴ Sentencia AP de Madrid (Sección 22ª), 1 junio 1999, (AC\1999\1068)

apartamento en la localidad de Peñíscola, pues el mismo siempre había estado arrendado a través de la antedicha entidad.

La Sentencia desestimó ambas peticiones, según el siguiente fundamento: *«Que los hoy litigantes constituyeron, libre y voluntariamente, un entramado jurídico formal, con fines últimos no aclarados pero fácilmente presumibles, que suponía la extracción de la mayor parte de su común patrimonio de la regulación de la sociedad legal de gananciales, vigente desde el inicio de su unión, para arrojarla en una normativa distinta; y siendo ello así, no puede prescindirse ahora, al hilo de la crisis conyugal, del referido entramado, y sus consecuencias jurídicas, pues ello supondría la exclusión, no permitida, de las previsiones estatutarias, en su conexión con lo prevenido en la Ley de SRL, lo que no queda amparado, en modo alguno, por lo establecido en el artículo 91 del CC, en su remisión al artículo 103-4º del mismo cuerpo legal. En su consecuencia, habrán de pasar las partes por el edificio jurídico-formal que conscientemente constituyeron, en cuanto superpuesto al régimen de gananciales por el que se regía su matrimonio, ya que sólo en supuestos de fraude y perjuicio a terceros, lo que no acontece en el caso, podría entrarse en el levantamiento del velo societario. Y, todo ello, sin perjuicio de las facultades que, en orden a la posible disolución y liquidación de la referida entidad, corresponden a uno y otro litigante, como socios únicos de la misma, conforme a lo prevenido en el artículo 104 y ss. de la LSRL, que permite, según pacífica interpretación doctrinal y jurisprudencial, la extinción del ente societario ante enfrentamientos irreconciliables de los socios, que hace inviable el normal desarrollo de los intereses comunes y la realización del fin social»*

b) A modo de ejemplo, vemos la sentencia de 21 de abril de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares³⁹⁵. En ella se debate sobre la atribución de la administración de la sociedad de gananciales al marido tras la muerte de su mujer. Señalan los hijos de la esposa fallecida, entre otros argumentos, la existencia de actos del marido que aconsejan no atribuirle la administración.

La Audiencia vino a señalar la existencia de «*un complejo entramado de sociedades familiares vinculadas entre sí, que continúan manteniendo su actividad societaria, con sus propios órganos de administración, y de la que se nutren los ingresos de los miembros de la familia, que a su vez participan en la titularidad la masa ganancial*», por lo que entendía que resultaba más adecuado con la realidad societaria y mercantil no realizar nombramiento de administrador del conjunto de empresas familiares.

Ahora bien, en contra del anterior argumento, la Audiencia sí creyó conveniente la administración sobre unos contratos de arrendamiento de diversos locales.

Por último, se solicitó por los hijos la administración de una entidad mercantil concreta objeto de debate, posibilidad que rechazó la Audiencia al considerar que dicha mercantil tenía sus propios órganos de administración, respecto de los cuales nada se había dicho que permitiera intuir una defectuosa o perniciosa actuación con respecto al patrimonio ganancial.

³⁹⁵ Sentencia AP Islas Baleares (Sección 3ª).Sentencia núm. 165/2005 de 21 abril JUR\2005\114224

c) Para concluir, no podemos dejar de citar el pronunciamiento que realiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia³⁹⁶, en contra del criterio sustentado por las anteriormente citadas.

Señala de forma clara y precisa que: «(...) el nombramiento de administrador judicial estaría justificado para el caso de que existiese, dentro del conjunto patrimonial de los cónyuges, empresas o sociedades dedicadas al tráfico mercantil, y el nombramiento de administrador sería decisivo en la gestión de las empresas para el mantenimiento del valor de éstas y la consecución de rendimientos económicos»

Nuestra opinión, al igual que en el supuesto de empresas con actividad económica, es que el Juzgador no puede designar en este tipo de sociedades familiares a un administrador judicial.

5.3.3. Otros mecanismos de defensa del cónyuge

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

1º.- La acción individual de responsabilidad. Prevista en el artículo 241 de la LSC, cuando señala «(...) quedan a salvo las acciones que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos». Asimismo, su fundamento último está

³⁹⁶ Auto AP de Valencia (Sección 7ª), núm. 352/2000 de 19 septiembre, JUR\2001\5614

en el Art. 1902 del CC., norma aplicable a los administradores cuando en su acción u omisión concurren los requisitos legales de daño, culpa y relación de causalidad³⁹⁷

Esta medida ya fue examinada —tanto doctrinal como jurisprudencialmente— cuando aludimos a los tipos de responsabilidades en las que pueden incurrir los administradores, por ello nos remitimos al primer apartado del presente trabajo. Baste recordar la posibilidad que tiene el cónyuge no titular de hacer valer sus intereses —como tercero— mediante el ejercicio de esta acción.

2^o.-Acción de impugnación de los acuerdos sociales. El artículo 204.2 de la LSC, establece que «Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.». Así, la LSC dispone que serán nulos los acuerdos contrarios a la ley, señalando como anulables los acuerdos que sean contrarios a los estatutos y los que sean lesivos. Esta distinción tiene gran importancia en materia de legitimación y en materia de caducidad de la acción³⁹⁸: en primer lugar, mientras que para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo (Art. 206.1 LSC), para la impugnación de los acuerdos simplemente anulables sólo están legitimados los socios asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta la oposición al acuerdo adoptado, los ausentes y los que

³⁹⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M., (Dir.), en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Editorial Civitas, Tomo VI, 1992, págs. 369 y ss.

³⁹⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 1437.

hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores (Art. 206. 2 LSC). En segundo lugar, mientras que la acción de impugnación de los acuerdos nulos caduca en el plazo de un año, salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público (Art. 205.1 LSC), la acción de impugnación de los acuerdos anulables caduca en el plazo de cuarenta días (Art. 205.2 LSC), iniciándose el cómputo de esos plazos desde la fecha de adopción del acuerdo, y además, si fueran inscribibles, desde la fecha de publicación de la inscripción en el BORME (Art. 205.3 LSC). Por tanto, el cónyuge no titular, —como tercero con interés legítimo— tiene legitimación activa para *la impugnación de acuerdos sociales nulos, pero no así los anulables*, disponiendo para su ejercicio del plazo de un año.

3º.- Las acciones de nulidad, anulabilidad y rescisión por lesión, o reintegración en el supuesto de enajenación de títulos valores. También cabe plantear la posibilidad de ejercicio por el cónyuge no titular de las acciones de nulidad, anulabilidad y rescisión por lesión. Es preciso recordar que el régimen de gananciales es un “régimen de comunidad” y por ello prepondera la idea de consentimiento y actuación conjunta de ambos consortes, sancionándose la falta de ratificación del otro cónyuge —con la salvedad de los supuestos de consentimiento tácito— con la anulabilidad (Art. 1322 CC), y reservándose la nulidad radical para los actos de disposición de los bienes comunes a título gratuito (Art. 1378 CC). Sin embargo, —como se explicó cuando se abordó el examen de los regímenes económicos del matrimonio— el Art. 1384 CC considera válidos «(...) los

actos de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren». Pese a ello, el cónyuge no titular se halla legitimado para el ejercicio de las acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión, cuando los actos de disposición realizados por el otro consorte hayan irrogado un perjuicio para la sociedad de gananciales o supongan un fraude para sus derechos, en base a lo dispuesto en el Art. 1391 CC: «Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible». Asimismo, también se encuentra facultado para el ejercicio de la acción de reintegración, ya que el Art. 1390 CC convierte al consorte que ha realizado un acto de disposición que redunda en su exclusivo beneficio, o que causa dolosamente un daño a la sociedad de gananciales, en deudor de la sociedad de gananciales.

Este razonamiento ha sido recogido por la AP de Asturias³⁹⁹ :

«Es cierto que el artículo 1384 del Código Civil invocado por la parte recurrente, establece que serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren, pero tal precepto debe ponerse en relación con los artículos 1390 , 1391 y 1397-2.º del mismo texto legal, que claramente disponen que si como consecuencia de un acto de administración o disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiese obtenido un beneficio o lucro

³⁹⁹ Sentencia de la AP de Asturias, Sección 4ª, nº 270/2001, de 28 de Mayo. JUR 2001\214788.

exclusivo para él u ocasionado doloso daño a la sociedad será deudor a la misma de su importe, norma que también se aplicará si el acto se realizase en fraude de los derechos de su consorte; señalando el último de los preceptos citados que habrá de comprenderse en el activo de la sociedad el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados.

La jurisprudencia, al interpretar y aplicar los preceptos citados, ha declarado que la ilegalidad o fraudulencia en los actos dispositivos del marido presupone, para unos, inexistencia, nulidad radical, anulabilidad o nulidad relativa, y para otros rescisión o ineficacia parcial, y reconoce a la esposa legitimación para el ejercicio de la acción correspondiente (Sentencia de 7 de Noviembre de 1984 y las demás que en la misma se citan); y asimismo que la aplicación sistemática de los citados artículos 1390 y 1397 permite indudablemente traer a la masa ganancial el importe actualizado del valor de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento que no hubieran sido recuperados (Sentencia de 23 de Marzo de 1998)»

6. LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA EMPRESA FAMILIAR

6.1. LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

No existe una definición legal de la comunidad postganancial; se trata de un concepto creado por la doctrina, y que ha sido desarrollado por la jurisprudencia. Tras la disolución de la sociedad, deja de regir el estatuto que gobierna todos los bienes de los cónyuges y surge una peculiar comunidad en trance de liquidación con un régimen especial: la comunidad postganancial.⁴⁰⁰

La Sentencia mencionada de la AP de las Islas Baleares núm. 165/2005 viene a señalar de forma precisa que: *«aun cuando la sociedad de gananciales haya dejado de existir a título de estricto patrimonio dinámico, esto es, productor de beneficios, cargas o gravámenes que sus bienes originaban, unos y otros seguirán beneficiándolo o gravándolo mientras subsista la fase liquidatoria, bien que ya no con sujeción a la normas que lo regulaban cuando era patrimonio ganancial propiamente dicho, sino a título o manera de una comunidad continuada de naturaleza más bien germánica (...)»*.

⁴⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. *La sociedad de gananciales*, Derecho de Familia, Ed. Civitas, 1ª Edición, Madrid, 2011, pág. 560.

Téngase en cuenta que la sentencia produce *ex lege* la disolución del régimen económico matrimonial (Art. 95 CC)⁴⁰¹, concretamente de la sociedad legal de gananciales (Art. 1392 CC)⁴⁰², y que, como consecuencia de ello, durante el periodo intermedio entre la disolución y su liquidación, surge una comunidad postganancial sobre la antigua masa ganancial.

La polémica que en la doctrina hubo inicialmente sobre si era o no posible la comunidad postganancial, fue resuelta por el Tribunal Supremo⁴⁰³, en reiteradas sentencias. De la doctrina sentada por el Alto Tribunal se desprende que: *«La disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad formada por el cónyuge superviviente y los herederos del finado con participaciones "pro indiviso" de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, lo que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación. Asimismo, entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes postganancial: la situación de indivisión no significa que*

⁴⁰¹ Art. 95 CC: «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial. Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte»

⁴⁰² Art. 1392 CC: «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:1) Cuando se disuelva el matrimonio. 2) Cuando sea declarado nulo.3) Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.4) Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código»

⁴⁰³Entre otras Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 592/2005, de 10 de Julio. EDJ 2005/139902. Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1008/2006, de 17 de Octubre (EDJ 2006/278359). Sentencia TS, Sala 1ª, nº 1222/1997, de 28 de Noviembre (Id.VLEX-51925861). Sentencia TS, Sala 1ª, nº 178/2009, de 12 de Marzo (Id. VLEX-57819843).

cada uno de éstos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo».

De este modo, la comunidad postganancial surge en todos los supuestos en que, desaparecido el régimen, no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación de los bienes. El Art. 1.435 CC⁴⁰⁴ establece que, disuelta la sociedad constante matrimonio, y salvo determinación de las partes en contrario, existirá entre los cónyuges *separación de bienes*.

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

La sociedad postganancial concluirá cuando, realizadas en su totalidad las operaciones liquidatorias, haya desaparecido completamente esa masa común, o bien cuando, sin ser precisa la liquidación, los partícipes en esta peculiar comunidad pacten la indivisión. Y ello porque la sociedad postganancial, según la doctrina⁴⁰⁵, es una comunidad en

⁴⁰⁴ Art. 1435 CC: «Existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1) Cuando así lo hubiesen convenido. 2) Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes. 3) Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto»

⁴⁰⁵ FERRANTE, A., «La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia», en LASARTE ÁLVAREZ, C.; DONADO VARA, A.; MORETÓN SÁEZ, M.F; y YÁÑEZ

liquidación; por consiguiente, en los casos en que haya un ánimo de mantenerse en la indivisión habrá desaparecido esa característica que parece esencial al concepto de comunidad postganancial.

Como características de la comunidad postganancial cabe destacar las siguientes⁴⁰⁶:

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

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

3) *Comunidad por cuotas abstractas*. Cada partícipe tiene una cuota independiente, homogénea y alienable. Existe una situación de indivisión que se resuelve en cuotas referidas al *totum* ganancial, no a bienes concretos. Así lo ha venido reiterando en sus resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁰⁷, señalando que «*Es doctrina reiterada de este centro directivo que, disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en*

VIVERO, F. (Coords.) *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. 2004, Ed. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, págs. 158 y ss.

⁴⁰⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Características de la sociedad postganancial», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Ed. LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 420 y 421.

⁴⁰⁷ *Vid.* Resolución de la DGRN de 27 de Junio de 2003 (Westlaw RJ\2003\6080). Resolución de la DGRN nº 2/2005, de 23 de Abril (Westlaw RJ\2005\5369). Resolución de la DGRN de 6 de Febrero de 2008 (Westlaw RJ\2008\637)

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

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

5) *La masa patrimonial.* La sociedad tendrá una masa patrimonial, que podrá *incrementarse* con los frutos y rentas que generen los propios bienes gananciales —por ejemplo, por el cobro de créditos, la consumación de la usucapión y los resultados de subrogación real—; sin embargo, hay que advertir que no parecen éstos, en puridad, incrementos de patrimonio, sino más bien ejecución de derechos que ya estaban dentro del patrimonio postganancial. Por otra parte, cabe subrayar que la sociedad ya no tendrá las fuentes de ingresos que tenía cuando estaba vigente la sociedad, es decir, los obtenidos a partir de la industria o del trabajo de cualquiera de los cónyuges, o los frutos, rentas e intereses que produzca cada uno de los bienes privativos, ya que ahora estos ingresos tienen el carácter de privativos. Asimismo, la masa patrimonial también podrá *reducirse*, ya que

la masa ganancial seguirá respondiendo por las deudas contraídas con anterioridad, y las que se generen por los gastos de administración y liquidación, así como por el pago de alimentos al que se refiere el Art. 1408 CC. Una vez disuelta la sociedad de gananciales, ya no son de su cargo los gastos que se generen en el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, puesto que la sentencia matrimonial habrá impuesto esta obligación con carácter individualizado a cada uno de los cónyuges, que la deberán hacer efectiva con su patrimonio privativo exclusivamente. Tampoco serán de cargo de la sociedad postganancial —evidentemente— los gastos de administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges ni los de explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

6.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

Dada la inexistencia de una previsión legislativa, y siguiendo la sistemática propuesta por Pérez Martín⁴⁰⁸, a continuación recogemos las diversas posturas doctrinales acerca del régimen jurídico que cabe aplicar a la comunidad postganancial:

⁴⁰⁸ PÉREZ MARTÍN, A.J., «Régimen jurídico aplicable a la sociedad postganancial», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Ed. LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 418 a 420.

a) *Aplicación del régimen jurídico de la comunidad hereditaria.* Los defensores de esta postura —por ejemplo, Lacruz Berdejo⁴⁰⁹— equiparan la sociedad de gananciales en su liquidación con la comunidad hereditaria, sustentándose en lo dispuesto en el Art. 1410 CC⁴¹⁰. Así, consideran estos autores que, en caso de liquidación de la sociedad de gananciales cuando ha fallecido uno de los cónyuges, se solapan las operaciones liquidatorias y las propias de la partición de la herencia, confundiéndose ambas.

b) *Aplicación de las normas que rigen la comunidad ordinaria.* Otro sector doctrinal⁴¹¹ considera que la masa patrimonial subsistente tras el matrimonio se deberá regular por las normas de la comunidad ordinaria (Arts. 392 a 406 CC). Tras la sentencia matrimonial, la *affectio maritalis* se transforma en *affectio societatis*; en consecuencia, la comunidad postganancial no se puede regir por las normas de la comunidad de gananciales, ya que ésta ha sido disuelta. Por tanto, los comuneros pueden transmitir a terceros su cuota, con derecho de retracto (Art. 1522 CC) a favor de los demás comuneros, y tienen la *actio communi dividundo*, que en este caso se traduce en poder exigir la liquidación efectiva de la comunidad.

⁴⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., «La sociedad de gananciales», en *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*, Ed. Civitas. 1ª Edición. Madrid. 2011. Pág. 560 y ss.

⁴¹⁰ Art. 1410 CC «En todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia»

⁴¹¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Disolución y liquidación de la comunidad ganancial», en *Compendio de Derecho Civil: Familia*, Vol. IV, 5ª Edición, Edersa, Madrid, 2004, págs. 184 y ss.

c) *Aplicación de las normas que regían la sociedad de gananciales.* Reputan los valedores⁴¹² de esta postura que hasta que no se produce la absoluta liquidación de la sociedad de gananciales con la consiguiente partición, puede continuar existiendo como una especie de sociedad de gananciales continuada, —y por tanto con el mismo régimen de los Arts. 1344 a 1410 CC— si bien con las adaptaciones que la nueva situación impone. Sin embargo, consideramos que esta postura se enfrenta al obstáculo del Art. 1392 CC, ya que se dispone claramente que «*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho (...)*», de tal manera que, una vez disuelta, deja de existir, haciendo difícil poder alegar su continuidad.

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

a) En la sociedad postganancial, las medidas adoptadas por el Juez —por Auto de Medidas Provisionales sobre cautelas y garantías—, en orden a la liquidación del régimen económico —entre las que ciertamente puede incluirse la obligación de rendir cuentas de la marcha del negocio, antes ganancial, cuya explotación fue adjudicada a uno de los cónyuges—, pueden continuar vigentes, previa sentencia judicial, con la cobertura legal del artículo 91 del CC⁴¹³, cuando establece que las sentencias de nulidad,

⁴¹² DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia*, Vol. IV, Ed. Tecnos, 10ª Edición, Madrid, 2006, págs. 384 y ss.

