

TESIS DOCTORAL 2017

COPROPIEDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES

La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales

CARMEN MUÑOZ DELGADO

Licenciada en Derecho

**Departamento de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)**

Programa de Doctorado en Derecho de Seguros y otros aspectos actuales del tráfico

Directora: Dra. D^a. ALICIA ARROYO APARICIO

TESIS DOCTORAL

2017

COPROPIEDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES

La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales

CARMEN MUÑOZ DELGADO

Licenciada en Derecho

**Departamento de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)**

Programa de Doctorado en Derecho de Seguros y otros aspectos actuales del tráfico

Directora: Dra. D^a. ALICIA ARROYO APARICIO

Departamento de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho (UNED)

COPROPIEDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES.
La comunidad hereditaria y la comunidad legal de gananciales.

Carmen Muñoz Delgado
Licenciada en Derecho

Directora: Dra. D^a. Alicia Arroyo Aparicio

Agradecimientos

Deseo expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización de este trabajo. En especial, a D^ª. Alicia Arroyo Aparicio, Directora de esta tesis, por su orientación, seguimiento y supervisión, pero, sobre todo, por el apoyo y confianza mostrada no solo en el trabajo sino también en mí. Me siento en deuda con ella.

Gracias a D^ª. Mercedes Vergez Sánchez y a D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano que me acogieron en el Departamento como uno más y me animaron a la realización de la tesis doctoral. Especialmente, agradezco a D^ª. Mercedes Vergez sus interesantes aportaciones.

También agradezco a todos los compañeros del Departamento y de la Facultad que me dieron su apoyo y estuvieron siempre dispuestos a colaborar conmigo.

Gracias, a mi madre y a mi hermana, que me cuidan y creen en mí, porque compartieron mis momentos difíciles. Sin ellas este trabajo no habría salido adelante. A mis amigas por animarme siempre.

Y, por último, gracias a todos los que están, a los que vendrán y a los que ya no están, pero pusieron la simiente de mi vida profesional y académica.

*El que da no debe volver a acordarse,
pero el que recibe nunca debe olvidar
(Anónimo)*

Abreviaturas _____ 13
Introducción _____ 15

CAPITULO PRIMERO

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COPROPIEDAD
DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE ACCIONES**

I. PLANTEAMIENTO GENERAL _____ 23

II. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA COPROPIEDAD EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL _____ 25

1. Delimitación de la copropiedad _____ 25

 1.1. Diferenciación de otras figuras y tratamiento en el Código Civil _____ 25

 1.2. Referencias generales a la regulación de la copropiedad en el Derecho comparado _____ 28

2. Naturaleza jurídica y principios rectores _____ 31

3. Elementos de la comunidad _____ 33

 3.1. Objeto _____ 34

 3.2. Sujetos _____ 36

4. Gestión de la cosa común _____ 37

5. Disposición por el copropietario de su derecho de copropiedad _____ 41

 5.1. Alcance de la disposición _____ 41

 5.2. Derecho de retracto de los demás copropietarios _____ 44

6. Extinción de la comunidad _____ 47

 6.1. La división de la cosa común _____ 47

 6.2. Naturaleza jurídica de la división _____ 50

 6.3. Los pactos de indivisión _____ 51

III. COPROPIEDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL _____ 52

1. El artículo 126 LSC como única norma reguladora de la copropiedad de participaciones sociales y de acciones _____ 53

2. Incidencia de la copropiedad en la condición de socio _____ 57

 2.1. Titularidad y condición de socio _____ 57

 2.2. Prueba de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones _____ 58

 A) Libro registro de socios y libro registro de acciones nominativas _____ 60

 B) Validez de la inscripción de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones en el Registro Mercantil como medio de prueba _____ 65

 C) El título adquisitivo como instrumento idóneo para acreditar la titularidad real _____ 67

 2.3. Atribución de la condición de socio _____ 68

3. El representante común _____	73
3.1. Regulación societaria de la figura _____	74
3.2. Naturaleza jurídica de la representación _____	78
3.3. Nombramiento del representante común _____	80
3.4. Ámbito de actuación del representante común _____	84
A) Delimitación del contenido del poder de representación _____	84
B) La extralimitación en el ejercicio de los derechos. Actuación de los copropietarios frente a la sociedad y frente al representante _____	87
4. Responsabilidad solidaria de los copropietarios por las obligaciones derivadas de la condición de socio _____	90
5. La transmisión de la cuota en la copropiedad y la división de la cosa común _____	91
5.1. Transmisión de la cuota parte. Incidencia de las cláusulas restrictivas a la transmisibilidad <i>inter vivos</i> . _____	93
5.2. División de la cosa común. Incidencia de las restricciones a la libre transmisibilidad <i>inter vivos</i> _____	95
 IV. SUPUESTOS RELEVANTES DE PLURALIDAD DE TITULARES SOBRE PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES _____	
1. La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales _____	98
1.1. Importancia de la autonomía de la voluntad _____	102
1.2. Los pactos parasociales _____	103
1.3. Los protocolos familiares _____	105
2. Otros supuestos relevantes de pluralidad de titulares con un patrimonio común carentes de personalidad jurídica _____	109
2.1. Sociedad interna _____	109
2.2. Fondos de inversión _____	112

CAPÍTULO SEGUNDO

CONDICIÓN DE SOCIO Y COMUNIDAD HEREDITARIA

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN _____	117
II. UN ESTUDIO DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA COMO PRESUPUESTO PREVIO _____	118
1. Visión general de los sistemas reguladores de la sucesión en el Derecho comparado. El Reglamento núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 _____	118
2. Consideraciones generales sobre la sucesión <i>mortis causa</i> _____	121
2.1. La herencia _____	121
2.2. Sucesión a título universal y sucesión a título particular _____	123
2.3. Posición jurídica del heredero durante el proceso sucesorio _____	124
A) Vocación _____	125
B) Delación _____	125
C) Adquisición de la herencia _____	127
2.4. Situaciones de la herencia _____	129
III. SUCESIÓN EN LA TITULARIDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES _____	130
1. Planteamiento _____	130
2. Formas de disponer la sucesión _____	132
2.1. Pactos sucesorios _____	133

2.2. Autonomía de la voluntad del causante _____	135
A) Disposiciones testamentarias de atribución por el socio causante _____	136
a) Disposiciones testamentarias más habituales _____	136
b) Designación testamentaria de una persona para el ejercicio del derecho de voto _____	138
B) Prohibición testamentaria de división del paquete de participaciones sociales o de acciones _____	141
2.3. Falta de disposición testamentaria específica por el socio fallecido _____	143
3. Transmisión <i>mortis causa</i> de las participaciones sociales y de las acciones en la Ley de Sociedades de Capital _____	143
3.1. Régimen jurídico de la transmisión <i>mortis causa</i> _____	143
3.2. Valor de las participaciones sociales y de las acciones a efectos del ejercicio de adquisición frente al heredero _____	149
4. Compatibilidad de la sucesión hereditaria y las restricciones a la transmisión <i>mortis causa</i> de las acciones y participaciones sociales _____	152
IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD YACENTE O A LA COMUNIDAD HEREDITARIA _____	
PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD YACENTE O A LA COMUNIDAD HEREDITARIA _____	
1. Situaciones de pluralidad de herederos durante el proceso sucesorio _____	155
1.1. Herencia yacente _____	156
A) Concepciones justificativas de la institución _____	156
B) Delimitación subjetiva _____	160
C) Administración de la herencia _____	162
1.2. Comunidad hereditaria _____	166
A) Naturaleza jurídica _____	166
B) Delimitación _____	169
a) Delimitación subjetiva _____	169
b) Delimitación objetiva _____	171
c) Carácter finalista _____	172
C) Régimen jurídico _____	173
2. Condición de socio _____	174
2.1. Durante la yacencia de la herencia _____	174
2.2. Durante la indivisión de la herencia _____	177
3. Reflejo de la herencia yacente y de la comunidad hereditaria en los registros de socios y de acciones nominativas _____	177
4. Ejercicio de los derechos de socio _____	179
4.1. Albacea designado por el testador _____	180
4.2. Los llamados a la herencia _____	182
4.3. Representante designado por la comunidad hereditaria _____	185
5. Salida del heredero de la comunidad hereditaria. Destino de las participaciones sociales o las acciones. _____	187
5.1. Disposición por el heredero de su derecho sobre la comunidad hereditaria y de las participaciones sociales o de las acciones como bienes concretos. _____	187
5.2. Extinción de la indivisión impuesta por el socio fallecido o por los herederos sobre el paquete de participaciones sociales o de acciones _____	190
5.3. Partición hereditaria de la comunidad hereditaria sobre participaciones sociales o sobre acciones _____	192

CAPÍTULO TERCERO

PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES ADQUIRIDAS BAJO EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	195
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SOCIEDAD DE GANANCIALES	197
1. Los regímenes económicos en nuestro ordenamiento jurídico y en el de los países de nuestro entorno	197
2. El régimen de sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico español	202
2.1. Configuración de la sociedad de gananciales	202
2.2. Naturaleza jurídica	204
A) Teoría de la sociedad	205
B) Teoría de la comunidad	206
a) Comunidad ordinaria	206
b) Comunidad germánica	208
C) La sociedad de gananciales como sociedad interna entre los cónyuges	209
D) La sociedad de gananciales como comunidad especial	210
2.3. Régimen jurídico	212
2.4. Aplicabilidad del régimen de la sociedad de gananciales a las parejas o uniones de hecho	214
III. ADSCRIPCIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES A LAS MASAS PATRIMONIALES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	223
1. Criterios objetivos	223
2. Criterios subjetivos	224
3. El artículo 1352 del Código civil	228
IV. BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA GANANCIALIDAD Y DE LA CONDICIÓN DE SOCIO DE LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL	232
1. Formas de manifestar el consentimiento por los cónyuges	232
2. Reflejo del consentimiento en el documento adquisitivo y de la condición de socio en el libro registro de socios o en el libro de acciones nominativas	235
3. Participaciones sociales y acciones adquiridas por uno solo de los cónyuges	237
3.1. Carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales y de las acciones	238
3.2. Teorías mixtas	242
A) Distinción entre título y derechos patrimoniales	243
B) Distinción de titularidades en la participación	245
C) La subparticipación en la participación en el capital	247
3.3. Valoración de las teorías	250
V. INFLUENCIA DE LA GANANCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CONDICIÓN DE SOCIO	252
1. Reconocimiento por la sociedad de la titularidad conjunta de las participaciones sociales o de las acciones	253
2. Participaciones sociales y acciones gananciales a nombre de uno de los cónyuges	255
2.1. Posibles justificaciones de la administración individual por el cónyuge socio	257
A) La aplicación del artículo 1384 Cc: excepción al principio de cogestión	258
B) Aplicación analógica de la regulación del ejercicio del comercio por persona casada	261

C) La sociedad entre cónyuges _____	263
2.2. Actuaciones del cónyuge no socio en defensa de sus derechos sobre las participaciones sociales y las acciones a nombre del otro cónyuge _____	265
A) Rectificación del reconocimiento de la condición de socio _____	266
B) Impugnación de los actos de administración y disposición que conlleva el ejercicio de los derechos sociales _____	267
C) La impugnación de los acuerdos sociales _____	269

CAPÍTULO CUARTO

CONDICIÓN DE SOCIO Y DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN _____	273
II. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: COMUNIDAD POSTGANANCIAL _____	275
1. Causas de disolución _____	275
2. Efectos de la disolución _____	276
3. Comunidad postganancial _____	278
3.1. Naturaleza jurídica _____	279
3.2 Régimen jurídico _____	284
III. EJERCICIO DE LA CONDICIÓN DE SOCIO DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y PENDIENTE DE LIQUIDACIÓN _____	288
1. Continuación del ejercicio de los derechos sociales por quien viene actuando frente a la sociedad de capital _____	289
2. Posturas jurisprudenciales sobre el ejercicio de los derechos sociales durante la comunidad postganancial _____	291
2.1. Fijación de medidas judiciales provisionales _____	291
2.2. Protección de la apariencia jurídica _____	292
2.3. Validez de las actuaciones por el socio no cónyuge frente a la sociedad de capital _____	293
3. Recapitulación _____	294
IV. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL: TRANSMISIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO _____	295
V. LA ADJUDICACIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES A NOMBRE DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES _____	298
1. Transmisión por actos <i>inter vivos</i> entre los cónyuges _____	300
1.1. Aplicación del artículo 1406.2º Cc a la adjudicación al cónyuge socio _____	301
1.2. Aplicación a la adjudicación de las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad _____	305
2. Transmisión <i>mortis causa</i> por fallecimiento de uno de los cónyuges _____	309
2.1. La partición hereditaria y la previa liquidación de la sociedad de gananciales _____	309
2.2. Adjudicación de las participaciones sociales y de las acciones _____	312
A) Fallecimiento del cónyuge no socio _____	313
B) Fallecimiento del cónyuge socio _____	314
3. Recapitulación _____	316

<i>CONCLUSIONES</i>	317
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	351
<i>ÍNDICE JURISPRUDENCIAL</i>	373
<i>RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO</i>	385

Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
APCM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado por el Ministerio de Justicia el 30 de mayo de 2014
apdo.	apartado
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cc	Código Civil
C. de c.	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
coord	coordinado
DA	Disposición adicional
DD	Disposición derogatoria
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
dir	dirigido
DT	Disposición transitoria.
ET	Estatuto de los Trabajadores
<i>Giur. It.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>Giur.comm.</i>	<i>Giurisprudenza commerciale</i>
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LSA	Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (derogado por LSC)
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL/LSL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada por LSC)
<i>op.cit.</i>	<i>opus citatum</i> , obra citada
proc.	procedimiento
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto

RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
rec.	Recurso
RGD	Revista General de Derecho
RGLyJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RH	Reglamento Hipotecario
RN	Reglamento Notarial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SsAP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
ss.	siguientes
t.	tomo
vol.	volumen

Introducción

En la práctica judicial es un hecho destacable la conflictividad que genera la partición de herencias o la liquidación de sociedades de gananciales cuando existen participaciones sociales o acciones suscritas o adquiridas por el causante o por los cónyuges, para sí o para la sociedad de gananciales. Estas participaciones sociales o acciones pertenecen normalmente a sociedades cerradas con un fuerte componente personal y en las que existen, además, cláusulas estatutarias restrictivas a su transmisibilidad.

Estas controversias derivadas de la partición hereditaria o de la liquidación de gananciales plantean otra importante cuestión de fondo que afecta directamente a la sociedad a la que pertenecen dichas participaciones sociales o acciones: el ejercicio de la condición de socio mientras existe comunidad hereditaria, sociedad de gananciales o comunidad postganancial, teniendo en cuenta que estas comunidades tienen un régimen jurídico específico.

Pues bien, en estos casos, la condición de socio, en su doble calificación de relación jurídica y de derecho subjetivo, requiere de un estudio desde dos perspectivas diferentes pero que no han sido siempre bien delimitadas: las relaciones entre herederos o entre cónyuges y las relaciones con la sociedad de capital. Las primeras están sometidas al régimen jurídico específico de la comunidad y pertenecen al ámbito del Derecho civil patrimonial, en particular, al régimen de la sociedad legal de

gananciales y a la sucesión hereditaria, regulaciones que fueron configuradas sobre bases económicas distintas a las de la sociedad actual y que, por ello, no siempre alcanzan a contemplar todas las situaciones jurídicas derivadas de las nuevas relaciones socioeconómicas. Las segundas, relaciones de los herederos con la sociedad de capital, se refieren a la condición de socio en los casos de copropiedad. Su regulación pertenece al Derecho de sociedades de capital que en un único artículo (126 LSC) dispone que:

“En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”.

El doble enfoque de la materia se justifica en la necesaria aplicación de ambas regulaciones de la misma situación jurídica, aunque éstas tengan finalidades distintas. Mientras el Derecho civil regula las relaciones entre copropietarios, herederos o cónyuges con el fin de proteger los intereses de la copropiedad, mantener la integridad de la herencia o procurar satisfacer las cargas e intereses de la familia, el Derecho de sociedades de capital tiene como objetivo conseguir el correcto funcionamiento y organización de la sociedad en interés de terceros y, para ello, regula la condición de socio, el ejercicio de los derechos inherentes a ella y su transmisión.

Estos dos ámbitos de la regulación perfectamente definidos conceptualmente y en sus intereses, en la realidad práctica no siempre son fáciles de coordinar. Aspectos importantes para uno, como la calificación de los actos realizados, la ganancialidad o la situación del heredero en el proceso sucesorio, carecen de relevancia jurídica para el otro sector. Se produce, por tanto, una influencia recíproca entre las normas, de forma que en algunos casos se complementan pero en otros confluyen. La confluencia de

normas es la que da lugar a conflictos entre copropietarios, coherederos o cónyuges en su calidad de titulares de las participaciones sociales y de las acciones y en su cualidad de socios de la sociedad a la que corresponden. No siempre a los adquirentes según la normas civiles se les atribuye la condición de socio; el ejercicio de los derechos requiere decisiones que implican no solo al legitimado para ejercer los derechos de socio, sino a todos los partícipes en la comunidad; el cumplimiento de las obligaciones no sigue el mismo régimen en una y otras normativas; existen especialidades según el tipo de comunidad en cuanto a la transmisión de las participaciones sociales o de las acciones, etc.

Teniendo en cuenta estos aspectos, el objeto principal de este trabajo consiste en el tratamiento de la condición de socio (atribución, ejercicio de los derechos inherentes a la misma y su transmisión) cuando las participaciones sociales o las acciones pertenecen a una copropiedad (comunidad ordinaria), a una comunidad hereditaria o a una sociedad de gananciales, atendiendo a las características y al régimen jurídico de cada una de ellas. Igualmente se ponen de manifiesto puntos de confluencia y de conflicto entre las distintas normativas implicadas, con el fin de demostrar si es posible la coordinación entre ambas regulaciones o si, por el contrario, es necesaria una regulación específica del ejercicio de la condición de socio. Se trata de efectuar un análisis de esos aspectos, poniendo de relieve la necesidad de un tratamiento global de la materia.

En efecto, como quedará demostrado, se justifica esta tesis precisamente en ese tratamiento conjunto e integrado de la condición de socio en los casos de copropiedad de participaciones sociales y de acciones y, en concreto, cuando éstas pertenecen a comunidades hereditarias o constituyen un bien ganancial. Pues, a pesar de ser una materia que por su importancia jurídica, social y económica, ha sido tratada ampliamente en interesantes trabajos doctrinales, en la jurisprudencia y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado, siempre se ha enfocado atendiendo a cuestiones concretas planteadas a partir de experiencias o

situaciones conflictivas y desde una perspectiva específica (la atribución de la condición de socio, la posible representación de la herencia yacente en la junta general por el llamado a la herencia; la posición que ostenta el cónyuge del titular de las participaciones sociales o de las acciones gananciales; la aplicación de restricciones estatutarias a la transmisibilidad en la adjudicación de las participaciones sociales, etc.).

Se parte, pues, con esa finalidad integradora, de una visión dogmática de las instituciones jurídicas desde el punto de vista del Derecho civil común (copropiedad, sucesión hereditaria y régimen económico matrimonial de gananciales) como base para el estudio, con un enfoque crítico, de la regulación por el Derecho de sociedades de capital de la copropiedad, no solo en su aplicación a las situaciones de comunidad ordinaria sino también a esas otras comunidades especiales por su origen. Se da prioridad, por tanto, al análisis de los textos legislativos de nuestro ordenamiento jurídico interno, sin que ello impida recurrir al Derecho autonómico y comparado como fuentes de apoyo a los argumentos expuestos y para conseguir una regulación armonizada de la copropiedad de participaciones sociales y acciones.

Entre las fuentes imprescindibles, además de la legislación, destacan las opiniones doctrinales existentes, la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Doctrina, científica, registral y jurisprudencial, imbricada en la estructura, desarrollo y conclusiones de este trabajo.

El primer capítulo comienza con un estudio de la comunidad de bienes en el Código civil como marco jurídico en el que se encuadra la copropiedad de las participaciones sociales y de las acciones. Una vez delimitado el régimen jurídico de la copropiedad, se analiza su influencia en las relaciones entre sociedad y copropiedad. Acreditada la titularidad conjunta, la sociedad atribuye la condición de socio a los copropietarios (art. 91 LSC), si bien el ejercicio de los derechos sociales se exige que se

efectúe por una única persona. La designación de esa persona (representante común) y la determinación del contenido de la representación son aspectos relevantes para poder ejercer la condición de socio y en ambos aspectos tiene una influencia directa la regulación de la gestión de la copropiedad y la calificación de los distintos derechos de socio atendiendo a su naturaleza jurídica.

Sin embargo, la comunidad no siempre responde a este esquema. Es frecuente que al socio, cuando fallece, le suceda una pluralidad de herederos (herencia yacente o comunidad hereditaria) o que las participaciones sociales o las acciones pertenezcan a la sociedad de gananciales, se hayan adquirido conjuntamente o a título individual. Son comunidades que se caracterizan por que sus miembros concurren en torno a un patrimonio común a consecuencia de un acto o hecho jurídico determinado (el fallecimiento del titular, la voluntad del testador, la celebración o disolución del matrimonio). Ese vínculo personal que une a sus miembros en torno al patrimonio común hace que la naturaleza jurídica de estas comunidades difiera de la copropiedad o comunidad ordinaria de tipo romano o de la comunidad germánica, lo que conlleva la aplicación de un régimen jurídico específico.

El capítulo finaliza con una delimitación de esos otros supuestos en los que las participaciones sociales o las acciones se integran en un patrimonio perteneciente a una pluralidad de titulares. Se destaca, por su relevancia, la voluntad de los socios o de los miembros de la comunidad como instrumento de autorregulación que permite articular sus relaciones con un fin determinado, como es la planificación de la sucesión en la participación del capital social, la fijación de la forma de ejercer los derechos o de determinar la persona encargada de administrar el paquete de participaciones sociales o de acciones.

Una vez delimitado el marco general de la copropiedad, y siguiendo la misma metodología del primer capítulo, los capítulos siguientes se centran en la influencia que las comunidades hereditarias o las comunidades que surgen durante la vigencia de

la sociedad de gananciales y tras su disolución jurídica tienen sobre el régimen jurídico de las participaciones sociales y de las acciones y, en concreto, sobre la condición de socio.

Así, el capítulo segundo gira en torno a la condición de socio durante el proceso de sucesión del socio fallecido. Las participaciones sociales y las acciones pertenecientes al causante forman parte de su caudal relicto y son objeto de transmisión *mortis causa* a favor de sus herederos o legitimarios. Ahora bien, la sucesión no siempre se produce de forma inmediata, sino que el proceso sucesorio se suele dilatar en el tiempo. De hecho, durante las distintas fases que se suceden en ese período de tiempo, la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones y, consecuentemente, el reconocimiento de la condición de socio pasa por distintos estadios, que se agrupan principalmente en dos: antes de la aceptación (yacencia) y después de la aceptación de la herencia (comunidad hereditaria). Ambos estadios van a tener una influencia directa sobre el ejercicio de los derechos de socio.

Es en los capítulos tercero y cuarto donde se trata del régimen jurídico de las participaciones sociales y de las acciones adquiridas bajo el régimen de sociedad de gananciales. El estudio se concreta en este régimen económico matrimonial por ser el régimen en el que más claramente se manifiesta la comunicación de bienes entre los cónyuges al formarse un patrimonio ganancial común. Se plantean cuestiones de trascendental interés como la relación entre titularidad y ganancialidad. Esta relación requiere distinguir las formas de adquisición de las participaciones sociales o de las acciones por los cónyuges y su adscripción a las masas patrimoniales, lo que influye directamente en la atribución de la condición de socio y, en consecuencia, en el alcance de la posición de cada uno de los cónyuges respecto al ejercicio de los derechos del socio y la disposición de la participación en el capital social.

El trabajo finaliza con unas consideraciones sobre las particularidades que presenta la copropiedad de acciones y de participaciones según pertenezcan al patrimonio de una comunidad ordinaria, a una comunidad hereditaria o a una sociedad de gananciales. En relación con estas situaciones, se destacan, en su caso, las insuficiencias observadas, las posibles vías para coordinar las divergencias que surgen de la aplicación de las distintas normas que inciden sobre una misma situación jurídica y la conveniencia o necesidad, cuando proceda, de normas específicas que faciliten el ejercicio de la condición de socio y la transmisión de la participación en el capital social.

El estudio de las cuestiones mencionadas permite llegar a una serie de conclusiones que cierran la tesis doctoral.

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COPROPIEDAD
DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES**

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La copropiedad en el Derecho de sociedades de capital se fundamenta en dos pilares básicos: la naturaleza patrimonial de las participaciones sociales y de las acciones y el principio general que declara su indivisibilidad, en cuanto bien (indivisibilidad en sentido estricto) y como conjunto de derechos y obligaciones (inescindibilidad de la condición de socio)¹.

¹ Aunque referido solo a la sociedad de responsabilidad limitada, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Noción y características de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur-Menor (Navarra), 2006, pág. 85 ss.

Por lo que se refiere al primer pilar, las participaciones sociales y las acciones como bienes patrimoniales pueden ser objeto de copropiedad siempre que varias personas de forma conjunta ostenten su titularidad. Titularidad conjunta que surge de un hecho, de un acto jurídico, de la ley o de la propia voluntad manifiesta de los partícipes de poseer en común ese determinado bien. Las participaciones sociales y las acciones pueden pertenecer, además, a otras comunidades distintas de la comunidad ordinaria, copropiedad o condominio, caracterizadas no solo por poseer en común, sino porque sus miembros ostentan una condición o tienen un vínculo personal o familiar que les une en torno a dichas participaciones sociales o a dichas acciones (sucesores, herederos, cónyuges, ex cónyuges).

Por otra parte, el especial carácter de las participaciones sociales y de las acciones, como instrumento de materialización de la condición de socio, atribuye a sus titulares un conjunto de derechos y obligaciones frente a la sociedad (segundo pilar)².

En consecuencia, cualquier tipo de comunidad a la que pertenezcan participaciones sociales o acciones supone una realidad jurídica compleja en la que se van a distinguir relaciones internas entre sus miembros y relaciones externas de la comunidad en su conjunto con la sociedad de capital, entre las que destacan las que se derivan del ejercicio de la condición de socio. Tales relaciones se regulan por dos sectores diferentes de nuestro ordenamiento jurídico privado: (i) el Derecho patrimonial civil que fija el régimen jurídico de las relaciones en el ámbito interno de la comunidad (según se trate de una comunidad ordinaria, comunidad hereditaria o sociedad de gananciales), y (ii) el Derecho de sociedades de capital, que se centra en la relación de la comunidad con la sociedad, es decir, en el ejercicio de los derechos sociales y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la titularidad conjunta.

² ARROYO APARICIO, A., *Sociedades Mercantiles*, tomo I, *Sociedades Anónimas*, Cizur-Menor (Navarra), 2008, pág. 31 y 49.

II. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA COPROPIEDAD EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

1. Delimitación de la copropiedad

1.1. Diferenciación de otras figuras y tratamiento en el Código Civil

Antes de abordar el tratamiento de la copropiedad por nuestro Derecho común, es necesario delimitar otros conceptos jurídicos relacionados con la misma, como son la cotitularidad y la comunidad. Los tres tienen en común las notas generales (pluralidad de sujetos, unidad en el objeto, falta de personalidad jurídica y atribución de cuotas), pero su alcance objetivo es distinto. Así, la cotitularidad es una situación de titularidad conjunta que recae sobre un derecho (real o de crédito); la comunidad, por su parte, limita su extensión a los derechos reales (propiedad, usufructo, habitación); y la copropiedad exclusivamente se refiere al derecho de propiedad. Por tanto, la copropiedad es un tipo de comunidad que a su vez se encuadra en la cotitularidad. De ahí que la doctrina, de forma mayoritaria, considere el concepto de comunidad de bienes como genérico y la copropiedad la especie. De hecho, el Código Civil, en su Libro II, Título III, artículos 392 a 406, regula la comunidad de bienes en el sentido de copropiedad, de ahí que a ésta también se la conozca como “comunidad”, “comunidad ordinaria”, “condominio”.

Pues bien, teniendo en cuenta esta precisión conceptual, la regulación legal de la comunidad de bienes parte de dos premisas: la propiedad de un bien o derecho y la tenencia de esa propiedad en *pro indiviso* por varias personas (art. 392 Cc). Dado el supuesto de hecho –la pertenencia de una cosa o de un derecho a varias personas *pro indiviso*– el efecto jurídico es la comunidad³. En consecuencia el ámbito de aplicación

³ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., considera que la comunidad “se trata, por tanto, de un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad” (“Artículo 392”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2º, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1985 (vlex-229937) y “Artículo 392”, en *Comentario al Código Civil*, tomo I, dir. por R. BERCOVITZ, L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y P. SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1067).

se limita a los derechos reales y, en concreto, al derecho de propiedad que recae tanto sobre bienes o derechos aisladamente considerados como sobre un patrimonio común o conjunto de bienes y derechos.

Por tanto, es necesario que se produzca la confluencia de varios derechos de propiedad que han de ser de idéntica naturaleza jurídica, han de producirse al mismo tiempo (coincidencia temporal) y han de recaer sobre el mismo objeto (coincidencia objetiva)⁴. Lo anterior lleva a la exclusión de aquellos supuestos en los que sobre el derecho o bien exista una concurrencia de derechos pero con titulares distintos, de forma que no se pueden considerar supuestos de comunidad al no existir un bien o derecho común y ser perfectamente diferenciables los titulares y el objeto sobre el que recae⁵. Igualmente, se excluirán aquellos supuestos en los que la cotitularidad recae sobre un derecho divisible de forma efectiva (mancomunidad, por ejemplo) o en los que la pluralidad de sujetos se personifica, constituyendo una persona jurídica a la que se dota de personalidad jurídica propia.

La delimitación de la comunidad, en sentido genérico, lleva a destacar como elementos esenciales: (i) la titularidad conjunta de un bien o un derecho; (ii) y el consiguiente nacimiento de un conjunto de relaciones jurídicas entre los titulares⁶. Estos elementos permiten definir la comunidad recogida en el Código civil desde enfoques distintos: enfoque objetivo o en sentido estático o subjetivo o en sentido dinámico. Desde el primer enfoque, la comunidad es un conjunto de derecho o bienes que son tenidos en común y sobre los que los distintos titulares tienen intereses particulares (se puede hablar entonces de patrimonio común, de caudal relicto o de patrimonio ganancial). Si se destaca el elemento subjetivo, la comunidad es un conjunto de sujetos que tienen en común la titularidad jurídica de uno o varios bienes sobre los que los distintos titulares tienen un poder de actuación individual pero

⁴ SERRANO DE NICOLÁS, A., "La organización de un bien tenido por diversas personas", en *Bienes en común*, coord. por NASARRE AZNAR, S., Valencia, pág. 55 ss.

⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en Derecho Español*, Madrid, 1954, págs. 24 ss.

⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Artículo 392", *op. cit.*, pág. 1067

limitado por el conjunto de derechos y obligaciones de los demás titulares (así la copropiedad, la comunidad hereditaria, la sociedad de gananciales o la comunidad postganancial).

Ese conjunto de relaciones jurídicas entre los comuneros se basa en otro elemento caracterizador de la comunidad: la asignación de cuotas que determinan la proporción en que cada uno de los copropietarios participa en los beneficios y cargas de la cosa común (art. 393 Cc) y en la adopción de acuerdos para su mejor administración y disfrute (art. 398 Cc). Estas cuotas, aunque no son parte material de la cosa –indivisa físicamente–, representan una parte abstracta de ella, con un valor determinado que las hacen objeto de negocios jurídicos con carácter separado e individual (art. 399 Cc). Todos los copropietarios tienen una titularidad idéntica cualitativamente, aunque puede variar en su proporción cuantitativa (la cuota parte). A cada condueño le corresponde, por tanto, una cuota abstracta sobre el objeto del condominio⁷. Estas reglas relacionan la regulación Código civil con el sistema romano de cuotas.

En efecto, el Código civil español, según opinión mayoritaria de la doctrina, se adscribe así al sistema romano de comunidades por cuotas, diferente de las comunidades germánicas en las que predomina en su regulación la protección del aspecto subjetivo de la relación frente al bien en común⁸. Pero tanto la comunidad romana o por cuotas como la comunidad germánica son comunidades en sentido genérico. Ambas se caracterizan por estar formadas por una pluralidad de sujetos y por recaer sobre un único objeto o patrimonio. Sin embargo, se diferencian en una característica esencial, la forma de organizar la comunidad. La comunidad germánica se fundamenta en un principio colectivista en cuanto miembro de un grupo social -el principio jurídico de “mano común” y no sobre la base individualista que reconoce la

⁷ STS, 1ª, núm. 609/2012, de 19 de octubre.

⁸ Criterios de diferenciación entre comunidades germánicas y romanas, ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil. III. Derecho de bienes*, Barcelona, 2002, págs. 368 ss.; BAYONA GIMÉNEZ, J.J., en *Tributación de la comunidad de bienes*, Madrid, 1997, pág. 15 ss. y una síntesis en pág. 19; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...op. cit* págs. 79 ss.

autonomía de los derechos de los comuneros como titulares de su propio derecho⁹. Estos rasgos característicos de la comunidad germánica configuran una forma de organizar la tenencia de un bien o derecho que pertenece colectivamente a varios titulares, entre los que existe un vínculo personal, sin posibilidad de efectuar una división ideal del derecho entre ellos¹⁰. Este vínculo personal y la imposibilidad de dividir el derecho entre los titulares ha llevado a parte de la doctrina a calificar la comunidad hereditaria o la sociedad de gananciales como comunidades germánicas aunque, en realidad, como se expondrá posteriormente, constituyen comunidades especiales por su régimen jurídico específico¹¹.

En conclusión, en la comunidad ordinaria los copropietarios disfrutaban de derechos exclusivos sobre sus propias cuotas, mientras que la característica esencial de la comunidad germánica es que el objeto pertenece a los titulares en su conjunto, lo que supone la imposibilidad de realizar actos de disposición y la inexistencia de una acción de división de la cosa común.

1.2. Referencias generales a la regulación de la copropiedad en el Derecho comparado

El Código civil alemán regula los dos tipos de comunidades a las que se acaba de hacer mención en el epígrafe precedente: la comunidad germánica y la comunidad por cuotas. La comunidad germánica se regula en el Código civil alemán de forma taxativa y se aplica exclusivamente a los supuestos previstos en la norma, que son los bienes de la asociación conocida como sociedad-BGB (*Gesellschaft*), la comunidad de bienes matrimonial (*Gütergemeinschaft*) y la comunidad hereditaria

⁹ WEBER-GRELLET, H., *La comunidad germánica*, traducción y nota preliminar de Antonio Pau, Cuadernos de Derecho Registral, 2007, pág. 43.

¹⁰ GIMÉNEZ ALIAGA, M., "Supuestos de modelos de la llamada comunidad "germánica" y afines", en *Bienes en común*, *op. cit.*, pág. 228. La doctrina alemana cuando utiliza el término cuota con relación a la comunidad germánica no está fijando un derecho concreto del comunero sobre la cosa sino que es una forma de indicar su situación o posición como miembro de la comunidad, WEBER-GRELLET, H., *La comunidad germánica...*, *op. cit.*, pág. 37.

¹¹ *Infra* capítulo segundo epígrafe IV, 1.2. y capítulo tercero epígrafe II, 2.2.

(*Erblichengemeinschaft*)¹². Junto a estos supuestos, el Código civil alemán, siguiendo la raíz latina de los ordenamientos continentales, también acoge la comunidad por cuotas. En concreto, los artículos 741 a 758 BGB regulan la *Gemeinschaft* o copropiedad, como propiedad sobre la misma cosa compartida entre varios sujetos mediante cuotas individuales que les permiten ejercer sus derechos sobre la cosa común, pero limitados al derecho de los demás. El copropietario puede disponer de su cuota (art. 747 BGB) o exigir la división de la cosa en común (art. 749 BGB).

En la misma línea, sistema de cuotas, regulan la comunidad el Derecho italiano (*Comunione*, arts. 1100 a 1116 Codice civile), el Derecho francés (*L'indivision*, arts. 815, 815-1 a 815-18 Code civil) y el Derecho portugués (*Compropriedade*, arts. 1403º a 1413º Código civil).

En concreto, en Italia se distinguen cuatro figuras distintas cuando una cosa o derecho es titularidad de una pluralidad de sujetos. Se parte de una institución genérica para ir a instituciones más específicas cada vez. Así, la institución genérica es la *contitolarità* (cotitularidad) que es una situación jurídica (activa o pasiva) que pertenece a dos o más personas (por ejemplo, cotitulares de un derecho de crédito); la *comunione* (comunidad) hace referencia a un derecho real que pertenece a dos o más personas; la *comproprietà* (copropiedad) que se limita a la cotitularidad o a la comunidad sobre un derecho de propiedad; y, por último, el *condominio* que especifica el derecho de copropiedad por su objeto, la pertenencia de un mismo inmueble a una pluralidad de sujetos.

La regulación del Derecho italiano, salvo en la especificación clara del contenido de la comunidad, es similar a la regulación en el Derecho español: (i) es una regulación sometida al título o a lo dispuesto por disposiciones específicas; (ii) los presupuestos de la comunidad son los mismos (un derecho de propiedad u otro derecho real que pertenece en común a una pluralidad de sujetos); (iii) cada comunero es titular de una

¹² WEBER-GRELLET, H., *La comunidad germánica...*, op. cit., pág. 45 ss.

cuota ideal, y no de una porción material, sobre la totalidad del bien en común, lo que supone que el derecho de cada comunero resulte limitado en su ejercicio por el derecho de los demás comuneros; (iv) por tanto, la comunidad es una forma de organización colectiva que no tiene personalidad jurídica ni autonomía patrimonial, aunque algunos autores defienden que la vinculación que surge entre los comuneros con su participación en las decisiones colectivas -aunque disientan en sus votos- solo puede justificarse si se reconoce cierta autonomía a la comunidad¹³.

En Francia, sin embargo, se utiliza una concepción más genérica de la comunidad, bajo un único término: *indivision*. La *indivision* define la situación jurídica que existe cuando una cosa o un conjunto de cosas (masa sucesoria, comunidad disuelta) pertenece a todos los que tienen sobre esa cosa o ese conjunto de cosas un derecho de la misma naturaleza (propiedad, nuda propiedad, usufructo), cada uno en una cuota parte (igual o desigual), sin que ninguno tenga un derecho privativo concreto sobre una parte determinada y todos tengan que compartir las facultades de uso, goce y disposición. Es decir, es el estado de un bien que pertenece a varias personas que tienen derechos de la misma naturaleza sobre dicho bien. No obstante, se puede observar que tal definición se aproxima a la idea de comunidad de bienes en el Derecho español, ya que los términos *indivision* e *indivisaires* son equivalentes a los términos “comunidad” y “comuneros”¹⁴.

Distinto es el tratamiento de la copropiedad en el Derecho inglés, representante del *common law*. Se regulan dos formas básicas de copropiedad¹⁵: (i) la propiedad conjunta con derecho de supervivencia (*joint tenancy*), que requiere la unidad de posesión (igual derecho de disfrute por todos los copropietarios) y la unidad temporal, de intereses y de títulos; se trata de una propiedad indivisa en la que si un cotitular muere los sobrevivientes adquieren la propiedad de forma automática; y (ii)

¹³ Para un estudio completo de la comunidad, su delimitación y régimen jurídico, *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, voz “comunione”, Milano, 1961, pág. 247 ss.

¹⁴ Dictionnaire Espagnol vers Français, <http://www.jfortun.net/data/Dictionnaire%20v2.pdf>

¹⁵ SPARKES, P., “Modelos de bienes en común en derecho comparado. Sección 2. Inglaterra y Gales”, en *Bienes en común...*, *op. cit.*, págs. 916 ss.

la propiedad conjunta sin derecho de supervivencia (*tenancy in common*), es una posesión indivisa pero con derechos separados representados en cuotas, la adquisición de la propiedad a la muerte de uno de los cotitulares no se produce de forma automática por los demás.

2. Naturaleza jurídica y principios rectores

La naturaleza jurídica de la comunidad de bienes está relacionada con la forma de atribuir un derecho, como es la propiedad, sobre un único objeto a una pluralidad de sujetos. Se trata de explicar, por tanto, cómo cada copropietario puede ostentar un derecho de propiedad, que es único y exclusivo, sobre un objeto que pertenece conjuntamente a una pluralidad de titulares¹⁶.

Para responder a esta cuestión, se han elaborado a lo largo de la historia distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la comunidad, partiendo del reconocimiento o no de un derecho a los copropietarios y, si éste se reconoce, si se trata de un único derecho común o de tantos derechos individuales como copropietarios existan¹⁷. También se ha intentado justificar recurriendo a la unificación de todos los comuneros en un sujeto colectivo al que se atribuye la propiedad, siendo la comunidad un sujeto de derecho, distinto de los comuneros, dotado incluso de personalidad jurídica; sin embargo, esta teoría no tiene cabida en nuestro Derecho ni entre la doctrina, aunque haya suscitado dudas la interpretación del artículo 405 Cc al reconocer que “conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad”¹⁸.

¹⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Artículo 392”, en *Comentarios... op. cit.*, pág. 1067.

¹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes... op.cit*, pág. 138 ss; SIMÓN MORENO, H., “La copropiedad llamada “romana”, en *Bienes en común, op. cit.*, pág. 170.

¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Artículo 392”, en *Comentarios, op. cit.*, pág. 1116.

El primer enfoque, la falta de derecho de los copropietarios sobre el bien común, se conoce como *teoría de la interinidad*, pues parte de la existencia de una situación provisional en la que ningún copropietario, mientras permanece en comunidad, tiene un verdadero derecho de propiedad, pues está condicionado por el derecho de los restantes copropietarios. Por su parte, el denominado enfoque intermedio o *teoría de la unificación del derecho de propiedad* reconoce la existencia del derecho de los copropietarios, pero parte de la existencia de un solo derecho, único, atribuido en cuotas a los distintos copropietarios, pero cuyo titular es el grupo. Finalmente, el tercer enfoque o *teoría de la división*, considera la existencia de tantos derechos autónomos e independientes como comuneros existen, es decir, hay concurrencia de varias propiedades separadas. Dentro de este enfoque se distinguen, a su vez, dos teorías doctrinales distintas: a) la *teoría de la propiedad plúrima parcial* que defiende que cada copropietario es dueño de una parte de la cosa que se concretará en el momento de la división; y b) la *teoría de la propiedad plúrima total* que defiende que cada uno de los copropietarios tiene un derecho exclusivo en cuanto a su extensión e igual al derecho de propiedad aunque limitado en su ejercicio por la concurrencia de otros tantos derechos iguales correspondientes a los demás copropietarios¹⁹. Esta teoría ha sido matizada en el sentido de que los derechos parciales son diversos del derecho total, no solo cuantitativamente (en la cuota) sino también en su contenido que no puede igualarse al derecho de propiedad exclusivo de un titular²⁰. En este sentido, la doctrina italiana considera que, de acuerdo con el derecho italiano vigente, se puede definir la comunidad como la titularidad por cuotas, de la facultad de goce común y, en algunos casos, de la disposición, derivada de la coincidencia sobre el mismo objeto jurídico de idénticos derechos absolutos o relativos²¹.

La teoría de la propiedad plúrima total y la regulación de la comunidad en el Código civil (artículos 392 a 406) permiten definir la copropiedad como una relación

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, op. cit., págs. 170-171.

²⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Artículo 392", en *Comentarios*, op. cit.

²¹ *Enciclopedia del Diritto...*, op. cit., pág. 247

jurídica objetiva y obligatoria entre los copropietarios, en la que cada uno tiene atribuida una cuota de participación que le permite ejercer sus derechos de propiedad y las facultades inherentes al mismo. Relación objetiva, de pertenencia²², que responde a los principios rectores consagrados en el propio Código: igualdad, principio democrático y libertad individual.

Se presume, por tanto, que todas las porciones correspondientes a los partícipes son iguales, mientras no se pruebe lo contrario (art. 393.2 Cc), todo derecho es igual, proporcionalmente, para ejercitar el uso y disfrute (art. 394 Cc) y para cubrir los gastos de conservación (art. 395 Cc.). La adopción de acuerdos se rige por el principio de mayorías de cuotas o intereses para adoptar los acuerdos relativos a la administración y disfrute y por el principio de unanimidad para la adopción de los acuerdos de disposición o que supongan una alteración sustancial de la cosa común (arts. 398 y 397 Cc). Ahora bien, ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad, lo que le faculta para disponer de su cuota (art. 399 Cc) o para solicitar la división de la cosa común (art. 400 Cc). Igualmente tienen la facultad de renuncia a la parte que les corresponde, para eximirse de la contribución a los gastos de conservación de la cosa o derecho común (art. 395 fine). Estas cuotas tienen, pues, una doble naturaleza: representan la participación de su titular en el uso y en los beneficios y cargas de la cosa común (arts. 393 a 395 Cc) y en la adopción de acuerdos para su administración y disfrute (art. 398 Cc); y son evaluables económicamente y transmisibles de forma separada al bien (art. 399 Cc)²³.

3. Elementos de la comunidad

El Código civil regula, como se ha expuesto, la comunidad sobre la propiedad (copropiedad), fijando los requisitos que han de concurrir: (i) un único objeto (bien,

²² BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, *op. cit.*, pág. 56

²³ SEGURA ZURBANO, J. M^a. "La comunidad de bienes", en *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, vol. I, Consejo General del Notariado, 1996, pág. 15 ss.

derecho, masa patrimonial o universalidad física) indivisible materialmente²⁴ y (ii) una pluralidad de sujetos de modo simultáneo y no sucesivo. Entre la pluralidad de titulares y el objeto se crea una relación jurídica única cuyo contenido ha de ser cualitativamente idéntico (mismos derechos, mismas facultades y mismas obligaciones)²⁵. La titularidad sobre el objeto se atribuye, de forma simultánea, conjunta y sin posibilidad de división material, a varios sujetos que concurren con sus propios intereses respecto al bien común. En consecuencia, son elementos esenciales en esta relación de copropiedad: el objeto y los sujetos.