⁴¹³ Art. 91 CC: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación

separación, o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, determinará las medidas pertinentes, entre otros extremos, en orden a la liquidación del régimen económico, así como las cautelas y garantías recíprocas. Por tanto, es perfectamente posible —y así sucede en la práctica— que la sentencia contenga pronunciamientos sobre la gestión y administración de los bienes gananciales durante esta fase.

b) Cuando se inician las operaciones liquidatorias y se cita a los cónyuges a la formación de inventario, el Art. 809.1 de la LEC indica que *«(...) En el mismo día o en el siguiente, se resolverá por el Tribunal lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario»* continuando en el segundo: *«(...) La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes»*. Por tanto, existe la posibilidad de que, a solicitud de uno o de ambos cónyuges, y a falta de acuerdo, se adopten medidas en el procedimiento de liquidación en relación con la administración y disposición de los bienes que forman parte del activo de la sociedad de gananciales⁴¹⁴.

del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

⁴¹⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J., «Régimen jurídico aplicable a la sociedad postganancial», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Ed. LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, 2009, pág. 419.

c) Por su parte, el Art. 1394 del CC⁴¹⁵ también recoge la posibilidad de que sea el juez quien acuerde las medidas necesarias para la administración del caudal común una vez concluida la sociedad de gananciales.

6.3. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO POSTGANANCIAL

Instaurada la crisis en el matrimonio es lógico pensar —sobre todo a raíz de la interposición de la demanda de separación o divorcio— que las relaciones entre los cónyuges se enturbien hasta el punto de que no exista entre ellos comunicación alguna, dificultando así las tareas de administración de los bienes todavía comunes. Al igual que sucedía cuando estaba vigente la sociedad de gananciales, la administración del patrimonio postganancial corresponde a ambos cónyuges como titulares de la masa ganancial. Pese a ello, hay matrimonios en los que uno de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad es un negocio o industria—explotado directamente por ambos cónyuges o por uno de ellos con consentimiento del otro—. En estos casos, habrá que adaptar la administración que se venía realizando del negocio ganancial a las exigencias de la nueva situación creada a raíz de la disolución de la

⁴¹⁵ Artículo 1394 CC: «Los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria»

sociedad de gananciales y del enfrentamiento personal entre los cónyuges⁴¹⁶.

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

a) *Si la empresa es privativa*, no cabe duda de que el cónyuge titular mantiene plenas facultades de administración y disposición⁴¹⁷.

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

De este modo, para los *actos de administración* es suficiente, con arreglo al artículo 398 del CC⁴¹⁸, el acuerdo de la mayoría, que se entenderá

⁴¹⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J., «La problemática de la administración de los bienes de la sociedad postganancial», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Ed. LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 422 y 423.

⁴¹⁷ VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, F., «Liquidación de la sociedad de gananciales: supuestos especiales y referencia a la empresa familiar», en *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Ed. Dykinson, 1ª Edición, 2010, pág. 252.

⁴¹⁸ Art. 398 CC: «Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. Si no resultare mayoría, o el acuerdo

conseguido con el de aquéllos que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad⁴¹⁹. No obstante, existe la posibilidad de acudir al juez para que resuelva sobre la administración en caso de falta de mayoría o acuerdo gravemente perjudicial. Es preciso tener en cuenta en este punto la dificultad de alcanzar un acuerdo por mayoría en la comunidad postganancial, ya que estamos ante una comunidad de dos partícipes con derechos iguales. Por ello, hay que admitir la viabilidad de solicitar el remedio judicial también cuando exista falta de acuerdo —o cuando se produzca la renuncia a tomarlo o reunirse para tomarlo—, y así lo considera la doctrina⁴²⁰, ya que, en definitiva, produce los mismos efectos que el acuerdo tomado que, sin embargo, no alcanzó la mayoría.

Además, como se ha puesto de manifiesto al abordar el régimen legal aplicable a la comunidad postganancial, existen otras habilitaciones legales que autorizan al juez para que modifique esta regla general de cogestión y atribuya la administración a uno solo de los consortes. Así, la Sentencia de

de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador. Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior»

⁴¹⁹ CABEDO SERNA, L., "Sección quinta: De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Parte I", *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, pág. 523.

⁴²⁰ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al artículo 398 del Código Civil». *Derechos Reales. Comentarios a los artículos 333 a 656 del Código Civil. Libro segundo. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones. Título III. De la comunidad de bienes*. Id. VLEX-59735285. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59735285>

la AP de A Coruña de 11 de Diciembre de 2007⁴²¹ señala que «Los arts. 1375 y ss del CC regulan la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales durante su vía ordinaria, pero lógicamente no son aplicables cuando está disuelta, en cuyo período sólo se podría aplicar analógicamente lo previsto en los arts. 1388 y 1389. El último párrafo del art. 809.1 de la LEC ciertamente sólo contiene una mera referencia a que se resolverá “lo que proceda” sobre la administración y disposición de los bienes inventariados. Luego el Juzgador de instancia tenía plenas facultades para resolver, no siendo aplicable el principio de decisión conjunta que pregona el art. 1375 CC. Es más, puede acudir por analogía a lo establecido en los arts. 797 y ss. de la LEC, para la administración de los bienes hereditarios (...)» .

Sin embargo, pese a estas habilitaciones legales, la regla de la cogestión suele ser la práctica comúnmente observada por la jurisprudencia respecto a la empresa familiar en tanto no se liquida la sociedad ganancial. Prueba de ello hace la Sentencia de la AP de Cáceres⁴²² « Termina solicitando la revocación parcial de la sentencia para (...) considerar la administración del negocio “Virgen de La Vega” a cargo de Don Jon, en tanto sea liquidada la sociedad postganancial y adjudicados los bienes de la misma, con la rendición de cuenta de pérdidas y ganancias en el momento oportuno (...) Entiende que se puede conceder la administración de los bienes gananciales a Doña Francisca, pero no considera adecuado, siendo una Sociedad de Responsabilidad Limitada, que la misma sea ostentada por una persona que no ha participado en la

⁴²¹ Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 3ª, nº 576/2007, de 11 de Diciembre. EDJ 2007/309441.

⁴²² Sentencia de la AP de Cáceres, Sección 1ª, nº 217/2010, de 24 de Mayo (Id. VLEX-215649519)

gestión del negocio, y ello, a fin de evitar disfunciones en la marcha de la mismo. Este motivo tampoco puede prosperar, pues no existe infracción del precepto citado. La Juzgadora de instancia dedica a la administración de los bienes que integran la sociedad, y en definitiva, a la explotación del negocio familiar el fundamento jurídico sexto, motivando la atribución de la administración del negocio a la actora, con las limitaciones inherentes a la comunidad de bienes, y las alegaciones del apelante en modo alguno desvirtúan, ni menos aún acreditan, que la actora no está cualificada para la gestión del negocio, decretando por tanto la cogestión del mismo».

Pese a ello, existen algunos casos en que los Tribunales se desmarcan de esta línea y otorgan la administración del negocio familiar a uno solo de los consortes, si bien con la debida rendición de cuentas a favor del otro cónyuge; así la AP de Granada⁴²³ confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, ratificando la atribución de la administración del negocio familiar a la esposa mientras no se produzca la liquidación del caudal común: « (...) Tras la sentencia de divorcio (...) bajo la forma de comunidad postganancial, hasta tanto se produzca la liquidación de la sociedad y correspondiente adjudicación de los bienes a sus partícipes (...) Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que la sentencia ha establecido un régimen de administración para dicho negocio común, otorgándose a la esposa, lo que no ha sido discutido por ninguno de los cónyuges, y, además un correlativo régimen de rendición de cuentas a instancias del esposo cotitular, siendo así que la recurrente únicamente discute este último pronunciamiento, con el argumento de que la

⁴²³ Sentencia de la AP de Granada, Sección 5ª, nº 152/2008, de 4 de Abril (JUR\2008\332461).

referida obligación no está comprendida en el artículo 90 y ss. del Código Civil , argumento que no puede prosperar, pues tampoco lo está el régimen de administración único establecido en la sentencia respecto de dicho negocio, de modo que, si se ha de ser congruente con las pretensiones y acuerdos -aun tácitos- de los cónyuges, admitida por ambos la administración única de la esposa sobre dicho negocio, que ha de entenderse otorgada con carácter provisional o temporal hasta que se pida la liquidación de los gananciales (...)».

En cuanto a los *actos de disposición* rige el principio de unanimidad, según el artículo 397 CC⁴²⁴. En la interpretación de este artículo la doctrina⁴²⁵ ha puesto de relieve que la expresión legal "alteraciones" debe ser entendida en un sentido amplio, comprensivo de lo jurídico y de lo físico, lo que viene a significar que un copropietario no puede enajenar o gravar la cosa común ni realizar con ella ningún acto o negocio jurídico de disposición sin contar con el consentimiento de los demás. Respecto a este tipo de actos, la jurisprudencia se muestra reticente a la hora de atribuir el poder de disposición a uno solo de los consortes, declarando como nulos los negocios que atenten contra este principio, puesto que su titularidad recae sobre el *totum* patrimonial y no sobre bienes concretos, careciendo por ello de poder dispositivo unilateral. Este sentir fue plasmado por la AP de Madrid⁴²⁶ al explicitar: «*En esta comunidad postganancial, que comprende la*

⁴²⁴ Art. 397 CC: «Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

⁴²⁵ TORRES MATEOS, M. A., *Comunidad de bienes*, Ed. Aranzadi, 1ª Edición, 2007, págs. 302 y ss.

⁴²⁶ Sentencia de la AP de Madrid, Sección 25ª, nº 140/2006, de 13 de Marzo (EDJ 2006/57329).

totalidad de los bienes que integraban la antigua masa ganancial, los comuneros (bien los cónyuges, o ex cónyuges, bien el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común sobre el 'totum', pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo. Esta titularidad común no permite que cada uno de los comuneros pueda, por sí solo, disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado, por falta de poder de disposición, ya que, como tiene reiterado la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo -en sentencias, entre otras, de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969, 25 de abril de 1970, 14 de diciembre de 1973 EDJ1973/480 , 19 de diciembre de 1985 ó 13 de noviembre de 2001 EDJ2001/40426 , citada por la sentencia apelada- la enajenación de la cosa común como cosa propia supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del Código Civil EDL1889/1 , que, por tanto, exige preceptivamente el consentimiento unánime de todos los comuneros».

¿Qué ocurre con los rendimientos, la renovación de sus elementos, las mejoras y la plusvalía de la empresa?⁴²⁷

i. Los rendimientos de la empresa privativa, generados tras la disolución, serán privativos.

Los rendimientos de las empresas total o parcialmente comunes, no constituyen ya gananciales, sino que engrosan el patrimonio indiviso sujeto a liquidación.

⁴²⁷ DÍEZ BALLESTEROS, J. A., *La empresa individual en el Régimen de Gananciales*, Ed. Montecorvo, 1997, págs. 395 y ss.

ii. Respecto de la *renovación de sus elementos*, conforme al principio de subrogación real, los elementos que entren a formar parte de la empresa en sustitución de otros se subrogan en el lugar de los bienes sustituidos.

iii. En cuanto a las *mejoras*, si son útiles para la productividad de la empresa en común, necesitan la aprobación de la mayoría e ingresan en el *patrimonio colectivo*.

iv. Las *plusvalías* que se produzcan en la empresa enriquecerán la masa común.

7. PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE PACTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

Una vez fundada la *empresa familiar*, en la forma que mejor se adapte a su misión, objetivos y necesidades, resulta adecuado establecer en el marco de la misma aquellas medidas que permitan su mantenimiento, desarrollo y transmisión con el objetivo, tanto a corto como a largo plazo, de facilitar las relaciones familiares, personales y empresariales de sus componentes, pues la pervivencia de la empresa en manos de la familia es uno de los mayores desafíos que debe afrontar.⁴²⁸

Como se ha expuesto, uno de los mayores retos a los que se enfrentan las empresas familiares es su continuidad, que se ve amenazada por una serie de factores, entre los que cabe destacar las desavenencias surgidas tras la crisis matrimonial de uno de sus partícipes.

Como indica el profesor Sainz Álvarez⁴²⁹, la tasa de mortalidad de empresas en España, durante sus cinco primeros años, oscila en torno al 80%, siendo la mayoría empresas familiares. Y sólo entre el 10% y 15% de las empresas familiares llegan a la tercera generación.

Al inicio de este trabajo hicimos referencia a la inexistencia en la legislación española de un marco jurídico propio para la empresa familiar;

⁴²⁸ PÉREZ GIMÉNEZ, M., «La mediación en el marco del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, nº 9, 2010, pág. 997.

⁴²⁹ SAINZ ÁLVAREZ, J. M., «Capital Intelectual, protocolo y empresa familiar», en *Anuario Jurídico y Económico*, XLII, nº 42, 2009, págs. 377 a 388.

de ahí que hayan de ser los diversos pactos estatutarios o extraestatutarios (“parasociales”) alcanzados entre los socios familiares en las sociedades de capital los que permitirán configurar una construcción jurídica de sociedad familiar.

Podemos afirmar con la doctrina⁴³⁰ que los documentos más relevantes en la configuración jurídica de la empresa familiar serán:

a) Los Estatutos Sociales, que contienen los aspectos esenciales de organización, estructura y funcionamiento de la empresa familiar según el tipo social elegido.

b) Y el Protocolo familiar, siendo éste, sin duda, el pacto parasocial más importante que habrán de suscribir los socios, cuya trascendencia práctica es equiparable a la que tienen las capitulaciones matrimoniales y el testamento del socio.

Pero, ¿qué ocurrirá si el protocolo familiar permite un régimen económico matrimonial de gananciales, o los socios fundadores de la Sociedad o la segunda generación han contraído matrimonio bajo el régimen económico de gananciales y uno de los cónyuges no firmante se niega a otorgar capitulaciones matrimoniales y a pactar un régimen de absoluta separación de bienes, y posteriormente deciden poner fin a su

⁴³⁰ GARRIDO PALMA, V. M., «La familia empresaria: su protocolo», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 44, 2006, págs. 94 a 123. CARLOCK, R.S. y WARD, J. L., *La planificación estratégica de la familia empresaria: cómo planificar para unir a la familia y asegurar la continuidad de la empresa familiar*, Ed. Deusto, Bilbao, 2003, págs.87 a 102. PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J., *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, Ed. CISS, 2005, págs. 40 y ss.

vínculo conyugal?, ¿cuáles son los pactos que impiden poner en crisis a la empresa familiar como consecuencia de la ruptura matrimonial?, ¿cómo mantenemos el dominio de las acciones o participaciones sociales del cónyuge miembro de la familia?, ¿cómo regulamos y proveemos esta contingencia antes de que la crisis comience?

A nuestro juicio, desde una doble perspectiva: dentro de la propia sociedad familiar mediante pactos estatutarios y extrasocietarios (parasociales); y fuera del ámbito propiamente societario, a través de capitulaciones matrimoniales, pactos de convivencia o ayuda mutua.

7.1. PACTOS ESTATUTARIOS

En primer lugar, hay que tener en cuenta el reconocimiento expreso que el Art. 28 de la LSC otorga a la autonomía de la voluntad de los socios, según el cual éstos podrán incluir en los estatutos todos los pactos y condiciones que juzguen convenientes, sin más limitaciones que las leyes y los principios configuradores del tipo social elegido.

En esta línea, no se debe poner en duda la validez de los pactos estatutarios como los que apuntamos, por considerar que suponen una intromisión en el ámbito del derecho de familia, de carácter indisponible.

A nuestro juicio, siempre que la regulación de los Estatutos Sociales respete el derecho de familia y la Ley de Sociedades de Capital, tales previsiones estatutarias no deben de plantear dudas ni problemas.

Siguiendo a Grima Ferrada⁴³¹, dicha objeción podría quedar salvada, al menos en cuanto a las disposiciones estatutarias cuyo objeto es otorgar al cónyuge externo a la familia el valor razonable de las participaciones en sustitución de éstas, si entendemos aplicable a la sociedad de gananciales las normas reglamentarias (Art. 123 y 188 RRM), que establecen que las adquisiciones de acciones o participaciones sociales que tengan lugar como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas a los socios en la sociedad titular de aquella, deben de sujetarse al régimen estatutario previsto para la transmisión *mortis causa* de tales acciones o participaciones sociales⁴³².

Por último, debemos señalar como aspecto ventajoso de la inclusión de pactos y condiciones en los estatutos, su oponibilidad frente a terceros desde su publicación en el B.O.R.M, con base en lo establecido en el Art.9 del RRM. Hay que tener en cuenta que los estatutos sociales, como contenido obligatorio de la escritura de constitución de la sociedad, deben ser inscritos en el Registro Mercantil (Art. 31 LSC). De este modo, poseen una eficacia añadida *erga omnes*.

⁴³¹ GRIMA FERRADA, F., «Pactos entre empresas familiares» en VICENT CHULIÁ, F. (Dir.) *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Aranzadi, 2004, págs. 139 a 180.

⁴³² POVEDA BERNAL, M. I., «La generación siguiente (I): la sucesión del management», en *Manual de la Empresa Familiar*, Ediciones Deusto, 2005, págs. 361 a 383.

7.1.1. Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales con objeto de mantenerlas dentro del núcleo familiar.

Estas cláusulas han sido clasificadas por la doctrina⁴³³ en los siguientes tipos:

i. Cláusulas de autorización o consentimiento de la sociedad: Subordinan la eficacia de la transmisión por acto *inter vivos* de las acciones nominativas o participaciones sociales a la autorización de la sociedad. Dado el carácter mobiliario de las acciones, el Art. 123.3 de la LSC establece como garantía de esta restricción, para las sociedades anónimas, la necesidad de especificar en los estatutos las causas de denegación de la autorización de la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* cuando sea realizada a favor del cónyuge del socio familiar.

ii. Cláusulas que sólo permitan la transmisión a favor de sujetos que reúnan o carezcan de determinadas condiciones. Siguiendo la línea marcada en la cláusula anterior, se podría introducir una cláusula que condicionase la transmisión a que el adquirente no fuese el cónyuge del socio familiar.

iii. Cláusulas de preferencia en la adquisición. Son aquellas que conceden a todos o a parte de los socios (o incluso a favor de la propia sociedad) un

⁴³³ PERDICES HUETOS, A.B., «Las diversas cláusulas restrictivas», en *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 115 y ss. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «La transmisibilidad de la acción», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Ed. Tecnos, 10ª Edición, Madrid, págs. 390 a 391. SÁNCHEZ-CRESPO, A. J. y CALERO ARTERO, J. F., «Instrumentos de desarrollo del Protocolo Familiar», en *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil (matrimonial y sucesorio), societario y fiscal*, Editorial Comares 2000, Granada, págs.50 a 54.

derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones que otro socio desea transmitir. De esta forma, antes de transmitir éstas a terceros debe ofrecérselas a los restantes socios. Para su efectividad en las sociedades limitadas, y conforme al Art. 188.2 del RRM, es necesario que se especifiquen con precisión las transmisiones en las que existe preferencia, las personas que podrán ejercitarla, el plazo para su ejercicio y el sistema para fijar el precio de adquisición. Por tanto, la sociedad familiar puede valerse de estas cláusulas para evitar que el socio familiar transmita por acto *inter vivos* las acciones o participaciones sociales a su cónyuge.

iv. Cláusulas de rescate. Hasta ahora los mecanismos que hemos examinado eran tendentes a impedir la transmisión de acciones o participaciones a una persona extraña a la familia, pero es necesario que los estatutos prevean también la posibilidad de que, sin darse una transmisión, el socio pierda su cualidad de familiar⁴³⁴. Al igual que en el supuesto anterior, a través de estas cláusulas, se reconoce a favor de los socios (o de la propia sociedad) un derecho a adquirir las acciones o participaciones de otro socio cuando concurren determinadas circunstancias que hacen que el socio pierda su cualidad de familiar. Así, en los estatutos de empresa familiar sería conveniente incluir lo siguiente:

a) En caso de liquidación del régimen económico matrimonial del socio familiar, se establecerá, a favor de éste, un derecho preferente para adquirir la totalidad de las acciones o participaciones sociales, y caso de

⁴³⁴ NIETO GARCÍA, B y RIVAS TORRALBA, R., «Pacto de reversión», en *Preparación de la sucesión en la empresa familiar*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2010, pág. 57.

que no pudiera adjudicarse la totalidad o parte de ellas por la desigualdad de su valor con el resto del patrimonio no empresarial, se establecerá tal derecho a favor del resto de socios familiares, o de la propia sociedad.

b) En caso de sucesión *mortis causa*, se establecerá el derecho de adquisición preferente a favor de los descendientes del causante, tanto si fueran mayores de edad, como si fueran menores de edad, siempre que, en este último caso, el ejercicio de los derechos políticos se atribuya por vía testamentaria a favor de un miembro de la familia, no al ex cónyuge, hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, o en defecto de lo anterior, a favor de los socios sobrevivientes, o de la propia sociedad.

v. Cláusulas de prohibición de transmisión voluntaria de las acciones o participaciones sociales, por actos inter vivos, a favor del cónyuge del socio familiar

En todos los supuestos contemplados, el sistema de valoración de las acciones o participaciones sociales, que deben contemplar los estatutos sociales, será determinado por un auditor de cuentas distinto de la sociedad, que será nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de cualquiera de los interesados, y cuyos honorarios serán satisfechos por el adquirente.

7.1.2. Prestaciones accesorias de las acciones y participaciones sociales

A través de las prestaciones accesorias reguladas en los Arts. 86 a 89 de la LSC, los socios asumen obligaciones distintas a las de realizar su aportación al capital social. Dichas obligaciones pueden consistir en

cualquier obligación de dar, hacer, o no hacer, siempre que se establezcan en los Estatutos Sociales. Por tanto, se trata de mecanismos valiosos para la empresa familiar, ya que permiten adaptar su régimen societario a sus propias necesidades.

Como principales características de las prestaciones accesorias cabe reseñar⁴³⁵:

i. Son accesorias de la condición de socio. Ello implica que únicamente puedan ser asumidas por socios, es decir, para poder asumir una prestación accesorias es necesario que el sujeto sea socio, pues sólo pueden establecerse estos concretos vínculos entre los socios y la sociedad.

ii. Tienen un carácter específico. Su razón de ser difiere de la que es propia de los deberes generales de conducta del socio, pues van más allá del deber de todo socio de contribuir a la consecución del fin común.

iii. Inaplicación de las limitaciones establecidas para las aportaciones de los socios. De esta forma, es posible salvar las restricciones recogidas en el Art. 58 de la LSC relativas al objeto de la aportación no dineraria de las sociedades de capital, posibilitando que los socios colaboren en la consecución del fin común mediante su trabajo o la prestación de servicios. Las prestaciones accesorias se configuran como meras aportaciones al patrimonio de la sociedad, nunca como aportaciones al capital.

⁴³⁵ BERNING PRIETO, A. D., *Prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Noticias Jurídicas, Artículos doctrinales, Derecho Mercantil, Febrero de 2009, Consulta en línea en el siguiente enlace: <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200902-02587456321478.html>.

iv. Son obligaciones individuales. Pueden afectar sólo a determinados socios. Con objeto de respetar el principio de igualdad de trato entre socios, el Art. 89.1 de la LSC exige el consentimiento de los afectados para la creación, modificación o extinción anticipada de la estas prestaciones accesorias⁴³⁶.

v. Carácter estatutario. Es necesario que las prestaciones accesorias se recojan de forma detallada en los Estatutos de la sociedad⁴³⁷ (Art. 86 LSC y Art. 187 del RRM). Esta determinación abarca tanto al objeto de la obligación como a los aspectos relativos a su exigibilidad, plazo, retribución o gratuidad, y eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.

Entre las prestaciones relevantes para la sociedad familiar que cabe incluir en los Estatutos, cabe citar la obligación del socio de desempeñar el cargo de administrador o consejero, cuando así sea acordado por la Junta General.

⁴³⁶ Vid. Sentencia de la AP de Cantabria, Sección 2ª, nº81/2010, de 3 de Febrero, (EDJ 2010/211830): «(...) Asiste la razón al recurrente en cuanto sostiene que la prestación accesorio exige el consentimiento individual de los afectados»

⁴³⁷ Vid. Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 776/2007, de 9 de Julio, (EDJ 2007/144071): « (...) es inequívoco en el sentido de que la obligatoriedad de las prestaciones accesorias debe resultar de la propia norma estatutaria (...)». Sentencia de la AP de Lugo, Sección 2ª, nº26/2002, de 21 de Enero (EDJ 2002/5380): «las prestaciones accesorias distintas a las aportaciones de capital, determina que las mismas han de fijarse con un contenido concreto y determinado, cualidades que vienen corroboradas por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez y al igual que ha de estarse al artículo 1.088 del Código Civil EDL1889/1 a la hora de determinar qué pueda ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1.271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1.273 exige la determinación (...)».

Por último, la prestación accesoria a nuestro parecer más importante que puede introducirse en los Estatutos Sociales consistirá en que cualquier titular de las participaciones sociales, o acciones, deberá suscribir y cumplir el Protocolo Familiar que, tras la entrada en vigor del RD 171/2007, debe ser inscrito en el Registro Mercantil, recibiendo así la publicidad registral necesaria para que tal prestación accesoria pueda ser incorporada a los Estatutos Sociales; posteriormente profundizaremos en esta idea cuando abordemos el Protocolo.

7.1.3. Usufructo de acciones y participaciones sociales

Otra medida para evitar posibles injerencias en la empresa familiar, sería establecer un usufructo sobre las acciones nominativas o participaciones sociales a favor del cónyuge del socio familiar.

Por lo dispuesto en el Art. 127 de la LSC, salvo previsión estatutaria, al usufructuario sólo le corresponden los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo, así como el incremento de la cosa usufructuada correspondiente a los beneficios de la explotación integrados durante la duración del usufructo en las reservas expresas del balance de la sociedad, y el derecho a igual incremento en caso de liquidación de la sociedad además del usufructo de la cuota de liquidación⁴³⁸. De este modo, el nudo propietario, al ostentar la posición de socio, conserva todos los demás derechos: derecho de información; derecho de asistencia, voto e

⁴³⁸ AGUSTÍN TORRES, C. y AGUSTÍN JUSTRIBO, J., «Reflexiones, desde la práctica notarial, sobre el usufructo de acciones y participaciones sociales», en *La Notaría*, nº5/2002, Mayo de 2002, págs. 81 a 90.

impugnación de los acuerdos sociales, derecho de separación, derecho al ejercicio de acciones de responsabilidad frente a los miembros del órgano de administración, derecho a exigir la intervención de un notario en Junta General, etc.

La constitución del usufructo puede producirse por acto *inter vivos* (por adquisición, mediante la venta de acciones o participaciones sociales adquiriendo una persona el usufructo y otra la nuda propiedad) o *mortis causa* (ya sea por sucesión testada o intestada).

7.1.4. Exclusión de los socios

En primer lugar, debemos destacar la importante modificación del régimen de exclusión de los socios recogido en la Ley de Sociedades de Capital, operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Con anterioridad a esta reforma sólo se reconocía a la sociedad la posibilidad de establecer un derecho de exclusión voluntaria de los socios en las Sociedades Limitadas.

Actualmente, si bien el artículo 350 de la LSC⁴³⁹, sólo aplicable a las Sociedades Limitadas, recoge como causa legal de exclusión de los socios,

⁴³⁹ Art. 350 LSC: «La sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido

entre otras, el incumplimiento voluntario de las prestaciones accesorias, la modificación del artículo 351 de la LSC⁴⁴⁰ ha extendido la posibilidad de establecer estatutariamente la exclusión voluntaria de los socios a las Sociedades Anónimas, en el supuesto indicado o en otros posibles.

De este modo, y siempre que se cuente con el consentimiento de todos los socios, podrá introducirse en los estatutos como causa determinada de exclusión de los socios la no suscripción del protocolo familiar, en ambos tipos sociales; siempre y cuando, como hemos referido anteriormente, el mismo haya tenido acceso al Registro Mercantil.

7.1.5. El Arbitraje estatutario

Otro aspecto importante a incluir en los Estatutos sociales vendrá constituido por una cláusula de sumisión arbitral para la resolución de los conflictos que puedan surgir en el seno de la sociedad.

Debemos señalar en primer lugar el reciente reconocimiento legal que la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, ha otorgado al arbitraje estatutario, a través de la introducción de los Arts. 11 bis y ter en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, L.A). Hay que tener en cuenta que con anterioridad a esta reforma este tipo de arbitraje ya había sido

condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta Ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia»

⁴⁴⁰ Art. 351 LSC: «En las sociedades de capital, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad».

aceptado jurisprudencialmente —tanto por el Tribunal Supremo⁴⁴¹ como por la DGRN⁴⁴²— y puesto en práctica por los Letrados especialistas en derecho mercantil y notarios en base al principio de autonomía de la voluntad.

En cuanto a las notas características del arbitraje societario destacamos las siguientes⁴⁴³:

a) Es aplicable a todos los conflictos de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos (nulidad de las Juntas, ejercicio de acción social de responsabilidad, reclamación de cantidad derivada de un contrato de préstamo no devuelto por la sociedad a los socios, reclamación del importe de dividendos pasivos no satisfechos, etc.). Por tanto, se extiende más allá de los supuestos de impugnación de los acuerdos sociales.

b) En cuanto al sistema de mayorías necesarias para la introducción de la cláusula en estatutos debemos distinguir dos períodos: (i) Si se produce en la fase contractual -en la sociedad *ex novo*- requerirá la unanimidad de todos los socios fundadores; (ii) Si se pretende incorporarla a los Estatutos Sociales de la Sociedad ya constituida e inscrita en el Registro Mercantil requerirá, de conformidad con el artículo 11 bis, punto 2, que el acuerdo de la modificación estatutaria pretendida sea adoptado «con el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos

⁴⁴¹ *Vid.* Sentencia del TS de 14 de Junio de 2001 (RJ 2001/4338) y de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004/5476).

⁴⁴² Resolución de la DGRN de 19 de Febrero de 1998 (RJ 1998/1118).

⁴⁴³ SÁNCHEZ-VIZCAÍNO RODRÍGUEZ, J. y RUÍZ ESPINOSA, J., «Arbitraje estatutario», en *Derecho y Empresa*, Ed. Aranzadi, nº1, Enero-Diciembre, 2012, pág. 47.

correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social».

c) El arbitraje debe ser encomendado necesariamente a una institución arbitral.

Por último, debemos referir que nuestra preferencia por el arbitraje estatutario frente a la judicialización de las controversias de los conflictos societarios la sustentamos en las siguientes razones:

a) *Su rapidez*. El Art. 37. 2 de la LA establece un plazo de seis meses desde la contestación a la demanda para que los árbitros resuelvan sobre la controversia suscitada (salvo acuerdo contrario de las partes o en caso de que haya expirado el plazo de contestación). En cambio, en el orden jurisdiccional existen diversos factores que imposibilitan dar una respuesta rápida a la solución de conflictos societarios, entre ellos cabe citar: la carga excesiva que pesa sobre los Juzgados de lo Mercantil, el tipo de procedimiento de Juicio Ordinario que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil y los recursos contra las sentencias de instancia en grado de apelación ante la Audiencia Provincial o casación ante el Tribunal Supremo, si procediera.

b) *Su efectividad*. El laudo produce efectos de cosa juzgada, aunque se ejercite contra él las acciones de anulación o revisión, lo que supone que puede ser ejecutado forzosamente si no se produce el cumplimiento voluntario.

c) *Su confidencialidad.* La privacidad que supone el arbitraje frente a la excesiva publicidad de los litigios y de sus resoluciones judiciales, máxime si se trata de empresas de carácter familiar. El empresariado quiere resolver sus controversias de forma privada, sin trascendencia pública, evitando que el conflicto pueda ser conocido por sus competidores, proveedores financieros o no, clientes y empleados.

7.2. PACTOS PARASOCIALES

Podemos definir los pactos parasociales, siguiendo a Paz-Ares, como *«los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen»*⁴⁴⁴

Por su parte, Madrideojos⁴⁴⁵ los define como aquellos vínculos asumidos entre socios o entre éstos y la sociedad, o incluso entre socios y terceros, que derivan de acuerdos separadamente concluidos y extraños a la reglamentación social, con eficacia puramente obligacional entre las partes que los han suscrito y, por tanto, dada su limitada trascendencia para terceros, sin que les sean aplicables —en principio— las limitaciones típicas del contrato de sociedad, cuyo fundamento es la protección de los terceros y del tráfico jurídico. Lo característico del pacto parasocial es la consideración del socio, no en cuanto tal socio, sino en su genuina

⁴⁴⁴ PAZ-ARES, C., «El enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 5, Mayo 2003, pág. 19.

⁴⁴⁵ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J.M., «Los pactos parasociales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 37, 1998, págs.187 a 224.

individualidad, como titular de un patrimonio particular, sin perjuicio, pese a ello, de perseguir una indudable incidencia en la esfera social.

Establece el Art. 29 de la LSC que «*los pactos parasociales que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*». Por tanto, con este reconocimiento, queda patente cómo la autonomía de la voluntad de los socios cuenta con un alcance que puede superar el ámbito estatutario, siempre que no sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen a la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros.

Dentro de estos márgenes, estos pactos serán perfectamente válidos y exigibles entre los que los hubieran suscrito, incluso judicialmente, y el Juez podrá condenar a su cumplimiento forzoso, nombrando al efecto una persona representante del socio condenado⁴⁴⁶.

Sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 6 de marzo de 2009⁴⁴⁷, consolidan la doctrina jurisprudencial que señala que el incumplimiento de los pactos parasociales no es causa suficiente, por sí sola, para impugnar un acuerdo social, incluso aunque dichos pactos se hayan firmado por todos los socios. Es el caso típico del protocolo familiar, que se firma por todos los socios de la empresa familiar, cuando alguno de los

⁴⁴⁶ SÁEZ LACAVE, M. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (www.indret.com), nº3, 2009, págs. 19 a 22.

⁴⁴⁷ Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 128/2009, de 6 de marzo (VLEX-57207090) y Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 138/2009, de 6 de marzo (VLEX-57207101).

pactos de carácter corporativo contenidos en el mismo no se incorpora a los estatutos de la empresa.

El Tribunal Supremo señala en dichas sentencias que «(...) lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión. Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1.564/1.989 – aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1.995 -, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado —sentencias de 10 de diciembre de 2.008 y 2 de marzo de 2.009—»

Por lo tanto, las diferencias entre los socios, en estos supuestos, tendrán que dirimirse en el ámbito contractual entre los socios firmantes, quedando al margen de la sociedad.

Por otra parte, una de las características más reseñables de los pactos parasociales es la heterogeneidad de su contenido⁴⁴⁸, lo que dificulta

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El eforcement societario y registral de los pactos parasociales: la oponibilidad de lo pactado en el protocolo familiar», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 29, 2007, págs. 139 a 183.

ofrecer una enumeración completa. Siguiendo la clasificación propuesta por Paz-Ares⁴⁴⁹, los pactos parasociales pueden agruparse en:

(i) *Pactos de relación*. Son aquellos caracterizados por su neutralidad, perceptible en un doble sentido: por un lado, en ellos se observa cómo prima la voluntad de los socios para regular sus relaciones de manera directa, sin mediación de la sociedad; por otro, no tienen repercusión jurídica apreciable sobre la esfera social. Podemos incluir dentro de esta categoría a los pactos de no agresión (a través de los cuales los socios se comprometen a no aumentar su participación en el capital social por encima de un determinado porcentaje), los derechos de venta conjunta, obligaciones de ceder la participación en el capital bajo determinadas circunstancias, etc.

(ii) *Pactos de atribución*. A diferencia de los anteriores, los pactos incluidos en esta categoría se caracterizan por que sus firmantes se obligan frente a la sociedad con la única finalidad de procurar ventajas a ésta. Dentro de esta agrupación encontramos a las obligaciones de financiación adicional por parte de los socios, de abstención de competencia con la sociedad, de proponerle la compra de las acciones o participaciones cuando el socio se proponga transmitir las, etc.

(iii) *Pactos de organización*. Reciben esta denominación aquellos pactos parasociales destinados a reglamentar la organización, el funcionamiento, y el sistema de decisiones dentro de la sociedad. Existe una amplia

⁴⁴⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «El enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 5, Mayo 2003, pág. 21

variedad de supuestos que se pueden incluir dentro de este grupo; así, podemos mencionar, entre otros, los pactos de composición del órgano de administración, los pactos de arbitraje para la resolución de conflictos, pactos sobre quórum y mayorías para la adopción de acuerdos sociales, etc. Por su incidencia societaria, son los pactos parasociales más relevantes para la empresa familiar. Por ello, nuestra exposición se va a centrar en el examen de las figuras más importantes dentro de esta categoría: los sindicatos de acciones o participaciones y el protocolo familiar.