3.1. Objeto

Para determinar el objeto sobre el que recae la copropiedad es necesario partir de una concepción amplia de bien, incluyendo no solo los bienes materiales o inmateriales sino también los derechos patrimoniales²⁶. Pero debe tenerse en cuenta que el Código civil, atendiendo a la naturaleza del objeto, excluye determinadas comunidades del ámbito de la comunidad ordinaria o copropiedad. Comunidad de regantes, explotaciones de minas, medianeras, comunidad sobre la propiedad intelectual, etc., son comunidades que por sus características gozan de regulación específica.

Igualmente, hay que excluir del objeto estricto de copropiedad a las comunidades empresa o comunidades que ejercen una actividad empresarial. Si bien hay que admitir que puede existir copropiedad sobre los elementos materiales de una empresa a título individual, la comunidad de empresa, también denominada comunidad dinámica o comunidad funcional, está más cerca de la idea de sociedad

²⁴ Si el objeto fuese divisible se estaría ante una comunidad *pro diviso* y no *pro indiviso* como requiere la norma. Si la propiedad recae sobre bienes o derechos que se pueden considerar aisladamente unos de otros, cada bien o derecho es objeto de una copropiedad autónoma, aunque la propiedad de todos ellos se reconozca a los mismos propietarios, ya sea o no por el mismo concepto, naturaleza y proporción (RDGRN núm. 3784, de 24 de febrero de 2012).

²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...* op. cit., págs. 27-30.

²⁶ Como reconoce expresamente el artículo 511-1.1. Código civil de Cataluña (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales).

que de la de copropiedad de unos bienes determinados. Copropiedad y comunidad empresa se diferencian en su esencia. La comunidad de empresa o comunidad en sentido dinámico-funcional, supone la unión de varios sujetos de forma voluntaria para ejercer una actividad común de forma estable y obtener un beneficio repartible entre todos y no con el único fin de compartir la titularidad y disfrute de un bien o conjunto de bienes en común. Los sujetos concurren no en torno a ese bien o conjunto de bienes, sino con una finalidad determinada: llevar a cabo conjuntamente una actividad empresarial en el tráfico económico. La tenencia de bienes en común es, pues, accesoria al fin pretendido, los bienes se aportan para poder llevar a cabo la actividad²⁷.

Más aún, La STS, 1ª, de 19 de febrero de 2016²⁸, ha establecido que una comunidad de bienes dinámica o funcional, orientada al desarrollo en común de una actividad empresarial en el tráfico económico ha de asimilarse a una sociedad irregular mercantil, pues actúa en el tráfico ejerciendo una actividad con ánimo de lucro sin cumplir las formalidades necesarias para obtener una personalidad jurídica independiente. En este sentido, la propuesta de Código de Sociedades, aprobada el 15 de mayo de 2002, en su título IV “De las sociedad mercantiles no inscritas”, del Libro I “De las disposiciones generales”, ya contiene un artículo dedicado a “Comunidad y sociedad”. Este artículo, el número 40, establece que se aplicarán las normas relativas a las sociedades mercantiles no inscritas (sociedades irregulares) “a la comunidad voluntaria que explote un establecimiento dedicado a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado”, haciendo extensivo el régimen “a la comunidad incidental que tenga igual objeto, transcurrido un año desde que se hubiera constituido”. Posteriormente, el Anteproyecto de ley de Código Mercantil, aprobado en Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, en una línea continuista con la propuesta de Código de Sociedades, reconoce ya explícitamente esta figura jurídica bajo la denominación de “comunidad de empresa” (proyectado artículo 213-34),

²⁷ SAP Salamanca, núm. 85/2000, de 8 de febrero.

²⁸ STS, 1ª, núm. 93/2016

encuadrada en las normas del Capítulo III (“De la constitución de las sociedades mercantiles”) y, en concreto, de la Sección 7ª (“De la sociedad mercantil no inscrita”).

No es, por tanto, la comunidad que ejerce una actividad empresarial una forma de comunidad encuadrable dentro del régimen jurídico de las comunidades de bienes *strictu sensu*²⁹, sino que su régimen se aproxima más al de las sociedades irregulares y, por tanto, al de la sociedad colectiva. Son sociedades desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro y son sociedades mercantiles por su objeto, puesto que desarrollan una actividad constitutiva de empresa. La irregularidad deriva de su falta de inscripción. Estos caracteres de la comunidad empresa constituyen una diferencia estructural con el condominio o copropiedad que tiene naturaleza esencialmente real y no obligatoria, como la que subyace, al fin, en este tipo de comunidades.

3.2. Sujetos

Otro elemento necesario en la copropiedad, es el elemento subjetivo, caracterizado por la nota de pluralidad: han de concurrir varios sujetos en la propiedad sobre el objeto. Estos sujetos -denominados por el Código civil, partícipes, condueños, copropietarios o comuneros- pueden ser personas físicas, jurídicas o incluso comunidades. A su vez, un mismo objeto puede pertenecer a una persona física y a una persona jurídica; a una comunidad hereditaria y a una persona física o jurídica.

Todos los copropietarios son titulares del derecho en comunidad. Ahora bien, el Código reconoce a cada copropietario unas facultades que pueden ejercer individualmente en relación con su propio derecho (uso, disfrute y conservación de la cosa común, así como poder para enajenar, ceder o hipotecar tanto los frutos y utilidades que le corresponden como la propia cuota de participación) y otras

²⁹ En este sentido, GIRON TENA destacó ya hace tiempo que “el sentido dinámico de la explotación comercial no es casable con el concepto de copropiedad romana de nuestro Código Civil, que está pensado para una simple actividad conservativa y no para una explotación esencialmente dinámica” (GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, pág. 83 ss).

facultades que están limitadas al concurrir con el derecho de los demás copropietarios (alteraciones en la cosa común, decisiones sobre su administración).

4. Gestión de la cosa común

Como se acaba de exponer, el copropietario o comunero puede llevar a cabo sobre la cosa común distintos actos. Unos los efectúa de forma individual (uso o conservación) y para otros necesita de la concurrencia de los demás copropietarios (administración y disposición).

Así, respecto de las actuaciones individuales se permite que cada propietario use de la cosa común dentro de unos límites: disponer de la cosa conforme a su destino y sin perjuicio al interés de la comunidad y el respeto al derecho de uso y disfrute de los demás copropietarios (art. 394 Cc). Esta norma autoriza a cada propietario a realizar personalmente los gastos de conservación necesarios para mantener la integridad, funcionalidad y destino de la cosa y obligar al resto de los copropietarios a contribuir a sufragarlos en proporción a su respectiva cuota (art. 395 Cc, salvo renuncia a su parte en la comunidad). En consecuencia, este régimen jurídico de los actos de uso y conservación permite que cualquiera de los copropietarios actúe en interés de la comunidad con base en sus propios derechos sobre la cosa común, sin necesidad de que justifique que actúa expresamente en nombre de los demás (salvo que exista oposición por parte de todos o alguno de los restantes copropietarios) ni que pueda alegarse tampoco litisconsorcio activo necesario para llevar a cabo su actuación³⁰, que puede consistir tanto en ejercitar acciones en beneficio de la comunidad como en su defensa frente a terceros.

Sin embargo, existen otros actos que requieren de la concurrencia de la voluntad de los demás copropietarios. Dentro de estos actos se distinguen aquellos

³⁰ LAFUENTE TORRALBA, A.J., “Problemas de legitimación activa y pasiva en comunidades de bienes y sociedades civiles”, PARRA LUCAN, M.A. (Dir.) y TENA PAZUELO, I. (Coord.), *Comunidad de bienes y sociedad civil*, Valencia, 2017, pág. 340 ss.

que no se encuadran dentro de los necesarios de conservación, al suponer alteraciones menores de la cosa o porque son suntuarios y aquellos otros que representan la alteración material de la cosa e incluso su gravamen o su disposición.

La decisión sobre la realización de los actos de conservación o que supongan alteraciones menores de la cosa exige la intervención de todos los copropietarios mediante acuerdo adoptado por la mayoría siempre que esa mayoría represente la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad (y a falta de acuerdo o de acuerdo perjudicial para los intereses de la comunidad a través del auxilio judicial, art. 398 Cc). Estos actos pueden efectuarse por uno o varios administradores designados entre los copropietarios o por un administrador ajeno a la comunidad, que responderá como un mandatario por su actuación frente a terceros (arts. 1717 ss. Cc).

La designación de este administrador o administradores, según la mayoría de la doctrina³¹, se llevará a cabo por acuerdo mayoritario de los copropietarios; ahora bien, algunos autores destacan que los acuerdos relativos a la administración de la comunidad requieren la unanimidad de los copropietarios, salvo que se dejen intactos los derechos que la ley confiere a todo copropietario respecto a la administración³². Teniendo en cuenta la trascendencia que tiene esta designación, pues supone delegar el ejercicio de determinados actos en una sola persona, sería conveniente delimitar el alcance de la designación para determinar si es necesaria la mayoría o la unanimidad. Cuando la designación fije los actos a realizar y se establezcan instrucciones específicas sería suficiente con requerir la mayoría, sin embargo, si la designación se hace sin delimitación de facultades, el administrador actuará con los mismos poderes que tienen los copropietarios cuando actúan por sí mismos, por lo que sería necesaria la unanimidad, pues, en otro caso supondría privar de facultades a aquellos copropietarios que no estuvieran de acuerdo con la designación realizada.

³¹ BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes...*, op.cit., pág. 301 ss.

³² ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil, II...*, op.cit., pág. 384.

Por último, los actos que, por su repercusión sobre la cosa común, supongan una alteración de la misma, requieren que todos los copropietarios estén de acuerdo en que dichos actos se realicen aunque supongan una ventaja para todos (art. 397 Cc). En consecuencia, cualquier acto que se ejecute por el copropietario y que afecte a la totalidad del objeto requiere el consentimiento unánime de todos los copropietarios y si un copropietario no lo presta puede oponerse a la ejecución de dicho acto.

Este diferente régimen de adopción de acuerdos hace necesario delimitar y fijar los distintos tipos de actos de administración que se pueden realizar en el seno de la copropiedad no solo para su correcta adopción sino por sus consecuencias para los intereses y la posición jurídica de cada copropietario respecto al objeto de la comunidad. Y clave para esta diferenciación es el término “alteración”. La doctrina, poniendo en relación los artículos 397 y 394 Cc, interpreta que el término “alteración” está vinculado al destino y no al uso de la cosa. Es una modificación que afecta a su esencia y naturaleza y por esta razón los actos que son necesarios para su conservación o para su administración y mejor disfrute no se pueden considerar alteraciones y, por consiguiente, se rigen por el sistema de mayorías³³. En este sentido, la jurisprudencia encuadra como actos de administración aquellos relacionados con el disfrute de la cosa sin alterar su sustancia, mientras que define como actos de disposición aquellas actuaciones que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración de la sustancia material de la cosa³⁴. El término alteración comprende, pues, dos clases de actos de disposición: actos de disposición jurídica (que suponen modificación del uso y destino de la cosa común) y actos de disposición material o alteración en sentido estricto (que suponen un cambio de destino, una “transformación”)³⁵.

Los actos de administración se han clasificado, atendiendo a los caracteres y diferencias expuestas, en distintas categorías: actos meramente conservativos, actos

³³ SIMÓN MORENO, H., “La copropiedad llamada “romana”, en *Bienes en común*, op. cit., pág. 181 ss.

³⁴ STS, 1ª, núm. 88/2013, de 22 de febrero.

³⁵ BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, op. cit., pág. 279 ss.

de gestión ordinaria, actos de gestión extraordinaria y actos de disposición (actos de dominio). La administración conservativa se concreta en evitar que los bienes administrados se deterioren (física o jurídicamente) o se perjudiquen. La administración ordinaria –o administración típica- incluye todos los actos dirigidos a obtener de un bien o conjunto de bienes su rendimiento normal habida cuenta de su naturaleza y destino. La administración extraordinaria persigue idénticos fines, pero comprende actos que por su trascendencia pueden afectar gravemente al valor de los bienes. Por último, son actos de dominio las enajenaciones (salvo que, por su naturaleza, los bienes de que se trate estén destinados a su venta a fin de obtener rentabilidad o que la enajenación tenga por fin reemplazar un elemento productivo que se halla en malas condiciones), así como los gravámenes y los actos que afectan a la existencia, a la identidad de los bienes o que comportan un cambio esencial en su destino³⁶.

Junto a esta clasificación de carácter eminentemente económico, se ha propuesto una clasificación jurídica de los actos en actos de conservación, de administración y de disposición atendiendo al criterio de la naturaleza de las cosas y con la intención de fijar un concepto jurídico abstracto de los diferentes tipos de actos. Así se ha definido acto de conservación como un acto debido, que no deja libertad de elección y se encamina a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia; acto de administración como el realizado con el propósito de obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles; y acto de disposición como aquel acto por el que se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica³⁷. Sin embargo, esta conceptualización de los actos de forma pura y abstracta no siempre se muestra de forma clara y patente, ya que un mismo acto puede tener un alcance distinto según la

³⁶ CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, “Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. I, Madrid, 1975, pág.312-313. Este autor hace una clasificación de los actos teniendo en cuenta los artículos del Código Civil y del Código de Comercio que, de modo directo o indirecto, aluden al concepto “administración”.

³⁷ AGUILERA DE LA SIERRA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, pág. 309-310.

posición del sujeto respecto de los bienes y según las especiales características de la comunidad o de la institución jurídica a la que afecte.

En definitiva, la calificación del acto y, en consecuencia, el necesario acuerdo mayoritario o unánime de los copropietarios para su adopción, requiere la valoración de cada supuesto de manera individual, atendiendo a la naturaleza y modo de funcionamiento de la comunidad y a los efectos de su adopción sobre el objeto en copropiedad. Se trata, en fin, de una cuestión de hecho que, en caso de discrepancias, ha de someterse a la valoración de los Tribunales³⁸.

5. Disposición por el copropietario de su derecho de copropiedad

El artículo 399 del Código civil establece, como consecuencia de la plena propiedad del condueño de su parte (y de los frutos y utilidades que le correspondan), la posibilidad de enajenar, ceder, hipotecar la cosa o sustituir a otro en su aprovechamiento (disposición de los derechos de uso y disfrute, salvo en caso de derechos personales), posibilidad limitada a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

5.1. Alcance de la disposición

La interpretación del artículo 399 citado y del término “parte”, ha llevado a un sector de la doctrina a distinguir entre el derecho de propiedad sobre la parte material de la cosa que se determinará en el momento de la división de la comunidad y el derecho de propiedad materializado en una cuota de propiedad³⁹. Ambos derechos pueden ser objeto de negocios jurídicos aunque con efectos distintos.

En el primer caso, derecho de propiedad sobre la parte material, la disposición permite al copropietario mantener su posición en la comunidad, pues lo que enajena

³⁸ SIMÓN MORENO, H., “La copropiedad llamada “romana” en *Bienes en común*, op. cit., pág 192.

³⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, op. cit, pág. 264 ss.

es un derecho futuro: la porción que le corresponda en el momento de la división de la cosa común (que puede coincidir o no con la cosa actual, pues puede sufrir variaciones e incluso desaparecer). Sin embargo, analizando la regulación de la comunidad en su conjunto, parece más acorde entender que el artículo se refiere al derecho de copropiedad, a la cuota en el condominio. El copropietario tiene plena facultad para disponer de su derecho de copropiedad. El acto de disposición (ya sea *inter vivos* o *mortis causa*) produce sus efectos desde el mismo momento en que se realiza, sustituyéndose la persona del copropietario en todas las relaciones jurídicas derivadas del condominio. Se puede observar que se trata de un derecho autónomo que no requiere del consentimiento de los demás copropietarios para su ejercicio. Todos y cada uno de los copropietarios tienen un derecho de igual índole y naturaleza sobre sus cuotas de participación⁴⁰.

No obstante, estos derechos de copropiedad concurren y se limitan entre sí, cada copropietario puede enajenar su cuota en la cosa común pero no puede enajenar la cosa en su totalidad sin el consentimiento de los demás copropietarios⁴¹. La enajenación de la cosa común sin el consentimiento de los demás copropietarios, ante la falta de una norma reguladora expresa, ha sido objeto de estudio en la doctrina científica y en el Tribunal Supremo. La disposición de la cosa es un acto jurídico encuadrado dentro de los actos regulados por el artículo 397 Cc⁴². En consecuencia, la venta por uno solo de los copropietarios requiere el consentimiento unánime de los copropietarios y si éste falta devendría nula de pleno derecho. Dicha nulidad se ha venido justificando atendiendo a distintos fundamentos: la imperatividad de la norma

⁴⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Artículo 399", en *Comentario del Código civil*, *op.cit.*, pág. 1098.

⁴¹ Un tratamiento detallado de la venta de la cosa común, ATIENZA NAVARRO, M.L., "Venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás", en *Comunidad de bienes*, *op. cit.*, págs. 255 a 276; ESTRUCH ESTRUCH, J. "Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios", en *RCDI*, núm. 755, 2015, págs. 1229 a 1282; y GUILLÉN CATALÁN, R., "La moderna configuración de la venta de cosa común", en *Comunidad de bienes*, *op. cit.*, págs. 277 a 302.

⁴² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, *op. cit.*, págs. 281-282.

(y consecuente aplicación del artículo 6 Cc), la falta de consentimiento (artículo 1261 Cc) o la carencia de objeto (falta del derecho de propiedad pleno del vendedor)⁴³.

Esta tesis de la nulidad radical, considerada tesis tradicional, ha sido objeto de revisión por otro sector de la doctrina que, basándose en la interpretación del artículo 399 Cc -y no en la aplicación del artículo 397 Cc⁴⁴-, considera que el objeto de la venta sería el derecho de propiedad sobre la parte material de la cosa a determinar en el momento de división de la comunidad y no las cuotas que representan ese derecho de propiedad. La venta no sería el conjunto de derechos de propiedad representado en cuotas. El contrato sería válido pero condicionado a que en el momento de la división de la cosa común se le adjudique al vendedor la parte del bien que no le pertenece.

El Tribunal Supremo, frente a la nulidad radical, también ha adoptado la línea de la plena validez conceptual de la venta de cosa común, sin consentimiento de todos los copropietarios, pero con un fundamento distinto al de la doctrina⁴⁵. El Tribunal asemeja la venta de cosa común sin consentimiento unánime a la venta de cosa ajena que se basa en el carácter puramente consensual. La venta sería válida, en cuanto a sus efectos obligacionales, pero puede devenir ineficaz en el plano jurídico-real⁴⁶, en su efecto transmisivo, porque el copropietario no tiene el poder de disposición completo sobre la cosa (solo tiene el de su cuota), lo que permite el ejercicio de acciones reivindicatorias, de indemnización, de resolución o de saneamiento por

⁴³ STS, 1ª, núm. 451/2009, de 23 de junio (y sentencias citadas) como resumen de la línea jurisprudencial y su crítica ALONSO PÉREZ, M.T., "Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009", *RCDCI*, núm. 82/2010 (RJ 2008, 4233 Aranzadi).

⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Comentario al art. 397 CC", *Comentarios al Código Civil* dir. por M. Albaladejo (Vlex-229966) y ESTRUCH ESTRUCH, J. "Validez obligacional" *op. cit.*, pág. 1253, que limita la aplicación del art. 397 Cc a los supuestos de "alteración material de la cosa común que, por su propia naturaleza, son indivisibles y necesariamente van a afectar a todos los copropietarios, a diferencia de los negocios jurídicos dispositivos que nunca van a tener eficacia frente al copropietario que no intervino en los mismos".

⁴⁵ STS, 1ª, núm. 827/2012, de 15 de enero de 2013 y núm. 620/2011, de 28 de marzo de 2012.

⁴⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., entiende que, siempre que lo solicite el comprador, la venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros seguida de la correspondiente tradición deberá producir la limitada eficacia real de transmitir los derechos de copropiedad que sobre la cosa tuviera el copropietario transmitente ("Validez obligacional...", *op. cit.*, pág. 1257).

quienes se vean afectados⁴⁷. Todo ello, sin perjuicio de que se pueda presentar excepción a la validez, apoyada en el posible vicio del consentimiento cuando la titularidad plena del vendedor sobre el objeto de la compraventa constituya un presupuesto esencial de la venta⁴⁸.

En conclusión, la libertad del copropietario para transmitir su cuota no ofrece dudas siempre que se entienda que se transmite su parte o derecho de propiedad en la comunidad en el momento de la disolución. La cuota se transmitirá individualmente. Por el contrario, si la transmisión es del propio bien, la venta tendrá efectos obligaciones para el vendedor que alcanzarán en todo caso a su cuota parte, aunque carezca de efectos reales respecto de las cuotas de los demás copropietarios.

5.2. Derecho de retracto de los demás copropietarios

El ordenamiento jurídico, admitida la libertad de disponer del derecho de copropiedad para salir de la situación de comunidad, impone un límite a tal disposición a favor del resto de los copropietarios al reconocer un derecho de retracto (art. 1522 Cc) que permite a su titular adquirir la cuota de otro partícipe después de haber sido transmitida a un tercero en las mismas condiciones que éste (art. 1521 Cc). La aplicación del derecho de retracto, por tanto, requiere que se den dos presupuestos esenciales: la concurrencia de iguales derechos sobre la misma cosa, aunque el derecho de cada uno esté limitado por la existencia de los derechos de los demás cotitulares, y la enajenación de una parte indivisa (o varias, nunca la totalidad) a un extraño⁴⁹.

El objeto del retracto es la cuota o cuotas que el copropietario ha enajenado a un extraño, es decir a cualquier persona que no sea a su vez copropietario, al tercero

⁴⁷ PÉREZ GURREA, R. "Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012", *RCDI*, núm. 734, págs. 3435 a 3666.

⁴⁸ STS, 1ª, núm. 827/2012, de 15 de enero de 2013.

⁴⁹ STS, 1ª, núm. 217/2016, de 6 de abril y núm. 1143/2007, de 22 de octubre.

ajeno a la comunidad. Por consiguiente, el retracto no es posible cuando la venta se produzca entre copropietarios, pues iría en contra de su finalidad originaria: impedir la introducción de nuevos copropietarios y conseguir la reducción del número existente hasta conseguir que la totalidad de las cuotas indivisas se reúnan en una sola persona evitando así situaciones que entorpezcan la gestión y el tráfico de bienes. El derecho de retracto, con esta finalidad, se configura como un derecho real sobre cosa ajena que consiste en un derecho de adquisición preferente, legal, de carácter imperativo e irrenunciable⁵⁰ -aunque se pueda renunciar a su ejercicio o adoptar una actitud pasiva dejando pasar el plazo- que satisface un interés particular pero cuya motivación es el interés general, por ello se reputa limitación a modo de cargas de derecho público⁵¹. Se caracteriza, además, por ser un derecho subjetivo y personal, no personalísimo al poder transmitirse por herencia⁵². Este derecho legitima, por tanto, a quien ostenta la cualidad de copropietario en el momento de la enajenación y en el de ejercitar el retracto, por ejemplo, el heredero estará legitimado si el causante al producirse la transmisión era copropietario.

La enajenación de la cuota origina, como se ha visto, el derecho de retracto de comuneros cuyo efecto directo es el reconocimiento del derecho de los demás copropietarios a subrogarse en el lugar de quien ha adquirido la cuota en las mismas condiciones estipuladas en el contrato. El retracto afecta así al adquirente, al transmitente y al retrayente, aunque su ejercicio solo afecte al adquirente y al retrayente pues la posición del transmitente en el contrato no se ve alterada. El transmitente no interviene, ni es necesario su consentimiento para sustituir a la persona adquirente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. La doctrina

⁵⁰ Sin embargo, en algunos ordenamientos autonómicos el derecho de retracto es un derecho renunciante (art. 552-4 Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales).

⁵¹ STS, 1ª, núm. 1143/2007, de 22 de octubre. Sobre retracto legal, GARCÍA CANTERO, G., "Artículos 1521 a 1525" *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1999; MORATILLA GALÁN, I., "El retracto legal exige que el propietario realice un acto de enajenación de dominio a favor de tercero diferente del titular del derecho de adquisición preferente", *RCDI*, núm. 702, págs. 1838 a 1848.

⁵² Algunos autores defienden que se trata de un derecho personalísimo, ABELLA RUBIO, J.M., *La división de la cosa común*, Madrid, 2012, pág. 93, aunque matiza que con algunas "peculiaridades".

entiende, de forma mayoritaria⁵³, que el término “subrogación” está utilizado en el artículo 1521 Cc en sentido *atécnico*, ya que con el ejercicio del derecho de retracto lo que en realidad se produce es una nueva adquisición por el retrayente al que el retraído (adquirente originario) está obligado a transmitir la cuota. Supone una *venta forzosa por parte del retraído al retrayente*⁵⁴, lo que hace dudoso en este caso considerar el retracto como causa de resolución de la compraventa -aunque se encuentre entre las recogidas en el artículo 1506 Cc- pues iría en contra de su configuración como derecho de adquisición de carácter real basado en la preferencia sobre la cosa⁵⁵.

El ejercicio de este derecho exige interpretar el término enajenación utilizado en el Código civil (art. 1522), no solo como venta o dación en pago (art. 1521 Cc) sino también integrando otros negocios jurídicos típicos como la venta forzosa en pública subasta o cualquier otro tipo de negocio siempre que se trate de transmisiones a título oneroso⁵⁶. Así el criterio jurisprudencial consiste en excluir todos los negocios jurídicos en que no se pueda enajenar la cosa por precio cierto y en las mismas condiciones como los negocios jurídicos gratuitos y, por supuesto, las transmisiones mortis causa (donde existe un derecho entre coherederos)⁵⁷.

En todo caso, el ejercicio de retracto requiere que la enajenación esté perfeccionada, sea válida y se haya consumado, es decir el tercero debe haber adquirido efectivamente el dominio, haberse producido la entrega y, en su caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad. Estos requisitos distinguen el derecho de retracto del derecho de tanteo que puede ejercerse antes de la perfección y consumación de la transmisión⁵⁸.

⁵³ MAS BADÍA, M.D., “El retracto de comuneros: perfiles dogmáticos y cuestiones litigiosas”, en *Comunidad de bienes, op. cit.*, pág. 207, y autores allí citados.

⁵⁴ STS, 1ª, núm. 724/2013, de 18 de noviembre.

⁵⁵ LÓPEZ ORELLANA, M.J., “El retracto de comuneros: perspectiva jurisprudencial”, en *Comunidad de bienes, op. cit.*, pág. 227.

⁵⁶ SsTS, 1ª, núm. 509/2013, de 22 de julio y núm. 198/2009, de 18 de marzo

⁵⁷ STS, 1ª, núm. 86/2013, de 15 de febrero.

⁵⁸ STS, 1ª, núm. 724/2013, de 18 de noviembre.

Por último, el derecho de retracto de comuneros se extingue cuando se produce la extinción de la comunidad por cualquier causa y especialmente con la división de la cosa común, ya que desaparece un presupuesto esencial para su ejercicio (la existencia de copropiedad).

6. Extinción de la comunidad

La extinción de la copropiedad responde a dos grupos diferentes de causas, las que afectan a la propiedad y las específicas de la comunidad⁵⁹. Entre las primeras, la destrucción, la pérdida total del objeto o el quedar éste fuera del comercio, la prescripción adquisitiva a favor de un tercero y la expropiación. Entre las segundas (causas específicas de extinción del condominio) la reunión en una sola persona de todas las cuotas por adquisición a título gratuito u oneroso o por usucapión y la división de la cosa común.

6.1. La división de la cosa común

De todas estas causas, la división de la cosa común es la más característica de la extinción del condominio. El copropietario no está obligado a permanecer en copropiedad, la falta de vinculación jurídico-obligacional entre todos los copropietarios, además de justificar la renuncia (art. 395 Cc) o la transmisión de su cuota parte (art. 399 Cc), justifica la facultad de cada uno para salir de dicha situación ejerciendo la acción de división (art. 400 Cc)⁶⁰. Esta facultad, que surge con el nacimiento de la copropiedad y subsiste mientras dura ésta, es indiscutible por los demás copropietarios, irrenunciable, incondicional e imprescriptible (art. 400 –se

⁵⁹ ABELLA RUBIO, J.M., *La división de la cosa común...*, *op.cit.*, págs. 21 ss; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil, III*, *op.cit.*, pág. 389; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, *op. cit.*, pág. 325 ss.

⁶⁰ REYES LÓPEZ, M.J., “La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los arts. 400 a 401 CC”, en *Comunidad de bienes*, *op. cit.*, pág. 303-304.

puede pedir “en cualquier momento-” y 1965 Cc)⁶¹. La modificación jurídica –división- no se produce por la declaración de voluntad de uno de los copropietarios, sino que es una pretensión real consecuencia directa del derecho de propiedad que corresponde a cada copropietario, de ahí que sea un derecho de carácter real y no un derecho potestativo⁶².

La finalidad que se pretende con esta división es que se asigne a cada copropietario la plena propiedad de la parte que le corresponde en la cosa común siempre que ésta sea física o jurídicamente divisible, es decir, siempre que la división no produzca pérdidas que desmerezcan su valor, afecte a su utilidad o hagan inservible la cosa para el uso al que se destina (art. 401 Cc).

Ante esta situación de imposibilidad de dividir el objeto físicamente pero reconociendo el derecho del copropietario a salir de la indivisión, el Tribunal Supremo ha distinguido entre una división material o en sentido jurídico y una división económica. La primera se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada copropietario equivalente al valor de la cuota que le pertenece, la segunda (división económica) se produce cuando la cosa es indivisible física o jurídicamente y consiste en la venta de la cosa y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno.

La indivisibilidad de la cosa común se puede manifestar, según reiterada jurisprudencia, como indivisibilidad física, inservibilidad o desmerecimiento. Decir que una cosa “es inservible para el uso a que se la destina” o que es “esencialmente inservible” pueden considerarse expresiones genéricas y difusas cuya precisión se convierte, finalmente, en una cuestión de hecho que debe ser apreciada en cada caso concreto por los Tribunales⁶³. Ahora bien, una vez declarada la indivisibilidad jurídica

⁶¹ STS, 1ª, núm. 609/2012, de 19 de octubre.

⁶² MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Artículo 400”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.* (VLex-229969) y “Artículo 400”, *Comentario al Código civil, op.cit.*, pág. 1102.

⁶³ SsTS, 1ª, núm. 148/2013, de 8 de marzo, núm. 1/2013, de 22 de enero y núm. 835/2009, de 15 diciembre, entre otras. RDGRN núm. 572/2015, de 16 de diciembre de 2014, exige como presupuesto

se mantendrá la indivisión y si no existe acuerdo entre los copropietarios, para adjudicar la cosa a uno con indemnización a los demás, se procederá a la división económica (arts. 404 y 1062 por remisión 406 Cc)⁶⁴. En consecuencia, siempre que se dé un supuesto de indivisibilidad en sentido jurídico o material, debe el objeto salir a pública subasta y procederse al reparto de lo obtenido entre los comuneros, produciendo como efecto la disolución de la comunidad⁶⁵.

La división, sea material o económica, se puede llevar a cabo de distintas formas, teniendo en cuenta que los acreedores y cesionarios, ajenos a la comunidad, tienen facultades para concurrir a la división de la cosa común, para oponerse a la división que se verifique sin su concurso y para impugnar la división practicada con fraude (art. 403 Cc). La división convencional o por acuerdo entre los propios interesados (art. 402 Cc), es un acto de disposición que requiere de unanimidad y los copropietarios, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden acordar dividir materialmente la cosa si es divisible, pactar que se venda el bien a un tercero o que se venda a uno de ellos que pagará su parte a los demás. Si los copropietarios no llegan a un acuerdo pueden designar árbitros o mediadores que realicen la división; esta división debe efectuarse respetando el derecho de cada uno y evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico (art. 402, segundo párrafo). A falta de acuerdo o designación de árbitros será el juez previa petición de división de la cosa común (*actio communi dividundo*) quien, a través del oportuno procedimiento, efectuará la división. Sea cual sea la forma utilizada y el tipo de división, su ejercicio tiene como efecto

para acordar la venta en pública subasta la declaración de indivisibilidad de la cosa. Entre la doctrina, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III...*, op. cit., págs. 394-397; y ABELLA RUBIO, J.M., *La división...*, op. cit., págs. 79 ss.

⁶⁴ Para BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO la adjudicación de la cosa a un copropietario que indemniza en metálico a los demás y la venta de la cosa a un tercero (art. 404 Cc) son sustitutivos de la división, pero no una división propiamente dicha, aunque produzca sus efectos en cuanto extingue la comunidad (en *La comunidad de bienes...*, op. cit., págs. 327-328).

⁶⁵ REYES LÓPEZ, M.J., "La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los arts. 400 a 401 CC", en *Comunidad de bienes*, op. cit., págs. 337-338

directo y principal la cesación del estado de indivisión y, por consiguiente, la extinción de la copropiedad, con la concreción de las cuotas en titularidades individuales⁶⁶.

6.2. Naturaleza jurídica de la división

Existen distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del acto de división de la cosa común. Acto declarativo, acto traslativo de consolidación de derechos o acto especificativo de la propiedad son las principales posturas doctrinales mantenidas. Quienes defienden que se trata de un acto declarativo parten de que la división supone la concreción de un derecho anterior⁶⁷. Por el contrario, quienes defienden la postura traslativa mantienen que existe una transmisión de derechos por parte de los copropietarios al propietario individual, a través de la consolidación de todos los derechos en una sola mano. Una tercera postura, intermedia entre las dos anteriores, defiende el carácter especificativo del acto, que se basa en la atribución o determinación de derechos.

La primera postura, acto declarativo, resulta criticable pues el acto de división tiene como consecuencia la extinción de la copropiedad y el reconocimiento a cada copropietario de un derecho distinto del que tenía. Se tenía una cuota parte y tras la división se tiene la propiedad completa del bien; se tenía un derecho limitado por el derecho de otros copropietarios y después se tiene la propiedad privada y exclusiva sin limitación alguna. Por razones similares, también es criticable la segunda postura. No se produce una transmisión del derecho, al no producirse la sucesión de una persona por otra, el copropietario tiene ya ese derecho sobre una cuota parte de la cosa y puede disponer de él. La tercera postura, acto especificativo, es más aceptable en cuanto determina un derecho previo. Al extinguirse la comunidad cada copropietario

⁶⁶ Para un estudio detallado de los efectos de la división, ABELLA RUBIO, J.M., *La división...*, *op.cit.*, págs. 222 y ss.

⁶⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, *op. cit.*, pág. 359 ss., se inclina por el carácter declarativo de la división, argumentando que el acto de división no modifica la naturaleza del derecho de cada partícipe que continúa siendo un derecho de propiedad sino que lo que modifica es el objeto, su extensión, haciendo que la propiedad concurrente se transforme en propiedad exclusiva.

concreta su derecho en los términos en que se haya producido la división (parte del bien, metálico...) ⁶⁸.

6.3. Los pactos de indivisión

El derecho a la división de la cosa común tiene una excepción legal: la posibilidad de pactar la no división entre los copropietarios (art. 400, segundo párrafo, Cc). Estos pactos de indivisión tienen como fundamento la teoría del abuso de derecho pues su finalidad es evitar peticiones de división sin razón justificada y con el ánimo de perjudicar a los demás copropietarios. Ahora bien, por las mismas razones, es necesario fijar un límite temporal al acuerdo de indivisión.

El Código civil fija que los pactos de indivisión tendrán una duración máxima de diez años, aunque pueden prorrogarse por nueva convención. Un sector de la doctrina defiende la posibilidad de prórrogas sucesivas mientras que otro considera que la prórroga debe ser por un único período máximo de diez años. Admitir una postura u otra dependerá de la concepción que se tenga de la comunidad, aquéllos que consideran que es una situación transitoria y antieconómica es claro que defenderán una única prórroga; sin embargo quienes ven en la comunidad una forma de organización de un bien o un patrimonio considerarán las sucesivas prórrogas como una vía para mantener la indivisión ⁶⁹. Cualquiera que sea la postura adoptada lo que se desprende literalmente del texto es que la duración de la indivisión o de la prórroga, sea cual sea el referente sobre el que se fije –un período fijo, una condición o un término-, no podrá exceder de diez años.

⁶⁸ STS, 1ª, núm. 106/2011, de 25 de febrero, que califica el acto divisorio como “un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial” y RDGRN núm. 3784 de 22 de febrero de 2012, que se refiere a dicho acto como “un negocio de naturaleza especificativa”.

⁶⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. en “Artículo 400...”, *op. cit.* concluye que “el criterio de la ley es que no está justificado un pacto de indivisión de la comunidad por más de diez años, porque en la comunidad no hay una vinculación a un fin” y si se vincula a un fin y éste es característico de otras figuras se estará ante esa figura (“una sociedad o una asociación”), aunque eso no impide admitir la posibilidad de prórrogas sucesivas, que los copropietarios puedan vincularse tantas veces como quieran.

El pacto de indivisión nace, por tanto, de la voluntad de los copropietarios con el fin de limitar el derecho del condómino a dividir la comunidad (no afecta a sus derechos de renuncia o disposición de su cuota parte). Se trata, en consecuencia, de un acuerdo obligacional para los comuneros y, por tanto, si el acuerdo no se adopta por unanimidad⁷⁰ la obligatoriedad solo alcanzará a aquellos copropietarios que hayan suscrito el pacto. El resto de copropietarios deberían poder ejercer su derecho a dividir la cosa en común⁷¹.

Distinto es cuando la indivisión no nace de la voluntad común sino que viene impuesta. En esos casos, la vías para salir de la indivisión deben adecuarse a lo dispuesto legal o convencionalmente en el régimen que las rija (por ejemplo, en caso de imposición por el causante a los herederos de mantener indivisa la herencia).

III. COPROPIEDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Las participaciones sociales y las acciones, como bienes patrimoniales, pueden ser objeto de copropiedad y se regulará por la normativa del Código civil que, con carácter introductorio, se ha expuesto en el epígrafe precedente. Ahora bien, el carácter complejo de las participaciones sociales y de las acciones requiere distinguir entre relaciones internas y relaciones externas. Las relaciones internas, es decir entre los copropietarios, se someten al régimen jurídico general de la copropiedad; mientras que las relaciones externas, es decir las relaciones entre copropiedad y sociedad, están reguladas por el Derecho de sociedades de capital.

⁷⁰ Como hace, por ejemplo, el Código civil de Cataluña (art. 552-10.2), que requiere la unanimidad para pactar la indivisión.

⁷¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes...*, op. cit., pág. 337 y 338; REYES LÓPEZ, M.J., "La acción de división...", en *Comunidad de bienes*, op. cit., pág. 321.

1. El artículo 126 LSC como única norma reguladora de la copropiedad de participaciones sociales y de acciones

La participación en una sociedad de capital se ha considerado por la doctrina como una relación jurídica compleja⁷² de carácter estable que liga al socio con la sociedad y con los demás socios, de manera que todos los derechos, deberes, facultades, titularidades o cargas del socio derivan de esa relación jurídica y se encuentran, en cada momento, agrupados en torno a la misma⁷³. Esta caracterización permite encuadrar la relación entre las relaciones jurídicas basadas en la idea de cooperación⁷⁴, de solidaridad o colaboración social⁷⁵. Pues bien, esa relación compleja, que representa la condición de socio, dado el carácter esencialmente patrimonial de las sociedades de capital, se objetiviza o materializa⁷⁶ a través de las participaciones sociales o de las acciones, que, a su vez, constituyen un bien patrimonial que es susceptible de valoración económica y representan una parte alícuota, indivisible y acumulable del capital social (art. 90 LSC).

⁷² SÁNCHEZ, A., “La acción y los derechos del accionista”, *Comentario al Régimen Legal la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA, tomo IV. *Las acciones*, Madrid, 1994, pág. 100; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984, pág. 440, que considera que “las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada no sólo representan una parte alícuota del capital social, sino que constituyen además un presupuesto imprescindible de la condición de socio y la medida básica de sus derechos”

⁷³ SÁNCHEZ CALERO, F., “Régimen de las participaciones sociales como parte del capital y configuradoras de la posición de socio en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Perspectivas jurídicas actuales, homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, Madrid, 1995, pág. 617-618; posteriormente en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Cizur-Menor (Navarra), 2012, págs. 438 y 667.

⁷⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, vol. I, Valencia, 2010, pág. 76; CADARSO PALAU, J., *Sociedad de ganancias y participaciones sociales*, Madrid, 1993, pág. 137.

⁷⁵ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio. Un Estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, Pamplona, 2008, pág. 30

⁷⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Configuración y representación de la participación social”, *Tratando de la sociedad limitada*, coord. por C. PAZ ARES, Madrid, 1997, pág. 29-31; ALONSO ESPINOSA, F.J., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada”, en *RdS*, núm. 4, 1995, pág. 15.

Al tratarse de bienes patrimoniales, las participaciones sociales y las acciones pueden adquirirse en copropiedad. Copropiedad⁷⁷ que se regula en el artículo 126 LSC en los siguientes términos:

“En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones”.

La copropiedad de participaciones sociales o de acciones puede encuadrarse entre los supuestos de comunidad regulados en el Código civil (arts. 392 ss), pues cumple los requisitos legales exigidos: un derecho idéntico, la pluralidad de sujetos titulares y un único bien o derecho en común, una o varias participaciones sociales o acciones. Con esta mención expresa al objeto de la copropiedad se supera la interpretación de un sector de la doctrina que, partiendo de la redacción del antiguo artículo 66 LSA (“los copropietarios de una acción”), consideraban que el régimen previsto en tal artículo sólo era aplicable a cada una de las acciones en copropiedad de forma separada⁷⁸, frente a la opinión mayoritaria que entendía que la copropiedad

⁷⁷ Se utiliza el término *copropiedad*, en lugar de comunidad o cotitularidad, por ser el que, según se ha expuesto en el epígrafe anterior, mejor recoge el ámbito de la comunidad (derecho de propiedad) y ser el utilizado por la nueva regulación de la figura en la Ley de Sociedades de Capital y, en consecuencia, por la doctrina en los últimos años (v., en este sentido, el cambio de denominación al tratar de la figura por IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCIA DE ENTERRIA, J., en las últimas ediciones de MENENDEZ-ROJO (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Cizur-Menor (Navarra): “copropiedad y derechos reales sobre las acciones y participaciones” (ediciones 2011 y posteriores) cuando anteriormente distinguían entre “cotitularidad de participaciones” (Iglesias Prada, J.L.) y “copropiedad de acciones” (García de Enterría, J.) (ediciones desde 2004 a 2011). Sin embargo utilizan el término *cotitularidad*, CORRALES, A “Las participaciones sociales”, en *La sociedad de responsabilidad limitada*, coord. por A.B. CAMPUZANO, Valencia, 2008, pág. 265-286; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, vol. II, *op.cit.*, pág. 1412 y PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “La sociedad de responsabilidad limitada”, en OLIVENCIA-FERNÁNDEZ NOVOA. JIMÉNEZ DE PARGA (Dir.) y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Coord.), *Tratados de Derecho Mercantil*, t. XI, vol. 1, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 226.

⁷⁸ Por todos, PANTALEÓN PRIETO, F., *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo IV, Las acciones, vol. 9º, Madrid, 1992, pág. 38.

podía recaer sobre una o sobre varias acciones (lo que fue corroborado por el artículo 35 LSRL, del que es reproducción el vigente artículo 126 LSC⁷⁹). Es importante destacar, por tanto, por su trascendencia para el ejercicio de la condición de socio, que la copropiedad puede recaer sobre una sola participación social o sobre una única acción, pero también es posible la copropiedad sobre varias adquiridas conjuntamente (paquete de participaciones sociales o de acciones) e, incluso, sobre la totalidad de las mismas.

Fijado el alcance objetivo, la finalidad del legislador al contemplar esta figura es delimitar los aspectos de la relación copropiedad-sociedad (objeto de regulación en el ámbito societario) y separarlos de aquellos otros aspectos propios de la organización de la copropiedad, de modo que la aplicación de normas y disposiciones que, según el título constitutivo o el derecho aplicable, regulan las relaciones internas entre los copropietarios no interfieran en el funcionamiento de la sociedad. Se trata de evitar que problemas internos se trasladen al ámbito de la sociedad, de forma que se preserve el interés de la sociedad frente al interés o intereses propios de los copropietarios⁸⁰. Para conseguir esta finalidad, el artículo 126 LSC (como sus precedentes en la LSA y en la LSRL) regula exclusivamente las relaciones entre copropietarios -en su conjunto- y sociedad, es decir, las que inciden sobre la condición de socio inherente a la titularidad de la participación, a través de dos normas: la designación por los copropietarios de una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y la responsabilidad solidaria de todos los copropietarios frente a la sociedad de cuantas obligaciones se derivan de la condición de socio.

Sin embargo, no se puede afirmar rotundamente que copropiedad y sociedad sean dos ámbitos paralelos en los que no existan puntos de confluencia. Sin entrar a valorar ahora la procedencia o no de aplicar las normas de la sociedad unipersonal cuando la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones pertenecen a una copropiedad, es importante destacar la influencia de las normas de administración de

⁷⁹ Su contenido se mantiene íntegramente en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, art. 231-28.

⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Copropiedad....*, *op. cit.*, pág. 38.

la copropiedad en la toma de decisiones sociales cuando un paquete importante o la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones pertenecen en copropiedad a un conjunto de sujetos. En estos casos, los acuerdos sociales se adoptan, aplicando el régimen de mayorías societario, por el voto de la persona designada por los copropietarios, que está sometido a la decisión adoptada en el seno de la comunidad. Esto implica en sí que las decisiones en la sociedad son adoptadas indirectamente aplicando el régimen legal o convencional aplicable al condominio y, por tanto, se puede producir, de hecho, una sustitución de las normas societarias que regulan la Junta general⁸¹.