7.2.1 Sindicación de acciones o participaciones

La doctrina⁴⁵⁰ define el fenómeno de la sindicación de acciones o participaciones sociales como la unión de varios accionistas o socios que se obligan entre sí, frente a la propia sociedad o frente a terceros, a actuar de un modo predeterminado, para la defensa de los intereses comunes a todos ellos.

Como pactos parasociales, los pactos de sindicación constituyen una práctica que se ejerce al margen de los estatutos, con objeto de completar o enmendar las disposiciones contenidas en éstos. Hay varias modalidades

⁴⁵⁰ DE CARLOS BELTRÁN, J. M., «Contratos entre accionistas. Indemnización por incumplimiento. Situación actual. Alternativas contractuales. La cláusula penal», en *Diario La Ley* (www.laleydigital.es), Nº 7579, Sección Tribuna, 1 Mar. 2011 Ref. D-92. SÁNCHEZ GARCÍA, R., «Sindicación de acciones», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 70, nº 623, 1994, págs. 1585 a 1596. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (www.indret.com), nº. 4, 2010.

de sindicación de acciones o participaciones; siguiendo la sistemática propuesta por Faus Pujol podemos señalar las siguientes⁴⁵¹:

7.2.1.1. *Sindicato de bloqueo*

Los sindicatos de bloqueo son aquellos pactos extraestatutarios por los que dos o más accionistas o socios, personas físicas o jurídicas, se obligan durante un período de tiempo determinado, bien a no transmitir sus acciones o participaciones, bien a someter su transmisión a determinadas limitaciones⁴⁵²: a la autorización del sindicato, a un derecho de adquisición preferente reconocido en favor del resto de los sindicados; o a la exigencia de que el eventual adquirente cumpla determinados requisitos.

Por tanto, es apreciable cierta similitud con lo expuesto en relación con las cláusulas estatutarias limitativas de la transmisión de las acciones o participaciones, pues comparten finalidad: impedir o limitar la transmisión de acciones o participaciones con objeto de evitar la entrada de socios no deseados en la sociedad. Sin embargo, su alcance es distinto dada la eficacia que otorga a los pactos parasociales el Art. 29 LSC —los pactos extraestatutarios sólo tienen eficacia *inter partes*, y los estatutos *erga omnes*— y sobre todo a raíz de las interpretaciones restrictivas realizadas por la

⁴⁵¹ FAUS PUJOL, M., «Pactos parasociales». *Breviario Mercantil. Sociedades Limitadas, Sociedades Anónimas y Contratos mercantiles*. VLEX-66944125. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pactos-parasociales-66944125>

⁴⁵² ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., «Los sindicatos de bloqueo con cláusula de autorización a la transmisión de acciones en la sociedad anónima». *Diario La Ley*, N° 5781, Sección Doctrina, 15 Mayo 2003, Ref. D-114 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY 887/2003)

jurisprudencia más reciente del TS en sus Sentencias de 6 de Marzo de 2009 —también comentadas en su momento—. Además, es preciso apuntar que, en la práctica, normalmente se suelen utilizar para reforzar la eficacia de la otra modalidad de sindicación, la sindicación del voto, que carecería de sentido si se produjeran cambios en la composición de los firmantes. Con todo ello, nos decantamos por la fórmula estatutaria para limitar la transmisión de acciones o participaciones societarias en la empresa familiar, dejando la sindicación de bloqueo para estrategias dentro, sobre todo, de las sociedades anónimas cotizadas.

7.2.1.2. Sindicato de voto

Tiene lugar cuando determinados accionistas o socios se obligan, mediante un pacto extraestatutario, a votar de una forma unitaria. A su vez puede tener por objeto diversas finalidades: el control de la sociedad (entonces se denomina sindicato de control o mando); intentar defender los intereses de los socios minoritarios, poniéndose de acuerdo previamente para dar más fuerza a su voto; evitar conflictos en el seno social mediante la consecución de un consenso previo, etc.

De este modo, con la sindicación del voto se consagra, en ciertos casos, el mero compromiso de ejercer el voto personalmente en el sentido fijado previamente por la “asamblea del sindicato”; en otros, se prevé la cesión de la posesión de acciones o participaciones (sindicato de voto con transmisión fiduciaria). Es decir, la asamblea fija una posición común y

luego acuden todos, o bien se cede la representación al síndico, opción que garantiza obviamente la unidad de acción⁴⁵³.

Así, en la sociedad familiar es frecuente que coexistan varios grupos familiares. Para asegurar que toda la rama de una misma familia emita, en sus órganos corporativos, un voto unánime que imposibilite la adopción de otros acuerdos por el resto de socios familiares, sería conveniente formalizar un pacto de sindicación del voto, a través del cual los socios familiares se comprometan, y obliguen, a ejercer el voto unánime en un mismo sentido, de forma que la decisión final sea tomada previamente por todos los socios de la familia⁴⁵⁴.

7.2.2. El Protocolo Familiar

7.2.2.1. Definición y contenido

Para la resolución adecuada de la compleja problemática de la empresa familiar, se recomienda la formalización del llamado “*protocolo familiar*”, que es un contrato que obliga a las partes que lo han suscrito, en el que se regulan, con criterios profesionales y objetivos, determinados aspectos sobre la gestión, transmisión de acciones, sucesión, relaciones entre familia y empresa, reglas de actuación de los propietarios, directivos

⁴⁵³ FORNESA REBÉS, T., «El sindicato de voto en sociedades mercantiles», en *Revista Iuris*, nº 136, Marzo 2009, págs. 45 a 52.

⁴⁵⁴ PLANIFICACIÓN JURÍDICA, «Sucesión empresarial», en *Revista de Derecho vLex*, Núm. 80, Mayo 2010. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sucesion-empresarial-199468617>

y mandos, pactos de sindicación, regulación del acceso a los órganos de administración, sometimiento a arbitraje; etc.

El artículo 2.1 del RD 171/2007⁴⁵⁵ define el protocolo familiar como «*el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí, o con terceras personas, con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa, que afectan a la entidad*»

El *protocolo familiar*, por tanto, es un instrumento específico de las empresas familiares para regular todos aquellos aspectos que faciliten su continuidad, anticipándose a las eventuales discrepancias que puedan surgir en su seno, y garantizando el mantenimiento de los principios básicos de la empresa.

En cuanto a la *elaboración del protocolo*, es aconsejable la intervención de un experto externo que, además de asesorar legalmente sobre su confección, medie en la gestión de las posibles divergencias que puedan surgir entre los miembros de la familia. En esta línea, sería conveniente que la intervención de este asesor se prorrogue más allá de la firma del protocolo, con objeto de servir de guía y ayuda para solucionar las eventuales dificultades de aplicación que puedan surgir. De esta forma, sería recomendable, además de establecer canales de comunicación permanente, contar con su asistencia a la Asamblea Familiar y al Consejo

⁴⁵⁵ Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, Boletín Oficial del Estado, número 65, Viernes 16 de Marzo de 2007

de Familia, como foros de expresión y solución de los problemas que surjan en la empresa familiar. En la defensa de la conveniencia de esta revisión periódica del protocolo por un asesor podemos aludir a las siguientes razones⁴⁵⁶: puede ser necesario reformar algunas cuestiones que no hayan funcionado adecuadamente, o ahondar en las que sí hayan dado un buen resultado; o incluso, puede ser necesario adecuarlo a los cambios que se hayan producido tanto en el entorno familiar como empresarial, para que el protocolo familiar nunca pierda actualidad y vigencia.

Dado el carácter privado, personal, y atípico del Protocolo, éste no tiene un contenido predefinido. Se trata de un documento totalmente abierto y flexible, pudiéndose contemplar y regular en él todo lo que, en relación con la sucesión y gobierno de la Empresa familiar, los propios miembros de la familia tengan por oportuno y estén dispuestos a asumir.⁴⁵⁷ De esta forma, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁴⁵⁸, la práctica lleva a que en todos los protocolos se incluyan una serie de cláusulas más o menos típicas; pero, ni estas cláusulas constituyen un *numerus clausus*, ni es necesario que en todos los protocolos se contengan todas ellas, ni en los diversos protocolos familiares coincide el tenor exacto de esas cláusulas.

⁴⁵⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J. y CALERO ARTERO, J.F., «Plan de trabajo de asesor externo», en *La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil —matrimonial y sucesorio—, societario y fiscal*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 23.

⁴⁵⁷ GORTÁZAR LORENTE, C., «Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo», en *Ponencia a les XII Jornades de Dret Català a Tossa*, Viasualizable en el siguiente enlace: <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>

⁴⁵⁸ BADENAS CARPIO, J.M., «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, nº3, 2001, págs. 777 a 795. VICENT CHULIÀ, F., «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez-Calero*, Ed. McGraw-Hill, Vol. 4, 2002, págs. 4529 a 4752.

Aun refiriéndose a la misma cuestión, ésta se suele resolver de diferente manera en cada protocolo familiar.

Teniendo en cuenta esto, y siguiendo al profesor Díez Soto⁴⁵⁹, consideramos que el protocolo debe contar, en líneas generales, con la siguiente estructura y contenido:

(i) *Presentación*. Es conveniente que el protocolo se inicie con la presentación de las partes que intervienen en su otorgamiento y de los objetivos que se pretenden conseguir con el mismo.

(ii) *Parte expositiva o introductoria*. Con objeto de facilitar la comprensión y aplicación del protocolo, es aconsejable definir los conceptos más relevantes (“*Socio fundador*”, “*Grupo Familiar*”, etc). Junto con ello, deberá recogerse brevemente el origen e historia de la compañía; así como los valores y principios que la definen.

(iii) *Cuerpo central*. Comprenderá estipulaciones orientadas a regular las cuestiones que se pueden agrupar del siguiente modo:

-Pactos referentes a la familia: requisitos que deben cumplir los familiares para acceder como empleados a la empresa; régimen económico matrimonial de los socios; incorporación a la empresa de cónyuges o familiares políticos; régimen de la sucesión en caso de fallecimiento de los socios; disposiciones tutelares sobre la persona y el patrimonio de menores e incapacitados; creación, composición y funciones de la Asamblea de Familia y del Consejo de Familia; política fiscal de la familia, etc.

⁴⁵⁹ DÍEZ SOTO, C. M., «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», en *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Ed. Aranzadi, Navarra 2010, págs. 171 a 174.

-Pactos referentes a la propiedad: política de dividendos y reparto de beneficios; régimen del derecho de separación voluntaria del socio; régimen de la transmisión de las acciones o participaciones sociales; régimen de la venta conjunta a terceros; valoración de las acciones o participaciones sociales; etc.

-Pactos referentes a la empresa: organigrama y dirección de la empresa; composición, retribución y demás cuestiones relativas al Consejo de Administración; creación de Consejeros Delegados; sistemas de quórum y mayorías de la Junta General; sindicación del voto; prohibición de competencia; etc.

(iv) *Cláusulas de cierre*. Es conveniente completar el contenido del protocolo con las llamadas “cláusulas de orden”, que son aquellas estipulaciones que hacen referencia a: el régimen de modificación y derogación del protocolo; el régimen de incumplimiento del mismo; y el régimen de resolución de los conflictos que puedan surgir en relación con el protocolo (por ejemplo, la sumisión a arbitraje). Por último, se suele introducir una cláusula de agradecimiento al fundador y a las demás personas que han contribuido a la creación y consolidación de la empresa familiar.

7.2.2.2. Eficacia y publicidad

La mayor parte de la doctrina⁴⁶⁰ sostiene la eficacia limitada, y no directa, del protocolo familiar si no se ejecuta a través de otros instrumentos jurídicos, que deben de ser realizados voluntariamente por alguno, o algunos, o todos sus firmantes, ya sea por medio de las capitulaciones matrimoniales, mediante la realización de un testamento en un determinado sentido, o mediante la modificación de los estatutos sociales.

Fernández-Tresguerres⁴⁶¹ señala que la pluralidad de contenidos determina diversa coercibilidad, o eficacia normativa, refiriéndose a:

1º.- Obligaciones de honor o morales.- Son aquellos pactos regulados en el protocolo que no pueden ser exigidos jurídicamente, ni cabe su cumplimiento coactivo.

2º.- Obligaciones de dar, hacer o no hacer, con eficacia entre las partes que suscribieron el protocolo, y cuyo cumplimiento podría exigirse

⁴⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, E., «Los protocolos familiares», en AAVV *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Ed. Dykinson, 2010, págs. 331 a 416. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La ejecución societaria del protocolo familiar: estatutos y pactos parasociales», en *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 101 a 155. GALEOTE MUÑOZ, M. P., *Los protocolos familiares y su publicidad*. Working Paper IE Law School. Madrid. 2009. Descarga directa en el siguiente enlace:http://www.ie.edu/IE/site/php/es/school_law_working.php?anyo=2009§ion=Law&start=6. CASADO JUAN, F., «Los protocolos familiares y su incidencia en la empresa familiar», en SERRANO DE NICOLÁS, A (Coord.) *La empresa familiar y su relevo generacional*, Colegio Notarial de Cataluña 20 de Octubre de 2009, Ed. Marcial Pons, Madrid 2011, págs. 139 y ss.

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «Protocolo familiar, un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 19, 2002, págs. 89 a 113.

mediante cláusulas penales. Son los pactos extraestatutarios que no tienen acceso al Registro Mercantil.

3º.- Obligaciones mercantiles que pueden ser oponibles a terceros mediante publicidad registral, por su incorporación a los Estatutos Sociales

El RD. 171/2007, de 9 de febrero⁴⁶², como instrumento jurídico de la publicidad de los Protocolos Familiares, regula su finalidad; su definición, como un conjunto de pactos (excluyendo los protocolos no obligatorios); su publicidad, con carácter de unicidad (un solo protocolo, en su caso, para varias sociedades); voluntariedad; sujeto responsable de la publicación (el órgano de administración, con consentimiento expreso de los afectados cuyos datos personales sean incluidos en el protocolo); y necesidad de actualización, presumiéndose su vigencia (Arts. 1 a 3 RD).

La publicidad del protocolo familiar reviste las siguientes modalidades:

a) *Publicidad formal* (Art. 4). En el sitio o página web de la sociedad, cuyo dominio o dirección de Internet conste en el RM⁴⁶³; o, como regula el Art. 5 RD, mediante depósito en el Registro Mercantil, indicando, en este caso, si es accesible o no, y señalando si consta en documento notarial, el Notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo, pero en todo caso, sin calificación del Registrador, ya que el protocolo no es objeto de

⁴⁶² Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Publicado en el BOE de 16 de Marzo de 2007.

⁴⁶³ Esta norma hoy tiene virtualidad tras el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

presentación ante el mismo.

b) *Publicidad material*, produciendo los efectos de presunción de validez y exactitud, al amparo de los tribunales, del Art. 20.1 CCo⁴⁶⁴, en protección de terceros, en base a la calificación registral, declaración independiente del Registrador de que el contenido del documento que se le presenta no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa, o al orden público.

Los Arts. 6 y 7 del RD, que constituyen su contenido esencial, sólo contemplan el acceso del protocolo familiar al Registro Mercantil con ocasión del depósito de las cuentas anuales, y de la inscripción de acuerdos sociales. En la presentación de las cuentas anuales el órgano de administración podrá incluir entre la documentación correspondiente copia, o testimonio total o parcial, del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar. El protocolo será objeto de depósito, junto con las cuentas anuales, y de calificación por el Registrador. Además, *«cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública»* (Art. 7 RD). Es decir, a través de la escritura en que consta el acuerdo social inscribible, se hará mención a la circunstancia de que el acuerdo se adopta en ejecución de un protocolo

⁴⁶⁴ Art. 20.1 C.Co: «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»

familiar publicado, y aquel se inscribirá «previa calificación del Registrador»

La disposición final segunda del RD 171/2007 modifica el RRM (en concreto los arts. 114.2; 124.2; 175.2; 185.3.d; 186.5; 187.1 y 188.5), ampliando expresamente los pactos inscribibles, para las sociedades de capital.

De esa forma, se pueden inscribir:

a) Los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer en las escrituras o en los estatutos sociales (Arts. 114.2 y 175.2 RRM).

b) Las cláusulas penales, en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en el protocolo familiar publicado (Arts.114.2. a y 175.2. a RRM).

c) El conocido pacto sobre *«los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales»*, que respeta el principio de valor real en las transmisiones de acciones y participaciones, según los Arts. 114.2.b) y 175.2.b) del RRM.

d) El pacto de arbitraje sobre controversias societarias (Arts. 114.2 letra c y 175.2 letra c RRM). Al respecto, cabe aconsejar, para que la cláusula compromisoria sea completa, que se precise el ámbito objetivo (todas las controversias societarias), subjetivo (que afecten a socios y administradores) y, eventualmente, las reglas procedimentales.

e) El pacto por el que se establezca la venta conjunta por los socios de

las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí, por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable (Arts. 114.2 letra d y 175.2 letra d del RRM).

f) Los «Comités consultivos», que deben limitarse a prestar consejo a los órganos de la sociedad familiar —a veces, con carácter preceptivo, pero no vinculante—, sin convertirse en administradores de hecho (Arts. 114.2 letra e y 175.2 letra e del RRM). Cuestión que ya había admitido la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁶⁵.

El Art. 186.5 RRM⁴⁶⁶ transcribe para la Sociedad de Responsabilidad Limitada una norma que ya existía para la Sociedad Anónima, y que era de necesaria aplicación, por evidente analogía (Art. 4.1 CC), para la representación del socio en junta. El Art. 187.1 RRM⁴⁶⁷ amplía el elenco de

⁴⁶⁵ Vid. Resolución de la DGRN nº2/2005 de 4 de Mayo, (Westlaw RJ\2005\5539): «(...) dentro del mismo marco dispositivo se creen órganos específicos al margen de los legalmente previstos no puede descartarse a priori, pero en todo caso la incorporación de tales órganos a la estructura de la sociedad requiere la adecuada regulación de su composición, nombramiento, funciones, etc. y todo ello dentro del margen que aquella norma legal permite, el respeto a las Leyes y a los principios configuradores del tipo social. (...)Un órgano meramente consultivo y que expresamente se configura como extraestatutario (...)»

⁴⁶⁶ Art. 186.5 RRM: «La representación es siempre revocable. Salvo que otra cosa se establezca en los estatutos, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación de la total representación conferida». Como se ha referido en el presente trabajo, debe advertirse la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; debiendo entenderse efectuada la remisión a los Arts. 179 y 183 de esta última.

⁴⁶⁷ Art. 187.1 RRM: «En el caso de que se establezcan prestaciones accesorias, los estatutos detallarán su régimen, con expresión de su contenido concreto y determinado, que podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer, así como el carácter gratuito o retribuido de las mismas o, en su caso, las garantías previstas en su cumplimiento. En el supuesto de que sean retribuidas, los estatutos habrán de determinar la compensación a recibir por los socios que las realicen, sin que pueda exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación»

menciones que deben inscribirse en el Registro Mercantil en la cláusula estatutaria de prestaciones accesorias, en relación con el Art. 86 LSC. El Art. 188 RRM añade el apartado 5⁴⁶⁸, que reconoce la representación, en el ejercicio de los derechos de socio, por sus causahabientes, y los representantes de la comunidad hereditaria.

7.2.2.3. *El protocolo y el régimen económico del matrimonio*

Mucho se ha escrito sobre la conveniencia obligacional de que los miembros de las empresas familiares estén casados en régimen de absoluta separación de bienes, para evitar inconvenientes en caso de muerte o de crisis matrimoniales, lo cual compartimos, sin duda alguna, pero no sólo para los miembros de las empresas familiares, sino para el conjunto de la ciudadanía española, con independencia de su lugar de residencia y legislación aplicable.

Como cuestión que ya hemos expuesto en este trabajo, consideramos necesaria y urgente una reforma legislativa de nuestro derecho común patrio para que el régimen de separación de bienes sea el régimen legal supletorio principal o de primer grado y no el de gananciales.

El principio general de que todas las familias adopten el acuerdo de que sus miembros contraigan matrimonio en régimen de separación de

⁴⁶⁸ Art. 188.5 RRM: «Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales. De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio».

bienes; o bien que en *capitulaciones matrimoniales*⁴⁶⁹ se pacte que tras la extinción del matrimonio las acciones, o participaciones sociales, quedarán adjudicadas al cónyuge miembro de la familia; o que en el testamento se obligue a disponer que las acciones o participaciones sociales de la sociedad familiar pasen a los miembros de la familia, a los que se impone la carga obligacional de cumplir con las normas del protocolo⁴⁷⁰; es a nuestro juicio, no un principio general, sino una excepción en las empresas familiares, ya que en su gran mayoría no están dotadas de protocolos familiares, ni sus componentes presentes o futuros contraen matrimonio en régimen de separación de bienes, o han procedido a modificar el de gananciales por pacto capitular. Es más, podríamos afirmar que algunos de los protocolos de empresas familiares incluso permiten tanto a los socios fundadores, como a las siguientes generaciones, estar casados o contraer nupcias bajo el régimen de gananciales.

Dado que la eficacia de las obligaciones de los otorgantes del protocolo respecto a su cumplimiento no es discutible, ya que lo han aceptado de forma voluntaria y expresa, ambos cónyuges firmantes quedan obligados a otorgar las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, puede que uno de los firmantes asuma la obligación de otorgar capitulaciones matrimoniales, o que la previsión del protocolo exija contraer matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, y que el

⁴⁶⁹ Con arreglo al Art. 1325 del CC: «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo»

⁴⁷⁰ BADENAS CARPIO, J. M., «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, nº3, 2001, Ref. XXXII, págs. 777 a 795.

cónyuge actual o el futuro se nieguen a ello en ambos supuestos. Las capitulaciones matrimoniales, por su carácter bilateral, hacen imposible imponer a un cónyuge la adopción de un régimen concreto, con base, además, en un protocolo familiar que no ha suscrito y que no está obligado a cumplir.

Una vez analizada la problemática objeto de estudio, consideramos que el protocolo, para el supuesto de su otorgamiento por uno o ambos cónyuges en régimen de gananciales, deberá contemplar, además de algunas de las disposiciones expuestas en el punto precedente: **la imposibilidad de que el cónyuge no familiar accediera a cargos dentro del Consejo de Administración de la Sociedad.**

Una conocida Compañía murciana reguló tal eventualidad en su protocolo familiar. Cuando la crisis matrimonial de uno de los socios se presentó, no hizo falta que interviniera el Juzgador, ni siquiera las partes en el litigio; se aplicó lo pactado, sin que los propios cónyuges, ni el resto de los miembros de la familia, ni la propia empresa en su conjunto, se viera abocada a la crisis empresarial que hubiera supuesto la pérdida de un importante y estratégico sector económico de la Región.

7.3. PACTOS EXTRASOCIETARIOS. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE CONVIVENCIA

Como hemos venido señalando, el Protocolo Familiar normaliza el deber de todos y cada uno de los miembros familiares de pactar, en escritura pública, las capitulaciones matrimoniales, pactos de convivencia,

o de ayuda mutua necesarios para regular convenientemente las relaciones patrimoniales vinculadas al matrimonio o a la unión estable de pareja, así como las posibles consecuencias de una crisis familiar, con el objetivo de conservar, dentro de la familia, la titularidad de la empresa.

Con independencia de que se hubiera otorgado o no el Protocolo Familiar, nada impide que los cónyuges casados en régimen de gananciales puedan, en virtud de lo establecido en el artículo 1.325 del Código Civil, estipular, modificar, o sustituir el régimen económico matrimonial, o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo, señalando igualmente el citado precepto, que el contenido de las capitulaciones matrimoniales tiene eficacia, no sólo entre los cónyuges, sino también frente a terceros, por ser obligatoria su inscripción en el Registro Civil.

Pues bien, en virtud del citado precepto, y de acuerdo con el Art. 1315 CC, que establece la libertad de los cónyuges para estipular las modificaciones al régimen vigente, nada impide que, con el único límite de que lo pactado no sea contrario a la ley, a la igualdad entre los cónyuges, o a las buenas costumbres, los cónyuges establezcan aquellos pactos necesarios para conseguir que la propiedad de la empresa familiar continúe siendo detentada por el grupo familiar al que pertenece el cónyuge titular del “bien” acción, o participación social.

Algunos de los pactos utilizados en la “*praxis jurídica*” de contenido, patrimonial serían los siguientes⁴⁷¹:

i. *Pactos de contenido económico vigente el matrimonio*: consiste en la determinación del régimen económico matrimonial por el que los contrayentes habrán de regirse durante el matrimonio. Pero, sea el régimen elegido de separación de bienes, o de comunidad, es frecuente retocar ambos regímenes con pactos que modulen, adapten, o limiten sus efectos, en función de los intereses y circunstancias de los cónyuges.

En ocasiones se ha considerado conveniente el establecimiento de un régimen de comunidad de bienes, si bien con un ámbito objetivo limitado a determinados bienes, o sobre los frutos y rentas de determinados bienes, y ello, con el fin de asegurar en el presente un futuro económico al cónyuge.

ii. *Pactos en previsión de una crisis matrimonial*: es habitual incluir pactos que supongan la renuncia previa de las acciones o participaciones en la empresa familiar, por parte del cónyuge o conviviente no familiar, a favor del cónyuge miembro de la empresa familiar, sin contraprestación económica, o a cambio de una pensión compensatoria, o de la adjudicación de otros bienes y derechos, o de una indemnización pactada. También es usual establecer, en capitulaciones matrimoniales, la mejora efectiva a favor de cualquier heredero forzoso.

⁴⁷¹ GORTÁZAR LORENTE, C., «Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo», *Ponència a les XII Jornades de Dret Català a Tossa*, disponible en el siguiente enlace: <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>

Junto con estos pactos, señala Serrano Gómez⁴⁷² como posible acuerdo a incluir en las capitulaciones matrimoniales que favorecen la continuidad de la empresa familiar, sería establecer una adjudicación preferencial consistente en que el momento de realizar la liquidación de la sociedad conyugal, se adjudiquen las acciones o participaciones de la empresa a uno de los consortes con exclusión del otro. De esta forma, se ampliaría la facultad reconocida en el Art. 1406⁴⁷³ del CC, evitando la injerencia en la empresa del cónyuge no familiar, aunque el otro esposo no gestione efectivamente la explotación económica. Sin embargo, es necesario matizar que para que el pacto sea efectivo es imprescindible que existan bienes o metálico suficientes para que el otro cónyuge cobre íntegramente la parte que le corresponda.

⁴⁷² SERRANO GÓMEZ, E., «Contenido de las capitulaciones matrimoniales», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Ed. Dykinson, 2010, pág. 381.

⁴⁷³ Art. 1406 CC: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 1. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346. 2. La explotación económica que gestione efectivamente. 3. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual»

8. CONCLUSIONES

1^a.- Abogamos por un cambio en nuestra legislación común por virtud de la cual el régimen económico matrimonial legal supletorio principal o de primer grado sea el de separación de bienes.

2^o.- Habida cuenta de los lazos de solidaridad que comporta el matrimonio y al objeto de compensar el posible desequilibrio económico de los cónyuges tras la ruptura matrimonial, deberá darse nueva redacción al vigente artículo 1438 del Código Civil, incorporando la doctrina jurisprudencial aplicable al citado precepto.

3^o.- Se deberá acometer de forma inmediata y urgente la elaboración de un Código de Sociedades Mercantiles y de un nuevo Código de Comercio donde de forma expresa se adapten a la normativa general de los tipos sociales las peculiaridades y necesidades propias de las empresas familiares.

4^o.- Vaticinamos que en el 94% de las empresas familiares sus titulares están casados en régimen de gananciales; por ello, y con base en la práctica forense, apuntamos como una más de las debilidades de la empresa familiar, a la que no se suele aludir en los estudios doctrinales,

su vulnerabilidad ante la posible ruptura matrimonial de los cónyuges casados en régimen de gananciales, titulares de empresas individuales o de acciones o participaciones sociales.

En efecto, la doctrina no contempla como tal debilidad la derivada de la ruptura matrimonial de alguno de sus componentes, y ello es así, porque parten de la premisa errónea de que todos sus componentes han contraído matrimonio otorgando capitulaciones matrimoniales fijando como régimen económico matrimonial el de absoluta separación de bienes, de tal manera que, en caso de ruptura matrimonial, no habría problema que resolver, ya que el bien “empresa” correspondería con carácter privativo a aquél de los cónyuges vinculado a la empresa familiar.

5º.- Los Jueces y Tribunales, al adoptar las medidas de conservación del patrimonio ganancial, deberán salvaguardar tanto los intereses de los cónyuges en litigio como del bien empresa familiar. De este modo, destacamos la importancia de la formación de inventario en fase de medidas, o dentro del proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial, ya que el reconocimiento, inclusión o exclusión como ganancial del negocio familiar, o de las acciones, o participaciones sociales de la empresa familiar, puede dar lugar a una controversia innecesaria a través de un largo y tortuoso proceso judicial que puede poner en juego la continuidad, e incluso propiciar la desaparición de la empresa familiar.

Sin embargo, estimamos jurídicamente inviable que el Juez de Familia pueda adoptar como medida cautelar el nombramiento de un administrador judicial en las sociedades mercantiles de carácter familiar, ya que su designación y separación sólo compete a la Junta General de socios.

6º.- Al no existir en nuestro ordenamiento jurídico un concepto legal de empresa familiar, sino meras referencias en determinados preceptos jurídicos y jurisprudenciales, hemos incorporado la definición dada a la empresa familiar por dos instituciones internacionales, con sede en Bruselas: *European Family Businesses* y *The Family Business Network*.

(i) La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo (s) o herederos directos del hijo (s).

(ii) La mayoría de los votos corresponde a miembros de la familia de forma directa o indirecta.

(iii) Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.

(iv) A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar, si la persona que fundó o adquirió la compañía —su capital social—, o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social.

En un afán de aportación, damos nuestra propia definición de empresa familiar: “Aquella que constituida por uno o más miembros de una familia, detentan mayoritariamente la propiedad, gobierno y control, independientemente a que se gestión sea encomendada a alguno(s) miembro(s) de la familia o a directivos externos a la misma”.

Lo novedoso de la definición, es la incorporación del concepto de directivos externos, ya que no debemos olvidar que una gran parte de las empresas familiares están organizadas de forma profesional por medio de esta figura.

7º.- Establecemos los criterios para que una sociedad de capital tenga la condición de empresa familiar, y así, lo será cuando una familia:

(i) Sea propietaria de una participación significativa en su capital social (normalmente mayoritaria).

(ii) Ejercer su control político y económico.

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

(iv) Deseen que la propiedad y su gestión continúen en manos de la propia familia a través de las siguientes generaciones.

8º.- Consideramos que, por las características tipológicas de la Sociedad Limitada —como sociedad basada en el principio de *intuitu personae*, cerrada ante la salida de los socios, flexible, personalizable y de menor coste de mantenimiento—, sería el tipo societario aconsejable para la empresa familiar. Tal aseveración se corrobora, además, por el estudio estadístico-económico que incluimos, demostrativo del claro predominio del uso de la Sociedad Limitada como forma social predominante de nuestro tejido empresarial —representa el 95% de las sociedades de capital—, y en especial en la empresa familiar.

9º.- En relación al artículo 6 del Código de Comercio, referido al ejercicio de comercio por persona casada, consideramos que, vigente la sociedad de gananciales, es necesaria su actuación conjunta —dejando al margen los componentes no esenciales—, además de para los actos de disposición —Arts. 1375, 1377 y 1378 CC—, también para todos aquellos actos de gestión que, aunque puedan considerarse ordinarios, afecten gravemente, con carácter duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los bienes gananciales.

10º.- En cuanto a la interpretación que se debe dar al Art. 77.2 de la LC, pensamos que se debe proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales con carácter previo al convenio o a la liquidación del concurso, teniendo en cuenta el pasivo ganancial, tanto el generado por el

concurado como por su cónyuge. El riesgo de una presunta liquidación fraudulenta se solventa con la intervención del Juez del Concurso y con el administrador concursal en sustitución de los deudores del concursado.

11º.- Asimismo, el objeto de calificación como común o privativo no será la empresa familiar societaria, sino el bien acción o el bien participación social, cuyo carácter privativo o ganancial dependerá de la forma de adquisición. Y, en este sentido, distinguimos dos conceptos diametralmente opuestos: por un lado, el bien acción o participación social; y por otro, los bienes mobiliarios o inmobiliarios que puedan pertenecer como propios de la sociedad familiar.

12º.- Nuestra opinión, sustentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las distintas Audiencias Provinciales, nos permite fijar, como criterio para calificar los dividendos como gananciales o privativos, la fecha del acuerdo societario, y no la de pago; es decir, optamos por el criterio del devengo frente al de pago.

13º. Al objeto de fortalecer la continuidad de las empresas familiares deberían suscribir los cónyuges, familiares o no, aquellos pactos sociales y parasociales que en caso de crisis matrimonial solucionen la liquidación del patrimonio ganancial sin afectar a la empresa familiar.

Ahondando en esta cuestión, sostenemos la eficacia limitada y no directa del Protocolo Familiar, que habrá de ejecutarse a través de otros instrumentos jurídicos, acordados voluntariamente por sus firmantes, proponiendo, entre otros, los siguientes:

a) *Pactos Estatutarios*. En concreto, pactos estatutarios que restrinjan la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales con objeto de mantenerlas dentro del núcleo familiar, mediante:

(i) La prohibición de transmisión voluntaria por actos *inter vivos* realizada a favor del cónyuge del socio familiar.

(ii) En caso de liquidación del régimen económico matrimonial del socio familiar, se establecerá, a favor de éste, un derecho preferente de adquirir la totalidad de las acciones o participaciones sociales; y en caso de que no pudiera adjudicarse la totalidad o parte de ellas por la desigualdad de su valor con el resto del patrimonio no empresarial, se establecerá tal derecho a favor del resto de socios familiares, o de la propia sociedad.

(iii) En caso de sucesión *mortis causa*, se establecerá el derecho de adquisición preferente a favor de los descendientes del causante, tanto si fueran mayores de edad, como si fueran menores de edad, siempre que, en este último caso, el ejercicio de los derechos políticos se atribuya por vía testamentaria a un miembro de la familia, y no al ex cónyuge, hasta que el menor cumpla la mayoría de edad; o en defecto de lo anterior, a favor de los socios sobrevivientes, o de la propiedad sociedad.

En todos estos supuestos, consideramos que el sistema de valoración de las acciones o participaciones sociales que deben contemplar los Estatutos sociales, deberá ser determinado por un auditor de cuentas externo a la sociedad, que será nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de cualquiera de los interesados, y cuyos honorarios serán satisfechos por el adquirente.

Para reforzar las medidas recogidas en el Protocolo, al contrario de lo que opina la mayoría de la doctrina (con excepción del profesor Fernández Pozo), tras la entrada en vigor del RD 171/2007, es factible que a través de las prestaciones accesorias reguladas en los Arts. 86 a 89 de la LSC, los socios deban asumir la obligación de suscribir y cumplir el Protocolo Familiar si bien, para que dicha prestación adquiriera eficacia, el Protocolo debe acceder al Registro Mercantil, dotándole de la publicidad registral necesaria para que tal prestación accesoria pueda ser incorporada a los Estatutos Sociales.

b) Pactos Parasociales. Además del protocolo familiar, la suscripción entre los miembros de la familia de un pacto de sindicación del voto, para asegurar que toda la rama de una misma familia emita, en sus órganos corporativos, un mismo voto unánime que imposibilite la adopción de otros acuerdos por el resto de socios familiares, o no.

c) Pactos extrasocietarios. Para finalizar, destacamos la conveniencia del establecimiento de:

(i) Pactos de contenido económico vigente el matrimonio, a través de los cuales —sea cual sea el régimen económico matrimonial elegido—, se modulen, adapten o limiten sus efectos, con un ámbito objetivo limitado a determinados bienes, o sobre los frutos y rentas de los mismos, en este caso el bien empresa familiar.