La finalidad que el Derecho de sociedades de capital pretende conseguir (preservar el interés de la sociedad no interviniendo en la regulación de las relaciones internas de la copropiedad) puede tener consecuencias que repercuten en el propio funcionamiento de la sociedad. La falta de designación del representante; la necesidad de determinar el alcance del poder de representación del designado; la no adopción de acuerdos en el seno de las comunidades que impidan ejercicio del voto por el representante, son ejemplos de actos o decisiones de los copropietarios que tienen repercusión sobre la sociedad y que incluso pueden producir la paralización de sus órganos sociales.

Todos estos extremos, comenzando por la incidencia de la copropiedad sobre la condición de socio, se tratan en los siguientes epígrafes. No obstante, se adelanta desde ahora, que no sería descartable una regulación societaria de la figura que, de modo similar a la regulación en otros ordenamientos o a la regulación societaria de otras instituciones jurídicas, contemplara no solo la vertiente externa de la relación del conjunto de copropietarios con la sociedad sino aspectos concretos relacionados con

⁸¹ GIMENO RIBES, M., "Acuerdo de separación voluntaria, división de todas las participaciones de una sociedad limitada ostentadas pro indiviso y reducción de capital con amortización de participaciones de quien se separa. Comentario a la STS 44/2014, de 18 de febrero (RJ 2014, 921)", en *Rev. boliv. de derecho*, núm. 18, julio 2014, págs. 454-467. El autor concluye en su estudio que lo que se produce en situaciones como la de condominio sobre la totalidad de las participaciones es una cierta huída indirecta en el Derecho de Sociedades para entrar en el ámbito del Derecho de contratos y del Derecho de cosas.

el ejercicio de los derechos sociales que se encuadran dentro del ámbito de la copropiedad y que pueden tener repercusión directa en el funcionamiento de la sociedad.

2. Incidencia de la copropiedad en la condición de socio

La condición de socio en las sociedades de capital está vinculada a la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones⁸². Por tanto, fijar quién es titular de las participaciones o de las acciones es un paso previo necesario para que la sociedad reconozca la existencia de copropiedad y atribuya la condición de socio. Una vez reconocida esta situación jurídica de copropiedad serán de aplicación las normas que fijan quien asume y ejerce los derechos y obligaciones derivados de tal condición.

2.1. Titularidad y condición de socio

Las participaciones sociales o las acciones se adquieren a título originario (asunción o suscripción en el momento constitutivo o en un aumento de capital) o a título derivativo por un negocio jurídico *inter vivos* (transmisión) o *mortis causa* (sucesión). La condición de socio se adquiere, cualquiera que sea la forma o el modo de adquirir la propiedad, desde el momento en que se es titular de las participaciones sociales o de las acciones y mientras se tenga la propiedad de una sola de ellas. La titularidad supone, por tanto, la vinculación de un derecho a un sujeto y cuando existe una pluralidad de sujetos la titularidad supone la vinculación del derecho a todos ellos y, en consecuencia, la condición de socio la ostentará quien es o quienes son titulares de la participación social o de la acción.

Sin embargo, la Ley matiza que la atribución de la condición de socio se conferirá a quien sea “titular legítimo” de la participación social o de la acción (art. 91 LSC). Para ser titular legítimo no solo es suficiente acreditar ser propietario de la

⁸² ARROYO APARICIO, A., *Sociedades Mercantiles*, tomo I, *Sociedades Anónimas*, Cizur-Menor (Navarra), 2008, pág. 49.

participación social o de la acción sino además acreditar la posesión en virtud de un título que le capacite para ejercitar los derechos frente a la sociedad.

Normalmente propietario y titular legítimo coinciden, pero no siempre existe una exacta correspondencia. En casos como la sociedad de gananciales, puede suceder que las participaciones sociales o las acciones pertenezcan a los bienes comunes, pero se adquieren a nombre de uno sólo de los cónyuges o en un porcentaje diferenciado cada uno de ellos⁸³. La sociedad de capital considerará titular legítimo y, en consecuencia, socio, sólo a aquél que acredite ante la sociedad la posesión del título acción o figure en la inscripción en el libro registro de socios o de acciones nominativas. Por tanto, para ejercer los derechos inherentes a la condición de socio no es necesario demostrar que se es propietario, pues se presume –presunción iuris tantum-, que quien ostenta el título o figura inscrito en los libros registros tiene esa facultad⁸⁴.

Se crea así una presunción que hace que el reflejo de la propiedad en el título adquisitivo de las participaciones sociales o de las acciones se convierta en un aspecto esencial, pues de ello va a depender el reconocimiento por la sociedad de la copropiedad, la atribución de la condición de socio y, en consecuencia, la legitimación para ejercer los derechos que conlleva.

2.2. Prueba de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones

La acreditación de la titularidad frente a la sociedad ha de efectuarse a través de los medios de prueba ordinarios. En este aspecto influye de manera especial la distinta forma de documentar las participaciones sociales y las acciones (art. 92 LSC), pues repercute directamente en la acreditación de la condición de socio⁸⁵.

⁸³ Se remite el tratamiento de estas situaciones de pluralidad de sujetos al capítulo tercero.

⁸⁴ Para el Derecho italiano, GALGANO, F., *Il nuovo diritto societario*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol 29, Padova, 2003, pág. 113.

⁸⁵ La razón del régimen diferente es que las acciones al documentarse en títulos valores o anotaciones en cuenta tienen una especial función dispositiva -que se verifica plenamente en las sociedades

Las acciones, cuando se documentan mediante títulos, se configuran como títulos de participación⁸⁶ que incorporan la posición de socio y, por tanto, su tenedor -que puede ser o no su propietario- está legitimado frente a la sociedad para asumir tal posición. La sociedad no requiere ya de la acreditación de la adquisición de las acciones sino de la exhibición del título (o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito) para permitir a su poseedor el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio (art. 122 LSC). Tal exhibición que será necesaria y suficiente cuando las acciones sean al portador, en el caso de acciones nominativas⁸⁷ requerirá además de la previa inscripción en el libro registro de acciones nominativas (art. 116 LSC), inscripción efectuada en virtud del título acreditativo de su suscripción o adquisición. Si la representación de las acciones es mediante anotaciones en cuenta, la prueba de la condición de socio deriva del certificado que expide la entidad encargada del registro contable⁸⁸.

La forma de documentación de las acciones va a influir en el reconocimiento de la copropiedad por la sociedad. De modo que la copropiedad sobre acciones al portador no trasciende del ámbito interno de los copropietarios, pues la sociedad considerará titular legítimo a cualquiera que presente el título. Cualquier copropietario, el representante de la copropiedad o un tercero puede presentarse ante la sociedad con el título y ejercer los derechos de socio, sin necesidad de comunicar la pluralidad de titulares ni designar a un representante común. Sin

cotizadas-, al modificar la forma de transmisión y de ejercicio de los derechos del socio, quedando al margen de las reglas generales del derecho común y sometidas al derecho de los títulos valores, URÍA, R., MENÉNDEZ, A y GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Curso de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 818-819.

⁸⁶ DÍAZ MORENO, A., Comentario artículos 90 a 92, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRAN, tomo I, Cizur-Menor (Navarra), 2011, pág. 92.

⁸⁷ La forma nominativa es obligatoria cuando las acciones no estén totalmente desembolsadas, cuando su transmisión esté sometida a restricciones estatutarias o si llevan aparejadas prestaciones accesorias (art. 113 LSC) y cuando así se establezca por disposiciones especiales (para algunos tipos de sociedades anónimas, por ejemplo, seguros, deportivas, laborales). Menciones que, junto a otras, deben constar en el título.

⁸⁸ Si bien no hay que olvidar que, como destacan MENÉNDEZ y VAQUERIZO, el título o anotación en cuenta “no es un mecanismo de representación constitutivo de los derechos del socio, sino meramente declarativo” (“Sociedad anónima: incidencia de la división del capital en acciones sobre la posición del socio”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, mayo 2007, westlaw.es BIB 2007\3252).

embargo, la copropiedad cuando las acciones son nominativas o se trata de anotaciones en cuenta trasciende de ese ámbito interno y se convierte en una cuestión de interés societario, ya que, los títulos o las anotaciones se habrán emitido e inscrito en el registro correspondiente a nombre de quien o quienes figuren como titulares en el documento justificativo de la adquisición.

No obstante, hay que tener en cuenta que hay sociedades anónimas, principalmente aquéllas en las que priman los aspectos personales –como la restricción a la libre transmisibilidad o la existencia de prestaciones accesorias-, que no documentan sus acciones nominativas. A estas acciones se les aplica un régimen de atribución similar al de las participaciones sociales. La titularidad legítima se derivará de lo inscrito en el libro registro de acciones nominativas o en el de socios, previa justificación fehaciente de su adquisición mediante la exhibición de la escritura pública fundacional, de la escritura pública de aumento de capital social o del documento público de transmisión⁸⁹.

A) Libro registro de socios y libro registro de acciones nominativas

Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas cuyas acciones son nominativas, como se ha visto, están obligadas a la llevanza de un libro registro donde se deje constancia de la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones voluntarias o forzosas, así como de la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las participaciones sociales o sobre las acciones (arts. 104 y 116 LSC)⁹⁰.

⁸⁹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J.L., *Curso de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 1084.

⁹⁰ Sobre los libros registros de socios y de acciones nominativas, CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1998, pág. 106; PANTALEÓN PRIETO, F., *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*”, en *Comentarios al régimen legal...*, op. cit., pág. 38 ss.; PERDICES HUETOS, A.B., *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000 y Comentario a los arts. 104 y 116 LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., pág. 866 ss. y 942 ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, M., *Régimen de las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (arts. 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)*, en *Tratados...*, op. cit., pág. 39 ss.

Estos libros están sometidos al régimen de los libros contables y funcionan por el sistema de folio personal⁹¹. En cada asiento debe reflejarse la identidad y domicilio del titular de la participación, indicaciones que deben considerarse con el carácter de mínimo pues, al tratarse de una materia no tasada, es posible una previsión estatutaria que especifique otros extremos objeto de anotación en el libro registro (como, por ejemplo, disponen los arts. 156 y 159 del Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, para las escrituras)⁹². Por tanto, aunque el registro de las participaciones sociales o de las acciones nominativas en copropiedad refleje, como mínimo, los datos de los copropietarios, sería recomendable recoger otros datos como la cuota de participación o el título adquisitivo por el que se adquiere tal condición a efectos de facilitar la relación entre sociedad y copropietarios, así como la identidad de la persona designada para ejercer los derechos sociales⁹³. Aunque estos libros no son públicos, los socios podrán solicitar una certificación acreditativa de las participaciones sociales o de las acciones nominativas no impresas registradas a su nombre.

Se crea con esta inscripción una titularidad registral que tiene un doble efecto: considerar probada la titularidad y atribuir la condición de socio⁹⁴. La sociedad tiene en el libro registro un medio de justificar quien es el titular y consecuentemente, poder facultarle para ejercer los derechos de socio o exigirle el cumplimiento de las obligaciones sociales. El libro es un medio de prueba que facilita las relaciones externas de la sociedad y el ejercicio de los derechos de socio, pero no es medio fehaciente para determinar la verdadera titularidad de la participación. La inscripción

⁹¹ Sobre la llevanza, inscripción y corrección del libro, PERDICES HUETOS, A.B., *El libro registro.... op. cit.* pág. 137 ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa.... op. cit.*, pág. 107 a 109.

⁹² En este sentido, PAZ ARES, C. y PERDICES HUETOS, A., estiman necesario inscribir todas aquellas circunstancias personales que puedan resultar relevantes para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones sociales (en voz "Libro registro de acciones", en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, pág. 4096)

⁹³ PERDICES HUETOS considera que no es imprescindible el hacer constar el título en virtud del cual adquirieron esa condición ni las cuotas de titularidad de cada uno de ellos "lo que no obsta –dice- para que se haga constar esa cuota, aunque sin relevancia alguna frente a terceros" (*El libro registro de socios...., op. cit.* pág. 203).

⁹⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., "La eficacia legitimadora del libro registro de acciones nominativas: el control de la regularidad de la inscripción como manifestación del deber de diligencia que pesa sobre los administradores. A propósito de la STS de 16 de febrero de 2007", en *RdS*, núm. 30, pág. 485-486.

tiene así una eficacia probatoria limitada a las relaciones sociedad-socio. Limitación que lleva al planteamiento de otra cuestión: ¿cuál es el verdadero alcance del libro registro como instrumento para declarar la legitimación del inscrito como único o verdadero socio? Se trata de determinar si la eficacia de la inscripción en el libro registro es meramente declarativa o es constitutiva de la condición de socio. En este último supuesto, la inscripción tendría el valor de una ficción no susceptible de prueba en contrario, sólo removible por la rectificación del registro o por una sucesiva inscripción⁹⁵.

En las sociedades anónimas ha sido admitido tradicionalmente por la doctrina que la inscripción en el libro registro de acciones nominativas tiene como consecuencia la creación de una apariencia jurídicamente protegida que legitima a su beneficiario para ser el centro de todas las relaciones jurídicas propias de la titularidad de las acciones⁹⁶. Es decir, la sociedad solo puede reconocer la condición de socio en el titular inscrito, aun cuando tenga constancia de su falta de titularidad real⁹⁷. Se defiende que la inscripción genera una presunción en virtud de la cual el inscrito (coincida o no con el titular real de las acciones) será tenido por socio a todos los efectos, de modo que se concede la eficacia legitimadora con carácter vinculante y solo podrá modificarse por la rectificación del registro⁹⁸.

Sin embargo, en las sociedades de responsabilidad limitada el efecto legitimador consecuencia únicamente de la inscripción en el libro no resulta tan claro. El art. 106.2 LSC (como su precedente, el art. 26.2 LSRL) fija que el adquirente de participaciones sociales podrá ejercer los derechos del socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión, es decir, la apariencia de legitimación a favor del socio inscrito en el libro registro está sujeta al conocimiento fehaciente por la sociedad de la verdadera titularidad. El libro registro de socios no ofrece, por tanto, un

⁹⁵ PERDICES HUETOS, A.B., *El libro registro...*, op. cit., pág. 68.

⁹⁶ PAZ ARES, C. y PERDICES HUETOS, A., voz "Libro Registro de acciones", en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, op. cit., pág. 4096.

⁹⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., "La eficacia legitimadora...", op. cit., pág. 487.

⁹⁸ VERGEZ SÁNCHEZ, M., *Régimen de las participaciones sociales...*, op. cit., pág.44.

régimen de protección de la titularidad y la escritura pública se convierte en la única garantía de titularidad⁹⁹. La anotación tiene una mera función informativa sobre el reconocimiento por parte de la sociedad de la titularidad formal de las participaciones sociales, pero su eficacia queda limitada a efectos internos societarios.

Esta interpretación de la norma, admitida casi unánimemente por la doctrina estando en vigor la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, quedó cuestionada al introducirse, por la Ley de Sociedades de Capital, que solo se puede reputar socio de una sociedad de responsabilidad limitada a quien se halle inscrito en el libro registro de socios (art. 104.2). Este inciso permitía entender la inscripción como un reconocimiento de la eficacia legitimadora de la anotación en el libro registro de socios¹⁰⁰. Eficacia legitimadora del libro registro de socios que ya fue defendida, antes de la introducción de esta disposición por la Ley de Sociedades de Capital al interpretar que la notificación unilateral conlleva la legitimación por la anotación en el libro registro¹⁰¹.

⁹⁹ FERNANDEZ TRESGUERRES, A., refiriéndose al art. 26 LSRL, sitúa su finalidad en “impedir que el ejercicio de los derechos de socio queden al arbitrio del órgano de administración –recelo que aún se observa en el artículo 195 RRM (sic), en relación con la contestación del requerimiento a los administradores para que sea levantada acta notarial de la Junta-“ en *Transmisión mortis causa...., op. cit.*, pág. 104-105).

¹⁰⁰ RONCERO SÁNCHEZ, A., entiende que se produce “una contradicción sustantiva que plantea un significativo problema interpretativo y genera inseguridad jurídica en una materia en la que la interpretación de la doctrina era mayoritariamente pacífica y en relación con la que era cuestionable la necesidad de introducir un cambio legislativo que aproximase el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada al de la sociedad anónima” en “Acciones y participaciones sociales”, *RdS*, núm. 36, 2011-1, pág.111-

¹⁰¹ PERDICES HUETOS fundamenta la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro de socios en “la imposibilidad para el socio de conseguir unilateralmente la legitimación sin el consenso de la sociedad” y en que “la legitimación ha de ser, especialmente en el caso de sociedades y en particular en el de sociedades cerradas, una situación estable que excluya la necesidad de la prueba de la titularidad en cada caso” lo que supondría que para comprobar “las notificaciones recibidas y consideradas en orden, se debería llevar un registro o libro de notificaciones, donde quedase constancia de las mismas, de su contenido y de su fecha” y, por tanto, esa anotación sería la plasmación del reconocimiento por la sociedad del nuevo titular y de sus derechos y obligaciones correspondientes. Por consiguiente, “lo mismo da afirmar que el libro registro tiene eficacia legitimatoria que decir que la legitimación deriva de una notificación admitida por la sociedad, ya que lo primero es simplemente la expresión material de lo segundo” (*El libro registro de socios..., op. cit.*, pág. 130 ss).

Ahora bien, no puede olvidarse que la inscripción en el libro de socios admite prueba en contrario y, por tanto, no genera más que una presunción iuris tantum de legitimidad¹⁰². Desde que la sociedad tenga conocimiento de la transmisión y de que el contenido del libro no se ajusta a la realidad debería negar el ejercicio de la condición de socio al inscrito, permitir su ejercicio al titular real y proceder a instar la corrección del libro de socios. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil ha unificado la regulación de ambos libros registros, de acciones nominativas y de participaciones sociales (art. 231-26) y, a diferencia del art. 104.2 LSC, ya no reputa socio a quien se halle inscrito en dicho libro sino que establece una presunción de legitimación a favor de quien se halle inscrito como socio en el libro registro frente a la sociedad para ejercer los derechos de socio. Presunción que cederá ante el adquirente de participaciones sociales o de acciones nominativas que haya notificado a la sociedad la transmisión y ésta no haya sido inscrita inmediatamente sin causa que lo justifique (art. 231-27).

Dos conclusiones se obtienen de la prevista regulación que unificando los efectos de la inscripción en los libros registros termina con las divergencias en las interpretaciones doctrinales. En primer lugar se puede concluir que la legitimación no es efecto de la inscripción en el libro sino del propio título (escritura o documento público, resolución judicial...) y, por tanto, sus efectos son únicamente *intra societatem*¹⁰³. La segunda conclusión es que la condición de socio se presume en el inscrito pero esta presunción decae ante la notificación de la transmisión de la titularidad (siempre que no medie justa causa para su no inscripción).

¹⁰² Para evitar estos efectos, algunos autores estiman necesaria una norma en los siguientes términos: “la transmisión de una participación social sólo tendrá eficacia frente a la sociedad cuando así se le haya comunicado y se haya inscrito en el libro de participaciones”, al considerar que, con la regulación actual en el art. 106.2 LSC ya “no se puede entender en sentido literal como permisiva de una legitimación unilateral del socio, sino como alusiva al primer paso necesario para obtener la legitimación; a saber, la solicitud de legitimación del titular”, de modo que se podría sostener que el art. 104.2 LSC “no hace sino afirmar que, salvo prueba en contrario, estará legitimado frente a la sociedad quien resulte inscrito en el libro de socios” (PERDICES HUETOS, A.B., “Comentario al art. 104 LSC”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., pág. 867-868).

¹⁰³ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa...*, op. cit., pág. 111.

B) Validez de la inscripción de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones en el Registro Mercantil como medio de prueba

La necesaria inscripción de la adquisición y transmisión de las participaciones sociales ha sido una cuestión debatida y planteada en las distintas regulaciones de la sociedad de responsabilidad limitada. Por el contrario, la inscripción de la titularidad de las acciones y sus transmisiones, no tiene tradición en nuestro ordenamiento jurídico societario. La falta de obligatoriedad se justifica en el sistema de transmisión de los títulos.

La Ley de 17 de julio de 1953, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establecía, en su artículo 20, que la transmisión de participaciones sociales se formalizara en escritura pública y se inscribiera en el Registro Mercantil al igual que la constitución de la sociedad y los aumentos y reducciones de capital. La conjunción de ambos requisitos (escritura pública e inscripción¹⁰⁴) tenía carácter constitutivo, lo que daba fe de la titularidad de las participaciones sociales. Esta obligación desaparece con la Ley 19/1989, de 25 de julio, que suprime la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión de las participaciones sociales, dejando como único requisito su formalización en documento público y la notificación a la sociedad¹⁰⁵. Las razones de la supresión se fundaban en facilitar la rapidez y agilidad en la transmisión y en el propósito de dejar el Registro Mercantil como un registro exclusivamente de personas y considerar las transmisiones, en todo caso, como objeto de inscripción en un nuevo registro (Registro de Bienes Muebles).

Existe, sin embargo, una corriente que propugna la vuelta al régimen de inscripción de las transmisiones de las participaciones sociales como vía para dar

¹⁰⁴ El art. 123 RRM 1956 regulaba las condiciones necesarias para llevar a cabo la inscripción.

¹⁰⁵ La supresión se ha mantenido en Leyes posteriores reguladoras de la sociedad de responsabilidad limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo y RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio), así como en los posteriores Reglamentos del Registro Mercantil (1989 y 1996).

transparencia al tráfico jurídico¹⁰⁶. Incluso se alega, como argumento, que aunque la situación legal actual es la de imposibilidad de inscripción de participaciones o de constitución de gravámenes sobre las mismas tanto en el Registro Mercantil como en el de Bienes Muebles, se siguen presentando documentos referentes a la transmisión y embargo de participaciones sociales y se sigue reclamando, por funcionarios y particulares, información sobre quiénes son los titulares de determinada sociedad o si determinada persona tiene participaciones en la misma y cuántas tiene¹⁰⁷.

La situación actual, respecto a la inscripción de la titularidad de las participaciones sociales y acciones, viene recogida en Ley de Sociedades de Capital que únicamente exige inscribir en el Registro Mercantil¹⁰⁸ la escritura de constitución de la sociedad o la escritura de ejecución del aumento de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones no cotizadas. Escrituras en las que consta la identidad de los socios (art. 22 LSC) y de las personas a quienes se han adjudicado las participaciones sociales o las acciones en el aumento, así como su numeración y que la titularidad se ha inscrito en el Libro registro de socios o en el Libro registro de acciones nominativas (314 LSC). Por tanto, el Registro Mercantil no se puede considerar un medio fehaciente de prueba de la titularidad, pues solo ofrece información exacta y válida (art. 7 RRM y 20.1 C de c) de los titulares en un momento determinado, ya que no recoge las posibles transmisiones producidas posteriormente a ese momento.

Mientras subsista la regulación actual, la información que el Registro Mercantil ofrece sobre la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones es temporal y relativa. La información se refiere a inscripciones derivadas de actos jurídicos que se producen en momentos concretos y se limita a titularidades concretas.

¹⁰⁶ PERDICES HUETOS, A.B., "La transmisión de participaciones en la SRL", en *Tratando...*, *op. cit.*, págs. 452 ss. y autores citados en las notas 63, 64 y 65.

¹⁰⁷ GARCIA VALDECASAS, J.A., "Transmisión de participaciones sociales: su posible inscripción en el Registro Mercantil o de Bienes Muebles", Granada, 2005, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/09-participacionessociales.htm.

¹⁰⁸ Inscripción que se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil.

C) El título adquisitivo como instrumento idóneo para acreditar la titularidad real

El libro registro de socios y el libro registro de acciones nominativas, como se ha visto, responden más al interés de la sociedad de tener un medio de prueba que dé certeza y seguridad jurídica a sus relaciones con los socios (correcta constitución de las juntas generales, pago del dividendo, ejercicio de los derechos de suscripción) que de ser un medio que acredite la titularidad y, en consecuencia, la atribución de la condición de socio a su titular real¹⁰⁹. Por otra parte, aunque es cierto que la información facilitada por el Registro Mercantil podría ser considerada un medio de prueba de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones, sin embargo el régimen vigente de inscripción no permite acreditar la titularidad, pues solo informa de una realidad temporal: los titulares en el momento de la constitución de la sociedad, del aumento de capital, de la fusión, pero no de los titulares en el momento de solicitar la información. Esa información no goza de presunción de veracidad y exactitud, pues, fuera de esos supuestos, las transmisiones no son actualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

En consecuencia, si tanto la inscripción en los libros registro como en el Registro Mercantil se basan en el título adquisitivo, se ha de concluir que es el propio título, sobre todo en casos de discrepancias, la forma más fehaciente de acreditar la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones frente a la sociedad y terceros. Las escrituras públicas correspondientes a la constitución de la sociedad o al aumento de capital, otros documentos otorgados ante fedatario público en las adquisiciones derivativas, así como los documentos judiciales de adjudicación (en la liquidación del régimen económico matrimonial o la partición de la herencia o en la venta en pública subasta en caso de embargo) constituyen la verdadera prueba de la titularidad y, a su vez, representan el instrumento jurídico que mejor garantiza que la condición de socio recae sobre el verdadero titular de las participaciones sociales y de las acciones. No debe olvidarse que se es socio de una sociedad de capital por ser

¹⁰⁹ STSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal), núm. 9/2002, de 30 de marzo

titular de una o varias participaciones sociales o de una o varias acciones y, a estos efectos, la escritura pública de adquisición (o documento equivalente) refleja no solo la adquisición originaria sino los cambios de titular, pues en ella quedan reflejadas todas las transmisiones de participaciones sociales y de acciones nominativas que se produzcan¹¹⁰.

La constancia en el título acreditativo de la pluralidad de propietarios sobre una o varias participaciones sociales o sobre una o varias acciones, sea cual sea la vía por la que se llegue a esa situación, debería considerarse justificación suficiente para que la sociedad reconozca (e inscriba en su libro registro) la titularidad de todos los copropietarios y, en consecuencia, se atribuya la condición de socio.

2.3. Atribución de la condición de socio

La propiedad de una participación social o de una acción no significa solo la tenencia de un bien patrimonial, sino que es la expresión de una posición jurídica compleja¹¹¹. Pertener a una sociedad supone la asunción de un derecho subjetivo¹¹²,

¹¹⁰ CÁMARA ÁLVAREZ, equipara la anotación en la escritura de las sucesivas transmisiones con el principio registral de tracto sucesivo (*Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, op.cit.*, pág. 106).

¹¹¹ PERDICES HUETOS, A.B. manifiesta que “la participación social unifica y sintetiza así una posición de poder y responsabilidad en el seno de una organización, sin perjuicio de que esa posición se despliegue en una pluralidad más o menos compleja de derechos y deberes derivados” (*Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, pág. 32).

¹¹² GARRIGUES considera que la condición de socio se trata de una cualidad jurídico-personal de contenido patrimonial “de un derecho abstracto que se ramifica en una serie de derechos concretos (v. gr. derecho abstracto y derecho concreto al dividendo)”, en *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, ed. revisada por A. Bercovitz, Madrid, 1982, pág. 453. Otros autores matizan que no todos los atributos derivados de la condición de socio pueden ser considerados auténticos derechos subjetivos, sino que comprende tanto derechos subjetivos como otro tipo de posiciones activas (CAMPUZANO, A.B. “Comentario artículo 93”, en *Comentario a la ley de sociedades de capital, op. cit.*, pág. 790) y otros consideran que desde un punto de vista técnico, es probablemente incorrecto identificar las situaciones activas que integran la posición de socio con derechos subjetivos en sentido estricto y especialmente no es adecuado entender que existe un verdadero derecho subjetivo por el mero hecho de que existe una norma que, en protección de los intereses del socio, imponga a la sociedad una conducta o se la prohíba (DÍAZ MORENO, A., Comentario artículo 91, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, op. cit.*, pág. 772). FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, siguiendo a PAZ-ARES, considera más correcto entender que se trata de “un derecho subjetivo sobre una relación jurídica” (“Comentario al artículo 48 LSA”, en ARROYO, I. y EMBID, J.M. (Coords.) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 2001, pág. 470).

la cualidad o condición de socio y, en consecuencia, de un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a tal condición¹¹³. Por otro lado, las participaciones sociales y las acciones son indivisibles (art. 90 LSC), lo que significa que no pueden fraccionarse en otras de menor valor nominal por la mera voluntad de su propietario. Esta indivisibilidad, según opinión mayoritaria de la doctrina, supone, a su vez, la indisociabilidad o inescindibilidad de los derechos que forman esa posición jurídica de socio, es decir la imposibilidad de transmitir la titularidad de la participación o de la acción con reserva de derechos o de ceder uno o varios derechos de forma separada a la condición de socio¹¹⁴.

En consecuencia, la inescindibilidad de los derechos inherentes a la condición de socio, si existe copropiedad sobre una o varias participaciones sociales o sobre una o varias acciones, supone que la pluralidad subjetiva, que aquélla representa, debe asumir la posición jurídica compleja o derecho subjetivo que es la condición de socio y debe asumirla sin posibilidad de disgregar las facultades o derechos que la integran. Es importante, no obstante, a efectos del posible reconocimiento de determinados derechos a cada copropietario de forma individual, puntualizar el significado y la repercusión de la inescindibilidad sobre los distintos tipos de derechos: derechos patrimoniales, administrativos y de asunción preferente.

(i) En cuanto a los derechos patrimoniales –derecho al reparto de las ganancias y derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación- ha de afirmarse que son derechos abstractos que requieren de concreción. De este modo, al poseer carácter de abstractos son inescindibles (salvo excepciones legalmente previstas, artículo 127 LSC respecto al usufructo), pero cuando esos derechos abstractos se concretan, por acuerdo de la junta en un determinado dividendo o en una determinada cuota liquidativa, se convierten en derechos de crédito del socio frente a

¹¹³ SÁNCHEZ, A., “La acción y los derechos del accionista.....”, *op. cit.*, pág. 102-103.

¹¹⁴ Sobre inescindibilidad de los derechos, DIAZ MORENO, A., Comentario al art. 90, en Comentario... *op. cit.*, pág. 772, GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de Sociedades Mercantiles*, *op.cit.*, pág. 195 y ss., PANTALEÓN PRIETO, F., “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo”, *op. cit.*, pág. 22 ss.

la sociedad, derechos que pueden fraccionarse o cederse sin afectar a la integridad de la participación social o de la acción ni a la condición de socio.

(ii) Sin embargo, por lo que respecta a los derechos administrativos o derechos de contenido político, como los derechos de asistencia, voz, información o voto, se está ante derechos personales, irrenunciables e inderogables en los que la inescindibilidad de la condición de socio se muestra con mayor rigor por afectar a la formación de la voluntad social¹¹⁵. Estos derechos van asociados indisolublemente al socio, no se puede disponer de ellos sin disponer de la condición de socio¹¹⁶. Por tanto, socio y legitimado para el ejercicio de los derechos es una misma persona (art. 91 LSC). Ahora bien, la legitimación se puede ceder a un tercero, a través de la representación en la junta general, para que ejerza el derecho de asistencia y, consecuentemente, los derechos de voz, información y voto¹¹⁷ (arts. 183 y 184 LSC). En este caso, las posiciones jurídicas de socio y legitimado no coinciden en el mismo sujeto.

Esta clase de derechos es la que justifica principalmente la carga impuesta a la copropiedad en el artículo 126 LSC de designar una persona para su ejercicio. Sin embargo, dentro de estos derechos también podría diferenciarse el derecho de voto, que necesariamente ha de ejercitarse por el representante común, de otros derechos como el de asistencia y voz que podrían ejercitarse por los copropietarios-socios directamente en la junta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179 LSC. Este artículo permite la asistencia a las juntas generales de todos los socios y como los copropietarios lo son al ser titulares de una cuota parte sobre una o un conjunto de participaciones sociales o de acciones podrían asistir a las juntas generales. Esta es la

¹¹⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 196

¹¹⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Valencia, 2012, pág. 603, no considera que el derecho de voto sea intransmisible independientemente de la participación o de la acción a la va que ligado, pues estima que se trata de un derecho patrimonial no personalísimo que puede ser objeto de compraventa como se demuestra cuando el socio se obliga a votar (en su caso dando instrucciones a un representante) en un sentido determinado o a no votar a cambio de ventajas patrimoniales –por ejemplo una cantidad de dinero– que le ofrecen otros socios terceros y siempre que no lo haga en perjuicio de los intereses de la sociedad o de los demás socios.

¹¹⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J.L., *Curso de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 1076.

postura que ha adoptado, en una sentencia novedosa¹¹⁸, la Corte civil de Casación francesa que, basándose en el artículo 1844, primer y segundo párrafo del Código civil francés, establece que cualquier propietario de acciones indivisas tiene, como socio, el derecho a participar en las decisiones colectivas¹¹⁹ y, por tanto, pueden asistir a las juntas generales de la sociedad, participar en las discusiones, hacer preguntas, expresar sus puntos de vista y, por lo tanto, influir, en su caso, sobre el voto de los socios presentes en la junta general, aunque el derecho de voto se ejerza por el representante común. Se revoca así la argumentación del fallo del Tribunal de Apelación que declara que desde que se designa a un mandatario común para representar la indivisión en las juntas generales de la sociedad no hay razón para disociar artificialmente el debate previo de los acuerdos sometidos a voto y el voto en sí mismo, que participan de un único acto intelectual, de modo que la presencia del copropietario en las juntas generales está necesariamente excluida por la designación de dicho mandatario¹²⁰.

(iii) Mención aparte merece el derecho de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones sociales o en la suscripción en la emisión de nuevas acciones u obligaciones convertibles en acciones (art. 93 LSC). Este derecho se considera un derecho mixto o de doble contenido con una vertiente política -que se ejercita mediante la suscripción- y una económica -que se materializa en la posible negociación de los derechos asignados¹²¹. Se trata de un derecho que, una vez acordada una concreta ampliación de capital, es derogable por la sociedad cuando lo exija el interés social (art. 308 LSC), está sujeto a caducidad y el socio puede ejercitarlo, renunciar a él o transmitirlo independientemente de la participación social o de la acción.

¹¹⁸ Cassation commerciale, 21 enero 2014, nº 13-10151

¹¹⁹ DO CARMO SILVA, J-M. y GROSCLAUDE, L.: *DSCG 1 Gestion juridique, fiscale et sociale*, 2016/2017, Francis Lefebvre Dunod, pag. 293

¹²⁰ LIENHARD, A.: "Part sociale indivise: portée du droit de participer aux décisions collectives", *Dalloz.actualité, Affaires, Société et marché financier*, 31 janvier 2014.

¹²¹ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., "Comentario al artículo 48 LSA", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, *op.cit.*, pág. 474.

En conclusión, atendiendo a la indivisibilidad de la participación social o de la acción (e inescindibilidad de los derechos inherentes a la misma) y a que la copropiedad carece de personalidad jurídica propia que le permita actuar frente a la sociedad como sujeto independiente de los copropietarios, cada copropietario tendrá la cualidad de titular de la participación en el capital en su cuota parte y la condición de socio por la totalidad de los derechos y facultades que integran tal condición¹²². Ahora bien, se está ante un caso en que titularidad, condición de socio y legitimación para el ejercicio de los derechos de socio no están directamente relacionados. El ejercicio de los derechos de socio se ha de llevar a cabo de forma conjunta a través de una persona designada por todos ellos como legitimada para el ejercicio de los derechos sociales, independientemente de que determinados derechos (económicos) una vez concretados se puedan adjudicar en relación a la cuota parte de cada uno o según determinen los propios copropietarios.

Este reconocimiento de la condición de socio a todos los copropietarios ha planteado un debate sobre el efecto que la copropiedad de la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones pueda tener sobre el carácter unipersonal o no de la sociedad. Un sector doctrinal defiende que existe unipersonalidad, mientras que otros autores defienden que no se puede hablar de unipersonalidad pues todos los copropietarios ostentan la condición de socio¹²³. No obstante las distintas posturas, partiendo de las premisas de la atribución de la condición de socio, la sociedad ha de devenir necesariamente unipersonal. La titularidad recae sobre la propiedad de un único objeto (la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones) y pertenece

¹²² No obstante, el reconocimiento de socio a los copartícipes y no directamente a la comunidad se matiza, por la doctrina y la jurisprudencia, en relación con determinadas comunidades a las que, por su origen y sus caracteres, se les atribuye cierta capacidad de actuación, como se verá en próximos capítulos.

¹²³ A favor de la unipersonalidad, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., "La sociedad de responsabilidad limitada", *op. cit.*, pág. 93; en contra, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A., *Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo XIV, vol. 5º, Madrid, 2001, pág. 72; FERRÉ MOLTO, M., "Derechos sobre participaciones sociales", en NIETO CAROL (Coord), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1998, que recomienda en estos supuestos afirmar que se está ante una sociedad con todo el capital en una sola mano, pero al ser esta mano colectiva, no se está ante una sociedad con un solo socio (pág. 553).

a una pluralidad de sujetos, caracteres que definen a la comunidad regida en el Código civil (art. 392) y el reconocimiento como socios es consecuencia de la falta de personalidad de la copropiedad y de la indivisibilidad de la participación social o de la acción. Ahora bien, no hay que confundir la atribución de la condición de socio que supone el reconocimiento de un conjunto de derechos y obligaciones con su ejercicio a título individual. La actuación frente a la sociedad debe efectuarse a través de una única persona designada por todos los copropietarios, de modo que la condición de socio se ejerce como si de un único socio se tratase. Se llega, en fin, aunque sea de forma indirecta, a una situación característica de la unipersonalidad, la toma de decisiones por una única persona legitimada por la comunidad que manifiesta la decisión adoptada por todos los copropietarios.

En este sentido, la Propuesta de Directiva, presentada por la Comisión Europea, el 9 de abril de 2014, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (SUP), prevé que, cuando de acuerdo con la legislación nacional aplicable, la única acción indivisible que puede emitir la sociedad sea propiedad de más de una persona, éstas se considerarán un solo socio en relación con la sociedad (art. 15).

3. El representante común

El legislador español, consciente de que la copropiedad de una o varias participaciones sociales o de una o varias acciones atribuye a todos y cada uno de sus propietarios facultades sobre un mismo conjunto de derechos –la condición de socio–, establece como requisito que los derechos sociales correspondientes se ejerciten por una sola persona que represente a la comunidad frente a la sociedad. Esta exigencia es recurrente en las regulaciones de los países de nuestro entorno, el Código de Sociedades portugués (art. 223), La Ley de Sociedades alemana (&69 Aktiengesetz), el Código civil italiano (arts. 2347 y 2468) y el Código civil y el Código de comercio

franceses (art. 1844 y 225-10 respectivamente) recogen la figura del representante como medio para ejercer los derechos sociales.

Se busca, por tanto, un instrumento jurídico que permita que ese ejercicio inherente a la condición de socio se ejerza de forma que se faciliten las relaciones entre copropiedad y sociedad y se evite que cuestiones ajenas a ésta, como son las relaciones entre copropietarios o la actuación individual de cada uno de ellos, puedan acabar afectando a su funcionamiento¹²⁴.

3.1. Regulación societaria de la figura

La Ley de Sociedades de Capital se limita a establecer, para regular las relaciones entre la sociedad y los copropietarios, que éstos “habrán de designar una sola persona” para el ejercicio de los derechos de socio (art. 126, primer párrafo).

Este artículo de la Ley tiene su justificación, para un sector de la doctrina, en el carácter indivisible de las participaciones sociales y de las acciones¹²⁵. Sin embargo, se ha de imponer la opinión mayoritaria que defiende que la norma se basa en la necesaria unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio como medida de protección de los intereses de la sociedad¹²⁶. Los

¹²⁴ En este sentido, se explica la razón de esta norma en que, si no existiera, “los comuneros podrían, bien ejercitar, cada uno por su cuota, dichos derechos, cuando el ejercicio de los mismos fuera divisible; bien ejercitarlos todos ellos, por el todo, mancomunada o conjuntamente; bien ejercitarlos cualquiera de ellos, por el todo, en beneficio de la comunidad, de no mediar oposición de cualquiera de los demás al acto concreto de ejercicio; bien encomendar su ejercicio a una pluralidad de representantes comunes, ora mancomunados, ora solidarios, ora con distribución entre ellos del ejercicio de los distintos derechos de socio; o bien ejercitar en cada momento el derecho de accionista de que se trate, mediante un representante común designado exclusivamente ad casum” (PANTALEÓN PRIETO, F., *Las acciones, en Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, op. cit.*, pág. 216-217).

¹²⁵ Justifican la designación de una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio en la indivisibilidad de las acciones y participaciones sociales, ALBORCH BATALLER, C., *El derecho de voto del accionista (Supuestos especiales)*, Madrid, 1977, pág. 335 y 338; CÁMARA, M. de la, *Curso sobre...*, *op.cit.*, pág. 81ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades, op.cit.*, vol. I, pág. 560 y vol. II, pág. 1412; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 632.

¹²⁶ Entre otros, DÍAZ MORENO, A., Disposiciones generales (comentario a los arts. 90 ss.), en *Comentario a la ley de sociedades de capital, op. cit.*, pág. 767 ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de sociedades mercantiles, op.cit.*, pág. 247; GARCÍA VICENTE, J.R., “Copropiedad y derechos reales sobre

copropietarios, si quieren ejercer los derechos de socio, deben obligatoriamente designar una sola persona o representante común que los ejerza en su nombre y la sociedad está habilitada para oponerse a que se ejerzan cuando no se actúe a través de un representante común.

Ahora bien, la norma no obliga a la sociedad a oponerse a la actuación que no se realice a través de representante común¹²⁷. La sociedad puede renunciar voluntariamente a esa facultad y aceptar el ejercicio de alguno de los derechos por determinados titulares o mediante otras formas distintas a la del representante común (ejercicio de uno solo en beneficio de todos; asistencia a la junta general de todos los copropietarios; distribución de dividendos en cuotas; impugnación de acuerdos nulos por cualquier cotitular en interés de la comunidad, etc.)¹²⁸. Esta renuncia es distinta a una posible renuncia anticipada total o parcial de la sociedad, vía estatutos, a la designación de una sola persona que ejerza los derechos sociales¹²⁹ y a la aceptación de que los socios ejerzan pro parte o conjuntamente los derechos inherentes a las participaciones sociales y a las acciones¹³⁰. Renuncia anticipada que, atendiendo al tenor literal del artículo, es difícil de admitir sin faltar a su objeto, la unificación subjetiva del ejercicio de los derechos de socio¹³¹.

participaciones sociales o acciones (comentario art. 126 LSC)", en *Comentario a la ley de sociedades de capital*, op. cit., págs. 1009-1014; IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (II)", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., Madrid, 2016, pág. 481; PANTALEÓN PRIETO, F., *Las acciones*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 216.

¹²⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, R., Comentario artículo 35, en AA.VV. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pág. 202.

¹²⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*, en *Comentarios al régimen de las sociedades mercantiles*, op. cit., págs. 18 y 49-50. En el mismo sentido, PERDICES HUETOS, admite la renuncia del ejercicio unitario de los derechos allí donde sea posible –por ejemplo, para los derechos económicos (*El libro registro de socios...*, op. cit., pág. 203).

¹²⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 217.

¹³⁰ DÍAZ MORENO, A., "Disposiciones generales (comentario al art. 90)", en *Comentario a la ley de sociedades de capital*, op. cit., pág. 767.

¹³¹ Consideran ineficaz el pacto convencional o estatutario, FERRÉ MOLTO, M., "Derechos sobre participaciones sociales", en *La sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., pág. 545 (aunque añade que, con reservas, puede aceptarse el ejercicio independiente en ciertos derechos patrimoniales, como el derecho al dividendo, es decir cuando se trata de derechos cuyo objeto es divisible, pero será de imposible aplicación en otros derechos sociales como el del voto); GARCÍA VICENTE, J.R., "Copropiedad y derechos reales...", en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., pág. 1011.

La designación de una persona para que actúe frente a la sociedad y tome decisiones es, por tanto, una norma imperativa no alterable por normas convencionales que regulen de forma distinta el ejercicio de los derechos por los copropietarios. Ahora bien, si se parte de que la norma afecta al ejercicio de los derechos pero no a su titularidad, esta imperatividad no impediría que estatutariamente se reconociesen determinados derechos, según su naturaleza, directamente a los copropietarios¹³², siempre que con ello no se impida el funcionamiento normal de la sociedad o suponga una alteración de la naturaleza de la participación social o de la acción. Se podría exigir, de este modo, el ejercicio unificado de determinados derechos y permitir el ejercicio aislado y directo por los copropietarios de derechos concretos, como el derecho de asistencia (no voto) a las juntas, el derecho al dividendo o la impugnación de acuerdos. De hecho no es infrecuente, en la práctica, que determinadas sociedades –en especial, aquellas que destacan por su carácter personalista- acepten la presencia de todos los copropietarios en las juntas generales o efectúen el reparto de dividendos según las cuotas de participación en la comunidad.

Por otra parte, no ha de confundirse la imperatividad de la norma con la imposición de una obligación a los copropietarios. La norma no impone la designación del representante común. El artículo 126.1 LSC se refiere a que los copropietarios “habrán de designar”, lo que no se puede calificar jurídicamente ni de obligación ni de deber jurídico sino como una carga¹³³. Pero si los copropietarios no designan a su representante, la sociedad -que no puede exigirles que lo hagan- puede adoptar dos posturas: una postura pasiva, dejando los derechos en suspenso hasta que se produzca la designación¹³⁴ o intentar comunicarse con los copropietarios (a través de los datos

¹³² supra epígrafe 2.3.

¹³³ Entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 248; GARCÍA VICENTE, J.R., “Copropiedad y derechos reales...”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., pág. 1012; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “La sociedad de responsabilidad limitada”, en *Tratados de Derecho Mercantil*, tomo XI, vol. 1º, op. cit., pág. 228 (que denomina a esta carga, “carga de legitimación”).

¹³⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, op.cit., pág. 561.

que consten, en su caso, en la inscripción correspondiente del libro registro de socios o de acciones nominativas) para que voluntariamente designen al representante común¹³⁵.