(ii) Pactos en previsión de una crisis matrimonial, que supongan la renuncia previa de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar, por parte del cónyuge familiar, sin contraprestación económica, o a cambio de una pensión compensatoria, o de adjudicación de otros bienes y derechos, o de una indemnización pactada. También, es usual establecer en capitulaciones matrimoniales, la mejora efectiva a favor de cualquier heredero forzoso.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN TORRES, C. y AGUSTÍN JUSTRIBO, J., «Reflexiones, desde la práctica notarial, sobre el usufructo de acciones y participaciones sociales», en *La Notaría*, nº5/2002, Mayo de 2002, págs. 81 a 90.
- ALARCÓN PALACIO, Y., «Régimen económico del matrimonio desde la Codificación hasta la reforma de 1981», en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nº25, 2006, págs. 79 y 82.
- ALBA MARTÍN, M. O., «El concurso de acreedores del empresario casado», en PÉREZ GIL, J. y DE ROMÁN PÉREZ, R (Coords.) *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, 2011, págs. 35 a 48.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Vol. I. Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, págs. 254 y ss.
- *Compendio de Derecho Civil*. 14ª Edición. Ed. Edisofer S.L., 2011, págs. 496 y ss.
- ALCOVER GARAU, G., «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, págs. 81 y ss.
- ALEJÁNDREZ PEÑA, P., *Liquidación de bienes gananciales. Aspectos prácticos, procesales y sustantivo*; Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, Noviembre 2006, págs. 207 a 359.
- «Administración por tercera persona», en *Liquidación de bienes gananciales: aspectos prácticos, procesales y sustantivos*, Ed. LEX NOVA, 4ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 64 y ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», en *Revista Indret* (www.indret.com), nº 413, Barcelona, Enero 2007, págs. 5 y ss.
- «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», en *InDret Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), nº 308. Octubre de 2005, Barcelona, págs. 6 y ss.
- ALFONSO GALÁN, R. M., «Beneficios fiscales en el impuesto sobre sucesiones y donaciones con ocasión de la transmisión mortis causa de la empresa familiar», en AAVV, *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, págs. 765 a 799
- ALONSO ESPINOSA, F. J. (Dir), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*,

- Volumen II, Derecho de Sociedades, Fundación Universitaria San Antonio, 1ª edición, 2004, Murcia, págs. 120 y ss.
- «La empresa familiar como problema», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, Enero-Marzo 2012, págs. 43 y ss.
 - *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Ed. Aranzadi, 2006, págs. 13 y ss.
- ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *Revista Derecho Mercantil*, nº 198, 1990, págs. 639 y ss.
- AMAT SALAS, J.M., *La continuidad de la empresa familiar*, Ed. Gestión 2000, 2004, págs. 47 y ss.
- AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *La Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, en AA.VV., Ed. Dykinson, 2009, pág. 122
- ARIAS FUENTES, A., «Elección del tipo social: notas distintivas entre las Sociedades Anónimas y la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. (Coord.) *Sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Aranzadi, 1997, págs. 35 a 53.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., «La validez de la junta celebrada fuera de plazo», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 1225.
- AVILÉS GARCÍA, J., «El artículo 1384 del Código Civil y la sociedad de gananciales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº4, 1991, págs. 1204 a 1214
- BADENAS CARPIO, J. M., «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, nº3, 2001, Ref. XXXII, págs. 777 a 795.
- BAGO ORIA, Mª B., *Dividendos encubiertos: el reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*, Cizur Menor, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2010, págs. 83 y ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio*, Cap. I, Ed. Dykinson, 2006, pág. 43
- «De la sociedad de gananciales. Sección primera: disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2006, págs. 235 a 251
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra, Ed. Dilex, Madrid 2002. Universidad Rey Juan Carlos I y Universidad de Almería Madrid, 2002, pág. 161.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Editorial Aranzadi, 2ª Edición, Colección Grandes Tratados, Mayo 2006, págs. 238 y ss.

- BELLO JANEIRO, D., «La separación vincular y la disolución del matrimonio», en LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. y MONJE BALMASEDA, O. (Coords.) *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Ed. Dykinson, T. I, Parte sustantiva, 2011, págs. 279 a 286.
- BERNING PRIETO, A.D., *Prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales. Derecho Mercantil. Febrero de 2009. Consulta en línea en el siguiente enlace: <http://noticias.juridicas.com/articulos/50Derecho%20Mercantil/20090202587456321478.html>
- BLANQUER UBEROS, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 9, 2008, págs. 17 y ss.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «La financiación de la sociedad anónima. Capital y aportaciones sociales. Financiación ajena», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, pág. 338.
- «La responsabilidad de los administradores», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008 ,págs. 439 a 442
 - «La sociedad anónima: función económica, concepto y constitución», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, pág. 336.
 - «La transmisibilidad de la acción», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, Ed. Tecnos, 10ª Edición, Madrid, págs. 390 a 391.
 - «Usufructo, prenda y copropiedad de acciones», en *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.I, Decimoquinta Edición, Tecnos, 2008, págs. 238 y ss.
- BUSTOS MORENO, Y., «Sección tercera: de las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, págs. 361 a 456
- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R. *Operación acordeón, pérdidas y consenso en la Sociedad Limitada*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, págs. 17 y ss.
- CABEDO SERNA, L., “Sección quinta: De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Parte I”, *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, pág. 523.
- CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Ed. Tecnos, 1993, págs. 62 y 63.
- CALVO MEIJIDE, A., «Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», en *Actualidad Civil*, Nº 35, Sección Crónica, 2001, Ref. LIV, pág. 1261
- CALLEJO CARRIÓN, S., «Crisis del modelo de sociedad de gananciales:

- amenaza o afirmación de la igualdad de la mujer», en *Actualidad Civil*, Nº 13, Quincena del 1 al 15 Jul. 2011, págs. 1476 y ss.
- CAMPINS VARGAS, A., «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», en *Diario La Ley*, nº 7824, de 23 de Marzo de 2012, Ref. D-130 consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY Ref. 2517/2012)
- CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., «Los derechos del socio», en ROJO, A y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters, Pamplona 2011, págs. 789 y ss.
- CANTALAPIEDRA ARENAS, M., «La nueva Ley de Sociedades de Capital», en *Revista Estrategia Financiera*, nº 276. 2010, pág. 78.
- CARBALLO CASADO, C., «Las sociedades Holding y la empresa familiar: aspectos jurídico-sustantivos y económicos», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 5, Editorial Bosch, 2005, págs. 84 y ss.
- CARLOCK, R.S. y WARD, J. L., *La planificación estratégica de la familia empresaria: cómo planificar para unir a la familia y asegurar la continuidad de la empresa familiar*, Ed. Deusto, Bilbao, 2003, págs. 87 a 102.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «Regímenes económicos matrimoniales», en *Revista La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, Núm. 42, Junio de 2007, págs. 87 y ss.
- CASADO JUAN, F., «Los protocolos familiares y su incidencia en la empresa familiar», en SERRANO DE NICOLÁS, A (Coord.) *La empresa familiar y su relevo generacional*, Colegio Notarial de Cataluña 20 de Octubre de 2009, Ed. Marcial Pons, Madrid 2011, págs. 139 y ss.
- CASTELLANOS RAMÍREZ, M^a. J., «La presunción de solicitud pública de representación del accionista en la Junta General», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 259, 2006, págs. 193 a 218.
- CERDÁ ALBERO, F., «La empresa familiar: una cuestión relativa», en VICENT CHULIÁ, F. (Dir.) *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 67 a 103.
- CERVERA OLIVER, M., «Derechos de suscripción preferente: normativa española y su regulación en el IASC», en *Partida Doble*, nº 131, Marzo 2002, Editorial Especial Directivos, págs. 6 y ss.
- CIVERA GARCÍA, A., «Los órganos de gobierno de la empresa familiar: la Junta General», en *Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares*, Ed. Civitas, 2006, págs. 123 a 132.
- CUENA CASAS, M., «La Coordinación de la Liquidación de la Sociedad de Gananciales con el Convenio o la Liquidación del Concurso», en *Revista de*

- derecho concursal y paraconcursal*, nº12, de 2010, págs. 71 a 91.
- «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, nº 20, Quincena del 16 al 30 de Noviembre 2008, Tomo 2, págs. 2189 y ss.
- CURTO POLO, M. M., «La segunda convocatoria en la Sociedad Anónima», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1282
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo en la persona jurídica en la jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, págs. 575 y ss.
- DE CARLOS BELTRÁN, J. M., «Contratos entre accionistas. Indemnización por incumplimiento. Situación actual. Alternativas contractuales. La cláusula penal», en *Diario La Ley*, Nº 7579, Sección Tribuna, 1 Mar. 2011, Ref. D-92, (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY 2567/2011)
- DE LA VEGA GARCÍA, F. L., «Formas societarias y empresa familiar», en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Capítulo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 36.
- DE LOS MOZOS, J. L., «Comentarios a los artículos 1344 a 1410», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.) Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, Tomo XVIII, Vol. 2, págs. 133 a 347.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), Tomo XVIII, vol. 3, Artículos 1411 a 1444 del Código Civil, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, págs. 348 a 366.
- DÍAZ ECHEGARRAY, J. L., «Elementos de la responsabilidad», en *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Editorial Montecorvo, S.A, 2ª Edición, 1995, págs. 475 a 482.
- DÍAZ FUENTES, A., *División de la herencia y liquidación del régimen matrimonial*, Editorial Bosch, 2002, págs. 286 a 288.
- DÍAZ MORENO, A. «Participaciones sociales y acciones. Disposiciones generales», en ROJO, A y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters, Pamplona 2011, págs. 763 y ss.
- «La representación de la acción», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi. Pamplona, 2011, pág. 778.
- DÍEZ BALLESTEROS, J. A., *La empresa individual en el Régimen de Gananciales*, Ed. Montecorvo, 1997, págs. 74 y ss.
- DÍEZ SOTO, C. M., *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el Régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2004, págs. 96 a 270.

-
- «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», en *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Ed. Aranzadi, Navarra 2010, págs. 171 a 174.
 - «Vecindad civil», en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, T. I, Tema 20, Ed. Dykinson, 2011, págs. 623 y 624.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Derecho de familia, Derecho de sucesiones», en *Sistema de derecho civil*, Tomo IV, Tecnos, 2006, págs. 136 y ss.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M., *Derecho Mercantil*, Civitas, 2008, 5ª Edición, págs. 226 y ss.
- ESPÍN GUITIÉRREZ, C., «El proceso de reducción del capital por debajo del mínimo y aumento del capital simultáneos», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 2459 y ss.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Sección 2ª. Nacionalidad», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 227 y 228.
- ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de responsabilidad», en BELTRÁN, E y ROJO, A. (Dir.) *La responsabilidad de los administradores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 211 a 215.
- EVANGELIO LLORCA, R., «Sección quinta: de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Parte II», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, pág. 599
- FAUS PUJOL, M., «Derechos más importantes del socio en una sociedad anónima», en *Breviario Mercantil*, Octubre 2010, Id. VLEX-44279645, disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/aacute-importantes-socio-sociedad-oacute-66935818>
- «Pactos parasociales». *Breviario Mercantil. Sociedades Limitadas, Sociedades Anónimas y Contratos mercantiles*, Id. VLEX-66944125, disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pactos-parasociales-66944125>
 - «Previsiones estatutarias en las Sociedades Limitadas», en *Breviario Mercantil*, Diciembre de 2010, Id. VLEX -44254287, disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/previsiones-estatutarias-limitadas-44254287>
 - «El auditor en la Sociedad Anónima», en *Breviario Mercantil*, 2010, Id.VLEX-66981402, disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/auditor-sociedad-oacute-66981402>
 - «Régimen de participación. Código Civil», en *Breviario civil. 4: Derecho de familia*, Noviembre 2010, Id. VLEX-227057, disponible en el siguiente

- enlace: <http://vlex.com/vid/regimen-participacion-codigo-civil-227057>
- FELIÚ REY, M. I., «Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad», en *Derecho de los negocios*, nº 259, 2012, págs. 23 a 27.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «La asamblea y en el consejo de familia. Disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital. A propósito de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 26, 2006, págs. 475 a 494.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El eforcement societario y registral de los pactos parasociales: la oponibilidad de lo pactado en el protocolo familiar», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 29, 2007, págs. 139 a 183.
- «La ejecución societaria del protocolo familiar: estatutos y pactos parasociales», en *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 101 a 155
 - «Órganos societarios y órganos familiares. Interrelaciones», en *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 86.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., «Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del Derecho Foral de Extremadura: El Fuero de Baylío», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº4, 1999, págs. 1702 a 1731.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., «Concepto de empresa familiar», en *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Ed. Tirant lo Blach, 1999, pág. 33.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., «¿Cómo funciona el régimen de separación de bienes?», en *El matrimonio y los hijos. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Id. VLEX-200239, 2002, disponible en el siguiente enlace: <http://vlex.com/vid/funciona-regimen-separacion-bienes-200239>
- «¿En qué casos rige el régimen de separación de bienes?», en *El matrimonio y los hijos. Cien preguntas claves y sus respuestas*, Id. VLEX-200239, 2002, disponible en el siguiente enlace: <http://vlex.com/vid/casos-rige-regimen-separacion-bienes-200237>
- FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Consideraciones en torno a la copropiedad de acciones y participaciones sociales», en *Revista de Derecho de sociedades*, nº 23, 2004, págs. 49 a 64.
- FERNÁNDEZ SOTO, C., «El régimen económico matrimonial de separación de bienes en el ámbito del Código Civil», en *Actualidad Civil*, Nº 22, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, tomo 2, pág. 2693
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «Protocolo familiar, un

- instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 19, 2002, págs. 89 a 113.
- «La Ley 7/2003, de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (I). La sociedad familiar», en *Diario La Ley*, nº5939, de 23 enero 2004, Ref. D-19 (consultada versión electrónica en *www.laleydigital.es*, ref. LA LEY 56/2004).
- FERRANTE, A., «La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia», en LASARTE ÁLVAREZ, C.; DONADO VARA, A.; MORETÓN SÁEZ, M.F; y YÁÑEZ VIVERO, F. (Coords.) *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, 2004, Ed. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, págs. 158 y ss.
- FONT GALÁN, J. I., «La empresa en el Derecho mercantil», en *Derecho Mercantil I*, Vol. 1º, Cap. 6, Marcial Pons, Madrid 2010, págs. 69 a 71.
- FORNESA REBÉS, T., «El sindicato de voto en sociedades mercantiles», en *Revista Iuris*, nº 136, Marzo 2009, págs. 45 a 52.
- GADEA SOLER, E., «La delimitación de la masa activa del concurso de persona casada», en *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Ed. Dykinson, 2ª Edición. 2010, págs. 157 a 160.
- GAITÁN ROZO, A., «Sociedades de familia en el derecho comparado», en *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia. Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*, Universidad del Rosario, 2010, pág. 17.
- GALÁN LÓPEZ, C., «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº1/2004, de 2004, págs. 215 a 224
- GALEOTE MUÑOZ, M. P., *Los protocolos familiares y su publicidad*. Working Paper IE Law School, Madrid, 2009, descarga directa en el siguiente enlace:http://www.ie.edu/IE/site/php/es/school_law_working.php?anyo=2009§ion=Law&start=6.
- GÁLVEZ GORRIZ, C., «Propiedad y gobierno: la empresa familiar», en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 50, 2002, págs. 158 a 181.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Aportación de capital. Aportación dineraria y no dineraria», en *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 211.
- «Las aportaciones sociales. Disposiciones generales», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011, págs. 557 a 565.
- GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., «Cambios en la familia y cambios en la

- empresa familiar», en *El futuro de la empresa familiar. De la unidad familiar a la continuidad empresarial*, Ed. Bresca Profit, 2011, págs. 37 a 63.
- *Ideas básicas para dirigir la empresa familiar*, Ed. Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª Edición, 2008, pág. 30 y ss.
 - *La Empresa Familiar Española*, Instituto de la Empresa Familiar, 1994, Santander. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad Menéndez y Pelayo de Santander organizado por el Instituto de Empresa Familiar, Pág. 2, descarga directa en el siguiente enlace: <http://www.iefamiliar.com/web/es/biblioteca/tematica/estadisticas-de-ef>
 - *La empresa familiar ante el derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), Ed. Civitas, pág. 49
- GALLO LAGUNA DEL RINS, M.A. y AMAT, J.A., *Los secretos de las empresas familiares centenarias. Claves del éxito de las empresas familiares multigeneracionales*, Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Ed. Deusto, 2003, págs. 79 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J y VELÁZQUEZ, L., «La sociedad anónima principios fundamentales», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Coord.) *Lecciones de derecho mercantil*, Ed. Civitas, 2006, págs. 299 a 320.
- GARCÍA GALARTE, A., «Hacia una reforma radical del derecho matrimonial», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Civitas, 1ª Edición, 2004, págs. 4617 a 4630.
- GARCÍA GARCÍA, E., «El Consejo de Administración: funcionamiento», en GIMENO BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L. (Dirs.) *Órganos de la sociedad de capital*, Ed. Tirant lo Blach, Vol. II., 1ª Edición, 2008, págs. 1366 y ss.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Copropiedad y derechos reales sobre participaciones sociales o acciones», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs.1009 y ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La Junta General», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Ed. Aranzadi, 2011, págs. 1187 a 1197
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J., «Empresa familiar y operaciones vinculadas», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Nº23, 2007, T.1, pág. 179
- GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *La empresa familiar ante el derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, 1995, Civitas, págs. 83 a

- 96.
- «La familia empresaria ante el Derecho», en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, GARRIDO PALMA, V.M. (Coords.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Madrid, 2005, págs. 63 y ss.
 - «La sociedad de responsabilidad limitada en sus principios configuradores», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez-Calero*, Vol. 3, Ed. McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, págs. 3123 a 3150
 - «La familia empresaria: su protocolo», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 44, 2006, págs. 94 a 123.
 - «La empresa familiar y el derecho de sociedades», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 43, 2005, págs. 99 a 132.
- GAVILÁN LÓPEZ, J., *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. (Coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, págs. 436 y 437.
- GÓMEZ PORRÚA, J. M. «La transformación de las sociedades mercantiles (Estudio del nuevo régimen establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)», en *Derecho de los Negocios*, Nº 226, 2009, pág. 5
- «Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital», en *Derecho de los Negocios*, Nº 240, 2010, págs. 31 a 35
- GÓNZALEZ POVEDA, P., *La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC comentada)*, Vol. II. MARTÍNEZ-PARDO, M^a. y LOSCERTALES FUERTES, D. (Coords.), Ed. Serpin. Madrid, 2000, págs. 1545 y ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., en «El régimen económico matrimonial en el Código Civil una revisión crítica 25 años después». *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, 2006, pág. 38
- GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., «La Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar», en AAVV *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Ed. Civitas, 1995, págs. 175 a 194
- GONZALO ANGULO, J.A. y CASTELLANOS RUFO, E., «La reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas», en *Partida Doble*, nº 224, 2010, págs. 22 a 55.
- GORTÁZAR LORENTE, C., *Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*, Ponencia a les XII Jornades de Dret Català a

Tossa, Disponible en el siguiente enlace:
<http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>

- GRIMA FERRADA, F., «Pactos entre empresas familiares», en VICENT CHULIÁ, F. (Dir.) *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Aranzadi, 2004, págs. 139 a 180.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho Común: propuestas. (Especial relevancia a tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales)». *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid 2009, pág. 28.
- «La errática solución dada a la insolvencia de la sociedad de gananciales en la nueva Ley concursal», en *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 2225 a 2238.
 - «Sociedad de gananciales: Caducidad de un modelo», en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº4, septiembre de 2004, pág. 171.
 - *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial*. LORCA NAVARRETE, A. Mª (Dir.), Ed. Lex Nova. Valladolid, 2000, pág. 4393.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: ley 15/2005*, LEX NOVA, 1ª Edición, Valladolid, Noviembre 2005, págs. 83 y ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Editorial LEX NOVA, Valladolid. 1991, págs. 134 y ss.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y otros. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia*, Tomo IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 218 y ss.
- HERNÁNDEZ RUEDA, N., «Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, nº3, 2002, págs. 1065 a 1093.
- HERRERA CAMPOS, R y HERNÁNDEZ RUEDA, N., *El nuevo derecho matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005 de 8 de Julio*. Ed. Ed. Dykinson, Madrid 2007, págs. 195 a 207.
- HUARTE ARREGUI, M., «Acuerdo de accionistas de una sociedad anónima cerrada: relaciones entre socios, permanencia y gobierno de la sociedad», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 20, 2003, págs. 137 a 143
- IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA ENTERRÍA, J., en *Lecciones de Derecho Mercantil «Aumento de capital con cargo a reservas»*, Ed. Aranzadi, 2010, Octava Edición, pág. 399.

- IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Las Sociedades de Capital. Aspectos básicos», en *Lecciones de Derecho Mercantil*. Ed. Thomson Reuters. Octava Edición, Pamplona 2010, págs. 299 a 530.
- «El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar», en *Revista General del Derecho*, núm. 596, Mayo 1994, págs. 5417 y ss.
 - «La sociedad unipersonal y el Proyecto de Ley de sociedad de responsabilidad limitada», en *la Reforma de la S.R.L.* Colegio General de Corredores de Comercio, 1994, pág. 5418.
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M^a., *Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 154.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A., «Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada», en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IV, Vol. 5^o, Ed. Civitas, 2001, págs. 57 y ss.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Derecho Mercantil I*, Vol. 1^o, Decimocuarta Edición, Marcial Pons 2010, págs. 56 y ss.
- JUSTE MENCÍA, J., «La exigencia de quórum y doble convocatoria en la Sociedad Anónima», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 1364 y ss.
- LA CASA GARCÍA, R., «Contribución al estudio de algunas cuestiones controvertidas del régimen jurídico-privado de los planes de pensiones», en *Revista Española de Seguros*, n^o 139, Septiembre de 2009, págs. 395 a 459.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Gestión de la comunidad de gananciales». *Elementos de Derecho Civil IV*, Vol. I, Ed. Dykinson, 2008, págs. 231 y ss.
- «El régimen de separación absoluta», en *Elementos de Derecho Civil IV*, Vol. I, Ed. Dykinson. 2008, págs. 285 y ss.
 - *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Editorial Civitas, 1^a Edición, 2011, págs. 551 y ss.
- LARA GONZÁLEZ, R., «La transmisión del derecho de preferencia», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1^a Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2261y ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Derecho de familia», en *Principios de Derecho Civil VI*. Editorial: Marcial Pons, 2007, Sexta Edición, págs. 214 a 303.
- LEACH ROS, M^a. B., *Equilibrio patrimonial: operación acordeón*, Ed. Edersa, Madrid, 2001, págs. 23 y ss.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J., «El marco legal de la contabilidad en España», en *Contabilidad Financiera*, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 2005, págs. 35 y ss.

- LOJENDIO ORBORNE, I. y NÚÑEZ LOZANO, P. L., «Denominación, nacionalidad y domicilio», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (Coord.) *Derecho Mercantil I*, Vol.2º, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 43.
- LOJENDIO OSBORNE, I y CRUZ RIVERO, D., «La administración de la sociedad», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J (Coord.) *Derecho Mercantil I*, Vol.2º Marcial Pons. Madrid, 2010, págs. 243 a 278.
- LÓPEZ RICHART, J., «Sección Cuarta: De la administración de la sociedad de gananciales», en *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, 2005, págs. 457 a 522.
- LLAMAS POMBO, E., «Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión», en LLAMAS POMBO, E (Coord.) *Nuevos conflictos del derecho de familia*, LA LEY, Madrid, 2009, págs. 210 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir) y otros, *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia*, Tomo IV, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 247.
- LUCEÑO OLIVA, J.L., « Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC)», en *Diario La Ley*, nº 7709, de 5 de Octubre, Ref. D-367 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY Ref. 15821/2011).
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J.M., «Los pactos parasociales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 37,1998, págs.187 a 224.
- MANCHADO PLAZAS, J., «La verificación de las cuentas anuales», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 1974 y ss.
- MARCO ARCALÁ, L. A., «Derecho abstracto a los dividendos sociales», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº44, 1997, págs. 805 a 814.
- MARÍN CASTÁN, F., *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Códigos Magister, LA LEY, 1ª Edición, Madrid, 2007, págs. 188 y ss.
- MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M., «La gestión de bienes gananciales», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, págs. 1668 a 1684.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 302
- MARTÍN-PALACÍN GUTIÉRREZ, J.L., *La división judicial de patrimonios*. XXII Jornadas de estudio: la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 20, 21 y 22 de septiembre de 2000, Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ed. Septiembre 2002, Madrid, págs. 866 y ss.
- MARTOS CALABRÚS, M. A., «El nuevo Derecho matrimonial», en *Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005, de 8 de Julio*, Ed.

- Dykinson, Madrid. 2007, pág. 184.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Comentario al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Civitas, Madrid 1999, pág.25.
- MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dir.) y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, 2010, Octava Edición, págs. 511 a 515.
- MILLÁN SALAS, F., «La empresa y la sociedad de gananciales», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº4, 1994, págs. 235 a 249.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Título IV: De algunas propiedades especiales», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo IV, Vol. 2º: Artículos de 392 a 429 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal. Id. VLEX-229966. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-397-229966>
- MIRANDA SERRANO, L. M., «La junta universal de accionistas o socios: una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas», en *Revista: Derecho y opinión*, nº9, 2001, págs. 349.
- MONJE BALSAMEDA, O., *Sociedades de gananciales y participaciones sociales*, Bosch Editor, 2008, Derecho de sociedades, Congreso UNIJÉS 2007, págs. 225 a 237.
- MONREAL MARTÍNEZ, J. y otros, *La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial*. Ed. Civitas, 2002, págs. 31 a 33.
- MONTERO AROCA, J., *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. Tirant lo Blach, 3ª Edición, Valencia, 2008, págs. 355 y ss.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Sección 3ª. Domicilio», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Pamplona 2011, págs. 233 y 234.
- MORENO VELASCO, V., «El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad», en *Diario La Ley*, nº 7609, 12 de Abril 2011, Ref. D-160 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY 3452/2011)
- NAVARRO EGEA, M., «Tratamiento fiscal de las empresas familiares en la Ley del ISD», en *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Ed. Aranzadi, 2010, Navarra, págs. 227 a 251.
- NEUBAUER, F. y LANK, F. L., «Las instituciones familiares y el consejo de administración», en *La empresa familiar: Cómo dirigirla para que perdure*. Ed. Deusto, 2003, págs. 103 a 170.
- NIETO GARCÍA, B y RIVAS TORRALBA, R., «Pacto de reversión», en

- Preparación de la sucesión en la empresa familiar*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2010, pág. 57.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 4 (Derecho de familia), Id. VLEX-215604, disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/derecho-familia-408>
- OLIVENCIA RUIZ, M., «La caracterización legal de la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES, C. (Coord.) *Tratando de la sociedad limitada*. Fundación Cultural del Notariado, 1997, págs.127 a 158
- OMEÑACA GARCÍA, J., *Contabilidad General*, Ediciones Deusto, 11ª Edición, Barcelona 2008, pág. 292.
- ORTOLÁ ICARDO, E. J., «Medidas provisionales coetáneas a la demanda de nulidad, separación o divorcio», en *Práctica de Tribunales*, Nº 13, 2005, pág. 10
- ORTUÑO BAEZA, Mª T., «La distribución de beneficios», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1ª Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2033 y ss.
- «Las cantidades a cuenta de dividendos. Requisitos», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 2058.
- OTERO LASTRES, M., «La Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar», en AAVV *La empresa ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Ed. Civitas, 1995, págs. 175 a 194.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., *El proceso matrimonial*, Editorial Colex, Madrid, 2003, págs. 65 y ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «El enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 5, Mayo 2003, págs. 19 y ss.
- «Significado general de los grupos de sociedades», en MENÉNDEZ, A y ROJO, A. (Dirs.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, Octava Edición, Pamplona 2010, pág. 622.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com)*, Nº. 4, 2010.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 633 y ss.
- PERDICES HUETOS, A., «Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Cap. IV: La representación y la transmisión de las acciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 991 a 997.
- «Las diversas cláusulas restrictivas», en *Cláusulas restrictivas de la*

- transmisión de acciones y participaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 115 y ss.
- PEREÑA VICENTE, M., *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: transmisión de su titularidad y gestión entre sus cónyuges*, Ed. Dykinson, 2004, págs. 139 y ss.
- PÉREZ COPONS, J., «Las sociedades holding, como solución para los grupos de empresas familiares». Noticias jurídicas, Artículos doctrinales: Derecho Mercantil, Noviembre 1999. Vid. en el siguiente enlace: http://noticias.juridicas.com/articulos/50Derecho%20Mercantil/199911cyp_04.html
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., «La Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Tratado de Derecho Mercantil*, Vol I, Disposiciones generales. Fundación, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, págs. 91 y ss.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M., «La mediación en el marco del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, Nº 9, 2010, pág. 997.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., «Delimitación de las cargas del matrimonio», en *Regímenes económico matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Ed. LEX NOVA, Vol. II, 1ª Edición, 2009, págs. 1559 y ss.
- «La sociedad de gananciales (IV). La sociedad postganancial», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, LEX NOVA, Vol. 1, Valladolid, 2009, págs. 415 a 447.
 - «La sociedad de gananciales (V). Liquidación del activo», en *Regímenes económicos matrimoniales: constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. LEX NOVA, Vol. 1, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 609 a 845.
 - «Medidas en relación con la disposición de bienes», en *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Ed. LEX NOVA, Vol. 2, 1ª Edición, Valladolid, 2009, págs. 1119 y ss.
- PÉREZ MORIONES, A., «Eficacia y organización de los sindicatos del voto», en *Los sindicatos del voto para la junta general de sociedad anónima*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 1996, págs. 503 y ss.
- PÉREZ VEGA, A., «Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio matrimoniales en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, Nº 13, Sección Doctrina, 2002, tomo 2, Editorial La Ley, pág. 447.
- PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., «Régimen fiscal de la empresa familiar en España», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, nº 17, 2001, nº1, págs. 1439 a 1467
- *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. Ed. CISS. 2005. págs. 40 y ss.

- PICH ROSELL, V., «Una aproximación a la Ley de Sociedades de Capital», en *Revista Estrategia Financiera*, nº 281, Marzo 2011, pág. 67
- PLANIFICACIÓN JURÍDICA, «Sucesión empresarial», en *Revista de Derecho vLex*, Núm. 80, Mayo 2010. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sucesion-empresarial-199468617>
- POVEDA BERNAL, M. I., «La generación siguiente (I): la sucesión del management», en *Manual de la Empresa Familiar*, Ediciones Deusto, 2005, págs. 361 a 383.
- PRETEL SERRANO, J. J., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 658 y ss.
- PUIG BRUTAU, J., MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, A.E., *Diccionario de acciones en derecho civil español*. Editorial Bosch, S.A. 3ª Edición. Barcelona, 2005, pág. 375.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. y PEÑAS MOYANO, M. J., «La empresa familiar como empresa mercantil», en *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*. Fundación EOI, 2007, págs. 145 y ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Órganos de gobierno de la empresa familiar», en *AAVV El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Ed. Bosch, 2005, págs. 47 a 92.
- RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al profesor Juan Roca*, Universidad de Murcia: Servicio de Publicaciones, 1989, págs. 715 y 720.
- *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*. Ed. Dykinson, 2010, págs. 25 a 116
- RETORTILLO ATIENZA, O., «Particularidades de funcionamiento de la junta general de la PYME y empresa familiar», en *AAVV Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, Ed. Civitas 2010, págs. 403 a 436.
- RODRÍGUEZ ALCAIDE, J.J. y RODRÍGUEZ ZAPATERO, M., *La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla*. Cátedra PRASA de Empresa Familiar Universidad de Córdoba, 2004, pág. 71.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Sociedad de Responsabilidad Limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)», en *Estudios de historia y de pensamiento económico: homenaje al profesor Francisco Bustelo García del Real*. Editorial Complutense, 2003, págs. 570 y ss.
- «La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas», en GARRIDO MELERO (Coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*, Vol. 4, Editorial Bosh, 2005, pág. 387
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «Concepto de empresa familiar», en *La Empresa Familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Ed. Edersa, 2006, pág. 19

- RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M^a I., «Los presupuestos de la responsabilidad», en *La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 128 y ss.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi. Pamplona 2011, pág. 1437.
- «Sociedades no obligadas a auditoría», ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2011, págs. 1987 a 1991.
 - «Sección 1^a. Denominación», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2011, págs. 214 a 227
 - «Capital social mínimo», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Aranzadi. Pamplona 2011, pág. 206
 - «El régimen legal de la responsabilidad patrimonial por deudas mercantiles del cónyuge empresario: características generales», en ROJO, A. y MENÉNDEZ, A. (Dirs.) *Lecciones de Derecho Mercantil*. Ed. Thomson-Civitas. Octava Edición. 2010, págs. 87 y ss.
- ROMÁN GARCÍA, A., *El Matrimonio y su Economía*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, Madrid, pág. 165.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., «Los sindicatos de bloqueo con cláusula de autorización a la transmisión de acciones en la sociedad anónima». *Diario La Ley*, N^o 5781, Sección Doctrina, 15 Mayo 2003, Ref. D-114 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY 887/2003).
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., «Copropiedad de acciones», en *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas Madrid, 2007, págs. 305 y ss.
- «La estructura jurídica de la empresa», en *Manual de Derecho Mercantil*. Universidad Pontificia de Comillas de Madrid. 3^a Edición, 2007, págs. 27 y ss.
 - «Las sociedades capitalistas», en *Manual de Derecho Mercantil*. Capítulo XIII. 3^a Edición. Universidad Pontificia de Comillas Madrid, 2007, pág. 295 y ss.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. «Aportaciones dinerarias en el aumento de capital», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, 1^a Edición Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2216 y ss.
- SÁEZ LACAVE, M. I., «Los pactos parasociales de todos los socios en

- Derecho español. Una materia en manos de los jueces», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (www.indret.com), nº3, 2009, págs. 19 a 22
- SAINZ ÁLVAREZ, J. L., «Capital intelectual, protocolo y empresa familiar», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº42, 2009, págs. 377 a 388.
- SALDAÑA VILLODO, B., *La acción individual de responsabilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, págs. 421 y ss.
- SALELLES CLIMENT, J. R., «La delegación de facultades del Consejo de Administración», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 1795 y ss.
- SÁNCER PELEGRINA, J.A, «Análisis de la formación de inventario y de la liquidación como fases del nuevo proceso liquidatorio de los regímenes económicos matrimoniales», en *Actualidad Civil*, Nº 34, 2002, tomo 3, pág. 1107.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen Económico Matrimonial del Comerciante*, Ed. Dykinson, 1996, págs. 232 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J y GARCÍA PÉREZ, R. (Coords.). *Protección del Patrimonio familiar*, Ed. Tirant lo Blach, 2ª Edición, Valencia, 2007, págs. 387 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*. Aranzadi. 2ª Edición, Madrid, 2007, págs. 73 y ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA, R., «Sindicación de acciones», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 70, nº 623, 1994, págs. 1585 a 1596.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., «Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones», en GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J y GARRIDO CHAMORRO, P.J. (Coords.) *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Editorial Civitas, Madrid, 2010, págs. 332 y ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, M., «Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares», en *Régimen jurídico de la Empresa Familiar*, Ed. Thomson Reuters, 2010, págs. 19 y ss.
- «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», en *Régimen jurídico de la Empresa Familiar*, Ed. Thomson Reuters, 2012, págs. 45 y ss.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J. y CALERO ARTERO, J.F., en *La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil –matrimonial y sucesorio–, societario y fiscal*, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 10 a 60.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *La empresa familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y su continuidad*,

- Ediciones Deusto, Barcelona 2005, pág. 20
- SÁNCHEZ-VIZCAÍNO RODRÍGUEZ, J. y RUÍZ ESPINOSA, J., «Arbitraje estatutario», en *Derecho y Empresa* Ed. Aranzadi, nº1, Enero-Diciembre, 2012, pág. 47.
- SANZ CLAVIJO, A., «La base de la reducción por adquisición mortis causa de la empresa familiar en el ISyD tras la STS de 18 de marzo de 2009», en *Nueva fiscalidad*, núm. 5, 2009, págs. 53 a 82.
- SANZ VIOLA, A. M., «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la ley concursal», en *Revista de Derecho Privado*, nº11, Noviembre-Diciembre 2004, págs. 714 a 735.
- SEGURA DE LASSALETTA, R., «Gobierno estable de la empresa familiar», en *AAVV El buen gobierno de las empresas familiares*, Ed. Aranzadi. 2004, págs. 105 a 137
- SERRANO ALONSO, E., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, págs. 9 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, E., «Los protocolos familiares», en *AAVV Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Ed. Dykinson, 2010, págs. 331 a 416
- SILVA SÁNCHEZ, M. J. y SAMBEAT SASTRE, J.M., «Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *Diario La Ley*, nº 7844, de 24 de Abril de 2012 (consultada versión electrónica en www.laleydigital.es, ref. LA LEY Ref. 4134/2012)
- SOLER, C. y REIG, E., *Pequeñas empresas grandes ideas. Las claves para la gestión de la empresa familiar*, Ed. Pearson Educación, Madrid, 2011, págs. 57 a 61
- TENA ARREGUI, R., «Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámicas», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág.61.
- TORRES MATEOS, M. A., *Comunidad de bienes*, Ed. Aranzadi, 1ª Edición, 2007, págs. 302 y ss.
- URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Dirs.), en *Comentario al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo V, Editorial Civitas, Madrid, 1992, págs. 83 y ss.
- VALDÉS SOLIS CECCHINI, F., «Liquidación de la sociedad legal de gananciales; supuestos especiales y referencia a la empresa familiar», en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Ed. Dykinson 2010, págs. 221 a 255.
- VAQUERIZO ALONSO, A., «Las sociedades de capital», en ROJO, A. y

- BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Capítulo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 185 a 204.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al artículo 103 Código Civil, Matrimonio, separación y divorcio», en *Matrimonio, separación y divorcio. Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, Ed. VLEX, Págs. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59767040>
- «Comentario al artículo 1346 del Régimen económico matrimonial, sobre bienes privativos», en *Régimen económico matrimonial. Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil*. Marzo de 2009. Id. VLEX-59767040. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-economico-matrimonialprivativos53417134>
 - «Comentario al artículo 398 del Código Civil». *Derechos Reales. Comentarios a los artículos 333 a 656 del Código Civil. Libro segundo. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones. Título III. De la comunidad de bienes*. Id. VLEX-59735285. Disponible en el siguiente enlace: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59735285>
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 1543 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F., «Distribución de dividendos», en *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 143 a 681.
- «La Ley 7/2003, de Sociedad Limitada Nueva Empresa», en AAVV, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Aranzadi, 2004, págs. 55 a 58.
 - «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez-Calero*, Ed. McGraw-Hill, Vol. 4, 2002, págs. 4529 a 4752
 - «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº5/2000, págs. 23 y ss.
- VIVAS MORENO, B., «Fortalezas y debilidades o trampas profundas, en la empresa familiar». *Guía de aproximación a la empresa familiar. Con la sucesión del empresario en el horizonte*, Cap. 4, Ed. Gráficas Muriel, 2006, págs. 89 a 111.
- «Órganos de gobierno en la empresa familiar», en *Guía de aproximación a la empresa familiar. Con la sucesión del empresario en el horizonte*, Ed. Gráficas Muriel, 2006, págs. 111 a 138.
- ZUBIRI DE SALINAS, M., «Representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 1312.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS**— Sentencias y Resoluciones del Tribunal Supremo**

Auto de TS, Sala de lo Civil, de 11 de Noviembre de 2008 (Id. VLEX-235442398)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, recurso núm. 359/1989, de 18 de Julio de 1991, (Westlaw RJ\1991\5399)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº621/1991, de 20 junio (EDJ 1993/6043)

Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, núm. 850/91, de 25 de Noviembre. (VLEX-203258347)

Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 222/1993 de 8 Marzo, rec. 2614/1990 (EDJ 1993/2280)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº748/1993, de 19 julio (EDJ 1993/7311)

Sentencia del TS nº1245/1993, 22 de diciembre (EDJ 1993/11807)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 366/1994 de 29 abril (Westlaw RJ 1994\2945)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, de 11 de Noviembre de 1995. Recurso núm. 1460/1992. (Westlaw RJ/1995/8118)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 652/1996 de 24 julio, (Westlaw RJ\1996\6052)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 788/1996 de 10 octubre (Westlaw RJ 1996\7063)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 215/1997 de 19 marzo (Westlaw RJ 1997\1721)

Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 1029/97, 19 de Noviembre (Westlaw RJ 1997\7978)

Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1222/1997, de 28 de Noviembre (Id.VLEX-51925861)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº731/1999 de fecha 18 de Septiembre, (Westlaw RJ 1999/6039)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 281/2000 de 27 marzo, (Westlaw RJ\2000\2487)

Sentencia del TS, Sala 1ª, nº1082/2000, de 20 de Noviembre. Rec. 3397/1995. (EDJ 2000/38860)

Sentencia del TS de 14 de Junio de 2001 (Westlaw RJ 2001/4338)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. de recurso 3329/1996, de 25 de Septiembre de 2001. (Id. VLEX

- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 60/2002, de 30 de Enero (Westlaw RJ 2002\2311)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 676/2002, de 5 de Julio (EDJ 2002/26103)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 1258/2002, de 20 de diciembre. (Westlaw RJ\2003\228)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, núm. 277/2003, de 24 de marzo, (Westlaw RJ\2003\2917)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, De lo Civil, nº 469/2003, de 14 de Mayo (EDJ 2003/17148)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección única, nº463/2003, de 16 de Mayo. (Westlaw RJ\2003\4755)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección Única, núm. 886/2003 de 25 septiembre, (Westlaw RJ\2003\7004)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 969/2004, de 8 de Octubre, (Id.VLEX-17302848)
- Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2004 (Westlaw RJ 2004/5476)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 592/2005, de 10 de Julio. (EDJ 2005/139902)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº620/2005, de 15 de Julio (EDJ 2005/116837)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 564/2006, de 31 de Mayo, rec. 4112/2006, (EDJ 2006/80805)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1008/2006, de 17 de Octubre (EDJ 2006/278359)
- Sentencia del TS nº177/2006, Sala 1ª, de lo Civil, Noviembre, (Id. VLEX-2566829)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1216/2006, de 29 de Noviembre, (Westlaw RJ\2006\10030)
- Sentencia del TS, Sala1ª, nº124/2007, de 8 de Febrero (EDJ 2007/8503)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº240/2007, de 9 de marzo, (Westlaw RJ 2007\2064)
- Sentencia del TS nº 715/2007, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de Junio. (Id.VLEX-30354679)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, núm. 755/2007, de 3 de Julio. (Westlaw. RJ\2007\3792)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº776/2007, de 9 de Julio, (EDJ 2007/144071)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 926/2007, de 21 de Septiembre. (EDJ 2007/159266)
- Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 1035/2007, de 5 de Octubre. (Westlaw RJ\2007\6798)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 1171/ 2007, de 9 de Noviembre. (EDJ 2007/206015)
- Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 128/2009, de 6 de marzo (VLEX-57207090)

Sentencia del TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 138/2009, de 6 de marzo (VLEX-57207101)

Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 178/2009, de 12 de Marzo (Id. VLEX-57819843)

Sentencia del TS nº416/2011, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de Junio, (VLEX-285748631)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, nº 89/2011, de 24 de Febrero. (Id. VLEX-261775262)

Sentencia del TS, Sala 1ª, nº 534/2011, de 14 de julio, rec. 1691/2008, (EDJ 2011/146921)

Sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 120/2012, de 8 de marzo,(JUR 2012\110951)

Sentencia del TS, Sala 3ª, rec.6794/2005, de 23 de Septiembre de 2010. (EDJ 2010/219367)

— Sentencias de la Audiencia Nacional

Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, nº219/2008, de 5 de Marzo (Westlaw JT\2008\219)

— Sentencias y Resoluciones de las Audiencias Provinciales

Auto de la AP de Barcelona de 22 de enero de 1992, (Westlaw AC 1992\364)

Auto AP de Badajoz, Sección 3ª, nº 66/2007, de 11 de mayo, (Westlaw JUR\2007\269479)

Auto de la AP de Madrid (Sección 24ª), núm. 565/2002 de 5 junio, (Westlaw JUR\2002\223968)

Sentencia AP de Álava núm. 666/1991, de 7 de marzo de 1992, (Westlaw AC 1992\490)

Sentencia de la AP Baleares, sec. 5ª, S 16-3-2010, nº 94/2010, rec. 434/2009, (EDJ 2010/62762)

Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 3ª, de 17 de Noviembre de 2001, Rec. nº 1362/2000, (Westlaw AC\2002\299)

Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 3ª, nº 576/2007, de 11 de Diciembre. (EDJ 2007/309441)

Sentencia de la AP de A Coruña, Secc. 3ª, núm 531/2008, de 11 de Noviembre (EDJ 2008/360555)

Sentencia de la AP de A Coruña nº 332/2010, Sección 3ª, de 7 de Septiembre (Westlaw JUR 2010\343953)

Sentencia de la AP de A Coruña, Sección 3ª, nº55/2011, de 8 de Febrero, (EDJ

2011/25137)

Sentencia de la AP de Albacete, nº 76/2006, de 6 de Junio. (VLEX-52244711)

Sentencia de la AP de Alicante, Secc. 4ª, núm. 7/2004 de 15 enero (Westlaw JUR 2004\79932)

Sentencia de la AP de Alicante, Sección 8ª, nº 31/2009, de 21 de Enero. (Westlaw AC\2009\397)

Sentencia de la AP de A Coruña, sec. 3ª, S 19-6-2009, nº 273/2009, rec. 482/2008, (EDJ 2009/137049)

Sentencia de la AP de Asturias, núm. 309/1998, Sección 5º, de 16 de junio, (Westlaw AC 1998/1197)

Sentencia de la AP de Asturias, Sección 4ª, nº 270/2001, de 28 de Mayo. (Westlaw JUR 2001\214788)

Sentencia de la AP de Asturias, Sección 4ª, nº 210/2009, de 4 de Junio. (Westlaw JUR\2009\289974)

Sentencia de la AP de Badajoz, Sección 2ª, núm. 83/2001 de 15 de marzo (Westlaw AC\2001\438)

Sentencia de la AP de Barcelona nº291/2006, de 11 de Mayo (EDJ 2006/292595)

Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 19ª, núm. 281/2009, de 6 de Junio (Westlaw JUR 2009\409033)

Sentencia de la AP de Cáceres, Sección 1ª, nº 217/2010, de 24 de Mayo (Id. VLEX-215649519)

Sentencia de la AP de Cádiz, Sección 5ª, nº 161/2007, de 12 de Marzo. (Westlaw JUR\2007\173289)

Sentencia de la AP de Cantabria, Sección 2ª, nº 590/2008, de 1 de Octubre. (VLEX-69251985)

Sentencia de la AP de Cantabria, Sección 2ª, nº 206/2009, de 12 de Marzo (EDJ 2009/70956)

Sentencia de la AP de Cantabria, Sección 2ª, nº81/2010, de 3 de Febrero, (EDJ 2010/211830)

Sentencia de la AP de Castellón, Sección 1ª, nº 98/2001, de 10 de marzo. (Westlaw JUR 2002\29080)

Sentencia de la AP de Ciudad Real, Sección 2ª, nº 11/2009, de 20 de Enero. (Westlaw: JUR\2009\193215)

Sentencia de la AP de Córdoba, nº 355/2004, de 6 de Febrero (EDJ 2004/235602)

Sentencia de la AP de Granada núm. 338/2007, de 7 de Septiembre (Westlaw JUR 2008\24016)

Sentencia de la AP de Granada, Sección 5ª, nº 152/2008, de 4 de Abril (Westlaw JUR\2008\332461)

- Sentencia de la AP de Granada, Sección 5ª, nº 214/2010, de 14 de Mayo. (EDJ 2010/207950)
- Sentencia de la AP de Granada, Sección 3ª, nº351/2010, de 24 de Septiembre (EDJ 2010/322302)
- Sentencia de la AP de Islas Baleares (Sección 3ª).Sentencia núm. 165/2005 de 21 abril (Westlaw JUR\2005\114224)
- Sentencia de la AP de La Rioja, Sección 1ª, nº 132/2010, de 30 de Marzo, rec. 16/2009, (EDJ 2010/94380)
- Sentencia de la AP de La Rioja, Sección 1ª, nº24/2011, de 14 de Marzo (EDJ 2011/60534)
- Sentencia de la AP de Las Palmas (Sección 2ª), nº 483/1998 de 23 noviembre, (Westlaw AC\1998\2224)
- Sentencia de la AP de Las Palmas, Secc. 3ª, 19 de febrero de 2008, recurso nº 420/2007, (EDJ 2008/86720)
- Sentencia de la AP de Lugo, Sección 2ª, nº26/2002, de 21 de Enero (EDJ 2002/5380)
- Sentencia de la AP de Lugo, Sección 1ª, nº 426/2008, de 21 de Mayo. (Westlaw JUR\2008\339122)
- Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22ª), 1 junio 1999, Recurso de Apelación núm. 782/1998 (Westlaw AC\1999\1068)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 25ª, nº 140/2006, de 13 de Marzo (EDJ 2006/57329)
- Sentencia de la AP de Madrid, sec. 28ª, 24-3-2006, nº 46/2006, rec. 41/2006, (EDJ 2006/294674)
- Sentencia de la AP de Madrid, Secc. 22ª, núm. 530/2006 de 28 julio (Westlaw JUR 2007\32151)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 20ª, nº 422/2006, de 6 de Octubre, (Westlaw JUR 2007\54686)
- Sentencia de la AP de Madrid, sec. 24ª, S 11-10-2006, nº 1041/2006, rec. 481/2006, (EDJ 2006/374320)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 24ª, nº 1318/2007, de 7 de Noviembre (EDJ 2007/257578)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 299/2008, de 25 de Abril. (EDJ 2008/80251)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 10ª, nº 213/2008, de 9 de Junio, (EDJ 2006/356381)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 21ª, nº 313/2009, de 30 de junio (Westlaw JUR\2009\342762)
- Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 514/2009, de 30 de Julio, (Id.

VLEX

Sentencia de la AP de Madrid, Secc. 18ª, núm. 567/2009, de 7 de Diciembre (Westlaw JUR 2010\69671)

Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22ª, nº 2/2010, de 5 de Enero (EDJ 2010/24324)

Sentencia de la AP de Madrid núm. 65/2010, Sección 24ª, de 20 de Enero. (Id. VLEX-220119411)

Sentencia de la AP de Madrid, Sección 14ª, nº345/2010, de 7 de Junio (EDJ 2010/182402)

Sentencia de la AP de Madrid nº778/2010, Sección 24, de 29 Junio (Id. VLEX-220204299)

Sentencia de la AP de Málaga, Sección 4ª, nº 837/2005, de 31 de Octubre. (Westlaw JUR\2006\143541)

Sentencia de la AP de Málaga (Sección 6ª).Sentencia núm. 143/2009 de 5 marzo, (Westlaw AC\2009\871)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 5ª, núm. 105/2000, de 10 de Julio (Westlaw AC\2000\1754)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, nº 233/2002 de 7 junio, (Westlaw JUR\2002\215935)

Sentencia de la AP de Murcia (Sección 5ª), nº 356/2002, de 7 octubre, (Westlaw JUR\2003\70505)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, núm. 50/2005 de 15 febrero, (Westlaw JUR\2005\269959)

Sentencia de la AP de Murcia, núm. 220/2006, de 22 de Mayo (Westlaw JUR\2006\195624)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, nº 396/2006, de 6 de Noviembre (EDJ 2006/316482)

Sentencia de la AP de Murcia, Secc. 5ª, nº 71/2007, de 7 de Marzo (EDJ 2007/133182)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 1ª, núm. 144/2007 de 14 mayo,(Westlaw JUR\2007\368230)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 5ª, nº 180/2008, de 22 de Julio. (Westlaw JUR\2009\95542)

Sentencia de la AP de Murcia (Sección 5ª), núm. 255/2009 de 10 de noviembre, (Westlaw JUR\2010\8526)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4ª, nº 90/2011, de 22 de Febrero. (Westlaw JUR\2011\158662)

Sentencia de la AP de Murcia, Sección 4, nº 203/2011, de 14 de Abril (EDJ 2011/82393)

- Sentencia de la AP de Navarra, Sección 3ª, nº 125/2000, de 13 de Junio. (EDJ 2000/52000)
- Sentencia de la AP de Palencia, Sección 1ª, nº 394/2009, de 26 de Diciembre (EDJ 2009/354062)
- Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, nº11/2009, de 19 de Mayo. (VLEX-76206789)
- Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 306/2002, de 25 de Septiembre Westlaw JUR\2002\282295)
- Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 6ª, nº551/2010 de 29 de Julio (Westlaw JUR 2010\376458)
- Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 6ª, nº 430/2011, de 11 mayo, (Westlaw: JUR\2011\214438)
- Sentencia de la AP de Segovia, Secc.1ª, nº 129/2007, de 28 de junio (EDJ 2007/173104)
- Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2ª, núm. 67/2004 de 10 febrero, (Westlaw AC\2004\336)
- Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2ª, núm. 261/2004 de 8 junio, (Westlaw JUR\2004\213024)
- Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2ª, nº513/2008, de 27 de Noviembre, (EDJ 2008/289124)
- Sentencia de la AP de Toledo (Sección 1ª), núm. 71/2004 de 1 de marzo, (Westlaw JUR\2004\107410)
- Sentencia de la AP de Toledo, Sección 1ª, nº303/2009, de 19 de Noviembre.(Westlaw: JUR\2010\26691)
- Sentencia de la AP de Valencia (Sección 6ª) de 29 abril de 1.999, (Westlaw AC\1999\4932)
- Sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª, nº 566/2009, de 17 de Septiembre (VLEX-206407639)
- Sentencia de la AP de Vizcaya, Sección 1ª, nº 595/2008, de 5 de Septiembre (EDJ 2008/359327)
- Sentencia nº513/2003 de la AP de Zaragoza, de 29 de Septiembre (Id. VLEX-52107081)
- Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección 2ª, nº 292/2006 de 30 de Mayo, (EDJ 2006/112244)
- Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección 2ª, nº125/2009, de 3 de Marzo. (EDJ 2009/71745)

— Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, Secc. 1ª, nº 84/2006, de 1 de Febrero, (EDJ 2006/93340)

Sentencia del TSJ de Aragón nº 2/2011, Sala de lo Civil y Penal, 29 de Marzo. (VLEX-310937486)

Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, nº 1467/2010, de 9 de noviembre, (Westlaw JUR\2011\81073)

Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, nº 31093/2009, de 14 de Diciembre, (Westlaw JUR\2010\69187)

Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, nº 33/2011, de 11 de Febrero. (Westlaw JUR\2011\160857)

— Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RGDRN 25 Mayo 1987 (Westlaw RJ 1987, 3929)

RDGRN de 19 de Febrero de 1998 (Westlaw RJ 1998/1118)

RDGRN de 30 de Marzo de 1999. Publicado en el BOE el 30 de Marzo de 1999 (RJ 1999\2189)

RDGRN de 21 de septiembre de 1999, (Id. VLEX-207444947)

RDGRN de 13 de Junio de 2003 (Westlaw RJ 2003\4225)

RDGRN de 27 de Junio de 2003 (Westlaw RJ\2003\6080)

RDGRN nº 2/2005, de 23 de Abril (Westlaw RJ\2005\5369)

RDGRN nº2/2005 de 4 de Mayo, (Westlaw RJ\2005\5539)

RDGRN de 6 de Febrero de 2008 (Westlaw RJ\2008\637)