La primera vía, dejar los derechos en suspenso, aunque es la más acorde con lo dispuesto en el artículo, puede llegar a ser una medida perjudicial para el funcionamiento de la propia sociedad, especialmente cuando la participación en copropiedad es lo suficientemente representativa. La segunda vía, más eficaz si obtiene resultado, no deja de ser una medida de buenas intenciones, pues carece de eficacia obligatoria al no tener la sociedad competencia para exigir el cumplimiento de la designación. El único medio de conseguir que los copropietarios designen un representante común es la vía judicial. La sociedad puede alegar, en defensa de sus intereses y siempre que pueda acreditarlo, la existencia de un perjuicio real y concreto derivado de la falta de colaboración de los copropietarios en la designación del representante (como puede ser la imposibilidad de constituir junta o adoptar acuerdos)¹³⁶.

En cuanto a la comunicación directa con los copropietarios, hay que subrayar que en nuestro ordenamiento societario falta una previsión normativa, que regule la posibilidad de estas comunicaciones y su eficacia mientras no se produzca la designación del representante común a diferencia de otros países como Italia donde se

¹³⁵ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, en *Tratados de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 229, pone como ejemplo la convocatoria de la junta mediante carta personal; en el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., *Copropiedad, usufructo, prenda....*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág.16.

¹³⁶ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., Comentario artículo 66, en ARROYO, I. y EMBID, J.M. (Coords.), en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 2001, pág. 645, admite la posibilidad teóricamente en beneficio del interés social y con fundamento en el principio de conservación de la empresa; aunque matiza que, desde el punto de vista práctico, esa legitimación de la sociedad para instar el nombramiento judicial se puede ver mediatizada por ciertos acontecimientos: "cabe que el representante designado judicialmente, que está obligado a acatar las instrucciones de los copropietarios, no acuda, por orden expresa, a la junta o vote en contra del otro 50%, lo que mantendría la situación de paralización, de suerte que quedaría frustrado el fin perseguido con aquella legitimación"; o "puede suceder que mientras se está tramitando la designación judicial, los copropietarios pueden instar la disolución por la ya constatada paralización del órgano social; o "instado por la sociedad el nombramiento judicial, los comuneros pueden nombrar al representante común".

reconoce que si el representante común no ha sido nombrado, las comunicaciones y las declaraciones realizadas por la sociedad a uno de los copropietarios son eficaces para todos (art. 2347 Codice civile) o en Portugal, que permite, a falta de un representante común, efectuar las declaraciones y comunicaciones a cualquiera de los copropietarios (art. 221 Código das Sociedades Comerciais). Cabe considerar, por tanto, en nuestro ordenamiento, una laguna jurídica que, hasta tanto no exista una norma expresa debería cubrirse por vía estatutaria, de forma que se estableciese el régimen y la validez de las comunicaciones con los copropietarios.

3.2. Naturaleza jurídica de la representación

La designación, como se puede concluir de lo expuesto en el epígrafe anterior, es un acto voluntario de los copropietarios pero necesario para el ejercicio de los derechos sociales. Una vez producida la designación, se establece una relación estable, continua y duradera de la persona designada con los copropietarios en su vertiente interna y con la sociedad en su proyección frente a la sociedad.

La doctrina de forma generalizada reconoce que el artículo 126 LSC se refiere a una representación de carácter voluntario¹³⁷. Sin embargo las opiniones divergen en la naturaleza de esta representación voluntaria. La doctrina se encuentra dividida entre quienes admiten la aplicación a la designación de los límites que se fijan en la representación para la junta general¹³⁸ y quienes consideran que esos límites sólo operan en su ámbito estricto y, por tanto, no afectan a la representación de la copropiedad¹³⁹. Por esta razón, determinar si ambas representaciones son

¹³⁷ Aunque algunos autores ven cierta conexión con la representación legal, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, en *Tratados de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 228.

¹³⁸ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, en *Tratados de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 228.

¹³⁹ GARCÍA VICENTE, J.R., apoya la sujeción a “las limitaciones para desempeñar la función de representante (art. 183 y 184) aunque tal vez no pueda extenderse el límite más allá de su ámbito específico de aplicación”, en “Copropiedad y derechos reales...”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., pág. 1013, también LEÑA FERNÁNDEZ, R., “Comentario artículo 35, en *La Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. cit., pág. 202; sin embargo FERRÉ MOLTO, M., “Derechos sobre participaciones sociales”, en *La sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., pág. 546, considera

equiparables y, en consecuencia, de aplicación los artículos 183 y 184 LSC, requiere fijar el alcance de la expresión “los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio”.

El legislador con dicha expresión no atribuye condición jurídica alguna al designado ni califica su relación con los copropietarios, simplemente establece un requisito previo para que los copropietarios puedan ejercer los derechos de socio: la designación de una sola persona. Desde el punto de vista societario basta con que esa designación se produzca para que el representante esté legitimado “como socio” (sin que ello afecte a la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones para ejercer los derechos frente a la sociedad), es decir como si fuesen los copropietarios-socios los que ejercitasen los derechos directamente¹⁴⁰. Esta razón, “actuación como socio”, no permite equiparar al representante común con el representante voluntario, regulado en los artículos 183 y 184 LSC. Artículos que tienen una finalidad concreta y determinada que es fijar el régimen de representación del socio en la junta general, con el fin de conseguir su buen funcionamiento¹⁴¹. La relación socio y representante voluntario es una relación de representación limitada y temporal revocable por la simple presencia del representado en la junta general (art. 185 LSC), mientras que la representación del designado por los copropietarios es una relación institucional, genérica y duradera en el tiempo aunque revocable en los mismos términos que el nombramiento (acuerdo de los copropietarios). El artículo 126 LSC, además, busca una disociación societaria, que se podría calificar como “interesada” (evitar injerencias de los copropietarios en el funcionamiento de la sociedad), entre la copropiedad y el

que en el caso de sociedad de responsabilidad limitada “aunque en principio no se exige la condición de socio para ser representante de la comunidad, si consideramos que la representación debe ser única para el ejercicio de todos los derechos de socio, y para el ejercicio de alguno de ellos, como el de asistir como representante a una junta general se necesita ser socio, deberíamos concluir lo contrario”. En el mismo sentido, la STS, 1ª, núm. 1082/2004, de 5 de noviembre, determina que la persona designada por la comunidad hereditaria no es representante voluntario ex. art. 106.2 LSA (actual 184 LSC).

¹⁴⁰ ALBORCH BATALLER, C., *El derecho de voto...*, op.cit., Madrid, 1977, pág. 340, considera que no es de aplicación la especialidad del poder de representación para cada junta general a la copropiedad de acciones, puesto que no se trata de un caso de representación *strictu sensu* sino del cumplimiento de un presupuesto que la Ley considera necesario para el ejercicio de los derechos de socio incorporado a las acciones cuya propiedad es compartida.

¹⁴¹ ZUBIRI DE SALINAS, M., “Comentario art. 184 LSC”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., pág. 1317-1318.

ejercicio de los derechos sociales, lo que consigue mediante la exigencia de la designación de una sola persona para su ejercicio, sin intervenir en la forma en que ésta debe adoptarse. De esta manera se produce una complementación entre normas societarias y normas civiles. La norma societaria parece “conformarse” con asegurar el ejercicio de los derechos de socio con la designación de una persona que los ejercite, mientras que las normas para nombrar y fijar las relaciones de los titulares con la persona encargada de ejercer los derechos se circunscriben, en principio, al ámbito de la regulación de la copropiedad (fijación del alcance de la designación en relación con el ejercicio de los derechos y de las relaciones sociedad-representante-socio).

3.3. Nombramiento del representante común

La distinción de ámbitos en la copropiedad entre normas societarias y normas civiles conlleva que el nombramiento del representante común que ejerza los derechos de socio en la sociedad quede sujeto a las reglas de administración que se hayan establecido entre los copropietarios o, en su defecto, las previstas en el Código civil (art. 397 y 398 Cc).

El acto de designación, en principio, es un acto de administración que no supone alteración con relevancia sobre la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones, por tanto debe encuadrarse dentro de los actos de administración que requieren la adopción por mayoría de intereses en la copropiedad. Sin embargo, designar a una sola persona para ejercer los derechos sociales (sea copropietario o sea un tercero ajeno a la comunidad) puede suponer una modificación del régimen de administración si los copropietarios no intervienen, en su condición de socio, en las decisiones sociales¹⁴². El contenido del nombramiento y la forma en que se faculte a la persona designada para ejercer los derechos sociales son los requisitos que marcarán si es necesaria la unanimidad o la mayoría de intereses para designar a la persona ejerciente de los derechos. Así, la designación de una persona para el ejercicio de los

¹⁴² Supra epígrafe II.4.

derechos de socio, en nombre de todos los copropietarios, según las instrucciones recibidas, no consiste en el nombramiento de un administrador general de las participaciones sociales o de las acciones sino de un mandatario facultado para que ejerza una tarea específica en nombre de los copropietarios y de acuerdo con las decisiones adoptadas por los propios copropietarios según el orden del día de la junta general. Se trata, por tanto, de un acto de gestión de mera administración que no requiere de la decisión unánime de los copropietarios. Sin embargo, si esta designación se efectúa con delegación permanente de facultades sin instrucciones específicas, el representante común actuará como si del propio socio se tratara adoptando las decisiones y, en consecuencia, se estará ante un acto que trasciende del acto de administración conservativa o para el mejor disfrute de la cosa y se convierte en un acto con repercusión para todos los copropietarios y, por tanto, sería necesario su acuerdo unánime¹⁴³.

Si los condóminos no llegan a un acuerdo o no designan ninguna persona, cualquiera de ellos estaría legitimado para acudir a la tutela judicial en beneficio de la comunidad y en defensa de un interés jurídicamente protegido como es el ejercicio de la condición de socio. El juez podrá designar la persona que ha de ejercer estos derechos e incluso, en caso de justificarse el conflicto y la imposibilidad de adoptar acuerdos respecto a la administración de las participaciones sociales o de las acciones, nombrar un administrador de las mismas (en este sentido, los artículos 222.4 y 223 del Código portugués *das Sociedades Comerciais* y los artículos 1844 Code civile y 225-10 Code commerce francés).

La revocación del representante, siempre que no se produzca por extinción de la comunidad, seguirá el mismo cauce que la designación (según las normas – convencionales o legales- que rijan la comunidad o por resolución judicial). Revocado el nombramiento deberá comunicarse a la sociedad junto con el nombramiento del nuevo representante.

¹⁴³ ALBALADEJO, M., *Derecho civil III....*, op.cit., pág. 384-385

En principio y de acuerdo con las normas civiles que regulan la copropiedad, cualquier persona con capacidad de obrar, sea física o jurídica, copropietario o tercero, socio o no, puede ostentar la posición de representante. De hecho, si los copropietarios tienen ya un representante, por ley, por decisión propia o de tercero (el albacea designado en el testamento) o por decisión judicial (administrador de la herencia), puede considerarse suficiente para ejercer los derechos de socio, sin perjuicio de que si son varios los representantes existentes, con funciones determinadas cada uno o con actuación mancomunada, sea necesario designar frente a la sociedad una única persona. La existencia de un representante, no impide, tampoco, el nombramiento de otra persona con la única función de ejercer los derechos sociales. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el carácter de este nombramiento es personalísimo, a diferencia del nombramiento del representante de la comunidad a efectos civiles, ya que si pudiera delegar o nombrar un sustituto, sin el consentimiento de la copropiedad, se perdería la esencia de la figura. La persona designada lo es para que ejerza una actividad concreta y específica y se la nombra a ella y no a otra.

Parece admisible, sin que ello suponga interferencia con la norma civil y ante el silencio de la Ley de Sociedades de Capital, que los estatutos sociales detallen las cualidades y condiciones que ha de cumplir la persona designada (ser socio, ser persona vinculada a la sociedad, ser copropietario). Si el representante nombrado por los copropietarios no cumple esos requisitos podrá ser rechazado por la sociedad hasta que se designe a una persona que se ajuste a las mismas. No debería existir tampoco objeción para que se designen varias personas de forma sucesiva para el caso de que se produzca la pérdida de los requisitos exigidos (dejar de ser socio, copropietario) o se cumpla el término previsto en su designación¹⁴⁴.

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión Mortis Causa...*, op. cit., pág. 114.

El nombramiento habrá de comunicarse a la sociedad aunque no es obligatoria su inscripción en el libro registro de socios o en el libro de acciones nominativas. La regulación del contenido de los libros registros carece de una disposición que establezca la inscripción de la identidad de la persona designada para el ejercicio de los derechos sociales junto a la existencia de la comunidad o de la identidad de los copropietarios (arts. 104 y 116 LSC). Será el órgano de administración quien voluntariamente inscriba la designación, por propia iniciativa y en su interés o a solicitud de los copropietarios, salvo que exista una previsión estatutaria. Además de los efectos liberatorios que dicha inscripción representaría para la sociedad, se evitarían situaciones de conflicto entre sociedad-representante o entre sociedad-copropietarios que pueden afectar a los acuerdos y decisiones a adoptar en su seno. Esta inscripción permitiría dejar reflejo en los libros registro de las cualidades que ha de reunir la persona designada, así como las condiciones impuestas en su nombramiento.

La forma escrita parece suficiente como medio de justificar la designación aunque se recomienda, por su objeto y alcance, documentar el nombramiento en documento público (por analogía con lo dispuesto en el art. 183.2 LSC). Ello no excluye, sin embargo, otras formas de acreditación, como la manifestación verbal o mediante la personación de todos los copropietarios en la sociedad para su designación o la asistencia de todos a la junta general dejando constancia en el acta de la designación de la persona que ejercerá los derechos de socio.

En conclusión, en el nombramiento del representante común intervienen normas civiles y societarias si bien en la regulación de aspectos diferenciados. La designación, revocación y sustitución del representante común están sujetas a las reglas de la copropiedad, sin que puedan interferir ni la norma societaria ni los estatutos. Los aspectos del nombramiento relacionados directamente con la sociedad -como los requisitos que ha de cumplir la persona designada, la obligatoriedad o no de

su inscripción en el libro registro o la forma de documentar la representación-, aunque la norma no los regule, pueden disciplinarse mediante cláusulas estatutarias.

3.4. Ámbito de actuación del representante común

A) Delimitación del contenido del poder de representación

La actuación del representante común viene circunscrita en la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 126, al “ejercicio de los derechos de socio”. Aseveración general de la que parece inferirse que el contenido de la representación comprende todos los derechos integrados en la condición de socio: aquéllos que la Ley reconoce con el carácter de mínimos, en el sentido de inherentes siempre a la participación social o a la acción (art. 93 LSC) y aquellos derechos que se reconocen al socio a lo largo de su articulado¹⁴⁵.

Sin embargo, la naturaleza y diversidad de estos derechos requiere, para poder aplicar las normas internas de administración de la copropiedad, determinar cuáles de esos derechos puede ejercer el representante directamente en nombre de los copropietarios y cuáles quedan fuera de su ámbito de actuación por requerir el consentimiento unánime de los copropietarios. El ejercicio de los derechos sociales, de acuerdo con los actos que se efectúan en el seno de toda copropiedad¹⁴⁶, supone, en unos casos la realización de actos de administración ordinaria pero, en otros, el ejercicio representa un verdadero acto de disposición de la participación (piénsese en la repercusión de la renuncia al derecho de suscripción preferente de las acciones sobre el porcentaje de participación en el capital social o el voto favorable a la

¹⁴⁵ DÍAZ MORENO, A., matiza que “ni el listado es exhaustivo, ni los socios disfrutarán en todo caso de los derechos incluidos en él, ni éstos son exclusivos de los socios. De una parte porque, como es evidente, la Ley reconoce a lo largo de su articulado otros derechos de variada naturaleza y de no poco relevancia (...). De otro lado, cabe observar que no siempre y en todo caso los socios gozarán de tales derechos: no existirán en los casos previstos en la propia Ley (...). Finalmente, algunos de los derechos enumerados en el referido artículo 93 no corresponden en exclusiva a los socios. Así sucede con el llamado derecho de impugnar los acuerdos sociales” (“Artículo 91”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, op. cit.*, págs. 772- 773).

¹⁴⁶ Epígrafe II.5

separación de la sociedad). Unos afectan a la gestión ordinaria mientras que otros afectan a la posición de los copropietarios en la sociedad al suponer alteración en la posición que la copropiedad mantiene en la sociedad¹⁴⁷.

La distinta trascendencia de los derechos requiere, por tanto, de una interpretación restrictiva de la expresión “ejercicio de los derechos de socio”, limitando el alcance de la actuación de la persona designada a aquellos derechos ejercitables frente a la sociedad que no requieran del consentimiento de todos los copropietarios para su ejercicio¹⁴⁸. Es decir, cuándo el ejercicio del derecho ha de considerarse un acto de administración en los términos del artículo 398 Cc.

La persona designada tendrá plena facultad para ejercer el derecho de asistencia, voz y voto, así como el derecho de información sobre la toma de decisiones que atañen a la gestión ordinaria de la participación en el capital de la sociedad, como son la aprobación de las cuentas anuales, el nombramiento de administradores, auditores y liquidadores o el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, así como para ejercer directamente derechos como la petición de auditor de cuentas cuando se den las circunstancias requeridas o la impugnación de acuerdos. Sin embargo, la toma de decisiones sobre acuerdos que conllevan la asunción de nuevas obligaciones o el ejercicio del derecho de rescate o de separación, requieren ser respaldadas por el acuerdo unánime de los copropietarios al afectar a la cosa común (art. 397 Cc); basta que solo uno de ellos muestre su disconformidad con el ejercicio del derecho, para que el acuerdo no pueda adoptarse y, en consecuencia, el representante haya de votar en contra¹⁴⁹ o abstenerse.

¹⁴⁷ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., Comentario artículo 66, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit., pág. 648, para el que el representante común está legitimado para ejercer los derechos corporativos que no impliquen un acto de disposición.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, op. cit., pág. 561; y, especialmente, PANTALEÓN PRIETO, F., *Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 246.

¹⁴⁹ ALBORCH BATALLER, C., *El derecho de voto.... op.cit.*, pág. 339; FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., “Copropiedad y usufructo de acciones”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, vol. 2 (en homenaje al Prof. Girón Tena), Madrid, 1994, pág. 757; PANTALEÓN PRIETO, F., *Régimen de las participaciones sociales en la*

De acuerdo con esta interpretación restrictiva de la actuación de la persona designada, la doctrina ha fijado un “contenido típico-legal del poder de representación”¹⁵⁰, contenido del cual se excluyen, además de los derechos que no se ejercen frente a la sociedad (enajenación o gravamen de la participación), el sentido del voto en el ejercicio de los derechos que requieren la unanimidad de los copropietarios, aunque no se excluya la legitimación para asistir y votar en la correspondiente junta, ya que es necesario asegurar que el representante vota respetando la decisión adoptada por los copropietarios en el seno de la comunidad. Es de destacar en relación con este aspecto como la regulación portuguesa excepciona de las facultades del representante común los actos de disposición o gravamen de la acción, aquéllos que supongan aumento de las obligaciones o exención o reducción de derechos de socio y exige que la concesión de las mismas sea comunicada por escrito a la sociedad (art. 223 *Código das sociedades comerciais*).

Por esta razón y para evitar conflictos sobre el alcance de la expresión “ejercicio de los derechos de socio”, *de lege ferenda*, convendría que la norma societaria efectuara una regulación de los derechos a que alcanza la designación –o excluyera a los que no alcanza– y las consecuencias que frente a la sociedad tiene la actuación del representante. Así, se podría exigir la necesaria acreditación del sentido del voto del representante para la adopción de acuerdos con repercusión en el valor de la participación social o de la acción o en la posición de socio, como los relativos a la asunción o suscripción preferente, la separación de la sociedad, la asunción de nuevas obligaciones o gravámenes o acuerdos relativos a modificaciones estructurales de la sociedad (de forma análoga a lo previsto en el art. 186 LSC para la representación ante la junta general).

sociedad de responsabilidad limitada, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 242.

¹⁵⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 241 y ss.

B) La extralimitación en el ejercicio de los derechos. Actuación de los copropietarios frente a la sociedad y frente al representante

El artículo 126 LSC, como se ha visto, no justifica todas las actuaciones que el representante ejercite frente a la sociedad o frente a terceros, pues actuaciones como la enajenación, la cesión o renuncia de derechos concretos de carácter patrimonial que derivan de la titularidad, son más actos de disposición que de ejercicio de los derechos inherentes a la participación social o a la acción. Cualquiera de estas actuaciones que lleve a cabo la persona designada, aunque faciliten las relaciones entre los copropietarios y la de éstos con la sociedad o cualquier tercero, sólo tendrán efecto frente a la sociedad si se acredita apoderamiento suficiente¹⁵¹.

Pues bien, salvo en estas actuaciones en que es necesario el apoderamiento expreso, al no existir en la regulación societaria de la copropiedad una norma que sirva de fundamento a una posible delimitación del contenido de la representación, hay que colegir que la sociedad no tiene obligación de comprobar si el representante se extralimita en sus funciones o si su voto coincide con las instrucciones dadas por los copropietarios. Los acuerdos adoptados tendrán plena validez y eficacia frente a ellos y la decisión adoptada en el seno de la comunidad contraria al voto emitido por el representante no podrá oponerse frente a la sociedad. A este efecto se une, según la opinión mayoritaria, la pérdida del derecho de impugnación de los acuerdos de la junta general (204 LSC), pues la persona designada, que actúa como si se tratara del propio socio, es la única legitimada para ejercer dicho derecho en nombre de todos los copropietarios.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser objeto de matización. El artículo 206.1 LSC, tras su reforma por Ley 31/2004, de 3 de diciembre, legitima para la impugnación de los acuerdos sociales *“a cualquiera de los administradores, los terceros que*

¹⁵¹ FERRÉ MOLTO, M., “Derechos sobre participaciones sociales”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1998, pág. 546; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., “Artículo 66”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit., pág. 648.

*acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital*¹⁵². Si se observa, solo es necesario para impugnar reunir la condición de administrador, tercero con un interés legítimo o socio que tenga la condición antes de la adopción y represente, individual o conjuntamente, al menos el uno ciento del capital. No se exigen, por tanto, otros requisitos como la constancia de la oposición al acuerdo, la ausencia, la privación del derecho, etc. Pues bien, si se ponen en relación el artículo 206.1 LSC y el artículo 394 Cc, el copropietario-socio podría impugnar los acuerdos adoptados atendiendo tanto a su condición de socio como a su condición de copropietario.

En cuanto socio si su cuota de participación en la comunidad, o junto a la de otros copropietarios, representa un interés en la sociedad igual o superior al uno por ciento del capital social¹⁵³ estaría legitimado para impugnar los acuerdos que considere impugnables. Ahora bien, el ejercicio del derecho por el copropietario en su condición de socio iría contra el principio de unificación de los derechos que rige la copropiedad de participaciones sociales y de acciones, al producirse discrepancia entre la facultad otorgada al representante común para el ejercicio de la adopción del acuerdo y su actuación individual como copropietario-socio impugnándolo -aunque la disposición legal no exige que se vote en contra para poder impugnar¹⁵⁴. Además, la sociedad podría alegar, como excepción procesal, la doble actuación (contraria a los principios de la representación del art. 126 LSC). Para que los copropietarios-socios pudiesen ejercer individualmente las acciones de impugnación sería necesaria una norma similar a la que regula las acciones individuales de los obligacionistas que exige que no contradigan los acuerdos del sindicato, dentro de su competencia y sean compatibles con las facultades que al mismo se hubiesen conferido (art. 426 LSC).

¹⁵² En el caso de acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero (art. 206.2 LSC).

¹⁵³ De ahí la importancia, como se ponía de manifiesto al tratar del contenido del libro registro, de reflejar en la inscripción de la cuota de participación de cada copropietario en la comunidad.

¹⁵⁴ Al margen de la aplicación de la doctrina de los actos propios, el abuso de confianza, el cumplimiento de deber de fidelidad a la sociedad...

Parece más viable impugnar los acuerdos como tercero con un interés legítimo¹⁵⁵: (i) la defensa de su interés como miembro de la comunidad a la que pertenecen las participaciones sociales o las acciones (art. 394 Cc) o (ii) en su condición de copropietario-socio que no ha sido designado para ejercer los derechos de socio y que no puede promover que la persona designada para ello impugne tal acuerdo. Se trataría de valorar y equilibrar el interés social y el interés de la comunidad, cuya apreciación será, en todo caso, una cuestión de hecho a apreciar por los Juzgados de lo Mercantil¹⁵⁶. En relación con esta cuestión, cabe traer a colación la jurisprudencia italiana, que, de forma mayoritaria, reconoce que la legitimación para la impugnación de los acuerdos sociales corresponde al representante común aunque admite la legitimación de cada copropietario-socio siempre que no se haya designado representante común; aunque como la Corte de Casación ha reconocido, la necesidad de designación de dicho representante no impide el ejercicio personal de los derechos individuales y, en concreto, su tutela mediante la acción judicial¹⁵⁷.

Si el representante ha actuado en contra de las instrucciones de los copropietarios o se ha extralimitado en sus facultades, la comunidad, aparte de revocar su designación, pueden interponer demanda de responsabilidad por actuación negligente o fraudulenta para resarcirse de los daños y perjuicios que el voto en contra

¹⁵⁵ BAENA BAENA, P.J., *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (de la junta general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad corporativa)*, Madrid, 2006, pág. 84; MASSAGUER FUENTES, J., *Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales*, en Almacén de Derecho, 29 de mayo de 2016 (almacenederecho.org/lecciones-legitimacion-materia-impugnacion-acuerdos-sociales/); ROJO, A., "Artículo 206. Legitimación para impugnar", en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur-Menor (Navarra), 2011, pág. 1457.

¹⁵⁶ BAENA BAENA, P.J., *Legitimación activa para la impugnación....op. cit.*, nota 141, pág. 126; BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., "Impugnación de acuerdos sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord., por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur-Menor (Navarra), 2006, pág. 467-468, que matiza que "la existencia de este interés legítimo debe examinarse cuidadosamente, para evitar que la acción de impugnación de los acuerdos sociales pueda llegar a constituirse en una acción prácticamente pública, cosa que no ha querido de ninguna de las maneras el legislador".

¹⁵⁷ La legittimazione all'esercizio dei diritti sociali da parte dei singoli comproprietari di azioni o della quota sociale e l'ammissibilità della revoca cautelare ante causam dell'amministratore di società a responsabilità limitata", *Giur. it.*, 2008, pág. 2635.

de las instrucciones recibidas o la falta de voto les ha producido, así como por la realización de actuaciones que exceden de sus propias facultades. Se trata, pues, de una manifestación más de la finalidad genérica del artículo 126 LSC, proteger a la sociedad frente a las disfunciones que se puedan producir en las relaciones entre los copropietarios y entre éstos y la persona designada para ejercer los derechos de socio, que habrá de responder exclusivamente ante ellos (art. 1718 y 1726 Cc).

4. Responsabilidad solidaria de los copropietarios por las obligaciones derivadas de la condición de socio

A diferencia del ejercicio de los derechos de socio en que la norma establece que han de actuar necesariamente a través de un representante, en el lado pasivo de la relación sociedad-copropietarios, el artículo 126 LSC fija la responsabilidad solidaria de todos los copropietarios por las obligaciones derivadas de la condición de socio. El artículo societario, en principio limitado a regular las relaciones externas de la copropiedad, establece una norma que, en principio, podría entenderse encuadrable en sus relaciones internas, sin embargo no se trata de una injerencia de la norma societaria en el ámbito civil, pues tiene efectos solo frente a la sociedad y no afecta al régimen establecido en el seno de la comunidad. Si las obligaciones sociales se exigen por la sociedad a uno solo de los copropietarios y éste las satisface, tendrá el derecho de repetir contra el resto de acuerdo con el régimen fijado o, en su defecto, responderán de forma proporcional a sus respectivas cuotas (art. 393 Cc)¹⁵⁸.

La responsabilidad solidaria de los copropietarios frente a la sociedad por el cumplimiento de sus obligaciones sociales es una norma imperativa e irrenunciable¹⁵⁹ y se rige por los artículos 1141 a 1148 Cc (con excepción del artículo 1146 Cc). Este

¹⁵⁸ Entre otros, BELTRÁN, E., *Los dividendos pasivos*, Madrid, 1988, pág. 111 ss.; GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de Sociedades Mercantiles*, op. cit. pág. 248; SÁNCHEZ-PARADI PASCUA, J.L., *Comentario artículo 66*, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit., pág. 648.

¹⁵⁹ Matizaciones a este principio, en PANTALEÓN PRIETO, F., *Régimen de las participaciones sociales....*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, op. cit., pág.253, frente a la irrenunciabilidad expuesta, por este mismo autor, en *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles op.cit.*, págs.35 y 52.

carácter se encuentra justificado no solo en el interés de la sociedad sino en el de los terceros (principalmente, acreedores) en cuanto afecta a la integridad del capital y a la preservación del patrimonio. El pago de los desembolsos pendientes, la restitución de dividendos o de las cantidades a cuenta indebidamente cobradas, la responsabilidad por la veracidad de las aportaciones sociales no dinerarias o por el cumplimiento de prestaciones accesorias –siempre que no estén vinculadas personalmente-, se pueden exigir a todos los copropietarios de forma simultánea o solamente a uno de ellos y si éste no satisface la deuda podrá dirigirse la acción contra cualquier otro¹⁶⁰.

La responsabilidad solidaria subsiste mientras subsista la situación de copropiedad e incluso después de extinguida para aquellas obligaciones que sigan manteniéndose frente a la sociedad, en concreto cuando se transmiten acciones no liberadas de cuya obligación siguen respondiendo solidariamente todos los copropietarios junto con el adquirente y con todos los transmitentes que le precedan¹⁶¹.

5. La transmisión de la cuota en la copropiedad y la división de la cosa común

Con carácter general, la transmisión de las participaciones sociales y de las acciones por actos *inter vivos* se regula en la Ley de Sociedades de Capital estableciendo un régimen distinto para las sociedades de responsabilidad limitada y para las sociedades anónimas. En la sociedad de responsabilidad limitada, la regla general es la restricción a la transmisibilidad de las participaciones sociales, siendo nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* (arts. 107 y 108 LSC y 188 RRM). En cambio, en las sociedades anónimas se parte de la libre transmisibilidad de las acciones, admitiéndose cláusulas estatutarias restrictivas siempre que no se establezca

¹⁶⁰ Para un estudio del alcance de la responsabilidad solidaria, los supuestos incluidos y excluidos, PANTALEÓN PRIETO, F., *Régimen de las participaciones sociales...*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *op. cit.*, págs. 248-252.

¹⁶¹ BELTRÁN, E., Responsabilidad en la transmisión de acciones no liberadas (comentario art. 85 LSC), en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, págs. 730 ss.

una prohibición total de transmisión y recaigan sobre acciones nominativas (arts. 123 y 124 LSC y 123 RRM).

Las cláusulas restrictivas son el principal instrumento jurídico de las sociedades de capital para facilitar la necesaria protección del sustrato subjetivo de los socios que la integran¹⁶². Las restricciones estatutarias, a diferencia de otros instrumentos convencionales (protocolos familiares o pactos parasociales), están amparadas por el ordenamiento jurídico y tienen un alcance y efectos más amplios, al establecer barreras de entrada a terceros extraños a la sociedad y a quienes no cumplan los requisitos personales de quienes constituyen el núcleo de socios. Según sea el grado de limitación, mayor o menor, las cláusulas son de variada naturaleza; si bien las más habituales se agrupan en las siguientes categorías: cláusulas de autorización o consentimiento; cláusulas de adquisición preferente o prelación y cláusulas de rescate¹⁶³. En la práctica, la mayoría de los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas de carácter cerrado recogen el derecho de adquisición preferente en caso de transmisión *inter vivos* a favor de los demás socios y de la sociedad.

Pues bien, la transmisión de un paquete significativo o de la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones de una sociedad que pertenecen en copropiedad a varios sujetos al tratarse de un acto de disposición requiere del acuerdo unánime de todos los copropietarios. A falta de este acuerdo, y cuando la situación creada entre los copropietarios se torna insoportable, sobre todo cuando se llega a la misma por causas ajenas a su voluntad o existen enfrentamientos entre ellos, el legislador, en el respeto al principio de no permanecer en indivisión indefinidamente, facilita al copropietario su salida de la comunidad a través de dos vías: transmitir su

¹⁶² En palabras de PERDICES HUETOS “la concreta configuración de esa limitación, sus beneficiarios y afectados, las transmisiones sujetas, las causas de denegación, etc., reflejarán la finalidad y alcance con que el *intuitus personae* afecte la organización de la sociedad” (en *Cláusulas restrictivas...*, *op.cit.*, pág. 100).

¹⁶³ Para un estudio detallado, PERDICES HUETOS, A.B., *Cláusulas restrictivas...*, *op. cit.*

cuota parte a otro copropietario o a un tercero (art. 399 Cc)¹⁶⁴ o solicitar la división de la cosa común (art. 400 Cc).

Tanto la transmisión de la cuota parte como la solicitud de la división de la cosa común son negocios jurídicos con repercusión para los demás copropietarios pero también para la sociedad y los demás socios. La cuestión decisiva es determinar si las restricciones legales o estatutarias a la libre transmisibilidad de participaciones sociales o de acciones son aplicables a estos negocios jurídicos.

5.1. Transmisión de la cuota parte. Incidencia de las cláusulas restrictivas a la transmisibilidad *inter vivos*.

La transmisión de la cuota parte tiene, con carácter general, un doble efecto derivado de la doble condición de copropietario y socio del enajenante. En el ámbito de la comunidad origina un derecho de rescate a favor de los demás copropietarios y en el ámbito societario un derecho de adquisición preferente a favor del resto de socios y de la sociedad de acuerdo con el régimen de restricciones a la transmisibilidad *inter vivos* existente en la sociedad de responsabilidad limitada o en la sociedad anónima a la que pertenezcan las participaciones sociales o las acciones nominativas enajenadas. Ahora bien, para que se puedan ejercitar estos derechos se deben tener en cuenta dos factores: la condición del adquirente y el distinto momento en que se produce el derecho.

Si la transmisión de la cuota parte se produce entre copropietarios no nace derecho alguno. Es decir, no nacería el derecho de rescate por no producirse la

¹⁶⁴ En los casos en que existe obligación sobre la totalidad de los copropietarios de realizar una prestación accesoria, éste o no vinculada a las participaciones sociales o a las acciones en copropiedad, la facultad de transmitir la cuota debe verse limitada a la obtención del consentimiento unánime de los demás copropietarios (art. 397 Cc), pues, en caso contrario, falta la plena disponibilidad al estar sujeta a una obligación común (art. 399 Cc), FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., "El condominio y el usufructo sobre participaciones sociales. Un comentario de los artículos 35 y 36 de la Ley de Sociedades Limitadas", en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. IV, capítulo 106, pág. 3403.

enajenación a un extraño a la comunidad y no surgiría el derecho de adquisición preferente del resto de los socios por tratarse de una transmisión libre entre socios (salvo, pacto estatutario en contrario). La única consecuencia que se produce es una reducción de copropietarios-socios al aumentar uno de ellos su cuota de participación en la copropiedad.

Cuando la transmisión se produce a favor de un socio no copropietario tampoco nace el derecho societario de adquisición preferente, si se parte de la transmisión libre entre socios. Sin embargo, consumada la transmisión, nace el derecho de rescate a favor de los demás copropietarios. Este derecho podrá ser ejercitado por cualquiera de ellos y el socio ajeno a la copropiedad que haya adquirido la cuota parte en la comunidad tendrá obligación de enajenársela al copropietario que haya manifestado su interés por dicha cuota. Se estaría ante una transmisión forzosa *ex lege* consecuencia de un derecho de carácter imperativo.

Por último, la transmisión a un tercero, no copropietario ni socio, origina ambos derechos. En este supuesto, los derechos recaen sobre un mismo objeto pero no coinciden en el tiempo, pues el ejercicio de derecho de adquisición preferente se ejerce antes de la enajenación y el derecho de rescate una vez consumada ésta. Por tanto, el orden de aplicación viene determinado por el elemento temporal. El copropietario, en su condición de socio, salvo otra previsión estatutaria, debe comunicar a la sociedad la intención de transmitir su cuota parte a un tercero no socio, momento a partir del cual nace el derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios, incluidos los copropietarios-socios y la propia sociedad. Ahora bien, si el copropietario-socio no adquiere la cuota parte y se enajena a un tercero ajeno a la copropiedad, aunque sea socio, nace el derecho de rescate y el resto de copropietarios podrán adquirirla e incrementar su participación en la copropiedad. De esta forma, aunque ejercitado con posterioridad, el derecho de rescate al ser un derecho, cuyas consecuencias no solo son de interés particular sino que afectan al

interés general¹⁶⁵, tiene preferencia, no en el momento de aplicación pero sí en sus efectos jurídicos, al derecho derivado de las restricciones estatutarias. Su ejercicio conlleva la obligación del socio adquirente, en virtud del derecho de adquisición societario, de enajenar al copropietario retrayente la cuota parte adquirida.

5.2. División de la cosa común. Incidencia de las restricciones a la libre transmisibilidad *inter vivos*

El heredero, en su objeto de salir de la indivisión, también puede solicitar la división de la copropiedad¹⁶⁶ sobre las participaciones sociales o acciones. Evidentemente, la división no da lugar al derecho de retracto de comuneros pues su finalidad es extinguir la copropiedad y, en consecuencia, dejan de cumplirse los requisitos que configuran dicho derecho. La división plantea una cuestión distinta: si los socios tienen derecho preferente de adquisición frente a los adjudicatarios en la división. El análisis de esta cuestión requiere partir de los distintos supuestos de copropiedad que se pueden presentar:

a) La copropiedad recae sobre una sola participación social o sobre una sola acción. Se está ante un caso de indivisibilidad física (art. 90 LSC). En estos casos, la división de la cosa común no es posible, pero los copropietarios pueden llegar al acuerdo unánime de adjudicar la participación a un único copropietario que indemnizará a los demás en el valor de su cuota parte. A falta de este acuerdo unánime, se ha de proceder a la división económica, es decir, proceder a su venta y al reparto del precio obtenido (art. 404 Cc).

b) La copropiedad recae sobre la totalidad o un número determinado de participaciones sociales o de acciones. En una primera aproximación, no existen razones que impidan realizar la división material del paquete, pues éste se puede fraccionar en tantos lotes como copropietarios existan (con independencia de que sea

¹⁶⁵ Supra epígrafe II.5

¹⁶⁶ Supra epígrafe II.6.

necesario completar las diferencias en metálico). Producida la división física o material del paquete de participaciones sociales o de acciones cada copropietario se convierte en propietario exclusivo de las adjudicadas y, en consecuencia, en socio.

c) La copropiedad recae sobre un paquete de participaciones sociales o acciones que supone un porcentaje representativo del capital de la sociedad y su división supone la pérdida de la mayoría en la junta general o de la posición jurídica de control y gestión de la sociedad de capital. Motivo que podría ser considerado suficiente para declarar su carácter esencialmente indivisible. Declarado dicho carácter se produce una situación similar a la de la indivisibilidad de una sola participación social o acción.

De los supuestos planteados se deduce que la forma de aplicación de los derechos de adquisición preferentes previstos a favor de los socios va a depender del tipo de división que se practique.

Si la división es una división material (cada copropietario se adjudica un número de participaciones sociales o de acciones proporcional a su cuota de participación en la copropiedad) se vuelve sobre la naturaleza del acto de división y las diferentes teorías: acto declarativo, traslativo o especificativo de un derecho previo. La doctrina mayoritariamente acepta la teoría especificativa¹⁶⁷, que parte de que la división al producir la extinción de la copropiedad concreta el derecho de propiedad que ya correspondía a cada copropietario, es decir que cada copropietario se convierte en titular de un número de participaciones sociales o de acciones determinado. Esa titularidad exclusiva les permite acceder a la sociedad en condición de socios a título individual, sin embargo, a efectos societarios, esa especificación de derechos en el ámbito de las relaciones internas entre los copropietarios tiene una consecuencia distinta: una alteración subjetiva. Esta alteración se manifiesta en el cambio de una pluralidad de sujetos que tenían un bien en común y que debían actuar de forma

¹⁶⁷ Supra epígrafe II.6.2.

conjunta como un solo socio, a una pluralidad de titulares, propietarios exclusivos de un número determinado de participaciones sociales o de acciones, legitimados cada uno de ellos para ejercer la condición de socio. Esta especificación que no es transmisión en sentido técnico, sin embargo produce sus mismos efectos, lo que plantea la procedencia o no de aplicar un derecho de adquisición a favor de los socios existentes en la sociedad que no forman la copropiedad.

Cuando la especificación del derecho de propiedad particular se produce de acuerdo con lo pactado entre los copropietarios o, como sucede en la mayor parte de los casos, es el resultado de un proceso judicial (*actio communi dividundo*) no existe posibilidad de llevar a cabo una actuación societaria intermedia por los socios que permita adquirir las participaciones sociales y las acciones antes de su atribución. Ello impide que se pueda reconocer un derecho de adquisición preferente similar al que se origina cuando se produce una transmisión *inter vivos*.

Sin embargo, realizada la división y atribuidas las participaciones sociales y las acciones, la comunicación a la sociedad de las nuevas titularidades permitiría reconocer un derecho de rescate similar al que se produce en las transmisiones *mortis causa* o en las transmisiones forzosas. La solicitud de división (material) de la cosa común –salvo limitaciones que impidan su admisión– conlleva necesariamente la extinción de la comunidad y la correspondiente atribución de la titularidad del bien o bienes a los copropietarios. Pues bien, esta especificación de la titularidad se puede asemejar a la transmisión *ex lege* a los causahabientes que se produce en la transmisión *mortis causa* en cuanto sus efectos son los mismos: se produce una transmisión sin que intervenga la voluntad de las partes¹⁶⁸. Por tanto, la vía para poder evitar los efectos de esa transmisión automática de las participaciones sociales y de las acciones sería el reconocimiento de un derecho de rescate a favor del resto de socios.

¹⁶⁸ v. PERDICES HUETOS, A.B., Comentarios a los artículos 110 a 112 y 123 a 125 en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *op.cit.*, págs. 906 y 997.

En el segundo caso, división económica (venta del bien y reparto del importe obtenido), se produce una verdadera transmisión *inter vivos*, aun cuando dicha venta se efectúe en pública subasta. La venta de la participación cuando existen restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad es la condición exigida para el ejercicio del derecho de adquisición preferente de los socios (art. 107 y 109 LSC).

IV. SUPUESTOS RELEVANTES DE PLURALIDAD DE TITULARES SOBRE PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES

La regulación societaria de la copropiedad de participaciones sociales y de acciones, como se deduce de lo que se ha expuesto en el epígrafe anterior, parte de su adquisición o suscripción voluntariamente por varias personas que constituyen un condominio o comunidad de tipo romano. Por ello, existe cierta homogeneidad con la regulación de la comunidad en el Código civil¹⁶⁹. Ahora bien, no debe olvidarse que existen otras situaciones de pluralidad de titulares de participaciones sociales y de acciones que no siempre se ajustan a la normativa del Código civil. Son comunidades constituidas por un conjunto de bienes y derechos que corresponden a dos o más sujetos pero que no son copropiedad en sentido estricto.

1. La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales

La aceptación de la herencia –o la falta de aceptación–, la disposición del causante en sus últimas voluntades, la fijación del régimen económico matrimonial o la disolución de la sociedad de gananciales dan lugar a comunidades que no responden a un modelo de comunidad ordinaria, sino que constituyen comunidades con una configuración y régimen jurídico específicos. Son comunidades en las que existe un

¹⁶⁹ SANTOS BRIZ, J., en *Derecho civil, Teoría y práctica*, tomo II. *Derecho de cosas*, Madrid, 1973, pág. 265-266, justifica que “por el lugar en que el Cc regula la comunidad y sobre todo por la rúbrica que utiliza (“De la comunidad de bienes”), se deduce que se refiere únicamente a la copropiedad, y de las normas concretas que a ella dedica también se deduce claramente (sobre todo al hablar de cuotas indivisas ideales y de la acción de división, art. 392, 393 y 400) que la figura de condominio recogido es la copropiedad romana”, sin que ello impida interpretar que el art. 392, párr. 1º permita que la comunidad recaiga sobre toda clase de derechos.

vínculo personal entre los partícipes en torno a un patrimonio común e independiente (los herederos en torno a la herencia o los cónyuges en torno al patrimonio común)¹⁷⁰, consecuencia de un hecho, de un acto jurídico o de lo prescrito en una norma jurídica y cuya finalidad es distinta al simple uso y disfrute de los bienes y derechos que la constituyen.

Se forman comunidades que, sin ser sujetos de derecho independientes, configuran una especie de colectividad independiente de los miembros que la componen y en las que los derechos de los individuos son de naturaleza diversa al derecho de la copropiedad. Las titularidades conjuntas surgen de la regulación de las relaciones patrimoniales del matrimonio y de la sucesión hereditaria¹⁷¹. Sociedad de gananciales, comunidad postganancial, herencia yacente y comunidad hereditaria son comunidades que, como se verá al efectuar su estudio, se reconocen por la doctrina de forma mayoritaria como cercanas a las comunidades germánicas. Sin embargo, en dichas comunidades concurren unas notas características propias que las hacen diferentes a éstas y, por supuesto, a la comunidad ordinaria.

Hay que destacar, en este sentido, la Resolución de 13 de junio de 2013 que reconoce como doctrina consolidada de la DGRN que existe, en los supuestos de sociedad de gananciales, en la cotitularidad inherente al régimen de postgananciales, en la comunidad hereditaria, yacente la herencia y hasta la partición, una situación de cotitularidad sobre acciones y participaciones sociales de discutida naturaleza jurídica, pero que en cuanto más afín a la comunidad germánica o sin designación de cuotas es

¹⁷⁰ LLAGARIA VIDAL, E., "Algunas consideraciones sobre la comunidad hereditaria", en *Comunidad de Bienes*, Coor. Por M.J. REYES LÓPEZ, Valencia, 2014, pág. 444 ss., distingue entre comunidades con base real, que es la regulada en los artículos 392 y ss. Cc y que recae sobre una cosa o un derecho; y comunidades con base personal en la que lo primordial es la cualidad personal o individual del comunero.

¹⁷¹ Aun consciente de la influencia e importancia de la legislación autonómica en esta materia (art. 149.7 CE), se hará abstracción con carácter general de las normas autonómicas, salvo en aquellos casos en que por su importancia y relevancia para los aspectos concretos que se traten deban mencionarse. La razón de su no consideración es el propio objeto de este trabajo, centrado fundamentalmente en el Derecho de Sociedades de Capital, materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.6 CE).

radicalmente diferente a la comunidad ordinaria o por cuotas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Estos rasgos característicos que diferencian a estas comunidades especiales de las comunidades ordinarias y germánicas son principalmente:

a) Vinculación personal de los titulares al patrimonio consecuencia de un hecho, acto o negocio jurídico concreto (el matrimonio, el divorcio o el fallecimiento). Es decir, existe una cualidad personal en todos los partícipes que es la que les hace miembros de la comunidad.

b) Existencia de un patrimonio separado¹⁷² al de sus miembros, pero vinculado a éstos de forma incidental. Las participaciones sociales o las acciones gananciales u objeto de transmisión hereditaria -máxime si las sociedades de capital constituyen el instrumento canalizador para ejercer la actividad de uno o de ambos cónyuges o del causante empresario- forman parte de este patrimonio conjunto.

c) Se trata de un patrimonio de carácter dinámico, objeto de administración separada y afecto a un régimen de responsabilidad específico. Se rige por los principios de afectación y destino.

d) Su destino está adscrito a un fin determinado (la concreción de bienes, derechos o cuotas de los mismos que pasarán a ser titularidad de los distintos miembros de la comunidad).

e) Se les reconoce cierta capacidad jurídica a determinados efectos, aunque carecen de personalidad jurídica propia. Son entes objeto de cierta subjetivación.

¹⁷² “Patrimonio separado que existe cuando un conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico se separa del patrimonio general de la persona, quedando sometido a una regulación unitaria por su destino a un fin especial, con un específico régimen de administración y con una afección a una responsabilidad propio” (DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, pág. 497).

En consecuencia, en la sociedad de capital se integra una comunidad que se rige por unas reglas específicas, pero que se encuentra sujeta al régimen societario previsto, con carácter general, para la copropiedad de participaciones sociales y de acciones. Al igual que en la copropiedad se diferencian dos ámbitos distintos de actuación: las relaciones sociedad-comunidad y las relaciones internas de sus miembros. En las primeras (relaciones externas) regirá la normativa societaria y en las segundas (relaciones internas) la normativa rectora de la institución jurídica correspondiente, el derecho patrimonial del matrimonio o el derecho de sucesiones.

Sin embargo, la separación de los ámbitos (societario y civil) no es tan clara como en la copropiedad ordinaria y la línea divisoria entre unas normas y otras se difumina en relación con el ejercicio de determinados derechos sociales. Hay que tener en cuenta que en la relación jurídica existente, que se podría llamar de “copropiedad impropia”, los sucesores o los cónyuges son titulares de un derecho de propiedad indeterminado sobre la totalidad de un patrimonio, pero no se pueden considerar propietarios a título personal o copropietarios de las participaciones sociales o de las acciones hasta que no se produce la liquidación de la comunidad correspondiente.

Pero, en realidad, la verdadera cuestión que se plantea en este tipo de comunidades no es tanto una cuestión de justificación de la titularidad sino de distribución de poderes, facultades y deberes entre los distintos sujetos que integran la comunidad respecto a los bienes que configuran el patrimonio y, en concreto, el ejercicio de la condición de socio inherente a las participaciones sociales y a las acciones. La regulación se distancia de la copropiedad ordinaria, para poner de manifiesto la confluencia entre las normas societarias y las que regulan las distintas instituciones que surgen de estas relaciones jurídicas. Prueba de la existencia de la confluencia normativa derivada de la integración de comunidades de este tipo en las sociedades de capital y de la sensibilidad sobre los conflictos latentes que ello provoca,

es la práctica habitual de recurrir a la autonomía de la voluntad para buscar vías que compatibilicen ambas realidades.

1.1. Importancia de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad se manifiesta a través de instrumentos jurídicos diversos, tanto en el ámbito societario como en el ámbito del régimen económico matrimonial (capitulaciones matrimoniales que permiten modificar el régimen legal) y, con un alcance más limitado, en el derecho sucesorio (pactos sucesorios). Los socios, junto a los estatutos que les permiten adecuar la configuración de la sociedad a sus propios intereses (restricciones a la transmisibilidad de participaciones sociales y acciones, fijación de condiciones para poder ser socio, quórums reforzados para adoptar determinados acuerdos, etc.) se valen de pactos reservados o pactos parasociales (acuerdos relativos al funcionamiento, organización y ejercicio de los derechos sociales: pactos de adquisición preferente en caso de transmisión de participaciones sociales o acciones, pactos de no agresión, convenios sobre el ejercicio de los derechos de votos, compromiso sobre el sentido de determinados acuerdos, sindicatos de voto, etc..)

Por esta razón, junto a la perspectiva del derecho positivo y teniendo en cuenta la importancia subjetiva de las figuras a estudiar (herencia yacente, comunidad hereditaria, sociedad de gananciales, comunidad postganancial), se destacarán, en los capítulos siguientes, las formas en que la autonomía de la voluntad autorregula las distintas cuestiones que se plantean y sirve de instrumento para conseguir unos fines o resultados concretos a los que, en ocasiones, no llega la regulación legal. No obstante, se destacan, en el epígrafe siguiente, por su carácter integrador los pactos parasociales y los protocolos familiares.

A pesar de lo expuesto, no se debe ignorar el hecho de que, en la práctica societaria, existen dos realidades distintas: las sociedades titulares de importantes

patrimonios estructurados que responden a una planificación determinada y las sociedades dedicadas a la explotación de una actividad económica o profesional como medio de subsistencia de sus socios. En el primer caso, los socios buscan preservar los intereses y conveniencias del negocio, asegurando el desarrollo de la actividad y la continuidad y la conservación de la empresa bajo un determinado control. Son los casos típicos en que se recurre a la autorregulación, utilizando los instrumentos jurídicos mencionados o una combinación de ellos. Sin embargo, el segundo tipo de sociedades, que son las más frecuentes en la realidad económico-empresarial, se ajustan en su configuración a las disposiciones legales de cada tipo social, y, a lo sumo, introducen cláusulas estatutarias que personifican relativamente la organización de la sociedad.

Igualmente necesario es destacar que la autorregulación no siempre es la mejor vía de solución para los puntos de fricción que surgen entre la realidad societaria y la existencia de esas comunidades integradas en la sociedad. Es el Derecho como instrumento para dotar de seguridad jurídica a las relaciones societarias, quien debe dar respuesta a las convergencias entre la regulación societaria de la copropiedad y la normativa civil reguladora de la sucesión y del régimen económico matrimonial de sociedad legal de gananciales.

1.2. Los pactos parasociales

Los pactos parasociales son un instrumento jurídico que regula las relaciones internas de los socios o de éstos con terceros¹⁷³ pero que no se recogen en la escritura

¹⁷³ MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017, pág. 33, delimita el ámbito subjetivo de los pactos parasociales, diferenciando entre pactos suscritos por socios (actuales o potenciales; quienes se encuentren autorizados para ejercitar los derechos del socio), pactos celebrados por un socio o varios y terceros (miembro de la familia del socio o tercero que no guarda vinculación alguna de consanguinidad o adopción –un acreedor, por ejemplo- o un miembro del órgano de administración), e, incluso, pactos en los que no intervienen socios, como los celebrados por los miembros del órgano de administración, siempre que tengan capacidad para influir de una u otra manera en la sociedad; PÉREZ MILLÁN, D., “Pactos parasociales con terceros”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2011/42, diciembre 2011, pág. 4, distingue entre pactos entre socios y pactos entre socios y terceros, que, a su vez, clasifica en pactos con terceros en sentido estricto o sujetos sin relación jurídico-

ni en los estatutos sociales, sino en un título distinto al contrato social¹⁷⁴. La doctrina destaca una doble finalidad de estos pactos: integrar, completar o modificar aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato de sociedad¹⁷⁵; y, al tiempo, permitir sustraer de los efectos de la publicidad registral reglas de organización y funcionamiento que, por cualquier motivo, no interesa divulgar frente a terceros¹⁷⁶.

Tales pactos parasociales, si son válidos¹⁷⁷, tienen plena eficacia jurídica entre las partes y, en ese caso, su cumplimiento se encuentra sometido al sistema de protección del derecho de obligaciones. Sin embargo, los pactos parasociales carecen de eficacia externa (art. 1257 Cc). Los pactos reservados entre los socios no son oponibles frente a la sociedad (art. 29 LSC) por lo que los acuerdos, adoptados cumpliendo los requisitos legales y estatutarios, serán válidos y eficaces aunque contravengan lo dispuesto en el pacto parasocial. Es necesario, por tanto, que el pacto parasocial se incluya en los estatutos sociales o se reconozca como una prestación accesoria para que alcance una dimensión jurídica y pueda exigirse su cumplimiento en vía societaria.

Sin embargo, se viene admitiendo una excepción a la inoponibilidad frente a la sociedad¹⁷⁸. Se permite la impugnación de los acuerdos adoptados vulnerando lo establecido en el pacto parasocial cuando en dicho pacto concurren dos circunstancias: (i) coincidencia subjetiva de partes en los pactos parasociales y en el contrato de

societaria alguna con la sociedad y pactos con la propia sociedad o sus administradores con independencia de que sean también socios.

¹⁷⁴ PAZ-ARES subraya que lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben (“Los pactos parasociales. Su eficacia”, en *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, coord. por M. GARRIDO MELERO, M. y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona 2005, pág. 710).

¹⁷⁵ MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos...*, *op.cit.*, pág. 63

¹⁷⁶ IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 432.

¹⁷⁷ PAZ ARES, C.: “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, número extraordinario 2011 en *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, págs. 252-256. La doctrina de forma generalizada entiende que el enjuiciamiento de los pactos requiere el análisis uno por uno de los mismos (MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos...*, *op.cit.*, pág. 123

¹⁷⁸ MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos...*, *op.cit.*, pág. 172 ss., con un estudio sobre la admisibilidad de la excepción en Derecho comparado.

sociedad (pactos parasociales suscritos por todos los socios o pactos omnilateral¹⁷⁹), aunque no exista publicidad legal ni sea pacto estatutario no puede ser desconocido por la sociedad y (ii) coincidencia objetiva de los resultados del derecho de obligaciones y del derecho de sociedades. En estos casos, la regla de la inoponibilidad queda privada de la base o finalidad que la justifica y permite acudir al ámbito societario al objeto de hacer efectivos los pactos parasociales, ruptura de dicha regla que obedece a razones de economía procesal (satisfacer por la vía societaria lo que tendrá que satisfacerse más tarde por vía contractual)¹⁸⁰.

Este enfoque doctrinal, a los efectos de esta tesis, es importante, sobre todo cuando el control de la sociedad es ostentado por la copropiedad. Los pactos parasociales permitirán fijar unas normas vinculantes entre los copropietarios (en los que puede participar incluso la sociedad, en calidad de tercero) que fijen la conducta a seguir frente a determinadas operaciones societarias, la política de gestión de la participación en el capital social, incluida su representación. Estos pactos parasociales podrían incluso servir de justificación para otorgar legitimación a los copropietarios, e incluso a la propia sociedad o a otros socios, para impugnar aquellos acuerdos societarios que vulneren dichos pactos.

1.3. Los protocolos familiares

Los pactos parasociales alcanzan especial importancia cuando se trata de conjugar los intereses sociales con los intereses sucesorios y familiares. Estos pactos

¹⁷⁹ Denominados también pactos sociales o societarios extraestatutarios, PERDICES. A y GANDÍA, E., "Pactos de socios reservados, ocultos y relativos", en blog. *Almacén de Derecho*, 8 octubre 2015.

¹⁸⁰ Para un estudio de la validez de los pactos parasociales, la defensa y protección de los intereses contractuales que representan y el alcance de la inoponibilidad frente a la sociedad, PAZ-ARES, C., en "El Enforcement de los pactos parasociales", en *Actualidad Jurídica Uría&Menéndez*, núm. 5/2003, págs. 19-43; aunque este autor matiza que si no se pudiera exigir el cumplimiento *in natura* (solo la resolución y la indemnización de los daños y perjuicios) la impugnabilidad de un acuerdo social por infracción del pacto parasocial no se contemplaría (nota 61); a favor de la oponibilidad también PERDICES.A Y GANDÍA, E. "Pactos de socios...", *op,cit.*; en contra de la admisibilidad de la excepción se muestra MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos....*, *op. cit.*, pág. 172 ss., donde efectúa un estudio del Derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sigue la línea de aceptar la impugnación solo cuando se producen las causas previstas en la ley (art. 204 LSC, especialmente, vulneración del interés social).

son conocidos como protocolos familiares, que se configuran por la autonomía negocial sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico y en el ordenamiento civil¹⁸¹.

El protocolo familiar es definido por la doctrina atendiendo a distintos aspectos pero coincidiendo en que se trata de un conjunto de principios éticos y axiológicos y de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros que guardan vínculos familiares con el fin de regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa y su posición en la sociedad en la que tiene un interés común. Definición del protocolo familiar que le dota del carácter de contrato marco¹⁸² y, en consecuencia, le caracteriza como un documento jurídicamente incompleto, que necesita de un desarrollo posterior a través de otros instrumentos jurídicos como el testamento, las capitulaciones matrimoniales y, en su caso, de la estipulación de concretos pactos parasociales¹⁸³. Se puede pactar, por ejemplo, que el régimen económico matrimonial de gananciales no alcance a la calificación ganancial de las participaciones sociales o a las acciones adquiridas a nombre de uno solo de los cónyuges, evitando de esta forma que ante una crisis matrimonial, las acciones o participaciones sociales salgan del ámbito familiar¹⁸⁴ o que los socios deban pactar el régimen de separación de bienes para regir su matrimonio. En cuanto a la sucesión, es habitual que los protocolos familiares impongan a los socios la obligación de otorgar testamento en un determinado sentido o con un contenido concreto¹⁸⁵ en lo referente a la transmisión de la titularidad de las acciones o participaciones sociales.

¹⁸¹ VAQUERIZO, A.: Comentario al art. 29 LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. I, dir. por A.ROJO y E. BELTRÁN, Madrid, 2011, pág. 403 y

¹⁸² IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, dir. por A. MENÉNDEZ y A. ROJO, Cizur-Menor (Navarra), 2013, pág. 433.

¹⁸³ EGEA FERNÁNDEZ, J., "Protocolo familiar y pactos sucesorios", en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, julio 2007, pág. 7.

¹⁸⁴ BADENAS CARPIO, J.M., "Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar", en *AC*, Sección Doctrina, 2001, tomo 3, ref. XXXII (La Ley 17228/2001). Solución próxima a las teorías basadas en la distinción título y derechos patrimoniales, v. capítulo tercero.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ BOU, E., Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte en la empresa, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial sus protocolos*, tomo II, Barcelona, 2005, pág.758, destaca que es práctica, bastante frecuente en la actualidad, establecer instituciones o legados preventivos o

La causa del protocolo familiar es, en conclusión, asegurar la continuidad de la empresa, mediante el establecimiento de pactos que regulen el gobierno y dirección de la sociedad, el acceso y salida de los socios o la propiedad o la transmisión de las participaciones sociales y de las acciones. Causa que excede de lo estrictamente jurídico para enmarcarse en el ámbito de los acuerdos o compromisos sobre las líneas básicas de los fines, de los medios y de los modos de funcionar y relacionarse¹⁸⁶. Ahora bien, partiendo de lo expuesto sobre la eficacia de estos protocolos, al tratarse jurídicamente, como se ha visto, de una clase o modalidad de pacto parasocial, tendrán eficacia *inter partes* y sólo tendrán eficacia *erga omnes* en determinadas circunstancias y cuando su pactos figuren incluidos en los estatutos, sin que su constancia en el Registro Mercantil tenga repercusión, pues se trata de una mera información o publicidad noticia. Únicamente se producirá la publicidad material cuando mediante escritura de elevación a público accedan al Registro acuerdos inscribibles que hayan sido adoptados en ejecución del protocolo familiar ya publicado¹⁸⁷. Pues bien, estas premisas hacen dudosa la validez y eficacia jurídica de cláusulas como las expuestas, especialmente, cuando tratan de alteraciones en el régimen económico matrimonial de los socios o en previsión de una ruptura matrimonial o en la sucesión en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones. Así en el caso de cuestiones matrimoniales ha de partirse de que el art. 1814 Cc. establece que sobre las mismas no se puede transigir, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que el régimen matrimonial se presenta como un elemento constitutivo del matrimonio y, por consiguiente, del estado civil de persona casada, por lo que resulta aceptable concluir que el régimen económico se halla “fuera del

prelativos, fijando criterios discriminatorios entre los hijos en función de determinadas circunstancias que se den en el futuro y estableciendo forma de pago de las legítimas.

¹⁸⁶ BADENAS CARPIO, J.M., matiza que la concreción o desarrollo de tales fines, modos y medios ha de realizarse en los restantes instrumentos jurídicos que sirven para determinar el conglomerado de relaciones entre familia y empresa: contrato de sociedad, estatutos sociales, capitulaciones matrimoniales, testamento, donaciones, poderes de representación, arbitraje, conciliación... “de la misma manera que la Constitución necesita leyes orgánicas y ordinarias que la desarrollen”, en “Notas sobre el significado ...”, *op.cit.*

¹⁸⁷ IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pág. 433.

comercio de los hombres” y no puede ser objeto de contrato¹⁸⁸. A ello debe añadirse que la adopción del régimen económico matrimonial es decisión de los cónyuges y si éstos no lo fijan de forma subsidiaria se aplica el establecido por la ley. En consecuencia, la imposición de un régimen económico matrimonial mediante un pacto de uno de los cónyuges con terceros carece de cualquier eficacia obligatoria, pues los contratos celebrados a nombre de otro serán nulos a no ser que se ratifique por la persona a cuyo nombre se otorgue (art. 1259 Cc); así el pacto que impone al socio contraer matrimonio en régimen de separación de bienes no tendrá validez si no es esa la voluntad del otro contrayente, pues forma parte de la libertad individual y familiar del individuo. De igual forma, el pacto que impone al socio testar en un determinado sentido dependerá de su voluntad en el momento de testar: si incumple lo pactado en el protocolo, las cláusulas quedan sin eficacia, pues partiendo de que el testamento es un acto o negocio jurídico unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable¹⁸⁹, cualquier pacto que limite, vincule o no respete las disposiciones testamentarias es irrelevante jurídicamente¹⁹⁰ y carece, por tanto, de toda validez, pues el derecho de testar es una manifestación de la libertad del individuo y su manifestación un acto personalísimo. Pero además si se analiza la naturaleza de estas cláusulas se observa cierta similitud con un pacto sucesorio encubierto regulador de la herencia futura, así se ha declarado por la doctrina que destaca que lo que se pretende es soslayar la ineficacia de estos pactos, por vía indirecta, exigiendo de los contratantes que el contenido del pacto se formalice a través de un instrumento válido como es el testamento¹⁹¹.

Se puede concluir que el valor jurídico-obligacional del protocolo familiar, en principio como manifestación de voluntad de quienes lo otorgan y suscriben, les obliga

¹⁸⁸ HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa ante el fenómeno sucesorio”, en *RJN*, abril-junio 2004, pág. 104.

¹⁸⁹ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1991, pág. 327-328

¹⁹⁰ HUERTA TRÓLEZ, A, matiza que los pactos sobre disposiciones testamentarias no son del todo superfluos, pero solo tienen un valor meramente indicativo y no son vinculantes, ya que el protocolo familiar es como un “código de conducta” o una “declaración de intenciones”, en “La empresa...”, *op.cit.*, pág. 102.

¹⁹¹ HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar....”, *op.cit.*, pág. 101.

a su cumplimiento, salvo que su contenido entre en conflicto con normas jurídicas del orden civil, matrimonial o sucesorio, o con el régimen jurídico-societario”¹⁹². Por ello, para asegurar su eficacia se recomienda que se integren en una prestación accesoria en el contrato de sociedad siempre con un componente normativo¹⁹³.

2. Otros supuestos relevantes de pluralidad de titulares con un patrimonio común carentes de personalidad jurídica

Aunque esta tesis se centra, además de en la copropiedad, en los supuestos de pluralidad de titularidad sobre participaciones sociales y acciones que surgen de una vinculación concreta entre los partícipes (herederos y causante o cónyuges) no hay que desconocer la existencia de otros supuestos de pluralidad de titulares sobre un mismo patrimonio. Por su importancia e interés se destacan dos instituciones jurídicas: las sociedades internas (que actúan sin trascender en el tráfico económico) y los fondos de inversión (que constituyen un patrimonio común de los inversores que se gestiona por un tercero).

2.1. Sociedad interna

La personalidad jurídica se define por la doctrina moderna como un mecanismo de imputación al grupo formado por una pluralidad de personas de todas las relaciones jurídicas activas y pasivas que le afectan. El grupo puede actuar unificadamente frente a terceros y ser sujeto activo de bienes, derechos y obligaciones de manera separada respecto de sus componentes singulares¹⁹⁴. El Código civil

¹⁹² ROCA Y JUNYENT, M., La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario, en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Barcelona, 2005, pág. 35; GOMÁ LANZÓN, I., El protocolo familiar, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M., en El patrimonio familiar..., *op.cit.*, pág. 670.

¹⁹³ EGEA FERNÁNDEZ, J., destaca como instrumento para dotar de fuerza vinculante los pactos contenidos en el protocolo familiar el “establecimiento de acciones o participaciones sociales con prestaciones accesorias”, por ejemplo, vinculadas al cumplimiento del protocolo familiar, “Protocolo familiar...”, *op.cit.*, pág. 8.

¹⁹⁴ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL, tomo VI, vol. 2.º Civitas, Madrid, 2004, pág. 175.

reconoce la personalidad jurídica a las sociedades (art. 35 Cc), determinando un régimen general (art. 38 Cc) y remitiendo a las disposiciones relativas a cada tipo de sociedad (art. 36 Cc). Este criterio decisivo en principio, sin embargo no es determinante. Hay sociedades que carecen de personalidad jurídica y por ello no dejan de ser sociedades. Este fenómeno se produce cuando en la sociedad se mantienen los pactos sociales secretos entre los socios y cada uno de ellos contrata en su propio nombre con terceros (art. 1669 Cc)¹⁹⁵.

Estas sociedades sin personalidad jurídica son conocidas como sociedades internas, en las que la relación jurídica existente se estructura como vínculo obligacional entre los socios pero sin la voluntad de organizarse jurídicamente en su actuación frente a terceros. La sociedad aunque sea conocida de hecho, excluye por voluntad propia cualquier actuación unificada frente a terceros bajo una razón social única. Por ello, no ha de confundirse con las sociedades irregulares que son sociedades que operan como sujetos de derecho independientes en el tráfico económico si bien no cumplen el requisito de inscripción registral y, por tanto, quedan sujetas a las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil según su objeto social¹⁹⁶.

¹⁹⁵ En este sentido, GIRÓN distingue cuatro instrumentos técnicos distintos de subjetivación de la actividad. En primer término la *societas*, que se mueve en un plano jurídico-obligacional puro, aunque puede ir acompañada en un plano jurídico-patrimonial de una situación de cotitularidad. En segundo lugar, la “comunidad romana” o por cuotas, que cumple una función de goce pasivo de un patrimonio en situación de cotitularidad, pudiendo cualquier comunero instar la disolución (art. 400 Cc); limitándose a regular las actividades de conservación y uso independiente de las cosas, su carácter es transitorio y no permite la afectación del patrimonio a un fin común más o menos permanente. Frente a ella, la comunidad germánica o de mano común se caracteriza por la idea de que la parte se refiere al conjunto patrimonial, cuya titularidad viene atribuida “conjuntis manibus” a la colectividad de personas como tal, lo que supone una separación del patrimonio común respecto del particular de los miembros, quedando aquél afectado al fin común merced no sólo a la separación de deudas sino al sistema de prelación de los acreedores de la comunidad. El último corresponde a la personalidad jurídica, en la que la subjetivación colectiva se apoya en una organización, en cierto modo, abstracta y objetivada, creándose un sujeto de derecho dotado de patrimonio independiente y perfectamente acotado y responsable. Síntesis efectuada por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., en Derecho de sociedades, vol. I, Valencia, 2010, pág. 69-70.

¹⁹⁶ ARPIO SANTACRUZ, J. “La falta de personalidad jurídica en Sociedades y Comunidades de Bienes”, en *Comunidad de Bienes y Sociedad Civil*, dir. por M.A. PARRA LUCÁN y coord. por I. TENA PIAZUELO, Valencia, 2017, pág. 214 ss.

Se puede observar que son dos las notas fundamentales que caracterizan a la sociedad interna: (i) la falta de personalidad jurídica y (ii) la aplicación de las normas de las comunidades. De ahí se puede concluir que la norma no niega la existencia de una sociedad sino que ésta no tendrá personalidad jurídica y que han de regirse por las normas de la comunidad¹⁹⁷. Esta remisión se justifica si se tiene en cuenta que existe en estas sociedades un patrimonio común, que no autónomo e independiente del de sus socios al carecer de personalidad jurídica, lo que hace necesario conjugar las normas que regulan el contrato de sociedad con las normas de la titularidad del patrimonio común.

Hay que diferenciar, por tanto, en la regulación de la sociedad interna el aspecto obligatorio de la relación entre los socios y su titularidad sobre el patrimonio común. De forma que el artículo 392.2 Cc, ubicado en sede de derechos reales, remite a la sociedad para la reglamentación de los aspectos obligatorios y el artículo 1669.2 Cc, situado en sede de contratos, remite a la comunidad para la regulación de los aspectos jurídico reales. Es decir, que el régimen de las sociedades internas se constituye por las normas societarias en cuanto vínculo obligacional y por las normas de la comunidad de bienes en lo relativo a las relaciones jurídico reales de titularidad del patrimonio común¹⁹⁸. Recientemente, la STS, 1ª, de 19 de febrero de 2016¹⁹⁹, en esta línea, ha fijado el régimen de las sociedades internas, diferenciando las prescripciones del Código civil que regulan la comunidad de bienes son directamente aplicables a las relaciones que estructuran la titularidad sobre el patrimonio o fondo común y las normas del contrato de sociedad que se regirán las relaciones entre los socios²⁰⁰.

¹⁹⁷ LECIÑENA IBARRA, A., “Diferencias entre sociedad y comunidad”, en *Comunidad de Bienes*, Coord. por M.J. Reyes López, 2014, pág. 68.

¹⁹⁸ PAZ ARES, C., “La sociedad en general. Caracterización del contrato”, en *Curso de Derecho Mercantil*, I, dir. por R. URÍA, y A. MENÉNDEZ, Madrid, 1999, pág. 452 ss. y “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, dir. por A. MENÉNDEZ y A. ROJO, Cizur-Menor (Navarra), 2016, pág. 364-365.

¹⁹⁹ STS núm. 93/2016

²⁰⁰ ARPIO SANTACRUZ, J. “La falta de personalidad jurídica....”, en *Comunidad de Bienes y Sociedad Civil*, op. cit., pág. 220-221

En conclusión, en ningún caso, la sociedad interna deja de ser sociedad para convertirse en una comunidad de bienes²⁰¹, sino que tiene un régimen jurídico específico que conjuga las normas del contrato de sociedad con las normas de la comunidad de bienes.

2.2. Fondos de inversión

Las instituciones de inversión colectiva, reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre y Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, son instituciones jurídicas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos (art. 1 LIIC). Estas instituciones se dividen en dos tipos legales bien definidos: la sociedad de inversión y el fondo de inversión²⁰².

La sociedad de inversión adopta necesariamente la forma de sociedad anónima, por tanto, es un ente jurídico con personalidad jurídica propia distinta de la de sus socios que se rige por las normas recogidas en el contrato constitutivo y en los estatutos sociales y sujetas a lo establecido en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva y, en lo no previsto en ella, en la Ley de Sociedades de Capital. Estas características alejan totalmente la figura de la copropiedad o comunidad ordinaria sobre los fondos aportados, pues la sociedad tiene personalidad propia con un patrimonio independiente. Ello, no obsta, a que cada uno de los accionistas pueda poseer acciones en copropiedad, en cuyo caso, será aplicable la regulación sobre copropiedad de acciones (art. 126 LSC o, como se verá posteriormente, las normas específicas de regímenes especiales, como el de la comunidad hereditaria o el del régimen legal de sociedad de gananciales).

²⁰¹ ARPIO SANTACRUZ, J. "La falta de personalidad jurídica...", en *Comunidad de Bienes y Sociedad Civil*, op.cit, pág. 239

²⁰² AA.VV., *Régimen jurídico de los mercado de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, coord. por F. URÍA, febrero 2007.

Distinto es el caso de los fondos de inversión. Los fondos de inversión se constituyen, obtenida la preceptiva autorización, con las aportaciones iniciales de los partícipes y se documentan en un contrato (que pueda formalizarse en escritura pública). Se trata de una relación jurídica contractual entre los partícipes y la sociedad gestora, que da lugar a un patrimonio separado sin personalidad jurídica, que pertenece a una pluralidad de inversores pero cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietario del fondo, con el concurso de un depositario (art. 3 LIIC).

Esta configuración legal de los fondos ha permitido a un sector de la doctrina a calificar los fondos de inversión como comunidad de bienes especial, funcional, o *sui generis*²⁰³. Sin embargo, ha de advertirse que los inversores no son copropietarios en los términos del Código civil (arts. 392 ss). Su finalidad no es el disfrute de los bienes y derechos adquiridos con sus aportaciones sino que buscan un instrumento de ahorro que les permita obtener un rendimiento a su aportación al fondo. Por esta razón, el partícipe tiene un status propio que está regulado en una normativa específica y en el reglamento de gestión del propio fondo. Los partícipes adquieren esta condición mediante la realización de la aportación al patrimonio común que da derecho a la suscripción de un número determinado de participaciones y que conlleva un conjunto de derechos y obligaciones concretas fijadas por la ley. Así, como mínimo, les corresponde: (i) el derecho a solicitar y obtener el reembolso del valor de sus participaciones; (ii) el derecho a solicitar y obtener el traspaso de sus inversiones entre instituciones de inversión colectiva; (iii) el derecho a una información completa, veraz, precisa y permanente sobre el fondo, el valor de las participaciones así como de su posición en el fondo; (iv) la facultad de exigir responsabilidad a la sociedad gestora y al depositario por el incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias; (v) la posibilidad de acudir al departamento de atención al cliente o al defensor del cliente y, en su caso, al Comisionado para la Defensa del Inversor (art. 5 LICC). En el mismo sentido, la responsabilidad de los partícipes por las deudas del fondo solo alcanza a lo

²⁰³ BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los fondos y planes de pensiones*, Madrid, 2008, pág. 138 ss.

aportado, por ello el patrimonio del fondo no responderá por deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios (art. 6 LIIC).

Se puede deducir de la caracterización de la figura que el status o condición de partícipe atribuye derechos y obligaciones similares a los derechos de los inversores en otros instrumentos financieros, de forma que se mantiene al margen de toda gestión o administración de los fondos aportados (facultades que por ley son atribuidas a la sociedad gestora). Aunque los auténticos propietarios del fondo son ellos, pues adquieren un derecho de propiedad sobre el fondo en proporción a la aportación que realizan, se les impone una indivisión jurídica sobre dicho fondo, de ahí que se les atribuya el derecho a solicitar el reembolso o el traspaso de su aportación y que ésta se documente en participaciones que no son cuotas-partes sobre el patrimonio (como en la copropiedad) sino que son partes alícuotas que, sin tener valor nominal fijo, tienen la condición de valores negociables y pueden representarse mediante certificados nominativos o mediante anotaciones en cuenta (art. 7 LIIC y 4 RIIC).

En conclusión, los fondos de inversión, aun cuando reúnen los requisitos de la copropiedad (pluralidad de sujetos con un derecho de propiedad compartido sobre un patrimonio común), tienen una configuración jurídica que los aparta de la regulación recogida en el Código civil. Configuración que se basa en una doble relación: la relación contractual entre el partícipe y la sociedad gestora y la relación de ésta con el depositario. A veces, también participa en esta última relación el comercializador (normalmente, el mismo depositario) que se encarga de colocar los fondos de inversión entre los ahorradores.

Las sociedades gestoras, que adoptan la forma de sociedades anónimas, tienen como objeto social principal la gestión de las inversiones que conforman el patrimonio común (formado por el conjunto de aportaciones y los rendimientos obtenidos como consecuencia de su inversión en otros bienes, derechos, valores u otros instrumentos financieros o no). Así es la sociedad gestora la que está obligada a ejercer todos los

derechos inherentes a la condición de socio cuando se invierten las aportaciones del fondo en participaciones sociales o acciones o cualquier otro valor. Ha de ejercer especialmente el derecho de asistencia y voto en las juntas generales en beneficio exclusivo de los partícipes (art. 46 d) LIIC) y, en todo caso, debe informarles de su política en relación al ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores que integren la cartera del fondo, justificando bien el no ejercicio del derecho de voto o el sentido del mismo.

Los depositarios son las entidades a las que se encomienda el depósito o custodia de los valores, efectivo y, en general, de los activos objeto de inversión del fondo (art. 57 LICC). La relación entre sociedad gestora y depositario tiene como finalidad inmediata formar un patrimonio común a través de los ahorradores y como finalidad mediata la autotutela, el control y la vigilancia de la una con respecto a la otra para garantizar la transparencia y seguridad de los partícipes (art. 46.3, 57 y 60. b) LIIC). Muestra de esta colaboración entre ambas instituciones es su actuación conjunta frente al partícipe. Se encargan de la emisión de certificados y de la redacción del reglamento de gestión, por el cual se organiza el fondo de inversión y se recogen los principios generales y políticas de inversión (art. 10 RIIC).

Este conjunto de relaciones, aun partiendo de la copropiedad de un conjunto de inversores sobre un fondo común, hace que el fondo de inversión no cumpla los principios rectores de la comunidad ordinaria o copropiedad recogidos en el Código civil. La relación entre sociedad gestora y partícipes es una relación directa y bilateral basada en un contrato de suscripción que, en realidad, es un contrato de adhesión a un reglamento de gestión que organiza la administración de los fondos aportados. Por ello aunque la sociedad gestora se acerque a la figura de representante común su actuación no responde a su fundamento. La sociedad gestora actúa como gestor con facultades de dominio sobre el patrimonio del fondo, aunque no sea propietaria del mismo y actúe siempre en interés de los partícipes. Distinto es que los partícipes figuren como titulares en exclusiva o como cotitulares según conste acreditado en el

documento de apertura del fondo correspondiente. A esta última situación es a la que se aplicarán las normas generales de la copropiedad o de la comunidad correspondiente²⁰⁴.

²⁰⁴ AA.VV., *Régimen jurídico de los mercado de valores...*, op. cit., febrero 2007.

CONDICIÓN DE SOCIO Y COMUNIDAD HEREDITARIA

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Con el fin de evitar los efectos que el fallecimiento pueda tener sobre la subsistencia de la sociedad de capital, el socio puede planificar su sucesión, fijando en sus últimas voluntades, quién o quiénes son sus sucesores y cómo se han de adjudicar las participaciones sociales o las acciones, de modo que asegure la continuidad y conservación de la empresa manteniendo la unidad de decisión que representa su participación. En la sociedad, por su parte, se puede regular en los estatutos sociales la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales, fijando restricciones a la libre transmisibilidad. Ambas previsiones, sucesoria y societaria, pueden coincidir y, en ese caso, el heredero designado por el socio adquirirá la condición de socio.

La realidad, sin embargo, muestra que estas sociedades son en su mayoría pequeñas y medianas empresas en las que la sucesión no está planificada. El socio fallecido no otorga testamento y, si lo hace, no dispone específicamente el destino de su participación social. La sucesión se rige, entonces, por las normas fijadas en el

ordenamiento sucesorio, que están dirigidas a conseguir un tránsito ordenado de todas las relaciones del difunto que subsisten tras su muerte. La herencia pasará por distintas fases –de yacencia, de indivisión- hasta que los bienes concretos, y por tanto las participaciones sociales y las acciones, tengan un nuevo titular o pasen a ser titularidad de una pluralidad de sujetos (los herederos). La determinación de quiénes son los herederos y la fijación de su posición en las distintas fases del proceso sucesorio, desde que se produce el fallecimiento hasta que se adjudican los bienes concretos de la herencia –fases que se pueden producir en unidad de acto pero que lo habitual es que se prolonguen en el tiempo-, es cuestión de gran importancia con respecto a la participaciones sociales y a las acciones, pues la posición jurídica del heredero, según la situación en que se encuentre la herencia, va a influir en el reconocimiento por la sociedad de la titularidad, el alcance y forma de ejercer los derechos inherentes a la condición de socio.

II. UN ESTUDIO DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA COMO PRESUPUESTO PREVIO

1. Visión general de los sistemas reguladores de la sucesión en el Derecho comparado. El Reglamento núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012

Las normas sobre sucesiones en los distintos países de nuestro entorno son distintas y con grandes diferencias. Quién heredera, qué se hereda, libertad de testar y sus límites, la administración de la herencia, la responsabilidad del heredero por las deudas del causante son, entre otras, cuestiones que se regulan de forma diversa en unos y otros ordenamientos. Sin embargo, la mayoría de regulaciones se ajustan, aunque con matices, a uno de los dos sistemas o formas habituales de adquisición de la herencia: el sistema romano, o de sucesión en la posición del causante mediante la aceptación de la herencia o el sistema germánico o de adquisición automática de la herencia por el heredero.

A grandes rasgos, se puede destacar que, en el Derecho comparado, el sistema de atribución de la posición del causante mediante la aceptación es seguido por países como Italia o Francia. En el Derecho italiano la herencia se adquiere mediante declaración de aceptación expresa, pura o a beneficio de inventario, o mediante un acto que suponga la aceptación tácita, aceptación que tiene efectos retroactivos al momento en que se haya abierto la sucesión (art. 456 y 459 Codice civile). En el mismo sentido, en el Derecho francés se fija que la sucesión se abre con la muerte del testador y los herederos pueden elegir entre aceptar la herencia pura y simplemente, aceptarla a beneficio de inventario o renunciar a ella; los efectos de la aceptación se retrotraen al día de la apertura de la sucesión, desde el mismo momento del fallecimiento (arts. 774, 784 y 777 Code civile). Sin embargo, en otros países, como Alemania, la herencia a la muerte del testador se transfiere en virtud de la ley al o a los herederos (principio de adquisición automática de la herencia) aunque los herederos pueden renunciar a la herencia o limitar la responsabilidad por las deudas a los denominados bienes de sucesión (arts. 1922 ss. BGB)²⁰⁵. Mención aparte merecen sistemas sucesorios como el inglés, donde no existe la institución de la aceptación de la herencia y lo trascendente en la sucesión son los bienes dejados por el causante y no su persona, de ahí la relevancia del administrador de los bienes y no del heredero²⁰⁶.

Esta dispersión normativa de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, en materia de sucesiones *mortis causa*, tiene repercusión principalmente en las sucesiones transfronterizas e internacionales, lo que provoca distintos problemas, no solo en materia de doble imposición y discriminación impositiva²⁰⁷ aunque sea ésta donde más conflictos se presentan. En el ámbito de la UE se ha intentado dar solución a parte de estos problemas con la publicación del Reglamento núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo

²⁰⁵ Portal Europeo de e-justicia (https://e-justice.europa.eu/content_succession)

²⁰⁶ YBARRA BORES, A., "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingles residentes en España: Problemas y nuevas perspectivas", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2015), Vol. 7, Nº 1, págs. 226-254.

²⁰⁷ BLANCO GARCÍA, J.M.R.A. del: "La problemática de las sucesiones transfronterizas en Europa", *Crónica Tributaria*, núm. 151/2014, págs. 115 a 145

a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que aborda las sucesiones internacionales desde todas las perspectivas y teniendo en cuenta los distintos sistemas nacionales de Derecho internacional privado.

El conocido como Reglamento Europeo de Sucesiones es un instrumento comunitario sobre sucesiones y sobre disposiciones por causa de muerte que determina la forma de fijar la Ley aplicable a la sucesión testamentaria y al pacto o contrato sucesorio²⁰⁸ y cuyo ámbito territorial de aplicación se ciñe a las sucesiones que tengan repercusiones transfronterizas o carácter internacional en todo el territorio de la Unión Europea (Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca quedan fuera de su ámbito de aplicación).

El principal objetivo de este Reglamento es garantizar que una sucesión transfronteriza sea tratada de manera coherente, con arreglo a una ley única y por una sola autoridad²⁰⁹, con independencia de la naturaleza y localización de los bienes que integren la herencia del causante²¹⁰. En principio, los tribunales del Estado miembro donde el ciudadano tuvo su última residencia habitual serán competentes para conocer de la sucesión y será aplicable la ley del Estado miembro. No obstante, los ciudadanos pueden optar por que la ley aplicable a su sucesión sea la del Estado de su nacionalidad (*professio iuris*²¹¹). La aplicación de una ley única por una sola autoridad a la sucesión transfronteriza evita procedimientos paralelos con resoluciones judiciales posiblemente contradictorias, ley que puede ser la de un tercer país, cuya normativa sucesoria deberá ser considerada en el Estado miembro en que se sustancie la sucesión. Garantiza también que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en toda la Unión sin necesidad de un procedimiento especial.

²⁰⁸ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., "La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, abril, 2013, pág. 21 y ss.

²⁰⁹ AA.VV., *The EU Succession Regulation. A Commentary*, dir. por A-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H-P. MANSEL, Cambridge 2016, pág. 22 y ss., donde se estudia el alcance y los principios claves del Reglamento y se realiza un análisis de su articulado

²¹⁰ No obstante, permite en determinadas ocasiones la aplicación eventual, a aspectos concretos de la sucesión, de una ley diferente, NAVARRO ALAPONT, C., "La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012", *Noticias jurídicas*, 5 de enero de 2017.

²¹¹ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., "La ley aplicable a las sucesiones...", *op. cit.*, pág. 11 ss.

2. Consideraciones generales sobre la sucesión *mortis causa*

Centrando el estudio en nuestro ordenamiento estatal²¹², en el Código civil español se comienza la regulación de la sucesión *mortis causa* declarando que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657). Sigue así nuestro sistema de sucesión el sistema romano²¹³, basado en la idea de atribución a una determinada persona de la posición que otra abandona al morir, adquiriendo aquélla el conjunto de relaciones jurídicas de que era titular ésta²¹⁴, adquisición que se produce en bloque o *per universitatem*²¹⁵. El fallecimiento del socio abre un proceso de sucesión, más o menos largo, en el que se determinarán los bienes, derechos y obligaciones que constituyen su herencia y se fijará la posición jurídica de los herederos desde el momento en que se produce la apertura de la sucesión con el llamamiento de los posibles sucesores hasta que finaliza con la aceptación de la herencia.

2.1. La herencia

La herencia, objeto de la sucesión *mortis causa*, comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 Cc). Pero la herencia es algo más, es un complejo unitario que trasciende de la pluralidad de bienes, derechos y obligaciones que lo integran. No se puede considerar

²¹² En nuestro país, junto con el sistema sucesorio regulado en el Código civil, coexisten otros sistemas establecidos por las legislaciones autonómicas y forales (arts. 148 y 149 CE), que se caracterizan en general por una mayor libertad para testar. Si bien, dado el aspecto instrumental del estudio de la materia en relación con el tema central del trabajo –la copropiedad de participaciones sociales y de acciones–, solo se hará referencia al derecho recogido, con carácter general, en nuestro Código civil.

²¹³ El Código civil contiene artículos -440, 609, 657 y 661 Cc- que pueden servir de apoyo al sistema germánico de atribución automática de la cualidad de heredero sin necesidad de aceptación, pero con derecho de repudiación. Sin embargo, actualmente existen elementos suficientes, entre ellos, la interpretación y aplicación por los operadores jurídicos, que llevan a la opinión unánime de que el sistema sucesorio español responde al sistema romano (en este sentido, puede verse lo expuesto en los tratados generales de derecho de sucesiones –que se citan a lo largo de este capítulo- y, en concreto, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid, 2004, págs. 29-30).

²¹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2008, pág. 678 (comentario artículo 657).

²¹⁵ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1991, pág. 225.

una mera suma de relaciones activas y pasivas²¹⁶ ni concebirse como una masa económica constituida por la suma de activos y pasivos heterogéneos e independientes ni, como la definen algunas resoluciones y decisiones jurisprudenciales, el remanente después de pagar las deudas y legados²¹⁷.

El patrimonio, que constituye la herencia, tampoco es idéntico al patrimonio del causante en vida, ya que existen elementos que han de excluirse atendiendo a su propia naturaleza. Se han de incluir en el haber hereditario los derechos y obligaciones patrimoniales y han de excluirse los derechos personalísimos, los derechos que se extingan por la muerte de su titular y determinados derechos extrapatrimoniales²¹⁸. Es decir, en ningún caso, formarán parte de la masa los derechos inherentes a la persona del difunto (por ejemplo, los derechos políticos), los derechos de familia (patria potestad, función tutelar...), los derechos que son atribuidos por leyes especiales (como títulos nobiliarios o derechos arrendaticios²¹⁹) o los que se constituyen por la muerte, como son las indemnizaciones por causa de muerte o el pago del capital del seguro de vida, o la pensión de viudedad u orfandad, que el beneficiario adquiere *iure* propio y no *iure* hereditario²²⁰. Se trata de un conjunto heterogéneo al que se da un tratamiento unitario, con un régimen jurídico específico, independientemente de la naturaleza de cada uno de sus bienes, entre los que se encuentran las participaciones sociales y las acciones del socio fallecido, tanto en su concepción de elemento

²¹⁶ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, pág. 297.

²¹⁷ Sistema propio del common law o derecho común inglés de liquidación del caudal hereditario para transmitir únicamente el remanente neto. Nuestro sistema es de continuación y no de liquidación (PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, op.cit.*, pág. 227).

²¹⁸ PUIG BRUTAU afirma, con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo, que el Código no establece de manera general qué elementos tienen uno u otro carácter, pero esta laguna legal puede subsanarse si se tiene en cuenta que la regla general es la transmisibilidad y que las excepciones corresponden a los derechos de carácter público, los personalísimos o inherentes a la persona del titular y los derechos patrimoniales de carácter vitalicio –como el usufructo o el uso y la habitación (*Compendio de Derecho civil, op. cit.*, pág. 228).

²¹⁹ STS, 1ª, Pleno, núm. 247/2013, de 22 de abril. Esta sentencia consolida la doctrina jurisprudencial que establece que el contrato de arrendamiento de vivienda se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación, por causa de muerte, del cónyuge titular del arrendamiento, que exige la comunicación formal del hecho de su muerte y de la persona que desea subrogarse (fijando la ley no solo el plazo sino también las personas que están legitimadas para subrogarse y su orden de prelación).

²²⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil...*, *op. cit.*, pág. 683 (comentario art. 659).

patrimonial como en la de representación del conjunto de derechos y obligaciones que supone la condición de socio, forman parte de esa universalidad que es la herencia y como tal han de ser consideradas.

La herencia es, por tanto, un patrimonio individualizado y provisionalmente unificado por razón de su afectación al pago de las deudas y cargas hereditarias. La herencia es un conjunto de relaciones jurídicas que representan una *universitas*, una unidad abstracta, con autonomía y cohesión propia, que responde frente a los acreedores y a los legatarios del causante, que está afecta a las deudas y cargas hereditarias, que se administra y conserva como un todo mientras no es aceptada y su goce es compartido por todos los herederos una vez adida y hasta su partición.

2.2. Sucesión a título universal y sucesión a título particular

El sistema de sucesión establecido en nuestro ordenamiento jurídico trasciende del puro ámbito patrimonial de la herencia y se construye sobre la figura del heredero²²¹. La importancia de esta figura en el proceso sucesorio requiere, en primer lugar, distinguir entre sucesión a título universal o de herencia y la sucesión a título particular o de legado, pues mientras el heredero o herederos están llamados a la adquisición de la totalidad o parte alícuota de la herencia, los sucesores a título particular o legatarios están llamados a la adquisición de cosas concretas de la misma, a asumir concretas relaciones jurídicas del causante.

²²¹ Un importante sector de la doctrina considera incuestionable la presencia de un heredero en la sucesión, sin embargo otros autores han planteado si el heredero no ha dejado de ser una figura de derecho necesario al ser posible en el sistema sucesorio recogido en el Código civil una sucesión universal deferida sin la presencia del heredero y en la que toda la herencia se distribuya en legados. Ello supondría una concepción exclusivamente patrimonial de la herencia, en la que el heredero sería una figura residual concebida como el adquirente de las relaciones jurídicas (bienes, derechos y obligaciones) que el causante no hubiese destinado específicamente a otro sucesor (legatario). FUENTES MARTÍNEZ, J.J. “La sucesión y la institución hereditaria”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. general por J.M. DELGADO DE MIGUEL, tomo V. *Sucesiones*, vol. 1º, Madrid, 2004, coord. por M. GARRIDO MELERO, págs. 38-39 y 44 ss.

La diferencia fundamental que existe entre heredero y legatario es la posición que asumen respecto a la herencia²²². El heredero es sucesor a título universal del conjunto heterogéneo que es la herencia cuya adquisición requiere de su aceptación y el legatario, en cambio, sucede a título particular en una cosa concreta que adquiere automáticamente aunque su adquisición se verifique a través del heredero y no de forma inmediata con la aceptación como la herencia (art. 885 Cc). Heredero y legatario son, por tanto, dos instituciones jurídicas distintas. Al legatario o sucesor particular se le atribuye la titularidad y no tiene ninguna otra participación en la liquidación de la herencia; es un puro receptor de bienes, un sucesor en relaciones jurídicas concretas y cabe incluso que no suceda al difunto, como en el caso de legado de cosa ajena²²³.

La distinción entre heredero y legatario es importante a efectos del fallecimiento de un socio, ya que, haciendo ahora abstracción de las posibles cláusulas estatutarias restrictivas a la transmisión *mortis causa*, si el causante ha legado sus participaciones sociales o sus acciones a una persona determinada, el legatario pasa a ostentar su titularidad directamente por disposición testamentaria, mientras que si designa herederos universales, cada uno de ellos no tendrá más que un derecho o una cuota abstracta sobre el total de la herencia hasta el momento en que se produzca la participación y adjudicación de bienes concretos a los herederos. Los herederos, a diferencia del legatario, no pueden, mientras permanece abierto el proceso sucesorio, actuar por sí mismos ni ostentar la posición del socio fallecido en la sociedad, sino que adquieren un derecho distinto según la fase en que se encuentre la herencia.

2.3. Posición jurídica del heredero durante el proceso sucesorio

Si se tiene en cuenta que, sea cual sea el tiempo transcurrido, la sucesión se entiende producida siempre en el momento de la muerte o declaración de

²²² Las diferencias entre ambas figuras han sido estudiadas por la doctrina desde distintos puntos de vista, subjetivo (voluntad del causante) y objetivo (forma en que se es llamado). ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004, pág. 23 ss; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil...., op. cit.*, pág. 684 (comentario artículo 660).

²²³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil...., op. cit.*, pág. 684 (comentario artículo 660).

fallecimiento del causante (art. 657 Cc), el heredero siempre tiene un derecho sobre la herencia desde que es llamado. La naturaleza de ese derecho según el momento del proceso en el que se halle es lo que difiere²²⁴.

A) Vocación

Tras la apertura de la sucesión, se inicia la fase de vocación hereditaria, consistente en los llamamientos efectivos a una o varias personas. Estas personas son las designadas por el causante en su testamento o, en su defecto, los herederos intestados que señala la ley. Se reconoce en esta fase la expectativa jurídica a suceder, pero todavía no existe la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia.

B) Delación

En la fase de delación se ofrece la herencia a los llamados con un mejor derecho, a los que están en primer término en el orden de posibles sucesores. Los llamados que están en posterior orden de preferencia resultan excluidos del ofrecimiento, salvo que falten los llamados preferentemente o hayan renunciado a su derecho a la herencia. El ofrecimiento puede hacerse a favor de una sola persona o de varias, bien para que sucedan unas en defecto de otras (sustitución vulgar) o después de otras (sustitución fideicomisaria); bien para que todos sucedan a la vez, pero siendo llamado cada uno exclusivamente a una parte de la herencia; bien para que todos sucedan a la vez, siendo llamados conjuntamente a toda la herencia (con el correspondiente derecho de acrecer, en su caso).

El ofrecimiento se hace al llamado para que acepte la herencia y se convierta en heredero o para que la repudie, salvo que se trate del llamado aún no nacido (*concepturus, nasciturus*), persona jurídica todavía no constituida (fundación

²²⁴ Entre otros, ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V...*, op. cit., pág. 15; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de junio de 1981*, Barcelona, 1981, pág. 36; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones. Común y Foral*, tomo I, Madrid, 2009, págs. 53 ss.

testamentaria) o del heredero instituido bajo condición que, siendo preferidos respecto al resto de llamados, carecen de la facultad de aceptación o repudio de la herencia.

La facultad de aceptar o repudiar la herencia se denomina *ius delationis* y puede definirse como el derecho del llamado a suceder al causante, a adquirir la condición de heredero. Se trata de un derecho potestativo y personalísimo que no puede ser objeto de disposición. Cualquier acto de disposición de este derecho, como la venta, donación o cesión (art. 1000.1º Cc), es un negocio jurídico de aceptación de herencia y simultánea transmisión total o parcial al tercero del derecho²²⁵. Sin embargo, si el llamado fallece (transmitente o segundo causante) en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación de la herencia – supuesto comprendido en el artículo 1006 Cc, conocido como *ius transmissionis*- sus sucesores (transmisarios), hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, es decir, el *ius delationis* derivado del primer causante contenido en la segunda herencia. La cuestión jurídica que se plantea en este caso es si los sucesores del llamado fallecido heredan por mediación del segundo causante (teoría clásica o de la doble transmisión) o heredan directamente del primer causante (teoría moderna o de adquisición directa o de doble capacidad). El Tribunal Supremo ha fijado que la naturaleza de este derecho de transmisión es de una adquisición directa del derecho sobre la herencia del primer causante al aceptar la herencia del segundo causante, pues el *ius delationis* está integrado en la herencia de aquél²²⁶.

²²⁵ SsTS, 1ª, núm. 375/2014, de 2 de junio, núm. 516/2012, de 20 de julio y núm. 461/2011, de 16 de junio y núm. 294/2011, de 15 de abril.

²²⁶ “(...) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente”, STS, 1ª, Pleno, núm. 539/2013, de 11 de septiembre, comentada por TORRES VARGAS, L.Mª., “Un nuevo cambio jurisprudencial. Naturaleza y alcance del derecho de transmisión.

C) Adquisición de la herencia

La adquisición depende de la concurrencia de los dos requisitos anteriores: la delación o llamamiento de quien tiene un mejor derecho en la sucesión y la aceptación o adición por éste. Producida la delación de la herencia, la aceptación por el heredero supone su adquisición. La aceptación es una declaración de voluntad libre del llamado a heredar (art. 988 Cc), en la que confirma su deseo de asumir la posición de heredero y admitir la herencia del causante²²⁷. Es un negocio jurídico unilateral e irrevocable (art. 997 Cc), con efectos retroactivos al momento de apertura de la sucesión (art. 989 Cc).

La herencia se puede aceptar pura y simplemente o a beneficio de inventario (art. 998 Cc). La aceptación pura y simple es aceptación sin sometimiento a plazo ni condición alguna; supone asumir la responsabilidad por las deudas y demás cargas de la herencia no solo con los bienes que la componen sino con los bienes propios del heredero. Sin embargo, la aceptación a beneficio de inventario supone el ejercicio de la facultad del heredero de limitar su responsabilidad a los bienes de la herencia y hasta donde ellos alcancen.

La aceptación pura puede ser, a su vez, expresa, tácita (art. 999 Cc) o *ex lege*. La aceptación es expresa cuando se manifiesta en documento público o privado, sin embargo la aceptación tácita se infiere de la realización de actos claros y precisos que revelan o suponen necesariamente la voluntad inequívoca de aceptar o sobre los que no tendría derecho de ejecución sino con la cualidad de heredero pero en ningún caso suponen aceptación tácita los actos de mera conservación o administración ni

Asunción de la teoría moderna o de la adquisición directa frente a la teoría clásica o de la doble transmisión", en *Diario La Ley*, 27 de noviembre de 2013 (La Ley 8912/2013).

²²⁷ No obstante, cualquier interesado en la aceptación o repudiación de la herencia (acreedores hereditarios o del heredero, los legatarios, los que serán llamados en caso de repudiación) pueden solicitar del Notario que comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para que manifiesten si aceptan o no la herencia y que si no manifiesta su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada pura y simplemente (art. 1005 Cc y, en igual sentido con respecto al derecho a deliberar, art. 1019 Cc, según redacción dada por Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria).

omisiones o circunstancias negativas –como la incomparecencia a juicio²²⁸. El propio Código civil, en su artículo 1000, hace una enumeración de los supuestos en que la herencia ha de entenderse aceptada tácitamente, son los casos de cesión del *ius delationis* o de renuncia de la herencia por precio a favor de todos los coherederos o gratuitamente a beneficio de uno o más de sus coherederos, ya que se presume que previamente se aceptó, en consecuencia el cesionario adquiere su cuota en la herencia pero no la posición de heredero²²⁹. Supuesto distinto al de aceptación expresa o tácita, es el recogido en el artículo 1002 Cc, que consiste en la atribución *ex lege*, como sanción, del carácter de heredero puro y simple al llamado que sustrae u oculta efectos de la herencia.

Aceptada la herencia de forma expresa, tácitamente o por sanción legal, el llamado se convierte en heredero y su derecho a suceder (*ius delationis*) se convierte en un derecho hereditario *in abstracto*, derecho que le confiere título suficiente para asumir la posición jurídica del causante. Posición jurídica del causante que se adquiere en relación a la herencia en bloque y no en la posición jurídica de titular de cada uno de los objetos del caudal hereditario. El derecho hereditario *in abstracto* sobre la *universitas*, en la fase final de la sucesión con la partición de la herencia (art. 1068 Cc), se convierte en un derecho dominical sobre bienes concretos. Se adjudica la titularidad

²²⁸ La doctrina (entre otros, LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil V...*, op. cit., pág. 87; AGUILERA DE LA SIERRA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, pág. 233 ss.; BARRIO GALLARDO, A., *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*, Madrid, 2007) y la jurisprudencia (STS, 1ª, núm. 637/2000, de 27 de junio) delimitan los actos que suponen aceptación tácita y los distinguen de aquellos otros que no pueden considerarse tales, partiendo de lo dispuesto en el art. 999. párr. 4º, el cual considera que “los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero”.

²²⁹ La STS, 1ª, núm. 516/2012, de 20 de julio, califica una escritura notarial en la que el padre manifiesta que renuncia a la herencia, sea testada o intestada, de su hijo fallecido a favor de sus restantes hijos por partes iguales, como renuncia traslativa que comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia ((art. 1000.1 Cc). La renuncia traslativa, entendida en términos de aceptación de la herencia, no comporta la transmisión directa del *ius delationis* al beneficiario de la misma; por lo que el adquirente lo será siempre del heredero y no del causante cuya herencia es aceptada mediante esa fórmula. Es decir, “la renuncia traslativa comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que causaliza al inmediato negocio de atribución *intervivos* realizado, particularmente de una cesión gratuita del derecho hereditario”.

de los bienes concretos a cada uno de los herederos de forma exclusiva o conjuntamente (copropiedad).

Este derecho hereditario abstracto es un derecho subjetivo que, a diferencia del *ius delationis*, puede ser objeto de negocios jurídicos (compraventa, donación, embargo). Derecho a vender su derecho hereditario antes de la partición que se reconoce sin perjuicio del derecho de los demás herederos a subrogarse en el lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra (art. 1067 Cc). El efecto de la enajenación del derecho se concretará en el momento de la partición de la herencia. El cesionario adquirirá los bienes que se adjudiquen al heredero enajenante cuando se liquide la comunidad hereditaria; mientras se mantiene ésta vigente, ocupará la posición patrimonial del heredero saliente pero no la condición de heredero²³⁰. Se diferencia así la venta del derecho en abstracto de la venta de cosas concretas de la herencia o de la venta de la herencia en su totalidad que requerirán del consentimiento de los demás coherederos.

Se ha de concluir, en relación con el socio fallecido, que el heredero instituido a título universal, antes de la partición, tendrá un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia y no sobre las participaciones sociales o las acciones. Ese derecho se materializará cuando al partir la herencia entre los herederos se le adjudiquen participaciones sociales o acciones; antes de ese momento cualquier actuación referida a las mismas debe efectuarse dentro del ámbito de la comunidad hereditaria que es a quien pertenecen.

2.4. Situaciones de la herencia

Desde una concepción objetiva, es decir, atendiendo a las distintas fases del proceso sucesorio, la herencia se puede encontrar en una de estas situaciones: a) sin deferir, presunta o herencia futura, cuando todavía no ha muerto el causante y sobre

²³⁰ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil, V...*, op. cit., pág. 199.

la que se prohíbe celebrar contratos; b) herencia abierta, desde el momento de la muerte del causante; c) herencia deferida pero todavía no adquirida por el llamado; d) herencia adida o adquirida cuando se ha producido la aceptación, expresa o tácita, del heredero; e) herencia indivisa y f) herencia adjudicada²³¹.

Por su parte, desde el punto de vista subjetivo, o, lo que es lo mismo, atendiendo a la posición de los herederos respecto a la herencia, las situaciones se pueden reducir a dos: a) desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación de la herencia, en la que los herederos son llamados (comunidad yacente); y b) después de ser adida o aceptada la herencia, en la que, en puridad, son ya herederos, y antes de la partición (comunidad hereditaria).

III. SUCESIÓN EN LA TITULARIDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES

1. Planteamiento

La sucesión en la titularidad de participaciones sociales o de acciones está regulada en dos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico a sus propios fines. El Derecho sucesorio que busca fijar un titular o titulares que asuman y mantengan la posición del causante en sus relaciones jurídicas con la sociedad y el Derecho de sociedades de capital que, reconociendo la sucesión hereditaria, vela por preservar la configuración societaria aplicando el régimen legal estatutario previsto para la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales y acciones.

Las participaciones sociales y las acciones, en una parte significativa de las herencias, son un elemento esencial de la sucesión, al ser partes de capital en sociedades relacionadas estrechamente con los socios que son instrumento para el desarrollo de una actividad empresarial de la que procede la principal fuente de

²³¹ SAP Madrid, Sec. 12, núm. 179/2012, de 15 de marzo; SAP Cáceres, Sec. 1ª, núm. 195/2002, de 12 de septiembre.

ingresos del socio causante y su familia (a diferencia de aquéllas que son una simple inversión, como las acciones de una compañía de seguros o de una entidad bancaria). En la mayoría de las ocasiones, las participaciones sociales y las acciones representan un paquete significativo del capital social o suponen el control o el poder de decisión de la sociedad²³². Por esta razón, la sucesión del socio fallecido debe planificarse, desde la doble perspectiva, sucesoria y societaria, pues aunque el cambio en la titularidad no tenga influencia sobre las relaciones jurídicas de la sociedad con terceros ni constituya un supuesto de sucesión especial²³³, sí reviste matices que hacen que adquiera importancia no solo para los herederos sino para la organización y buen funcionamiento de la sociedad.

El interés societario es la fijación de cláusulas estatutarias de rescate para el caso de muerte del socio con el fin de establecer barreras de entradas a extraños a la sociedad así como la determinación del valor razonable de las participaciones sociales y de las acciones a adquirir²³⁴. El interés para el causante y sus sucesores, en cambio, se va a centrar en preparar el traspaso del control societario respetando las legítimas y para ello utilizarán todas las vías y formas que les permita la legislación sucesoria y, principalmente, el testamento como expresión de la voluntad del socio fallecido. En consecuencia, los socios, a la hora de planificar su sucesión, buscarán conjugar ambos intereses de forma que no existan convergencias entre los ámbitos -sucesorio y societario- en que se mueven sus expectativas. Con el fin de conseguir el traspaso entre generaciones del poder que representa la participación en el capital de la sociedad, se intentará planear la sucesión en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones por los socios y entre éstos sus herederos y terceros - familiares o no- empleando aquellos instrumentos jurídicos que se ajusten a sus necesidades (desde cláusulas estatutarias hasta protocolos familiares).

²³² Tener el control de la sociedad no tiene por qué significar la mayoría absoluta de votos, ya que, de facto, la sociedad puede ser controlada con mayorías que representen un porcentaje pequeño del capital social.

²³³ Como la sucesión en la empresa, en los títulos nobiliarios o en el derecho de arrendamiento, que tienen una regulación específica.

²³⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., "Transmisión mortis causa de acciones y participaciones sociales", *AAMN*, tomo LIV (separata), Conferencia impartida el 24 de octubre de 2013, pág. 20.

Sin embargo, no siempre está prevista o es posible aunar en una persona o personas la condición de heredero o legatario y la condición de socio. Las reglas de la sucesión o las derivadas de la propia voluntad del causante o de los herederos y las reglas societarias, legales o estatutarias, pueden llevar a que el heredero o sucesor designado por el causante no sea el titular definitivo. Es necesario, por tanto, analizar las normas societarias y las formas de disponer la sucesión para determinar si existe conflicto normativo o si se trata de normas que confluyen sobre una misma materia²³⁵, la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales y de las acciones.

2. Formas de disponer la sucesión

El socio, para quien la participación en el capital ha constituido su patrimonio y su medio de vida, buscará que, tras su muerte, se mantenga el porcentaje que tiene y que le permite ostentar el control (sea mayoritario o no), influir en las decisiones sociales o ejercer los derechos de la minoría. Con esa finalidad y teniendo en cuenta la libertad que tiene para ordenar su sucesión²³⁶, empleará las vías que considere más eficaces a sus intereses²³⁷ a través de aquellos instrumentos jurídicos que le permitan fijar quién o quiénes heredarán la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones y la condición de socio. Esta libertad de disposición debe respetar, no obstante, las normas de carácter imperativo que el Código civil establece en su concepción proteccionista de los intereses de los herederos (derechos de los

²³⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., "Transmisión mortis causa de...", *op.cit.*, pág. 19.

²³⁶ Además de los instrumentos jurídicos mortis causa, existen otros para articular disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte al margen del Derecho sucesorio. Se citan a título meramente enunciativo: donación con reserva de usufructo conjunto o sucesivo para después de la muerte; la adquisición conjunta mediante donación o compraventa con pacto de supervivencia; donación con cláusula de retención hasta la muerte del donante o aplazamiento de entrega post mortem; donación con cláusula de reversión a favor de un tercero para después de la muerte del donante; el pacto de adquisición preferente en caso de fallecimiento de un socio. Para un estudio detallado de estos y otros supuestos, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte", en AAVV, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, 2005, pág. 582 ss.

²³⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión Mortis Causa de la Condición de Socio. Un estudio de la Sociedad de Responsabilidad Limitada Familiar*, Cizur-Menor (Navarra), 2008, pág. 199 ss., denomina a esta planificación "Plan de Sucesión".

descendientes, legítimas, reservas). Se trata de un conjunto de normas que fijan el marco obligatorio que ha de respetarse tanto si el causante es quien dispone su sucesión como si son los propios herederos, el albacea o el contador-partidor testamentario o dativo quienes realizan la partición, liquidación y adjudicación.

2.1. Pactos sucesorios

Los pactos sucesorios son un instrumento que permite ordenar la herencia futura mediante un contrato en el que las partes pueden nombrar heredero o realizar atribuciones de elementos concretos de la herencia a ciertos beneficiarios. La sucesión contractual o pacto sucesorio es un negocio jurídico bilateral, a diferencia del testamento, que produce sus consecuencias respecto de la herencia de una persona²³⁸, a favor de cualquiera de los otorgantes o de terceras personas, sean o no sucesores. Una definición clara de pacto sucesorio se recoge en el Reglamento comunitario 650/2012²³⁹, al delimitar la figura como todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo (artículo 3.1.b).

El pacto sucesorio recoge, por tanto, la posibilidad de celebrar contratos sobre la herencia futura, contratos que están prohibidos en nuestro ordenamiento estatal²⁴⁰, salvo que tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal, conforme a

²³⁸ COCA PAYERAS, voz "Pacto Sucesorio", en *Enciclopedia Jurídica Básica, op. cit.*, pág. 4716; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, V...*, *op. cit.*, págs. 299 ss.; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil, vol. IV, op.cit.*, pág. 357 ss.

²³⁹ Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

²⁴⁰ A nivel estatal, la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, admitió estos pactos sucesorios a favor del heredero o de un tercero colaborador en la explotación (arts. 16 a 20), posibilidad suprimida en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

lo dispuesto en el artículo 1056 (art. 1271 Cc)²⁴¹; o se refieran a promesas de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales (art. 826)²⁴²; o se traten donaciones de bienes futuros entre cónyuges en caso de muerte (art. 1341.2º)²⁴³.

Por el contrario, en algunas legislaciones autonómicas²⁴⁴, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, se admiten estos pactos como vehículo de planificación y preparación de la sucesión en empresas familiares (y no solo como vía de mejora en la sucesión). Por ejemplo, en Galicia se regula el pacto sucesorio de mejora, que consiste en convenir a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos, con la entrega o no de los bienes a quienes les afecten o en Cataluña los pactos sucesorios no se limitan ya a la institución del heredamiento (vehículo de transmisión intergeneracional de patrimonios familiares de base típicamente agraria), sino que se admite también, conjuntamente con el heredamiento o aisladamente, la realización de atribuciones particulares equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria y además se desliga la sucesión contractual del contexto matrimonial y, aunque pueda continuar plasmándose en capitulaciones matrimoniales, ya no es un requisito esencial, porque no deben otorgarse necesariamente entre cónyuges o futuros cónyuges, ni tampoco entre los padres o demás familiares y los hijos de quienes se casen, sino que se amplía el ámbito al conviviente, a su familia y a la familia propia hasta un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, lo que permite amparar los pactos estipulados con ocasión de la transmisión de empresas

²⁴¹ Aunque es opinión doctrinal consolidada que la partición por acto “inter vivos” a que se refiere el art. 1271 no es un pacto sucesorio, pues solo puede ser un acto por causa de muerte y, a la vez, de última voluntad, es decir, revocable libremente. “Es más aunque se entendiese que el calificativo “inter vivos” alude a una partición que se acuerda entre el testador y los coherederos instituidos, nada impediría que aquel pudiese revocarla libremente” (EGEA FERNÁNDEZ, J., Protocolos familiares y pactos sucesorios, en *InDret*, Barcelona, julio 2007, pág. 18

²⁴² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, V...*, op. cit., pág. 302.

²⁴³ COCA PAYERAS, M., voz “Pacto sucesorio”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág. 4716; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, V...*, op. cit., pág. 302.

²⁴⁴ Navarra (Leyes 148 y 149 Compilación del Derecho Civil Foral), Vizcaya, Aragón (art. 37 del Código del Derecho Foral), Baleares (art. 6 Compilación de las Islas Baleares), Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio, libro cuarto relativo a las sucesiones) y Galicia (arts. 209-227 de la Ley 2/2006, de 14 de julio).

familiares, en los que pueden llegar a intervenir varias generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa²⁴⁵.

Actualmente existe incluso una corriente doctrinal que propone el levantamiento de las prohibiciones relacionadas con los pactos sobre herencia futura, al considerarse un medio eficaz de organización coordinada y escalonada de la sucesión²⁴⁶. Este tipo de acuerdos serían de utilidad en la sucesión del socio, pues éste y otra u otras personas –futuros sucesores, otros socios o incluso la propia sociedad-, pueden fijar quien le sucederá en la titularidad de la participación societaria o las condiciones que ha de cumplir el beneficiario e incluso establecer la obligación de mantener indiviso el paquete de participaciones sociales o de acciones. Se asegura y se adquiere por ambas partes una certeza para el futuro, pues dado el carácter negocial del pacto solo puede ser modificado o revocado por acuerdo de todas las partes intervinientes o por las causas legales.

2.2. Autonomía de la voluntad del causante

El testamento es el instrumento jurídico, reconocido por el Derecho sucesorio, más utilizado por el causante como vía para manifestar su voluntad sobre la disposición de sus bienes, derechos y obligaciones para después de la muerte, voluntad que solo puede verse limitada por el respeto al vínculo familiar con sus sucesores²⁴⁷. Partiendo de estas premisas, libertad testamentaria y respeto a las normas imperativas, el socio causante puede ordenar su sucesión en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones, cuando son varios sus herederos, a través

²⁴⁵ Exposición de Motivos, IV, Ley 10/2008, de 10 de julio, que regula el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

²⁴⁶ REYES LÓPEZ, M^a.J., “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo II, coord. por M. GARRIDO MELERO, y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, pág. 151.

²⁴⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Disposiciones patrimoniales en...”, en *El patrimonio familiar.., op. cit.*, págs. 583-584, reconoce que “cuanto más estrechos son los vínculos del causante con sus familiares, menos margen hay para la autonomía de la voluntad”, por lo que “el peligro de entrar en conflicto con las normas sucesorias –formales y materiales- es evidente”.

de cláusulas testamentarias de atribución o de prohibición de la división del paquete que posee y que atribuye la posición de control en la sociedad.

A) Disposiciones testamentarias de atribución por el socio causante

a) Disposiciones testamentarias más habituales

El medio más idóneo para conseguir la continuidad y la conservación del control de la sociedad –más que de garantizar su gestión efectiva, pues a estos efectos ya están los órganos sociales- es que el causante atribuya las participaciones sociales y las acciones por disposición testamentaria, evitando que se constituya una comunidad hereditaria²⁴⁸. El causante no realiza una partición sino que, respetando siempre las legítimas, atribuye la titularidad a la persona o personas que quiere que sean su sucesor o sucesores en la condición de socio de la forma prevista en la propia disposición testamentaria. Disposición testamentaria que si es compatible con las cláusulas estatutarias sobre transmisión *mortis causa* existentes en la sociedad evitará posibles conflictos sucesorio-societarios.

Las disposiciones testamentarias más habituales para lograr mantener esa unidad jurídica de dirección de la sociedad, son las que permiten concentrar en una sola persona la titularidad de las participaciones²⁴⁹. Así el causante puede: a) adjudicar las participaciones sociales o las acciones a una persona determinada (legitimaria o no) y disponer que se paguen las legítimas con otros bienes de la herencia o en su defecto en metálico, con apoyo en el artículo 1056.2 Cc²⁵⁰; b) legar las participaciones sociales

²⁴⁸ STS, 1ª, núm. 30/2012, de 26 de enero.

²⁴⁹ Entre otros, HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, en *RJN*, abril-junio 2004, págs. 107 ss.; VICENT CHULIÁ, F., *Introudcción al Derecho Mercantil*, vol I, Valencia, 2012, pág. 386 ss.

²⁵⁰ Un estudio sistemático del art. 1056.2. Cc, en EGEA FERNÁNDEZ, J., “Protocolo familiar...”, *op.cit.*, págs. 15 y ss.; FERNANDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión Mortis Causa...*, *op. cit.*, págs.. 258 ss; MILLÁN SALAS, F., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *Actualidad Civil*, núm. 45, quincena 1 al 14 diciembre 2003, págs. 1186-1187; RUEDA ESTEBAN, L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, en AAVV, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, 2005, págs. 220-222.

como cosa específica y determinada a un heredero o persona concreta²⁵¹; c) establecer un fideicomiso donde al fiduciario se le atribuyen los derechos políticos de las acciones o participaciones sociales que luego pasarán a los fideicomisarios, mientras que todos los herederos perciben los beneficios²⁵²; d) constituir un usufructo a favor del cónyuge sobreviviente, siendo la nuda propiedad de los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias, lo que suele combinarse con una previsión estatutaria de adjudicación del ejercicio del derecho de voto al usufructuario (art. 127 LSC).

No obstante, es frecuente que el socio fallecido busque mantener la unidad de decisión y de control pero sin privar de los beneficios y ventajas que supone la participación en la sociedad a ninguno de sus herederos, normalmente sus hijos, estén dedicados o no a la empresa. Este doble objetivo se puede conseguir si se establecen cláusulas testamentarias de adjudicación de la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones de forma equitativa entre todos los herederos, a la vez que se imponen condiciones, cargas o gravámenes que permitan mantener el control y la administración unitaria de la sociedad. Así, se atribuye la titularidad de un número de participaciones sociales o de acciones a cada heredero pero se impone la constitución de un pacto de sindicación para el ejercicio del derecho de voto o se designa al representante común o a un administrador (el hijo que trabaja en la sociedad o que ha participado con el padre en su gestión)²⁵³ con facultades expresas de decisión mediante el ejercicio de voto²⁵⁴.

²⁵¹ STS, 1ª, núm. 153/2012, de 14 de marzo y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Transmisión mortis causa...”, *op. cit.*, pág. 22 ss, donde efectúa un estudio de la pluralidad de figuras en relación con el legado de acciones y participaciones sociales.

²⁵² HUERTA TRÓLEZ, A., “La empresa familiar...”, *op. cit.*, pág. 137, advierte de los inconvenientes que supone el gravamen fiduciario sobre las acciones o participaciones: “no podrán transmitirse, con o sin restricciones, a persona alguna; el capital de la empresa no podrá utilizarse como garantía para operaciones de financiación; los procesos de reestructuración social que impliquen actos de fusión, escisión o transformación pueden resultar imposibles de ejecutar”.

²⁵³ Un ejemplo de este tipo de cláusulas testamentarias lo recoge la SAP Barcelona, núm. 477/2009, de 14 de septiembre: “Nombra administradora de las participaciones sociales de la empresa CH, S.L., con CIF...., domiciliada en, a Dª.E., con DNI... para que pueda ejercitar dicha administración hasta el 31 de diciembre del año 2022. El nombramiento efectuado conllevará el ejercicio de las facultades propias del órgano de administración de la sociedad, así como el derecho de voto en las Juntas Generales de Socios, con las siguientes limitaciones: a) al cierre del ejercicio social, se procederá al reparto de dividendos en una cantidad no inferior al veinte por ciento del beneficio neto anual obtenido por la sociedad”. Está

b) Designación testamentaria de una persona para el ejercicio del derecho de voto

La finalidad de la designación testamentaria de una sola persona que ejerza el derecho de voto de la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones de las que era socio el causante no es otra que asegurar el voto en bloque de todo el paquete, a la vez que evitar previsibles conflictos entre herederos a la hora de la toma de decisiones. Esta persona actuará en representación de los herederos y en su beneficio, no por su cuenta y en su propio interés.

La validez de este tipo de cláusulas testamentarias que asignan el ejercicio del derecho de voto a una persona representante o administrador distinto del titular es perfectamente admisible en el ámbito sucesorio. Sin embargo, desde la perspectiva societaria, la admisión de este tipo de cláusulas no ha sido pacífica. La jurisprudencia, en un primer momento, mantuvo la separación de esferas: la cláusula es válida en el ámbito sucesorio pero no es eficaz ni oponible en el ámbito societario, pues no cabe escindir los derechos políticos asociados a la titularidad de las participaciones sociales, salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley, entre los que no se encuentran la constitución de una administración sobre las participaciones sociales. Posteriormente, cambiando de criterio, ha reconocido su validez también a efectos societarios, dado de que dichas cláusulas pretenden la atribución de la legitimación para ejercer el derecho y no una disociación de los derechos políticos de la titularidad, de forma que se conjuga la aplicación del Derecho de sociedades con la voluntad del

cláusula fue declarada válida, tanto desde el punto de vista del derecho testamentario como desde el de las leyes societarias que contemplan la figura del administrador de las participaciones sociales, al quedar demostrado que la voluntad del testador era nombrar administradora patrimonial (de las participaciones sociales) y no administradora de la sociedad -cargo que seguía ejerciendo su esposa, titular de las participaciones sociales-. Su fin es velar por el interés de su esposa (lo que pasa por que la administradora nombrada ejercite el derecho de voto en nombre e interés de la titular de las participaciones) y con el objeto de conservar la empresa y la plantilla de trabajadores existentes.

²⁵⁴ Un estudio de los “medios indirectos” para evitar la disgregación del conjunto de las acciones o participaciones, ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Transmisión mortis causa...” *op. cit.*, pág. 38 ss.

testador y con la tutela de los intereses de los herederos²⁵⁵. De hecho, este tipo de limitaciones al ejercicio individual del derecho de voto no son extrañas al Derecho de sociedades de capital. Los socios a través de pactos parasociales pueden comprometerse a ejercer el voto en determinado sentido o a delegar en un único socio o persona que decidirá sobre los acuerdos a adoptar, en el sentido previamente decidido.

Esta legitimación para ejercer el derecho de voto, que deberá justificarse frente a la sociedad, al derivarse de una cláusula testamentaria se regula por lo dispuesto en ella y no por lo dispuesto para la representación voluntaria de los socios en las juntas generales (arts. 184 y 186 LSC). En otras palabras, la representación nace de la voluntad del transmitente *mortis causa* y no de la voluntad del representado; las participaciones sociales o las acciones se heredan con un gravamen, que no puede ser sustituido ni modificado por normas distintas a las que lo establecen, no cabe, por tanto, la revocación por asistencia personal del representado a la junta general (art. 185 LSC). En consecuencia, los efectos de este gravamen no afectan al carácter de representante de la persona designada testamentariamente sino a su forma de actuar, la cual no asume la posición de representante voluntario designado para asistir y votar en las juntas generales, sino de modo similar al representante legal, a la administración judicial o al designado en los casos de copropiedad de participaciones sociales y de acciones.

Una alternativa, con similares resultados, a la atribución de titularidades individuales y designación por el causante de una persona encargada de la administración con ejercicio del derecho de voto correspondiente al paquete de participaciones sociales o de acciones y sin que se produzca la disociación de los derechos, es la adjudicación en copropiedad a los herederos, obligándoles, como carga

²⁵⁵ SsAP Barcelona, núms. 477/2009, de 14 de septiembre, núm. 222/2010, de 12 de julio y núm. 394/2010, de 17 de noviembre. La primera llega a justificar el alcance de la función de administración en que la desmembración del derecho de voto de la propiedad de la participación es posible porque no está vedada por la ley, aunque los estatutos no lo prevén expresamente. RDGN 17 de marzo de 1986.

o condición, a constituir una comunidad ordinaria²⁵⁶ sujeta a las normas establecidas en el propio testamento y a las normas societarias sobre copropiedad²⁵⁷.

La doctrina propone como medio alternativo la “escisión testamentaria de los derechos integrantes de la condición de socio”. Esta disposición ha de considerarse nula atendiendo al principio configurador de las sociedades de capital, en las que el derecho de voto forma parte indivisible de cada una de las participaciones sociales y de cada una de las acciones, aunque la validez de compraventa de votos cuando el socio se obliga a votar en el sentido que lo haga un determinado socio a cambio de ventajas patrimoniales siempre que no lo haga en perjuicio de los intereses de los socios o de la sociedad²⁵⁸ y más directamente la aparición de compraventas de acciones a plazos con reserva de derechos políticos hasta la íntegra satisfacción del precio²⁵⁹ parecen vislumbrar la posibilidad de admitir cláusulas estatutarias que disgreguen la titularidad de los derechos de voto de forma temporal²⁶⁰ -de modo similar a lo que sucede en otras instituciones.

²⁵⁶ ARRIOLA ARANA, J.M^a, “Titularidad sucesoria en la Empresa Familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs. 768-775, recoge cláusulas testamentarias en este sentido. Así, a título de ejemplo, se transcribe una de ellas: “Todas las acciones, participaciones sociales, bienes, cuotas y derechos que pertenezcan al testador y se integren en dicho concepto de “Grupo...” se adjudicarán a los herederos en proindiviso y ellos, en relación con dichos bienes, constituirán la que a efectos de identificación se denominará “COMUNIDAD DE BIENES FAMILIA...”. Dicha Comunidad quedará sujeta a las normas siguientes (...).”

²⁵⁷ VALLET MAS, L.M^a, “El empresario creador y el futuro de su empresa”. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 22 de mayo de 1980, en *AAMN*, tomo XXIV (enero 1985) (id vlex: 233168), contempla esta solución, pero destacando que convendría dotarla de mayor seguridad, enlazándola con alguno de los artículos que legitiman la privación del derecho al voto a los accionistas y concretamente con la regulación del condominio, “la solución pasaría por mantener las acciones en situación de comunidad, prohibiendo el ejercicio de la acción de división y regulándola mediante el Estatuto adecuado, designando en éste un representante de la Comunidad para el ejercicio del derecho al voto en la Junta General”.

²⁵⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil....*, op. cit., pág. 603.

²⁵⁹ IRIBARREN, M. “La reserva de los derechos políticos en la compraventa de acciones con precio aplazado”, *RDM*, núm. 290, pág. 271

²⁶⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Transmisión mortis causa.....”, op. cit., pág. 40, que admitida la validez de estas disposiciones testamentarias, el problema lo centra en determinar si esa disgregación es o no oponible a la sociedad (sobre todo, si no existe previsión estatutaria sobre ese particular).

B) Prohibición testamentaria de división del paquete de participaciones sociales o de acciones

A pesar de las posibilidades que el causante tiene de ordenar la sucesión en la titularidad de sus participaciones sociales y de sus acciones, la disposición testamentaria más frecuente que se utiliza para mantener la posición societaria es la prohibición de división del paquete de participaciones sociales y de acciones.

Una interpretación amplia del artículo 1051 Cc, permite que la prohibición de división se limite a un bien concreto²⁶¹. El paquete de participaciones sociales o de acciones, aunque sea divisible, se puede considerar un todo por la relevancia e importancia que tiene para el socio causante, frente a los demás socios y para la propia sociedad, principalmente cuando se trata de sociedades unipersonales (art. 12 LSC), evitando que la adjudicación entre todos los herederos suponga no solo la pérdida de la posición del socio sino una modificación de la propia estructura societaria. El socio puede incluir en su testamento una cláusula que prohíba la división de su participación en la sociedad, temporalmente, de forma que actúe todo el paquete de forma unitaria. De este modo, se convierte en indivisible jurídicamente un conjunto de bienes y derechos que por su naturaleza no lo son.

En relación con la indivisión del paquete de participaciones sociales o de acciones se plantean dos cuestiones: la duración de la prohibición –si existe o no un límite temporal- y la posibilidad del heredero de salir de la indivisión. Por lo que respecta a la duración de la prohibición no existe regulación expresa en el ordenamiento estatal, a diferencia de algunos ordenamientos forales o autonómicos²⁶². El testador puede fijar la duración, bien estableciendo un plazo

²⁶¹ Posibilidad recogida expresamente en legislaciones autonómicas, como el Código civil de Cataluña (art. 463-2), que permite que se establezca la indivisión tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta.

²⁶² El Código civil catalán, en su artículo 463-2, regula la duración de la comunidad, ordenada por el causante o acordada unánimemente por los herederos, tanto respecto a la herencia como a bienes concretos, fijando, con carácter general, un plazo no superior a los diez a contar desde la apertura de la

determinado o referirlo a un hecho futuro y cierto como el óbito del cónyuge²⁶³ o de algún heredero. Sin embargo, lo habitual es que se omita tal extremo en el testamento, lo que plantea qué plazo ha de aplicarse a la indivisión impuesta por el causante. Las opiniones doctrinales sobre la duración se pueden resumir en: a) aplicación analógica del plazo de los diez años establecido para las comunidades ordinarias o el plazo de diez años y los que la misma norma permite prorrogar por convención (art. 400, segundo párrafo, Cc)²⁶⁴; b) aplicación analógica de los límites del art. 781 Cc²⁶⁵, c) no aplicación de límite temporal alguno²⁶⁶.

De la conjunción, por un lado, de la falta de un precepto expreso que imponga un plazo de duración a la indivisión y, por otro, de la excepción del derecho a solicitar la petición de la división de la herencia en cualquier momento consagrada en el artículo 1052 Cc., por facultad del testador²⁶⁷, surge una titularidad conjunta de los herederos sobre el paquete de participaciones sociales o de acciones. El heredero queda sujeto a la indivisión al no poder solicitar la *actio familiae erciscundae* lo que convierte la indivisibilidad transitoria propia de la comunidad hereditaria en una situación estable (aunque no indefinida en el tiempo, dada la existencia de causas de disolución tasadas)²⁶⁸.

sucesión, si el plazo fijado es superior debe reducirse su exceso. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su Ley 331, establece distintos plazos (por el tiempo que dure el usufructo de fidelidad del cónyuge viudo, hasta que el heredero de menos edad tome estado o aun sin contraerlo alcance los veinticinco años o, en cualquier otro caso, un máximo de diez años).

²⁶³ STS, 1ª, núm. 1201/2000, de 21 de diciembre, declara la validez del pacto de indivisión por un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto.

²⁶⁴ Capítulo Primero, II.6.3.

²⁶⁵ Artículo referido a las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Éstas serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

²⁶⁶ PALAZÓN GARRIDO, Mª. J., *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, 2003, pág. 335 ss.

²⁶⁷ El Tribunal Supremo declara que no es una teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que dentro de las facultades dispositivas de testador está el prohibir la división de los bienes hereditarios (S. núm. 1201/2000, de 21 de diciembre). PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, IV...*, op. cit., pág. 570, matiza esta facultad del testador al considerar que "la prohibición no puede afectar a la parte de legítima (art. 813), que de otro modo quedaría limitada".

²⁶⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., "Transmisión mortis causa..." op. cit., págs. 35 ss.

De esta forma, el socio consigue que su participación en la sociedad se mantenga tras su fallecimiento y se gestione a través de la comunidad hereditaria, obligando a los herederos a permanecer unidos en torno al paquete de participaciones sociales y de acciones. El heredero se ve abocado a permanecer en esa situación de indivisión impuesta de la que solo podrá salir si se produce una de las causas de disolución de la sociedad (art. 1051, párrafo segundo)²⁶⁹.

2.3. Falta de disposición testamentaria específica por el socio fallecido

Cuando el testador no ha efectuado directamente la atribución ni encomendado a otro la facultad de adjudicar las participaciones sociales o de las acciones de su titularidad (art. 1057 Cc), éstas pasan a formar parte indiferenciada de la *universitas iuris* que constituye la herencia del socio fallecido. Serán los herederos quienes, aceptada la herencia, ostenten la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (art. 1058 Cc). La partición convencional, como negocio jurídico plurilateral, les permite realizar actos particionales más allá de los propios divisorios²⁷⁰, de forma que podrán distribuirse las participaciones sociales entre todos, asignar la propiedad a uno o varios, de forma exclusiva o en copropiedad, limitar la división por un plazo determinado. A falta de acuerdo, la ley remite expresamente al procedimiento de división de herencia (art. 1059 Cc y 782 LEC)²⁷¹.

3. Transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales y de las acciones en la Ley de Sociedades de Capital

3.1. Régimen jurídico de la transmisión *mortis causa*

El legislador, consciente de que las participaciones sociales y las acciones son bienes patrimoniales que se integran en la herencia del socio y que se han de

²⁶⁹ Epígrafe IV.5.2.

²⁷⁰ STS, 1ª, núm. 15/2012, de 20 de enero

²⁷¹ Infra capítulo cuarto, epígrafe V.5.2.

transmitir siguiendo las normas sucesorias, establece como principio general que la transmisión *mortis causa* es libre. La transmisión se produce ex lege a favor de quien adquiere la condición de heredero o legatario en la sucesión hereditaria, sin distinguir sucesión testamentaria de la legal o *ab intestato*, siendo la aceptación, debidamente documentada, título suficiente para acreditar la titularidad legítima y, en consecuencia pueda ostentar la condición de socio.

Esta libertad en la transmisión, derivada del respecto a las normas sucesorias, puede limitarse, dentro del margen de autonomía de la voluntad en la configuración de la sociedad, en los estatutos sociales, de forma que se establezca el equilibrio deseado entre el interés social en mantener el control sobre los cambios de socio y el respeto a la decisión del testador o del heredero o legatario de ostentar la posición derivada de la titularidad o en su caso de obtener el valor de las participaciones sociales o de las acciones. Se trata de establecer cláusulas que prevengan, limiten o eviten la entrada de nuevos socios mediante la sucesión *mortis causa*²⁷², de modo que se consiga mantener la homogeneidad de la composición societaria personal y la consecuente gestión y control²⁷³ de la sociedad en el respeto a los intereses del sucesor. Su función económica es, por tanto, garantizar la seguridad de la propia sociedad frente a la titularidad de los derechos de socio²⁷⁴.

²⁷² PERDICES HUETOS, A.B., “Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones...”, *op. cit.*, pág. 498 y en *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, pág. 258, considera que lo que se trata es de establecer recíprocamente a favor de todos los socios un derecho de opción sobre las participaciones transmitidas por causa de muerte, siendo “en consecuencia un negocio entre vivos de operatividad diferida al supuesto de muerte (negocios post mortem)”.

²⁷³ Se trata de sociedades que se adaptan a una realidad socio-económica de nuestro tejido empresarial, que comparten unos elementos básicos en su configuración: pocos socios que están unidos por relaciones de familia, amistad, aunque no siempre se basa la relación en un vínculo personal entre ellos; grupo cohesionado y homogéneo en el que es relevante la persona del socio; restricciones a la transmisibilidad de las participaciones, de forma que se restrinja la entrada y salida según sus propios intereses; participación activa en la dirección y/o control de la sociedad; y la existencia de una línea difusa entre la propia sociedad y los socios (VIERA GONZÁLEZ, A.J., *Las sociedades de capital cerradas, Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Rds monografías, núm. 18, Cizur-Menor (Navarra), 2002, pág. 333)

²⁷⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Valencia, 2010, pág. 1392.

La regulación legal prevé en las sociedades de responsabilidad limitada un derecho de adquisición a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad que se podrá ejercer en el plazo de tres meses desde la comunicación de la adquisición hereditaria (art. 110 LSC). En las sociedades anónimas, cuando se trata de acciones nominativas, es suficiente, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, con presentar al heredero un adquirente de las acciones, pudiendo ser el adquirente otro socio, la propia sociedad o un tercero ajeno (art. 124 LSC). En ambos casos, participaciones sociales y acciones nominativas, el ejercicio del derecho requiere que los estatutos sociales prevean expresamente su aplicación y que se produzca la adquisición sucesoria por el heredero o herederos.

La doctrina ha entendido que el legislador ha establecido en la normativa dos sistemas diferentes: un derecho de adquisición en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 110 LSC) y la presentación de una oferta al sucesor en las sociedades anónimas (art.124 LSC). Si bien esta distinción ha de interpretarse más que como dos sistemas diferentes como dos formas de ejercer una misma facultad de adquisición sobre las participaciones sociales o de las acciones del socio fallecido, si se tiene en cuenta que la oferta es vinculante para el sucesor, pues en el hipotético caso de que no se aceptara la oferta y la sociedad rechazara la inscripción se llegaría a una situación en la que no habría legitimado frente a la sociedad²⁷⁵.

La existencia de la aceptación, aun sin partición de la herencia, es suficiente para entender adquiridas las participaciones sociales o las acciones nominativas por el heredero o herederos (comunidad hereditaria). Distintas son las situaciones en las que la herencia se encuentra pendiente de aceptación, en las que no puede operar el derecho de preferencia pues no se ha producido la adquisición. Por tanto, el heredero, mediante la justificación de la aceptación, debe comunicar a la sociedad o solicitar la inscripción en el libro registro de acciones nominativas la adquisición de la titularidad para que la cláusula restrictiva sea operativa.

²⁷⁵ PERDICES HUETOS, A.B., *Cláusulas restrictivas de ...*, op. cit., pág. 259.

En consecuencia, la naturaleza de la cláusula restrictiva viene determinada por el propio régimen de transmisión *mortis causa*. Las cláusulas restrictivas deben respetar la normativa sucesoria, por tanto no se pueden establecer limitaciones que exijan la previa autorización de la sociedad o que establezcan un derecho de adquisición preferente pues irían contra una norma legal²⁷⁶. Estas cláusulas no pueden impedir que la transmisión de las participaciones sociales y de las acciones se realice a favor de los causahabientes, aunque éstos estén obligados a transmitir las con la sola declaración de los beneficiarios que manifieste su voluntad de ejercer el derecho²⁷⁷. Por tanto, las cláusulas han de actuar *a posteriori*. Son cláusulas de rescate que recogen un derecho potestativo, de opción, a favor del beneficiario de la restricción consistente en la adquisición de las participaciones sociales o de las acciones al heredero instituido²⁷⁸. Si el beneficiario ejerce su derecho el heredero ha de someterse a la transmisión forzosamente, sin que tenga la facultad de decidir si vende o no las participaciones sociales o las acciones. El efecto que produce el ejercicio del derecho es claro: aunque el heredero adquiriera la titularidad, no adquiere la condición de socio, recibiendo a cambio el interés patrimonial. La legitimación como socio sólo la adquirirá, si transcurrido el plazo establecido, no se ejercita el derecho de adquisición.

El carácter imperativo de las normas contenidas en la regulación de las transmisiones *mortis causa*²⁷⁹, no impide que en los estatutos sociales, siempre que no afecten al régimen previsto, se configuren las cláusulas restrictivas matizando aspectos

²⁷⁶ VIERA GONZÁLEZ, A.J., *Las sociedades de capital cerradas...*, *op. cit.*, pág. 334-335

²⁷⁷ VERGEZ SÁNCHEZ, M.: "Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada (comentario a los artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo XIV, vol. 1ºB, Madrid, 1999, pág. 157-160.

²⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J.L., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I., *op. cit.*, pág. 451. Algunos autores matizan además que ese derecho actúa como una causa de exclusión del socio que se activa por haber adquirido su condición en virtud de sucesión por causa de muerte, GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de sociedades mercantiles*, Valencia, 2016, pág. 244; PERDICES HUETOS, A.B., "Comentario artículo 110. Régimen de la transmisión mortis causa", en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, pág. 907 y en *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, pág. 252.

²⁷⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, pág. 1392.

como en qué casos cabe la restricción, quiénes pueden ejercer el derecho²⁸⁰, condiciones que ha de reunir el heredero socio, etc. Igualmente, como es opinión admitida en la doctrina, aunque no existan limitaciones expresas a la transmisión *mortis causa*, el heredero para poder ser socio debe cumplir los requisitos que con carácter general se exijan para ostentar esta condición, por tanto si no reúne tales requisitos se han de aplicar a la transmisión *mortis causa* las normas generales sobre la restricción²⁸¹.

Junto a las cláusulas restrictivas recogidas en los estatutos sociales, existen otros medios para restringir la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales y de las acciones, sin necesidad de publicidad registral. Se pueden arbitrar negocios entre los socios que impidan que la participación llegue a formar parte de la masa sucesoria²⁸² o suscribir pactos parasociales o estipulaciones en protocolos familiares que establezcan la obligación de los socios a testar en un determinado sentido o con un contenido concreto²⁸³, asegurándose así la estructura societaria, a través del

²⁸⁰ Caso típico de sociedades participadas al 50% por dos grupos familiares, normalmente vinculados entre sí, en razón al fundador del negocio, que establecen cláusulas de derechos de preferencia en la adquisición de las participaciones sociales entre ellos para evitar la entrada de terceros al entorno familiar o entre los grupos familiares, MARROQUÍN MOCHALES, F. y DE DIEGO MISIEGO, I., “Cláusula estatutaria sobre restricciones a la transmisibilidad de participaciones sociales”, en *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 375 ss.

²⁸¹ La STS, 1ª, de 2 de abril de 1992, ante el fallecimiento de un socio declara aplicable a la transmisión lo establecido en los Estatutos sociales sobre los requisitos para ostentar la condición de socio. Cláusula estatutaria, no específica para la transmisión *mortis causa* ni consistente en un derecho de adquisición o rescate sino en establecer las condiciones necesarias para entrar a formar parte con el carácter de socio en la sociedad (para ser socio “será condición *sine qua non* haber superado las pruebas que la superioridad haya establecido para poder ejercer el cargo de práctico de Numero en este Puerto, quien después de haber tomado posesión oficialmente de dicho cargo, quedará obligado a aceptar los Estatutos de dicha sociedad, comprometiéndose al mismo tiempo a adquirir las participaciones del socio cesado o dado de baja”).

²⁸² PERDICES HUETO, A.B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones...*, *op. cit.*, pág. 998, recoge expresamente la posibilidad de un negocio entre los propios socios que prevea la anulación o amortización de la participación o su transmisión a favor de los restantes socios de forma condicionada y con ocasión a la muerte de cada uno de los socios, formando parte de la herencia no la participación en sí sino la cuota de liquidación o el precio correspondiente. Incluso sería posible que la muerte de uno o cualquiera de los socios sea causa estatutaria de disolución de la sociedad.

²⁸³ GONZÁLEZ BOU, E., “Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte en la empresa”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.*, coord. por M. GARRIDO MELERO, M. y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, pág.758, destaca que es práctica bastante frecuente establecer instituciones o legados preventivos o prelativos, fijando criterios

control de acceso y salida de sus miembros. La eficacia de los pactos parasociales²⁸⁴ o de los protocolos familiares, sin embargo, va a depender finalmente de la voluntad del socio en el momento de testar. Si incumple lo pactado, quedan sin eficacia, pues partiendo de que el testamento es un acto o negocio jurídico unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable²⁸⁵, cualquier pacto que limite, vincule o no respete las disposiciones testamentarias será irrelevante jurídicamente²⁸⁶ y carece, por tanto, de toda validez, pues el derecho de testar es una manifestación de la libertad del individuo y su manifestación un acto personalísimo. Por tanto, los pactos parasociales y los protocolos familiares sobre la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales y de las acciones sólo tienen valor jurídico-obligacional, como manifestación de voluntad de las partes que lo otorgan y suscriben pero, en cuanto suponen la intervención en el ámbito de un tercero, para su plena eficacia deben coordinarse con las normas jurídicas del orden civil-sucesorio y con el régimen jurídico societario de transmisión de las participaciones sociales y de las acciones y, en concreto, de las previsiones estatutarias²⁸⁷.

La normativa societaria es, en fin, un instrumento que busca armonizar los intereses de la sociedad y el interés del heredero o legatario que de no ser admitido como socio recibirá en todo caso el valor de las participaciones sociales o de las acciones heredadas.

discriminatorios entre los hijos en función de determinadas circunstancias que se den en el futuro y estableciendo forma de pago de las legítimas.

²⁸⁴ Supra capítulo primero, epígrafe IV.4.1

²⁸⁵ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, V...*, op. cit., pág. 327-328

²⁸⁶ HUERTA TRÓLEZ, A, "La empresa familiar...", op. cit., pág. 102, matiza que los pactos sobre disposiciones testamentarias no son del todo superfluos, pero solo tienen un valor meramente indicativo y no son vinculantes, ya que el protocolo familiar es como un "código de conducta" o una "declaración de intenciones",

²⁸⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J., destaca como instrumento para dotar de fuerza vinculante los pactos contenidos en el protocolo familiar el "establecimiento de acciones o participaciones sociales con prestaciones accesorias", por ejemplo, vinculadas al cumplimiento del protocolo familiar, en *"Protocolo familiar..."*, op. cit., pág. 8; GOMÁ LANZÓN, I., "El protocolo familiar", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, pág. 670; ROCA y JUNYENT, M., "La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, pág. 35.

3.2. Valor de las participaciones sociales y de las acciones a efectos del ejercicio de adquisición frente al heredero

El valor fijado por la Ley, a efectos del ejercicio del rescate frente a los herederos o legatarios, es el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones. Valor razonable que representa el precio que ha de ser pagado por el adquirente.

Ahora bien, el valor razonable fijado a efectos de adquisición de las participaciones sociales o de las acciones al heredero no ha de coincidir necesariamente con el valor de atribución de las participaciones sociales o de las acciones al heredero. El vacío normativo sobre las reglas a aplicar para la valoración de los distintos bienes que forman el caudal relicto, tiene como consecuencia que el valor de atribución no siempre coincida con el valor a efectos impositivos²⁸⁸ ni con el valor de rescate, pues influirán múltiples circunstancias, entre las que se encuentran las distintas reglas para su cálculo y el distinto momento de valoración, aunque la existencia de las cláusulas restrictivas sea un factor a considerar al calcular este valor. Las diferencias entre el valor de atribución y el valor de rescate pueden suponer que el heredero obtenga un sobrevalor o que ni siquiera recupere el valor de atribución de las acciones.

Las normas de contabilidad definen el valor razonable como el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo entre partes interesadas y debidamente informadas que realizan una transacción en condiciones de

²⁸⁸ El valor, a efectos de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de las participaciones sociales y de las acciones que no cotizan en Bolsa, depende de si el balance de la sociedad ha sido auditado o no. Si éste ha sido auditado y la auditoría es favorable la valoración se realizará por el valor teórico resultante del mismo; en caso contrario, se valorará por el mayor de tres valores: el valor nominal, el valor teórico resultante del último balance aprobado o el valor que resulte de capitalizar al tipo del veinte por ciento el promedio de los beneficios (sin tener en cuenta los resultados negativos) de los tres últimos ejercicios cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto.

independencia mutua²⁸⁹. Normalmente este valor se calcula por referencia a un valor fiable de mercado, lo que requiere que exista un mercado homogéneo, donde se encuentran en cualquier momento compradores y vendedores y se efectúan transacciones reales, actuales y con regularidad. Este mercado que permite calcular un valor razonable fiable y único no existe en el caso de participaciones sociales y acciones no cotizadas en un mercado secundario organizado, como sucede en las sociedades de base personalista cuya dificultad de desinversión por parte del titular es más evidente e incluso a veces imposible. Por esta razón, el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones no se puede fijar en una cifra cierta, exacta y precisa.

La fijación del valor razonable exige una valoración en la que han de tenerse en cuenta múltiples factores, lo que permite utilizar, individualmente o combinados entre sí, diversos métodos y criterios²⁹⁰. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cómo ha de calcularse este valor²⁹¹. Sin entrar en cuál de los distintos medios y métodos de valoración de las participaciones en el capital social (cotización en mercados no regulados, activo neto real, capitalización de resultados o de flujos monetarios) es más idóneo, lo que sí debe quedar claro es que el valor a fijar no es un dato objetivo y estático sino que requiere, al tratarse de una empresa en funcionamiento, la valoración de otros factores, como el fondo de comercio, la clientela, las plusvalías tácitas, las expectativas²⁹², así como considerar que el valor se calcula a unos efectos concretos derivado del ejercicio del derecho de adquisición

²⁸⁹ R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, R.D. 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas y Resolución de 7 de octubre de 2010 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre el “valor razonable”.

²⁹⁰ Resolución de 7 de octubre de 2010 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre el “valor razonable” (BOE Nº 254, de 20 de octubre de 2010)

²⁹¹ Doctrina reflejada en SsTS de 2 de noviembre de 2012, completando la fijada en las de 18 y 29 de mayo de 2012. La SAP Madrid (Sec. 28ª), núm. 141/2014, de 5 de mayo, efectúa una síntesis de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor razonable que debe utilizarse como referente para hacer efectivo del derecho de adquisición preferente reconocido en los estatutos sociales.

²⁹² STS, 1ª, núm. 320/2012, de 18 de mayo (que también trata la figura del arbitrador legal).

previsto en caso de transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales o de las acciones.

La Ley de Sociedades de Capital, además de determinar que el precio se fijará en función del valor razonable y no de cualquier otro posible valor, fija la atención en otros aspectos: el momento temporal de referencia para calcular el valor razonable, el procedimiento y la forma de pago del precio. Aspectos a los que da un tratamiento jurídico distinto según se trate de participaciones sociales o de acciones²⁹³.

El valor razonable de la participación social se refiere al día del fallecimiento del socio. Si el valor no es aceptado por el heredero, la propia ley remite a lo fijado para valorar las participaciones sociales a efectos de separación de socios, debiendo fijarse por un experto independiente designado por el Registrador mercantil del domicilio social en caso de no acuerdo sobre la persona que ha de efectuar la valoración (art. 353, por remisión art. 110.2 LSC). En cambio, las acciones nominativas se valorarán con referencia al día de la solicitud de la inscripción del heredero en el registro de acciones nominativas por un auditor de cuentas –distinto al auditor de la sociedad- nombrado por los administradores a solicitud de cualquier interesado (art. 124 LSC). El precio así determinado deberá pagarse al contado cuando se trate de participaciones sociales, guardando silencio la ley sobre este extremo en el caso de acciones y que, en todo caso, puede ser regulado en los estatutos sociales al incluir la cláusula restrictiva a la transmisión *mortis causa*.

La diferencia en el momento temporal repercute directamente sobre el precio que en las participaciones sociales coincide con el valor razonable que tenían en el momento del fallecimiento del socio, mientras que en el caso de las acciones

²⁹³ VIERA GONZÁLEZ, A.J., *Las Sociedades de Capital Cerradas...*, *op. cit.*, pág. 390, considera que este distinto tratamiento jurídico “expresa una falta de coherencia de nuestro sistema de sociedades de capital que a un mismo supuesto de hecho aplica, sin ninguna razón que al menos nosotros alcancemos a ver, un distinto régimen jurídico”. De la misma opinión, ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Transmisión mortis causa....”, *op. cit.*, pág 44.

nominativas, el valor será el correspondiente al momento de solicitar la inscripción por el heredero en el libro registro, lo que supone una valoración a fecha actual y no referida al momento del fallecimiento. El distinto momento de valoración fijado por el legislador parece responder al distinto carácter que se atribuye a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas. Se puede observar cómo al fijar en las participaciones sociales el fallecimiento del socio como momento de valoración se excluye al heredero de las variaciones patrimoniales producidas por los derechos y obligaciones adquiridos después del fallecimiento, lo que se puede justificar en la previsión real de que el heredero del socio fallecido no llegue a adquirir la condición de socio, ya que será otro socio o la propia sociedad quien asuma esa posición y, por tanto, se estén retrotrayendo los efectos de la transmisión al momento del fallecimiento. Sin embargo, en las sociedades anónimas, se parte de que no existe por esencia ese *intuitu personae* -de lo que es muestra que pueda ser un extraño quien adquiera las acciones del heredero- por lo que los efectos del rescate se fijan en el momento en que se presenta a la sociedad con la intención de inscribir el cambio de titularidad.

4. Compatibilidad de la sucesión hereditaria y las restricciones a la transmisión *mortis causa* de las acciones y participaciones sociales

La compatibilidad entre la regulación de la sucesión (por ley o mediante disposiciones testamentarias) y las restricciones a la libre transmisibilidad impuestas estatutariamente exige determinar, a efectos societarios, si la adquisición por el heredero en virtud de la sucesión y la transmisión derivada del ejercicio del derecho de rescate son actos independientes o se trata de una única transmisión.

La doctrina defiende mayoritariamente que el sistema fijado en la ley es de doble transmisión, *mortis causa* entre el socio fallecido y el heredero e *inter vivos*

entre el heredero y el tercero adquirente (socio, sociedad o extraño)²⁹⁴. Sin embargo, se ha defendido la existencia de una doble transmisión en la sociedad anónima y una única transmisión en la sociedad de responsabilidad limitada, por el diferente funcionamiento y configuración de la cláusula restrictiva en una y en otra. En las sociedades anónimas existe una doble transmisión, ya que para rechazar la inscripción del nuevo socio es necesario presentar un nuevo adquirente al heredero y, por esta razón, se valoran las acciones en el momento en que el heredero solicita su inscripción como nuevo socio en el libro registro. En cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada, la configuración del derecho de adquisición por los socios sobrevivientes se refiere directamente a las participaciones sociales del socio fallecido y al valor razonable del día de fallecimiento, de forma que puede entenderse que los socios adquieren directamente del socio fallecido y lo que éste transmite a los herederos es un derecho expectante que, dependiendo de que los socios sobrevivientes ejerciten o no el derecho de adquisición, supondrá que lo que se hereda es el valor de las participaciones sociales o su titularidad, evitando así la doble transmisión²⁹⁵.

Resulta evidente que el régimen de restricciones a la transmisión *mortis causa*, tanto en la sociedad de responsabilidad limitada como en la sociedad anónima, es un régimen que requiere como presupuesto previo necesario la adquisición de la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones por el heredero o legatario en los términos de la legislación sucesoria. Sólo en el momento en que es adquirida por el heredero o legatario la titularidad es cuando opera la cláusula restrictiva que establece el derecho de adquisición. La condición de heredero se adquiere con la aceptación de la herencia, momento a partir del cual se asume la posición jurídica del causante en sus relaciones jurídicas con efectos retroactivos, por tanto a partir de ese momento las participaciones sociales pasan a ser titularidad del heredero si es uno solo o formarán parte de la comunidad hereditaria si la herencia sigue indivisa. Los

²⁹⁴ PERDICES HUETOS, A.B., "Restricciones a la transmisión de acciones...", *op. cit.*, pág. 497 y en *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones...*, *op. cit.*, pág. 257; VIERA GONZÁLEZ, A.J., *Las Sociedades de Capital Cerradas...*, *op. cit.*, pág. 334.

²⁹⁵ VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., "Régimen de las participaciones sociales...", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *op. cit.*, pág. 159.

socios o la propia sociedad a partir de ese momento es cuando podrán dirigirse al heredero o a la comunidad hereditaria para ejercer el derecho de adquisición, momento en el cual se produce la mutación en lo heredado o en la composición de la herencia indivisa al sustituirse las participaciones sociales por su valor. Sea en el momento de la aceptación o en el concreto de la adjudicación, cuando la sociedad tiene conocimiento del sucesor ya se ha producido un acto traslativo *mortis causa* y el ejercicio del derecho de rescate supondrá una transmisión *inter vivos*, entre el heredero adjudicatario o la comunidad hereditaria y el socio o la propia sociedad.

La transmisión de las participaciones sociales y de las acciones al heredero o a la comunidad hereditaria se produce aunque solo sea de forma temporal, pues existe la posibilidad de que se vean obligados a efectuar la transmisión de las participaciones sociales o de las acciones heredadas a favor de los socios o de la sociedad que ejerzan el derecho de adquisición o rescate. Las restricciones estatutarias producen una limitación de los efectos inmediatos de la sucesión hereditaria, al poderse ver la adjudicación desvirtuada por el ejercicio de los derechos de adquisición pero, en ningún caso, se produce una única transmisión sino dos transmisiones sucesivas: del causante al heredero o legatario y del heredero o legatario al tercer adquirente (sea otro socio, la sociedad o un extraño en caso de acciones nominativas). No se produce, en consecuencia, un conflicto de normas sino que se trata de la aplicación sucesiva de distintas normativas sobre una misma realidad jurídica, la sucesión hereditaria en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones. Por ello, no se puede entender la aplicación de las restricciones estatutarias, cuya finalidad es impedir la entrada de nuevos socios extraños a la sociedad, como violación de las normas testamentarias ni de las normas imperativas de derecho sucesorio. Se respeta el derecho a las legítimas²⁹⁶, pues la sucesión en la titularidad se produce aunque el bien –la participación en el capital social– se vea sustituido por el precio del rescate societario.

²⁹⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., en este sentido, dice que “el establecimiento de cláusulas restrictivas no entraña un gravamen sobre la legítima ex art. 813 CC en cuanto, en rigor, ninguna carga puede suponer la condición impuesta en un contrato, el social, que puede anteponerse largo tiempo al fallecimiento del causante” (en *Transmisión Mortis Causa....*, *op. cit.*, pág. 92).

Esta compatibilidad de las normas, sin embargo, no evita que las limitaciones estatutarias puedan ser utilizadas como un instrumento para articular de forma indirecta la sucesión en la titularidad de participaciones sociales y de acciones²⁹⁷. El causante puede establecer en su testamento la adjudicación de un número de participaciones sociales o de acciones a cada uno de sus herederos, cuando solo uno de ellos es también socio de la sociedad o se requieren condiciones concretas para ser socio²⁹⁸. El heredero ya socio podrá adquirir las participaciones sociales y las acciones atribuidas a otros herederos no socios a cambio del valor razonable de éstas en el momento de fallecimiento o de la solicitud de la inscripción de la titularidad a favor del heredero. Todo el paquete seguirá en mano de un único socio y los herederos obtendrán un valor que puede coincidir, ser superior o inferior al valor de adjudicación. En otras palabras, tras estas cláusulas puede existir encubierto un pacto sucesorio prohibido que podría violar tanto el derecho de los herederos a su legítima como la prohibición de celebrar contratos sobre la herencia futura²⁹⁹.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD YACENTE O A LA COMUNIDAD HEREDITARIA

1. Situaciones de pluralidad de herederos durante el proceso sucesorio

Desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación, la herencia está deferida pero no aceptada. Esta situación es la que se conoce como herencia yacente³⁰⁰. Recibe esta denominación porque los bienes que constituyen la masa hereditaria se encuentran pendientes de titular o titulares, bien porque están indeterminados al

²⁹⁷ PERDICES HUETOS, A.B., "Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones..." en *op. cit.*, pág. 499.

²⁹⁸ Sobre la posibilidad o no de que se ejerza el derecho de adquisición sobre herederos que ya son socios, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., "Régimen de las participaciones sociales..." en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, op. cit.*, pág. 168

²⁹⁹ Sobre la validez de estos pactos, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., "Régimen de las participaciones sociales..." en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, op. cit.*, pág. 176.

³⁰⁰ Esta figura es admisible por la influencia romanista de nuestro derecho de sucesiones. En el sistema germánico de adquisición automática de la herencia por la sola delación la herencia yacente no tiene prácticamente cabida.

desconocerse quién ha de ser llamado a la sucesión o bien porque los llamados son conocidos pero no han aceptado ni repudiado la herencia (siendo éste el caso más frecuente de yacencia hereditaria y el que interesa a efectos de esta tesis).

En el momento en que la herencia es aceptada, la posición de los herederos varía según haya sido la voluntad del causante. Así, si el causante ha dispuesto en su testamento la adjudicación de bienes concretos, cada heredero pasa a ser titular del bien adjudicado. Pero si el causante no ha otorgado testamento o si otorgado no comprende la forma de adjudicación de los bienes sino que dispone que los bienes sean para sus herederos en la proporción que les corresponda, la herencia es una herencia indivisa y los herederos forman una comunidad hereditaria. En tal caso, el derecho hereditario *in abstracto* de cada heredero se convierte en una cuota abstracta sobre la titularidad conjunta de la herencia.

La herencia yacente y la comunidad hereditaria representan situaciones de pluralidad de herederos vinculados por una condición personal -ser llamado a la herencia o heredero que ha aceptado la herencia- a un patrimonio común o herencia. Situaciones de pluralidad que cumplen los requisitos de la comunidad ordinaria -dos o más sujetos, objeto en común y relación jurídica que los une- pero que se alejan de ella en su esencia.

1.1. Herencia yacente

A) Concepciones justificativas de la institución

La naturaleza jurídica de la herencia yacente se ha intentado justificar desde distintos enfoques: que van desde su consideración como *res nullius* hasta su concepción como instituto jurídico instrumental, pasando por la ficción jurídica de considerarla una persona jurídica o un derecho sin sujeto³⁰¹.

³⁰¹ Sobre las diversas concepciones de la herencia yacente, CASTRO SÁENZ, A., *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Sevilla, 1998; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *La herencia yacente*,

Durante la época clásica y postclásica, la doctrina jurisprudencial definía la herencia yacente según iba cambiando la realidad jurídica y social de la sociedad romana. Así, en un primer momento, se consideró la herencia yacente como *res nullius* o cosa de nadie, susceptible de expolio y usucapión por un tercero, posibilidad limitada, en un momento posterior, por los legítimos intereses del heredero y la propia integridad de la herencia como ente unitario. Superada esta concepción de la herencia yacente como *res nullius* se emplea el recurso a la ficción jurídica que permite personificar a la herencia yacente: como representación de la persona del difunto; después como representación de la persona del heredero; y finalmente como persona jurídica, como sujeto de derecho, titular de relaciones jurídicas. Esta teoría de la ficción jurídica, como mecanismo para explicar la estructura dinámica de la herencia yacente, se ha intentado contrarrestar, a su vez, en la doctrina moderna, recurriendo a la teoría de los derechos sin sujeto o a las figuras instrumentales con un fin concreto.

Por su parte, la aplicación a la herencia yacente de la teoría de los derechos sin sujeto³⁰² se defiende por la doctrina con apoyo en la admisión por el ordenamiento jurídico de ciertos derechos sin sujeto actual siempre que exista ineludiblemente un sujeto para esos derechos. En el caso concreto de la sucesión hereditaria siempre hay un sujeto que heredará al causante (art. 956 Cc)³⁰³, aunque éste sea indeterminado durante el período de yacencia. Durante este período existe una vinculación entre el caudal hereditario (que ya no puede ser considerado *res nullius*, pues no carece de titular sino que éste es indeterminado) y el sujeto llamado a la herencia, vinculación consistente en el derecho que tiene el futuro heredero a hacer propios los bienes hereditarios y que ha de preservarse en interés de ese titular indeterminado, desde el

Barcelona, 1995; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Valencia, 1997.

³⁰² Teoría elaborada por Windscheid que afirmó la posibilidad de la existencia del derecho subjetivo sin necesidad de un sujeto actual y que el patrimonio del causante pudiera permanecer transitoriamente en esta situación hasta que el heredero aceptara la herencia, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente, op. cit.*, págs. 50 ss.

³⁰³ Nuestro ordenamiento fija que siempre habrá un heredero. A falta de personas con derecho a heredar, según los artículos reguladores de la sucesión intestada, heredará el Estado.

momento mismo de la apertura de la sucesión, mediante la administración de la herencia. Dicho interés quedará satisfecho adquirida la herencia mediante la retroactividad de los efectos de la transmisión al momento de la muerte (art. 657 Cc). Instrumentos ambos, herencia yacente y retroactividad de los efectos, que tutelan las finalidades que la ley trata de conseguir al exigir la continuidad de los derechos subjetivos, en beneficio de los terceros y del tráfico³⁰⁴.

La segunda teoría concibe la herencia yacente como un instituto jurídico instrumental que nace con un fin concreto, mantener la unidad de la herencia y su materialidad como ente perceptible en sí y por sí mismo hacía el exterior, pero que en el momento en el que se produce la adición de la herencia, se disuelve y su unidad desaparece. La herencia yacente, por tanto, comienza a desarrollar su peculiar función con la muerte del causante y por su propia fuerza motriz reúne no sólo todos los bienes y relaciones jurídicas transmisibles existentes en el momento de la muerte sino también las relaciones que surgen entre la delación y la adición³⁰⁵.

La figura, aunque no es objeto de regulación explícita en nuestro ordenamiento jurídico³⁰⁶, es admitida hoy por la doctrina³⁰⁷ y la jurisprudencia. Se concibe como un

³⁰⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., "Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente", en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Prof. Luís Legaz y Lacambra, Estudios de Derecho Privado común y foral*, t. I págs. 537 a 542, Universidad Santiago de Compostela, 1992.

³⁰⁵ Concepción elaborada por ROBBE, que sostiene que la *hereditas iacet* debe ser entendida en función del significado de la palabra *hereditas* como instituto jurídico en sentido ontológico, en sí misma, en su plena y verdadera esencia y, su peculiar función consistente en el singular fenómeno por el que el heredero sucede en la situación jurídica del difunto, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente*, op. cit., pág. 24 ss.

³⁰⁶ El Código civil, aunque no menciona expresamente esta figura, la describe en un supuesto concreto: la prescripción a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar (art. 1934). En otros sectores del ordenamiento jurídico, su admisión es más clara: la Ley Hipotecaria (art. 20, párr. 4^o) permite disponer de los bienes de la herencia por los albaceas o administradores sin necesidad de previa inscripción; la Ley Concursal (arts. 1.2 y 40.5) al regular el concurso de la herencia; la Ley General Tributaria (art. 35.4 LGT) que la considera obligado tributario; o la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 6.1.4^o y 7.5) que establece su capacidad procesal para ser parte. Además es reconocida de forma explícita por algunas legislaciones autonómicas, como la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (art. 411-9).

³⁰⁷ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, op. cit., págs. 479-480; HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, M.D, *La herencia yacente*, op. cit., págs. 48 ss.; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, op. cit., págs. 60-61.

patrimonio separado de carácter interino³⁰⁸, un patrimonio de destino³⁰⁹, una unidad patrimonial no en torno al titular actual, que no existe, sino por la común destinación³¹⁰, una masa patrimonial cuyo sujeto está provisionalmente indeterminado sin concreción, que se mantiene como unidad en interés del titular futuro³¹¹.

En conclusión, la herencia yacente es una comunidad que recae sobre una *universitas* constituida por un patrimonio unitario que, a pesar de la falta de un titular, mantiene la cohesión entre todos los elementos, activos y pasivos que lo componen, en interés del futuro titular, pudiendo experimentar dicho patrimonio modificaciones bien por la realización de hechos jurídicos o por actos de administración³¹². Comunidad que, salvo que se produzca la desaparición de la herencia³¹³, se extinguirá por la aceptación del heredero o herederos llamados³¹⁴.

³⁰⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, t. VII, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004, pág. 331.

³⁰⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 5, *Derecho de sucesiones*, 1999 (vlex: 21520) dice que "es un caso de patrimonio de destino al futuro titular, el que será heredero; el patrimonio se conserva y se mantiene unido como si tuviera un titular actual, pues hay seguridad en que éste llegará a serlo, llamado por el causante en testamento o por la ley". En el mismo sentido, FUENTES MARTÍNEZ, J.J., "La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria ultra vires. Algunas propuestas de reforma", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo II, *Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, págs. 468-469.

³¹⁰ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil, V...*, *op. cit.*, pág. 40.

³¹¹ SAP Cáceres, Sec. 1ª, núm. 195/2002, de 12 de septiembre.

³¹² HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 63.

³¹³ La doctrina considera que si uno de los fines de la yacencia es la conservación de los bienes, si éstos desaparecen la yacencia deja de tener su razón de ser; si bien teniendo en cuenta la función que cumplen el activo y el pasivo en relación con la herencia yacente y la satisfacción del pago a los acreedores y legatarios, no existe ningún obstáculo para que la herencia yacente continúe aun careciendo de activo (v. HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, Mª D., *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 182). Se ha de pensar, sin embargo, que aunque no existan activos si existen pasivos la herencia yacente debe subsistir (e incluso ser declarada en concurso) pues la responsabilidad última será del definitivo heredero, aun cuando sea difícil admitir que alguien acepte una herencia que perjudique su propio patrimonio.

³¹⁴ HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, Mª D., matiza que si son varios los llamados y solo se acepta por algunos de ellos, esta aceptación "no hace cesar la yacencia para los demás, dando lugar a la herencia yacente por cuotas, salvo si el llamamiento plural se hizo solidariamente" (en *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 176).

B) Delimitación subjetiva

La yacencia de la herencia puede ser motivada por diversas causas: (i) las disposiciones testamentarias del causante (designar heredero al concebido no nacido, imponer la constitución de una fundación o condicionar la sucesión a determinados hechos); (ii) la actitud del llamado a la herencia (falta de manifestación de su voluntad, ejercicio del derecho de deliberación o aceptación a beneficio de inventario³¹⁵); o (iii) la existencia de conflictos en torno a los derechos sucesorios³¹⁶, que dan lugar a los juicios de abintestato o de testamentaria (arts. 1005 y 1097 LEC 1881) o de declaración de herederos y división de la herencia (arts. 872 y ss. LEC 2000)³¹⁷. Son causas que dan lugar a situaciones de yacencia voluntaria, producida cuando el heredero determinado y conocido no ha aceptado la herencia, o de yacencia forzosa consecuencia de que el llamado actual no se halla subjetivamente en condiciones de adir la herencia (fundación testamentaria, *nasciturus*) o la delación carece de efectividad (institución condicional) o se ha realizado en favor de una persona determinable pero no determinada. La yacencia forzosa, a diferencia de la voluntaria, se caracteriza porque nace antes que el propio *ius delationis*³¹⁸ y, por eso se denomina también yacencia hereditaria incidental o circunstancial o connatural a la propia institución de heredero.

Todas estas causas de yacencia hereditaria se fundamentan más que en la ausencia de un futuro titular³¹⁹ en la existencia de un heredero futuro aunque no esté

³¹⁵ Lo que supone el cumplimiento de una serie de trámites: solicitud inicial, formación de inventario, citación de acreedores y legatarios, herencia en administración, liquidación, y da muestra de la duración del período en que la herencia puede estar sin titular determinado.

³¹⁶ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil, V...., op. cit.*, pág. 40.

³¹⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de derecho Civil VII...., op. cit.*, pág.331-332.

³¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil V...., op. cit.*, pág. 48.

³¹⁹ Nuestro ordenamiento al fijar que siempre habrá un heredero (art. 956 Cc), excluye otras situaciones jurídicas como la vacancia de los bienes, la institución a favor del alma o de los pobres o la declaración del causante de no querer heredero -lo que supone la extinción de las relaciones jurídicas del causante por falta de titular-. El Estado es llamado por imperativo legal a la sucesión a título de heredero (no ocupación de bienes vacantes), sin necesidad de aceptación y sin que quepa repudiación, pero entendiendo "siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello" (art. 957 Cc) y con la carga de asignar las dos terceras partes del producto de la herencia a determinadas instituciones. HERNÁNDEZ DIAZ AMBRONA, *La herencia yacente, op. cit.* págs. 183 ss., distingue herencia yacente y herencia vacante y la sucesión del Estado; LACRUZ BERDEJO, J.L. (y

determinado, lo que supone que las relaciones jurídicas que conforman el caudal relicto se encuentran temporalmente sin titular. Ante esta coyuntura, el ordenamiento jurídico permite la subsistencia de derechos sobre este patrimonio en atención a una “*spes subiecti*”, que no es simple esperanza sino la seguridad de existencia de un titular futuro, a quien se imputarán todas las vicisitudes sufridas por el derecho desde que se desprendió del titular causante³²⁰. Esta transitoriedad hasta la determinación del titular futuro requiere delimitar la capacidad de la herencia yacente, constituida por todos los interesados posibles futuros titulares, para conservar y administrar el patrimonio hereditario.

La doctrina jurisprudencial admite unánimemente que para determinados fines la herencia yacente, aun careciendo de personalidad jurídica, ha de considerarse como un elemento subjetivo de la relación jurídico-procesal, con capacidad procesal para demandar y ser demandada, ya que se trata de una comunidad de interesados en el caudal hereditario a los que ha de otorgársele transitoriamente y para fines concretos una consideración unitaria. El Tribunal Supremo tras poner de manifiesto el defecto de regulación en nuestro Derecho de la herencia yacente³²¹, y tras un primer momento en el que exigía llamar al proceso a todos los que se creyesen con derecho a la herencia del causante, ha dotado a la propia herencia de personalidad jurídica especial como comunidad de intereses, pero sin que pueda ser entendida con separación absoluta de las personas llamadas a suceder³²². Se admite que en nombre de la herencia yacente, los albaceas o administradores testamentarios o el administrador judicial o, a falta de éstos, cualquiera de los futuros herederos³²³ o, en su caso, el cónyuge viudo, puedan actuar, sin necesidad de llamar al proceso a todos los que tengan un posible derecho sobre la herencia, para conservar y defender los bienes y derechos de la herencia y

otros), *Elementos de Derecho civil V...*, op. cit., págs. 441 ss; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil...*, op. cit., (artículos 956-958).

³²⁰ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, op. cit., pág. 482.

³²¹ STS, 1ª, núm. 419, de 10 de noviembre de 1981.

³²² STS, 1ª, núm. 387/2000, de 11 de abril de 2000.

³²³ La situación de indeterminación de los derechos no impide a cualquier heredero actuar por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria y herencia yacente sin necesidad de poder conferido por los demás sucesores aunque a éstos, en su caso, no les perjudica la sentencia adversa, SAP Barcelona, Sec. 19ª, núm. 120/2004, de 5 de marzo.

para cumplir las obligaciones que pertenecieran al causante y no se hayan extinguido por su muerte o las que surjan de la propia gestión de los bienes hereditarios. De igual forma, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras una consolidada doctrina que sostenía la calificación denegatoria de la inscripción de sentencias dictadas en procedimientos civiles declarativos o de anotaciones preventivas de embargo ordenadas en procesos de ejecución dirigidos contra una herencia yacente o contra los herederos desconocidos e inciertos por haberse omitido por el Juez la designación de un administrador que la representara, ha cambiado su criterio. Desde las resoluciones de 27 de julio, 19 y 20 de agosto de 2010 y 21 de enero de 2011, se ha limitado la necesidad de designación judicial a aquellos supuestos en que existe falta de testamento y de parientes con derecho a la sucesión o que no haya existido un emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado o que el llamamiento a los herederos indeterminados sea puramente genérico³²⁴.

Desde un punto de vista subjetivo, la herencia yacente es una comunidad *sui generis* formada por todos los llamados que aún no han aceptado o no han podido aceptar, por los titulares expectantes y aquéllos que tienen un interés directo sobre la herencia, sujetos vinculados en torno a un patrimonio común por su condición de posibles sucesores del fallecido.

C) Administración de la herencia

La realidad de las cosas muestra que, en el período de yacencia, la cuestión jurídica principal es la administración de la herencia. La necesidad de conservar, mantener y dar continuidad a las relaciones jurídicas que surgen en torno al patrimonio hereditario hasta la concreción de su titular es la finalidad que subyace y justifica la admisión de la herencia yacente.

³²⁴ Un interesante trabajo, con propuestas de estrategia procesal, PARDO MUÑOZ, F.J., *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida*, RRDGRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011, Madrid, 2011.

El causante, con el fin de que no se produzca un vacío de decisiones durante este período de yacencia, ha podido prever en su testamento la forma de administrar y gestionar su herencia, designando un albacea universal, un contador partidor o un administrador del caudal relicto (aunque es habitual que concurren las tres posiciones en una sola persona) o incluso un administrador específico para determinado tipo de bienes. El testador puede designar a su cónyuge como encargado de la administración de sus bienes disponiendo a su favor el usufructo universal de los bienes³²⁵.

A falta de previsión testamentaria, se establecen diversas normas para proteger y administrar los bienes en las distintas fases en que se encuentre la herencia yacente³²⁶. En un primer momento, el del período inmediato al fallecimiento y en el que lo importante es determinar los posibles sucesores y fijar el patrimonio relicto, las normas tienen como objetivo principal asegurar los bienes del causante (arts. 790 y 791 LEC). Igualmente, se prevé medidas de carácter instrumental en los supuestos de yacencia forzosa, heredero instituido bajo condición suspensiva, la herencia del *nasciturus* o de persona jurídica no constituida, o cuando el llamado hace utilización del beneficio de inventario o del derecho a deliberar (arts. 801, 965, 1020 Cc) e incluso se decreta la intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división judicial de la herencia fijando medidas concretas sobre su administración, custodia y conservación (arts. 792 y ss LEC).

Sin embargo, la verdadera problemática de la administración se produce, una vez delimitado el patrimonio y asegurado, si el testador no ha ordenado la

³²⁵ En este caso se considera aplicable la fiducia sucesoria del artículo 831 Cc (redactado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad), al ser una situación similar a la de la yacencia hereditaria, se sabe quienes van a ser sucesores pero no la proporción ni el título por el que lo será, por lo que se actúa en beneficio de los futuros herederos. Sobre la administración de la herencia yacente en la fiducia sucesoria, RUEDA ESTEBAN, L., "La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil", en AAVV, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*. Sus protocolos, Barcelona, 2005, págs. 194 ss.

³²⁶ COCA PAYERAS (voz "herencia yacente" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pág. 3310-3311) distingue, a estos efectos, entre yacencia hereditaria en sentido estricto –la que tiene lugar a la muerte del causante y tras la adopción de las medidas de aseguramiento- y herencia en trance de aceptación o repudiación. Sobre el proceso de intervención del caudal hereditario y las medidas a adoptar en cada fase, SAP, Madrid, Sec. 12ª, núm. 346/2007, de 29 de mayo.

administración o ésta no ha sido establecida por la ley o judicialmente. Una corriente doctrinal entiende que la delación legitima al llamado para la realización de determinados actos en interés de la comunidad yacente (los especificados en el artículo 999.4º Cc), es decir que el simple ofrecimiento le confiere la posición de administrador con derecho para llevar a cabo aquellas actuaciones que eviten la pérdida de los bienes³²⁷. Otro sector, por el contrario, considera que el llamado en esa condición lo que tiene es un mejor derecho que cualquier tercero –no vocado- para administrar los bienes de la herencia, si bien al no ostentar título de heredero es un extraño que si no llega a aceptar la herencia deberá ser considerado un gestor de negocios ajenos o gestor de negocios sin mandato³²⁸. El llamado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 999, párrafo cuarto, del Código civil, está habilitado legalmente para efectuar actos de administración provisional o conservativa de la herencia, sin que suponga su aceptación tácita, lo que le permite realizar actos de custodia del caudal relicto, a fin de conservarlo para el heredero y asegurar la posición de los acreedores. Ello supone que no se trata de un mero gestor de negocios ajenos pero tampoco supone que si el llamado decide realizar estos actos se convierta en administrador ordinario, como si fuese administrador designado legal o judicialmente, ya que su administración es provisional y limitada a unos actos concretos³²⁹.

La cuestión crucial para el llamado, al margen de los efectos que pueda tener su actuación según se considere administrador de la herencia o gestor de negocios ajenos, es delimitar su ámbito de actuación de forma que no se exceda de aquellos actos que no impliquen aceptación tácita y así evitar convertirse en heredero (lo que supondría la extinción de la yacencia), aunque siempre estará habilitado para solicitar el nombramiento de un administrador que represente a la herencia yacente.

³²⁷ PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., *La sucesión por causa de...*, op. cit., pág. 177.

³²⁸ FUENTES MARTÍNEZ, J.J. “La sucesión y la institución hereditaria”, op. cit., pág. 104; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil...*, op. cit., págs. 49-51.

³²⁹ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente*, op. cit., pág. 169.

Desde un punto de vista subjetivo, es claro que el llamado podrá realizar todos aquellos actos que no revelen su intención de asumir la condición de socio³³⁰ y, *a sensu contrario*, todo acto inequívoco, claro y preciso que demuestre un interés en aceptar la herencia quedará excluido del ámbito de la mera conservación o administración provisional de la herencia.

Ahora bien, esta visión subjetiva del acto no es suficiente para determinar objetivamente si se está ante un acto de conservación o de administración provisional o ante un acto de administración ordinaria. Es necesario, a falta de mayor detalle legislativo, delimitar estos actos, atendiendo al fin previsto en la norma, como todos aquellos encaminados a salvaguardar el patrimonio de su pérdida o deterioro físico o jurídico y los necesarios para que los bienes sigan produciendo de acuerdo con su naturaleza pero siempre que no supongan una alteración sustancial del patrimonio³³¹. No es, por tanto suficiente atenerse a la clasificación de los distintos actos que conlleva la administración de los bienes (conservación, administración *strictu sensu* y disposición)³³² para delimitar la actuación de los llamados sino que ha de tenerse en cuenta la naturaleza del propio bien, pues actos de mera administración pueden conllevar decisiones dispositivas (el llamado, cuando realiza periódicamente ventas y compras en el negocio del fallecido o paga a los acreedores, está realizando actos de disposición que son verdaderos actos de conservación de la herencia pues permiten la continuidad de la empresa; distinto sería que el llamado realizase nuevas inversiones en el negocio, como compra de maquinaria más avanzada tecnológicamente, pues ello demostraría un interés más allá del simple mantenimiento del negocio). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo esta línea, ha fijado como doctrina que

³³⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ matiza que "no suponen aceptación tácita los actos carentes de significado patrimonial (por ejemplo, interrupción de la prescripción en perjuicio de la herencia, inscripción en el Registro de la Propiedad de negocios celebrados por el causante; guardar como depositario algún bien de la herencia...), pero indispensables para mantener la integridad y normalidad del patrimonio hereditario" (*Código civil...*, *op. cit.*, pág. 969).

³³¹ CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, "Estudios sobre la representación...", *op. cit.*, pág.312-313; GITRAMA, *La administración de herencia en el derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, citado en FUENTES MARTÍNEZ, J.J., en "La conservación y la continuidad de la empresa...", en *El patrimonio familiar...*, *op. cit.*, pág. 478; PALAZÓN GARRIDO, M^a.L., *La sucesión por causa de...*, *p. cit.*, pág. 183-187.

³³² Supra capítulo I, epígrafe II.4

el llamado podrá, con el fin de conservar y mantener el caudal relicto, realizar todos los actos de administración necesarios a excepción de aquellos que supongan una manifestación clara del aceptar la herencia o que para ejecutarse requiere ostentar la condición de heredero.

Esta concepción amplia de actos de mera conservación y administración provisional de la herencia yacente, permite adelantar aquí, aunque se matizará en epígrafes posteriores, que cuando en el patrimonio hereditario existen participaciones sociales y acciones se debe aceptar el ejercicio de determinados derechos sociales por los llamados a la herencia con efectos frente a la sociedad, basándose en la necesidad de conservar la integridad de la participación en el capital social y de la posición de socio en la sociedad.

1.2. Comunidad hereditaria

Desde el momento en que los llamados a título universal aceptan y adquieren la herencia, desaparece la situación de yacencia y se entra en fase de indivisión, pasando a ser todos herederos titulares conjuntos y con derechos indeterminados sobre la masa hereditaria. La especialidad de este tipo de comunidad y su escasa regulación en nuestro ordenamiento general, requiere determinar, en primer lugar, su naturaleza jurídica, para poder fijar los principios rectores que han de regir su administración con el fin de asegurar y mantener los bienes hereditarios en interés de todos los herederos y de aquél que finalmente resulte adjudicatario de los bienes y derechos concretos.

A) Naturaleza jurídica

La líneas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, reflejadas en la jurisprudencia, se basan en: (i) la equiparación de la comunidad hereditaria y el condominio ordinario, lo que supone la existencia de tantas

comunidades ordinarias como bienes existan en la herencia; (ii) su similitud con la comunidad germánica; o c) la existencia de una comunidad especial con caracteres propios, aunque tenga también caracteres propios de la comunidad ordinaria y de la comunidad germánica³³³.

La calificación de la comunidad hereditaria como condominio ordinario o copropiedad *strictu sensu* no es admisible, en cuanto la herencia es una *universitas* y sobre su totalidad recae la aceptación de cada uno de los herederos. Todos forman una comunidad en torno a ese patrimonio unitario y tienen una cuota abstracta de contenido indeterminado, no una cuota sobre cada uno de los bienes concretos. Esa cuota hereditaria es la que representa su derecho mientras el patrimonio permanezca indiviso. El derecho hereditario abstracto se materializa en una cuota, determinada por su participación en la herencia, pero también abstracta, pues no se concreta en un derecho de propiedad sobre los bienes o parte de los mismos³³⁴. Por ello, en la comunidad hereditaria no es viable el ejercicio de la acción de división de la cosa común como vía para acabar con la indivisión.

La comunidad hereditaria caracterizada por la participación de todos los partícipes en la *universitas* como conjunto de bienes de la herencia se acerca al modelo de comunidad de tipo germánico o en mano común. Los herederos no pueden atribuirse facultad o derecho alguno sobre bienes concretos del haber hereditario. Sin embargo, tampoco puede encuadrarse en la categoría de comunidades germánicas pues les falta el rasgo característico de éstas. Las cuotas en la comunidad germánica son intransmisibles mientras que el derecho o cuota abstracta de cada heredero sobre

³³³ CARUANA FONT DE MORA, G., "La comunidad hereditaria", en *Comunidad de Bienes*, coord. por M.ª. REYES LÓPEZ, Valencia, 2014, pág. 421 ss; COCA PAYERAS, voz "comunidad hereditaria" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág. 1335-1337; LACRUZ BERDEJO, J.L. (y otros), *Elementos de Derechos civil, V...*, op. cit., págs. 92-93; y, especialmente, WEBER-GRELLET, H., *La comunidad germánica*, traducción y nota preliminar de Antonio Pau, Cuadernos de Derecho Registral, 2007, pág. 62.

³³⁴ Hasta principios del siglo XX, la DGRN defendió la visión romanista de la comunidad, considerando a los coherederos como dueños proindiviso de cada uno de los bienes y derechos que integran la herencia –existían tantas comunidades como bienes y derechos-. Sin embargo, esta visión, por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fue abandonada y se comenzó a negar a los coherederos, durante la situación de indivisión hereditaria, derecho alguno sobre bienes concretos de la herencia.

la titularidad del patrimonio hereditario puede ser objeto de enajenación, cesión o hipoteca³³⁵.

Descartada la inclusión de la comunidad hereditaria como tipo de comunidad ordinaria o de comunidad germánica, una interpretación doctrinal de la comunidad hereditaria distingue entre la herencia como totalidad y los bienes que la conforman, de forma que declara que existe una comunidad romana por cuotas sobre la totalidad de herencia y una comunidad germánica sobre cada una de las cosas que se encuentran integradas en la herencia³³⁶.

El Tribunal Supremo, al margen de las posturas doctrinales que intentan encuadrar a la comunidad hereditaria en una categoría general, ha manifestado que se trata de un “tipo especial de comunidad” cuyas notas diferenciadoras permiten calificarla de “comunidad peculiar” con características propias y un régimen propio que la sitúan como una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral³³⁷. Esta comunidad se caracteriza por ser, además de universal, forzosa, incidental y transitoria. Es forzosa al imponerse en todos los supuestos de sucesión hereditaria en que se produce la aceptación sin partición de la herencia, salvo que el testador haya adjudicado en concreto los bienes o que el patrimonio hereditario esté constituido por un único bien. Es incidental porque no nace de pacto contractual entre los herederos, sino del acto de la aceptación de la herencia, sin necesidad de que los herederos manifiesten su voluntad de constituirse en comunidad³³⁸. Y es transitoria en cuanto nace con la finalidad de extinguirse con la partición hereditaria. Incluso, como

³³⁵ La legislación hipotecaria (art. 46, primer párrafo, LH) permite incluso la anotación preventiva del derecho hereditario abstracto “cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos” teniendo en cuenta que “al hacerse constar este derecho sobre el folio de un finca concreta de la herencia, lo que publica la anotación preventiva no es la titularidad sobre una parte indivisa y concreta de la finca, por parte del heredero anotante, sino la participación del heredero en toda la herencia, dentro de la cual está esa finca” (LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, V....*, op. cit., pág. 197).

³³⁶ LLAGARIA VIDAL, E., “Algunas consideraciones sobre la comunidad hereditaria”, en *Comunidad de Bienes*, op. cit., pág. 455.

³³⁷ Por todas, SsTS, 1ª, núm. 596/2008, de 25 junio y núm. 129/2000, de 17 de febrero.

³³⁸ PALAZÓN GARRIDO, Mª.L. califica la comunidad como un “estado más sufrido que querido”, *La sucesión por causa de muerte....*, op. cit., pág. 378.

reconoce la doctrina italiana³³⁹, es una situación transitoria con una autonomía dogmática propia que la diferencia de otro tipo de comunidades. La comunidad hereditaria puede definirse como una comunidad especial que sin tener personalidad jurídica propia posee cierta capacidad de actuación como unidad patrimonial y cuyos titulares están unidos por una causa jurídica unitaria y personal como es la de ser herederos del causante³⁴⁰.

B) Delimitación

La existencia de una comunidad hereditaria requiere, como toda comunidad, la concurrencia de tres notas esenciales: una pluralidad de sujetos, un objeto y un fin.

a) Delimitación subjetiva

En el plano subjetivo, la comunidad hereditaria se forma con la concurrencia de todos los herederos llamados de forma conjunta a suceder en la totalidad del patrimonio relicto, cualquiera que sea su título (testamentario o legal) y condiciones de llamamiento (sujeto a condición resolutoria, a plazo...) que han aceptado tácita o expresamente la herencia, así como por los legatarios de parte alícuota³⁴¹. Quedan, por tanto, excluidos y no serán partícipes en la comunidad hereditaria los herederos que han sido instituidos en cosa cierta o a quienes se les adjudicaron bienes concretos en pago de su derecho y los legatarios de cosa cierta³⁴².

³³⁹ *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, voz "comunione", Milano, 1961, pág. 278 que destaca que las diferencias más notables con el resto de comunidades inciden sobre el objeto, los sujetos, su régimen y duración y sobre la división de la herencia.

³⁴⁰ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, vol. IV..., *op. cit.*, pág. 299.

³⁴¹ Así se reconoce por la LEC que expresamente legitima para solicitar la división de la herencia a los coherederos y a los legatarios de parte alícuota (art. 782.1).

³⁴² ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, V..., *op. cit.*, pág. 119, para el que la comunidad se denomina hereditaria porque la titularidad de varias personas recae sobre bienes hereditarios y no porque los partícipes sean herederos. En el mismo sentido (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil V*, *op. cit.*, pág. 118) que distingue entre comunidad de herederos y la comunidad de los diversos partícipes (comunidad hereditaria). PUIG BRUTAU, J. (*Compendio de Derecho civil*, IV...*op. cit.*, pág. 302), considera partícipes a los herederos y sus cesionarios "adquirentes por cualquier título de la cuota que a cada uno de aquéllos corresponde en el global derecho hereditario", pero que no son herederos por ser ésta cualidad personalísima.

La inclusión del cónyuge viudo en la comunidad hereditaria requiere diferenciar su doble condición de cónyuge y de sucesor. En su condición de cónyuge no ha de considerarse partícipe en la comunidad hereditaria, si bien si ha sido instituido heredero o legatario de parte alícuota por voluntad del causante, formará parte de la comunidad hereditaria en su condición de sucesor pero no de cónyuge. Sin embargo, es objeto de discusión la posición que corresponde al cónyuge viudo no heredero testamentario que ostenta únicamente la titularidad de la cuota viudal usufructuaria (art. 834 Cc), si la naturaleza de su derecho permite considerar al cónyuge viudo miembro o integrante de la comunidad hereditaria mientras la herencia permanece indivisa³⁴³. Parte de la doctrina, con apoyo en la calificación del cónyuge viudo como heredero forzoso (art. 807 Cc), acepta su inclusión como legatario de parte alícuota de la herencia en usufructo³⁴⁴; sin embargo, otro sector opina que la situación del cónyuge respecto a la herencia se deriva de un derecho de usufructo y no de un derecho sucesorio sobre la herencia y, por tanto, no puede considerarse partícipe³⁴⁵. Ahora bien, no ha de confundirse el derecho como partícipe en la comunidad hereditaria con los derechos que el cónyuge tiene a separar de la masa hereditaria aquellos bienes que le correspondan de acuerdo con el régimen económico matrimonial que regía la comunidad conyugal. Este derecho resulta agravado cuando el matrimonio se ha regido por el régimen de sociedad legal de gananciales en el que se hace necesaria su previa liquidación para determinar los bienes que constituyen la comunidad hereditaria³⁴⁶.

³⁴³ SAP Madrid, Sec. 28, núm. 46/2011, de 18 de febrero, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo.

³⁴⁴ COCA PAYERAS, M., voz "comunidad hereditaria" en *Enciclopedia Jurídica Básica, op. cit.*, pág. 1335-1337; MARTÍN MESONERO, J. voz "Comunidad hereditaria", en *Enciclopedia Jurídica La Ley* (www.laleydigital.es, 1802/2008)

³⁴⁵ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, *op. cit.*, pág. 515

³⁴⁶ *Infra* capítulo cuarto, epígrafe V

b) Delimitación objetiva

El contenido patrimonial de la comunidad hereditaria tampoco es cuestión pacífica. Se acepta, de forma generalizada, que la comunidad hereditaria está formada por el conjunto de bienes y derechos hereditarios transmisibles de los que no ha dispuesto el causante en forma de legado de cosa específica y determinada y por los incrementos, accesiones, frutos o rentas de los bienes y derechos integrantes de la herencia que se producen mientras esté vigente. Sin embargo, no existe unanimidad con respecto a la inclusión del pasivo hereditario, no del pasivo que proceda de la masa común que siempre formará parte al producirse después del fallecimiento del causante. Quienes limitan el objeto de la comunidad al activo hereditario justifican su postura en que las deudas del causante y las cargas de la herencia solo recaen sobre los herederos que, por suceder en este título, se convierten en deudores del mismo (art. 661 Cc), a diferencia del resto de partícipes de la comunidad (legatarios) que no están obligados a satisfacer esas cargas³⁴⁷. Frente a esta postura, otro sector doctrinal defiende que se heredan tanto los bienes como las deudas y los herederos tendrán derecho a aquéllos y obligación de afrontar éstas, solo con la limitación derivada de la aceptación a beneficio de inventario³⁴⁸.

La postura adoptada, inclusión o no de las deudas del causante y de las cargas de la herencia en la comunidad hereditaria, tiene una repercusión directa sobre la responsabilidad de los herederos frente a los acreedores del causante y de la herencia mientras la herencia se encuentra indivisa, íntegra y solvente. Admitida la inclusión de las deudas en la comunidad hereditaria, los herederos pueden objetar a los acreedores que solo tienen derecho a dirigirse contra la masa hereditaria; sin embargo, la mayor parte de la doctrina (y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), en coherencia con la

³⁴⁷ Defienden esta postura, entre otros, ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V...*, op. cit., pág. 120-121; LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil V...*, op. cit., pág. 118; y O'CALLAGHAN MUÑOZ X., *Compendio de Derecho civil, t. 5...*, op. cit.

³⁴⁸ Esta postura es compartida por DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, op. cit., pág. 515; LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil, VII...*, op. cit., pág. 374.

exclusión de las deudas de la comunidad, sostiene que los herederos responden de las deudas de forma solidaria (por aplicación del art. 1084 Cc, que declara la solidaridad tras la partición)³⁴⁹, si bien algunos autores matizan esta responsabilidad defendiendo, en lugar de la solidaridad, la mancomunidad en proporción a las respectivas cuotas o la mancomunidad indivisible entre los herederos³⁵⁰.

c) Carácter finalista

Por último, el tercer elemento delimitador de la comunidad es su carácter finalista, pues se trata de una comunidad que nace con un determinado fin, partir la herencia y adjudicar los bienes que la forman entre los herederos y legatarios que la integran.

Ahora bien, este fin mediato ha de ser objeto de matización por un objetivo inmediato, ya que el testador puede diferir expresamente en el tiempo la división *postmortem* de su herencia o de un bien concreto (art. 1051 Cc) o los propios partícipes de la comunidad pactar su indivisión (“convenio de indivisión de la herencia”, basado en el art. 1255 Cc³⁵¹); o complicarse la partición por dificultades en la liquidación y adjudicación (sobre todo en procedimientos de división de la herencia en los que no se ha efectuado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales del fallecido) o por falta de acuerdo entre los herederos (sobre los bienes existentes, su valoración, las adjudicaciones).

³⁴⁹ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V...*, *op. cit.*, pág. 126.

³⁵⁰ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, *op. cit.*, pág. 517, la califica como una “forma de mancomunidad sin división, como estado de indivisibilidad entre los deudores, cuyas consecuencias se aproximan a la solidaridad, aunque no pueden en ningún caso confundirse con ella (arts. 1139 y 1150)”.

³⁵¹ CARUANA FONT DE MORA, G., “La comunidad hereditaria”, en *Comunidad de bienes, op. cit.*, pág. 424.

C) Régimen jurídico

La administración de la herencia indivisa, tal vez por concebirse como una situación transitoria, ha sido escasamente regulada³⁵², y, por esa razón, la determinación de normas de administración de la masa patrimonial es un elemento necesario para su organización. La carencia de regulación se puede suplir por la voluntad del causante reflejada en las disposiciones testamentarias o por acuerdo entre los partícipes de la comunidad hereditaria; sin embargo, habitualmente la situación es la de ausencia de normas por las que regir no solo las relaciones entre los partícipes sino también las de la comunidad hereditaria con terceros.

Ante la carencia de regulación específica de la administración mientras la herencia permanece indivisa se admite la aplicación por analogía de las normas de la comunidad ordinaria (art. 392.2 Cc), con carácter supletorio y en cuanto lo permita su peculiar naturaleza. Así cada heredero individualmente puede usar y poseer los bienes hereditarios, sin perjudicar el interés de la comunidad ni impedir el ejercicio del mismo derecho a los demás³⁵³. Igualmente podrán realizar aquellos actos conservativos o de defensa del patrimonio siempre que actúen en beneficio de la comunidad hereditaria (art. 394 Cc). La administración, que suponga actos distintos a los señalados, requerirá de una mínima organización consistente en la adopción de acuerdos por la mayoría de los partícipes (art. 398 Cc), salvo para actos de disposición o de modificación de bienes concretos que requieren del consentimiento de todos los herederos (art. 397 Cc). En caso de conflicto en la adopción de acuerdos o si el acuerdo puede ser gravemente perjudicial para la comunidad hereditaria, se ha de acudir al Juez para que resuelva lo que corresponda, incluso nombrar un administrador judicial de la herencia (art. 797 ss. LEC).

³⁵² El Código civil recoge principalmente normas sobre la administración en los supuestos de división y venta de la herencia: arts. 1026 (sobre administración de la herencia hasta que resulten pagados todos los acreedores y legatarios), 1051 (derecho a pedir la división de la herencia); art. 1067 (venta del derecho hereditario y derecho de retracto); arts. 1531, 1533 y 1534 (sobre venta de la herencia).

³⁵³ CARUANA FONT DE MORA, G., manifiesta que se trata de “posesión compartida” o “posesión colectiva” y por tanto es una posesión solidaria (“La comunidad hereditaria”, en *Comunidad de bienes*, *op. cit.*, pág. 426)

Se requiere, de nuevo, atender al ámbito en el que el acto se ha de efectuar, la finalidad que se pretende y el tipo de bien sobre el que recae, más que a una calificación genérica, para concretar si se trata de actos conservativos, actos de administración o actos de disposición³⁵⁴ y, en consecuencia, delimitar la forma necesaria para adoptar el acuerdo de ejecución. Esta cuestión, como se tratará en el epígrafe siguiente, adquiere una importancia especial cuando se trata de la sucesión en el ejercicio de la condición de socio derivado de la participación en el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima.

Las participaciones sociales y las acciones pertenecientes al socio que fallece son un bien integrante de su herencia y, durante el período que media entre el fallecimiento y la adjudicación, el ejercicio de los derechos derivado de su titularidad se verá influenciado según la fase del proceso sucesorio en que se encuentren. La posición jurídica frente a la sociedad de la comunidad yacente, en la que no existe un titular determinado sino que existe una pluralidad de llamados a la herencia que no han aceptado, o de la comunidad hereditaria propiamente dicha, formada por el conjunto de herederos o legatarios de parte alícuota, son cuestiones que van a influir en los siguientes aspectos: (i) en el reconocimiento de los llamados o de los herederos por la sociedad, (ii) en la atribución de la condición de socio y, en consecuencia, (iii) en la forma de ejercer los derechos que conlleva poseer determinado número de participaciones sociales o de acciones.

2. Condición de socio

2.1. Durante la yacencia de la herencia

Durante el período que transcurre desde el fallecimiento hasta la aceptación de la herencia, las participaciones sociales o las acciones son bienes sin titular determinado. Su titularidad pende hasta que no se produzca la aceptación por los

³⁵⁴ COCA PAYERAS, voz “comunidad hereditaria” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág.1335-1337

llamados a la herencia. La sociedad, en esta situación, no puede reconocer como socio a quien no es titular legítimo (art. 91 LSC) ni menos aún a quien no tiene personalidad jurídica (la herencia yacente) para ostentar tal condición. Esta negativa no puede interpretarse como una violación del ejercicio de los derechos sociales (art. 293 CP), sino como una consecuencia de la falta de legitimidad.

Una consecuencia de la falta de titular legítimo puede ser que los derechos de socio se encuentren en suspenso hasta que se produzca la aceptación por el heredero o los herederos. El pleno ejercicio de los derechos sociales se recuperará en el momento de comunicación e inscripción en el registro de socios o en el registro de acciones nominativas de los nuevos titulares que tendrán derecho también a los efectos y consecuencias de los acuerdos adoptados durante la yacencia que todavía persistan, como puede ser el cobro de dividendos acordados o la suscripción preferente (en consonancia con el art. 989 Cc que declara el efecto retroactivo de la aceptación)³⁵⁵. Este reconocimiento *a posteriori* de los derechos sociales no es, sin embargo, suficiente para mantener la integridad de la posición jurídica del socio fallecido en la sociedad, pues no todos los efectos de la actividad societaria durante ese período persistirán tras la yacencia.

Mantener una posición demasiado restrictiva sobre la posición del llamado respecto a la sociedad tampoco es conveniente para la sociedad –salvo que a la sociedad le interese excluir a los futuros herederos del causante– pues la falta del ejercicio de los derechos de socio, especialmente cuando afecta a la formación de la voluntad social, puede producir un bloqueo en su funcionamiento, con el consecuente perjuicio incluso para terceros con ella relacionados. En este sentido, el Tribunal Supremo ha llegado a declarar la nulidad de la sociedad de capital cuando la situación de yacencia de las participaciones sociales o de las acciones impide adoptar

³⁵⁵ Algunos autores, opinan que cuando el heredero o herederos no reclamen los derechos de su causante o tarden un tiempo en solicitar directa o implícitamente su legitimación ante la sociedad se produce “una suspensión del lado activo de la condición de socio, del mismo modo, por ejemplo, que en el caso de la mora del socio o de la adquisición de acciones en autocartera”, PERDICES HUETOS, A.B., *El libro registro de socios, la legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000, pág. 218.

determinados y fundamentales acuerdos sociales para cuya aprobación se exige un quórum especial o cualificado³⁵⁶.

En esta situación, la sociedad estaría legitimada para compeler a los llamados a aceptar o repudiar la herencia en calidad de interesada (art. 1005 Cc), pero también podría reconocer a la herencia yacente del socio fallecido cierta capacidad para actuar frente a la sociedad, a través de un representante o de uno de los llamados, para que ejerzan actos concretos. Para ello, sería suficiente que los llamados acrediten que, efectivamente, se hallan integrados en dicha comunidad, por haber sido vocados a la herencia del causante, por vía testamentaria o intestada, para dar validez y legitimación a su actuación. Con la constatación de estos extremos, a la sociedad le debe resultar suficiente para admitir a quién actúe en nombre de la herencia yacente. Además, esos actos se considerarán actos de conservación o administración provisional en cuanto suponen la conservación y mantenimiento de la posición societaria del causante.

En conclusión, durante este período las participaciones sociales y las acciones carecen de un titular legítimo y, por tanto, la sociedad no puede reconocer la condición de socio. Sin embargo, en su propio interés, podría permitir a la herencia yacente que la condición de socio fuese ejercida por un representante (designado por los llamados, un llamado a título particular, el administrador judicial de la herencia) que actúe en nombre de los futuros titulares expectantes.

³⁵⁶ Es muestra de esta doctrina, la STS, 1ª, núm. 347/2000, de 7 de abril, que resuelve un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de abril de 1995, que confirmaba la de instancia, en la que se acordaba la disolución, instada por el administrador único, de una sociedad de responsabilidad limitada, formada por dos hermanos, que poseían cada uno de ellos el 50% y el 30% respectivamente, y la herencia yacente del padre, con un 20% de las participaciones sociales, por existir una manifiesta enemistad entre los hermanos que impedía la adopción de acuerdos válidos a la vista de las mayorías previstas en algunos temas trascendentales, tales como aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión o transformación de la misma, su disolución o la modificación de la escritura social, lo que suponía la paralización del funcionamiento de los órganos sociales y la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

2.2. Durante la indivisión de la herencia

Finalizada la situación de yacencia con la aceptación de la herencia y antes de proceder a su partición se constituye la comunidad hereditaria, lo que implica que cada sucesor tiene derecho sobre el conjunto de bienes heredados del que forman parte las participaciones sociales y las acciones titularidad del socio fallecido. Los herederos tienen un derecho abstracto de contenido indeterminado sobre la totalidad de la herencia y no la copropiedad de cada uno de los bienes en concreto, por lo que no pueden ostentar la condición de socios a título individual junto a los demás herederos, sino que tienen que hacerlo a través de la comunidad hereditaria.

El Tribunal Supremo ha llegado a admitir que mientras la herencia está indivisa la condición de socio la ostenta la comunidad hereditaria³⁵⁷.

3. Reflejo de la herencia yacente y de la comunidad hereditaria en los registros de socios y de acciones nominativas

La sucesión en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones conlleva un cambio de socios que ha de comunicarse a la sociedad para la práctica del asiento correspondiente en el registro de socios o en el registro de acciones nominativas.

La herencia yacente, en cuanto supone una indeterminación en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones, no puede ser objeto de inscripción en el libro registro correspondiente. Ello no debe ser óbice, sin embargo, para que cualquiera que tenga derecho a la herencia, tras justificar documentalmente su derecho, solicite que en la inscripción originaria de la titularidad del socio fallecido se deje constancia, en la columna “observaciones”, a los únicos efectos de información, del fallecimiento y de la existencia de herencia yacente, así como, la identidad de los

³⁵⁷ STS, 1ª, de 5 de noviembre de 2004, núm. 1082/2004.

posibles titulares futuros sin son conocidos. Inscripción que facilitará a la sociedad las posibles comunicaciones con ellos.

A diferencia de la herencia yacente, la pertenencia de las participaciones sociales o de las acciones a la comunidad hereditaria supone un verdadero cambio de titularidad objeto de una nueva inscripción registral. Inscripción que requiere de justificación documental donde conste la aceptación y la falta de división de la herencia, normalmente la escritura otorgada por los herederos. Esta inscripción solo podrá ser denegada en el caso de acciones nominativas cuando se presente por la sociedad un adquirente (art. 124 LSC)³⁵⁸.

En la inscripción se ha de hacer constar la existencia de una comunidad hereditaria, pero no obligatoriamente la designación del representante común. La forma de reflejar la situación de indivisión de las participaciones sociales o de las acciones puede variar, bien haciendo constar como titular a la “comunidad hereditaria de D..., representada por D...” o bien haciendo constar en primer lugar al representante, con quien la sociedad se ha de comunicar “D... como representante de la comunidad de herederos de D...”³⁵⁹. Además, con carácter optativo y de forma similar al contenido de la inscripción en la copropiedad, puede hacerse mención a los datos identificativos de los miembros de la comunidad hereditaria -lo que facilita las relaciones sociedad comunidad hereditaria cuando no existe un representante designado. La referencia a los miembros de la comunidad hereditaria deberá efectuarse de forma que quede claro que no se inscriben en concepto de titulares de una parte concreta sobre las participaciones sociales o las acciones sino en cuanto participan de la comunidad hereditaria a la que pertenecen las participaciones sociales o las acciones a que se refiere la anotación.

³⁵⁸ Epígrafes III, 3 y 4.

³⁵⁹ STS, 1ª, núm. 127/2012, de 12 de marzo.

Sea cual sea el reflejo de la situación hereditaria en la inscripción correspondiente a las participaciones sociales o a las acciones nominativas del socio fallecido, desde el momento en que se conoce el fallecimiento del socio y hasta que se registre la nueva titularidad, la sociedad deberá remitir sus comunicaciones al representante, a los herederos o a los futuros herederos que consten en el registro o que sean conocidos por la sociedad. El respeto a la apariencia y a la confianza, como principios generales que rigen las relaciones en Derecho de sociedades de capital, no justifican continuar efectuando llamamientos al socio que se sabe fallecido. Los tribunales, en aplicación de dichos principios, declaran que la convocatoria de junta general debe efectuarse a los miembros de la comunidad hereditaria desde que se conoce el fallecimiento del socio; la comunicación al socio, una vez fallecido, carece de efectos, con la consecuente ineficacia de la convocatoria y, por tanto, de cuantos acuerdos se adopten en la junta³⁶⁰.

4. Ejercicio de los derechos de socio

El causante, con el fin de controlar u orientar el ejercicio de los derechos de socio desde el momento de la apertura de la sucesión hasta que se produzca la partición y adjudicación definitiva de la herencia, puede adoptar las previsiones testamentarias que estime oportunas³⁶¹, como disponer que los derechos de asistencia y voto en las juntas generales se ejerciten por un albacea, por uno de sus herederos o por todos ellos de forma rotatoria³⁶² o, teniendo en cuenta lo dispuesto en los estatutos sociales, puede designar un usufructuario de las participaciones sociales o de las acciones –por ejemplo, su cónyuge- con facultades para ejercer los derechos políticos junto con los económicos y nudo propietarios a todos los llamados a la herencia (art. 127 LSC).

³⁶⁰ SAP Alicante, Sec. 8ª, núm. 108/2006, de 9 de marzo

³⁶¹ Supra epígrafe III.2.2.A) b)

³⁶² FUENTES MARTÍNEZ, J.J. “La conservación y la continuidad...”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial.., op. cit.*, pág. 459.

A falta de previsiones testamentarias o de acuerdo de los llamados o de los herederos aceptantes, los derechos de socio deben ejercerse en defensa del interés de los titulares futuros. Quién ha de actuar frente a la sociedad y, en su caso, cómo ha de designarse a la persona que ejerza los derechos de socio, en cumplimiento del principio societario de unificación subjetiva del ejercicio de los derechos de socio, se ha de regir por las normas específicas de la comunidad respectiva.

La cuestión de fondo es determinar si quien administra a efectos sucesorios la herencia (yacente o aceptada sin dividir) ha de ser considerado representante suficiente a los efectos de ejercer los derechos sociales y, en todo caso, cuál es el alcance de la actuación de los llamados a la herencia o de los ya instituidos herederos frente a la sociedad.

4.1. Albacea designado por el testador

El albacea, como persona designada por el testador para hacer cumplir su voluntad manifestada en testamento y velar por los bienes de la herencia, tiene legitimación suficiente para actuar en interés de los llamados o de la comunidad hereditaria frente a la sociedad de capital. Esta aseveración, no obstante, debe ser objeto de matización con respeto al ejercicio de los derechos sociales, lo que requiere diferenciar dos supuestos: que el testador determine las facultades del albacea o que no haya disposición expresa sobre las mismas en el testamento.

En el primer supuesto, disposición expresa sobre las facultades en el testamento, el albacea tiene todas las facultades que expresamente le haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes (art. 901 Cc). Por tanto, si existe un albacea designado por el testador, con facultades expresas para administrar las participaciones sociales y las acciones y actuar frente a la sociedad, es el legitimado para ejercer los

derechos de socio en nombre de la comunidad³⁶³, sin que precise del consentimiento ni autorización de los demás herederos pues le asiste la posición jurídica de ostentar una representación atribuida por el propio testador. Los dos ámbitos de actuación respecto a las partes en el capital, el ámbito interno o de gestión y el externo o de representación, recaen sobre un mismo sujeto, el albacea.

En el segundo supuesto, cuando el causante designa un albacea pero no determina las facultades que le corresponden respecto a la herencia, entran en juego las normas reguladoras del albaceazgo³⁶⁴. El albacea debe limitar su actuación a tomar las medidas necesarias para la conservación y custodia de los bienes con la intervención de los herederos presentes (art. 902.4º Cc). Se impone al albacea la adopción de medidas provisionales, necesarias para evitar el deterioro o la pérdida de los bienes hereditarios y con las que los herederos han de estar de acuerdo; si los herederos no están de acuerdo deben adoptarse las medidas que ellos le indiquen y si no existe acuerdo, el albacea no podrá aplicar las medidas que adoptó³⁶⁵. En cualquier caso, las medidas no alcanzan, en términos generales, a la administración de los bienes hereditarios salvo que sea necesaria para cumplir aquella obligación general de conservación y custodia de los bienes³⁶⁶.

El albacea, que no tiene testamentariamente delimitadas las facultades respecto al paquete de participaciones sociales o de acciones contenido en la herencia, verá así limitada su actuación, de acuerdo con el art. 902.4º Cc, a ejercer aquellas medidas que supongan su conservación y custodia, medidas que deben dirigirse principalmente a mantener la posición del socio en la sociedad. Se comprenderán dentro de sus facultades, y siempre con la aprobación de los herederos presentes,

³⁶³ Según el art. 894.2º Cc el testador podrá nombrar uno o más albaceas que podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva o solidariamente. En los casos de existir más de un albacea habría que estar a la existencia o no de las disposiciones testamentarias sobre la administración de las participaciones sociales, pues frente a la sociedad es necesaria la designación de una sola persona.

³⁶⁴ Esta figura presenta diferencias de régimen jurídico entre la legislación civil común y determinadas legislaciones forales que regulan con mayor detenimiento y detalle las facultades que legalmente se le atribuyen.

³⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, V...*, op. cit., pág. 409.

³⁶⁶ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, vol. IV...*, op. cit., pág. 321.

actos como pagar los desembolsos pendientes en caso de acciones, efectuar las prestaciones accesorias no personalísimas o ejercer el derecho de adquisición preferente en caso de aumentos de capital. Sin embargo ejercer otros derechos, como asistir y votar en las juntas de socio, se encontrarían limitados por sus efectos, ya que si se trata de adoptar acuerdos como la disolución, fusión o escisión de la sociedad se estarían realizando actos de disposición y no meros actos conservativos³⁶⁷.

No es suficiente, por tanto, el apoyo legal, del artículo 902.4º Cc, para legitimar al albacea frente a la sociedad para que ejerza los derechos derivados de la condición de socio, ni siquiera cuando los herederos estén de acuerdo. Si los herederos están de acuerdo podrán acordar entre ellos designarle persona para actuar frente a la sociedad pero no con apoyo en las facultades legales del albacea, sino con apoyo en el artículo 126 LSC. Distinto es que el propio albacea nombre un representante de la herencia frente a la sociedad ya que se trataría de un acto de administración que podría entenderse comprendido entre las facultades otorgadas legalmente como actos conservativos de la herencia y, en concreto, de la participación social del fallecido. Este acto que requeriría del acuerdo de los herederos deberá adoptarse, a falta de una previsión normativa específica, siguiendo el régimen de mayorías regulados en el artículo 398 Cc.

4.2. Los llamados a la herencia

La falta de previsión del testador en sus disposiciones testamentarias sobre la administración del paquete de participaciones sociales y de acciones tiene especial incidencia en fase de yacencia hereditaria, período en el que se impone a los llamados el deber de conservar y administrar provisionalmente la herencia (art. 999.4º Cc). Este deber en relación con las participaciones sociales y las acciones requiere de la adopción de las medidas necesarias para que se mantenga inalterada cualitativa y cuantitativamente la posición del causante en la sociedad en interés de los futuros

³⁶⁷ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., "Pasado y futuro del albaceazgo", en *RJN*, núm. XII, extraordinario, 2012, págs. 11 ss.

titulares. Medidas, como el pago de los desembolsos pendientes en caso de acciones o la realización de determinadas prestaciones accesorias, consisten en actos que, sin representar aceptación, pueden ejecutarse en nombre de la herencia yacente por los llamados a la herencia como interesados directos en mantener la integridad de la participación societaria.

La actuación del llamado, en nombre de la herencia yacente de un socio mayoritario, tiene importancia para el funcionamiento de la sociedad, por eso la sociedad en su propio interés permitirá que el llamado ejerza los derechos de asistencia y de voto en las juntas generales. Sin embargo, el llamado ejercerá estos derechos si su ejercicio se puede incluir entre los actos que no exceden de la mera administración y no suponen aceptación de la herencia. Con carácter general, el ejercicio de los derechos sociales no puede excluirse de su ámbito de actuación frente a la sociedad, pues derechos, como el de ejercer la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en su perjuicio³⁶⁸, han de considerarse medida de conservación de la integridad de la participación. Distinto es el ejercicio de los derechos políticos y, en concreto, del derecho de asistencia y voto en las juntas generales para la adopción de acuerdos, que requerirá estar a la finalidad del acuerdo. En este sentido es difícil considerar mero acto conservativo la adopción de acuerdos que supongan modificaciones en la participación (por ejemplo, votar la escisión de la sociedad o acordar una ampliación de capital). Por consiguiente, no es posible efectuar un catálogo de derechos sociales cuyo ejercicio se califique de acto de conservación o administración provisional. Finalmente, será el llamado o los llamados quienes decidan si ejercitan los derechos o participan en la adopción de determinado acuerdo asumiendo el riesgo de que se considere que ha aceptado tácitamente la herencia. En

³⁶⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Impugnación de acuerdos sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur-Menor (Navarra) 2006, pág. 453. En palabras de BAENA BAENA, P.J., se trata de una "ficción de reputar socio a quien no lo es, que resulta necesaria para el caso de ejercicio de la acción de anulabilidad, pues de no reconocérsele como socio carecería de la legitimación necesaria para impugnar unos acuerdos sociales que le afectan y, con ello, asegurar la efectividad del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva" (*Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (de la junta general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa)*, Madrid-Barcelona, 2006, pág. 134-135).

caso de conflicto, quedará sometida a los tribunales que decidirá de acuerdo con el supuesto de hecho planteado.

El ejercicio de los derechos sociales, siguiendo el principio general de unificación subjetiva, exigirá que sea uno solo de los llamados o un representante quien actúe en nombre de la herencia yacente frente a la sociedad. Se está ante un nuevo acto a realizar por los llamados que aunque, en principio, no supone ninguna alteración ni modificación de la participación societaria sino que puede contribuir a su conservación, requiere que quien actúe limite sus relaciones con la sociedad a los actos de administración provisional, para que no suponga una aceptación indirecta. Además, la designación presenta la particularidad de que, si no se adopta por todos de común acuerdo, requiere determinar previamente qué cuota corresponde a cada uno de los llamados. Si el testador ha determinado la participación de los posibles llamados en la herencia ésta sería la referencia; sin embargo, en caso de no manifestarse nada en el testamento, lo más adecuado será adoptar el acuerdo por mayoría en función del número de llamados, en respeto a la igualdad de derechos y obligaciones y de acuerdo con lo establecido en el artículo 765 Cc, que determina que los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales (en analogía con el art. 393 Cc, segundo párrafo, que presumen iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad)³⁶⁹. En caso de no ponerse de acuerdo sobre la designación o para evitar que determinados actos ejercitados a título individual sean calificados como de aceptación, los llamados pueden solicitar el nombramiento de un administrador que podrá tomar todas las medidas necesarias sobre administración del caudal, su custodia y conservación.

³⁶⁹ La SAP Madrid (Sec. 28ª), núm. 46/2011, de 18 de febrero, estima suficiente que la sociedad compruebe que quien actúa en el seno de las juntas lo hace con el respaldo de “la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad” -lo que se considera necesario conjugar mediante la operatividad del régimen de mayorías previsto en el art. 398 Cc- “y ello porque de otro modo cualquier conflicto interno entre los interesados en la herencia yacente sería capaz de provocar la “inercia” y la “paralización” de la actividad societaria”.

Como se puede colegir de lo expuesto, la sociedad permite el ejercicio de derechos por el llamado, sin ostentar la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones, con el fin de asegurar su buen funcionamiento. El llamado, por su parte, realiza esos actos con el fin de mantener la integridad del paquete de participaciones sociales y de acciones para su titular futuro pero lo hará siempre que no suponga una aceptación tácita de la herencia. Por ello, para conjugar los fines de ambas partes, *de lege ferenda* sería conveniente una regulación del régimen de las acciones y participaciones sociales cuando forman parte de una herencia yacente, donde se determinara los requisitos necesarios para otorgar legitimación a los llamados a la herencia y su ámbito de actuación.

4.3. Representante designado por la comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria, que representa al patrimonio hereditario indiviso sin atribución y, por tanto, a la titularidad individual o conjunta de las participaciones sociales y de las acciones, requiere necesariamente de un representante en sus relaciones con la sociedad. A falta de disposición testamentaria en la que se nombre albacea o administrador con estas facultades, los miembros de la comunidad hereditaria de común acuerdo pueden legitimar para el ejercicio de los derechos de socio a quien estimen oportuno.

Si la designación no viene determinada por la voluntad del testador o por el acuerdo de los partícipes, la ausencia de una previsión normativa sobre el régimen aplicable a la forma de ejercer los derechos de socio cuando un paquete de participaciones sociales o de acciones pertenece a una comunidad hereditaria³⁷⁰, exige la aplicación analógica del principio de unificación subjetiva de los derechos del socio y, en consecuencia, de lo dispuesto en el artículo 126 LSC para los supuestos de copropiedad y acordar el nombramiento del representante de acuerdo con las normas

³⁷⁰ Solo el artículo 188.5, párrafo segundo, del RRM, prevé que las sociedades de responsabilidad limitada pueden establecer en los estatutos la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria pero siempre que así se establezca en el título sucesorio.

de la comunidad ordinaria³⁷¹. La designación se trata de un acto de administración que debe regirse por el criterio de la mayoría, entendida como mayoría de cuotas o intereses económicos (art. 398 Cc). Si no se alcanza la mayoría (supuesto no infrecuente cuando en la comunidad los intereses están igualados y existen dos grupos opuestos), se habrá de acudir a la vía judicial para que designe un administrador.

El ejercicio de los derechos de socio en nombre de la comunidad hereditaria no siempre se realiza a través de un representante. Las sociedades de capital, sobre todo cuando son pocos los socios y existe un *intuitu personae* relevante, admiten otras formas de actuación: (i) la participación del partícipe de la comunidad hereditaria sin haberse producido su designación expresa si existe un consentimiento tácito o tolerancia por todos los demás durante un dilatado plazo de tiempo (que seguramente serán también socios de la sociedad a título individual)³⁷²; (ii) el nombramiento en la junta general de uno de los partícipes cuando se hallan presentes o representados, como socios titulares exclusivos, en dicho acto todos los demás partícipes³⁷³ o aquellos que ostentan la mayoría de intereses en la comunidad hereditaria, siempre que manifiesten una voluntad unitaria³⁷⁴.

Por otra parte, existen derechos sociales, por su trascendencia, puedan ser ejercitados por uno solo de los herederos, siempre que actúe en beneficio de toda la comunidad hereditaria. En este sentido, la DGRN admite la solicitud de nombramiento de auditor o el requerimiento al administrador para que se levante acta notarial de la junta general efectuada por uno solo de los herederos³⁷⁵ y el Tribunal Supremo les reconoce legitimación para impugnar los acuerdos adoptados por la sociedad sin intervención de su representante, al tener un interés legítimo, sin que sea necesario

³⁷¹ STS, 1ª, núm. 383/2016, de 6 de junio.

³⁷² STS, 1ª, núm. 1082/2004, de 5 de noviembre.

³⁷³ STS, 1ª, 30 de abril de 1999

³⁷⁴ SAP Madrid, 18 de febrero de 2011

³⁷⁵ RsDGRN de 4 de marzo de 2015 y de 13 de junio de 2013

siquiera que se especifique la actuación en la condición de partícipes de la comunidad hereditaria ya que en cualquier caso los efectos aprovecharán a los demás³⁷⁶.

5. Salida del heredero de la comunidad hereditaria. Destino de las participaciones sociales o las acciones.

La vías de extinción de la comunidad hereditaria son las comunes de extinción de la comunidad (reunión en un solo heredero de todos los derechos hereditarios, pérdida de los bienes integrantes del caudal hereditario) y algunas específicas, como la partición hereditaria. No obstante, la comunidad hereditaria, como se ha visto a lo largo de este capítulo, tiene su origen en causas diversas. Surge con la aceptación de los llamados a la herencia sin división o como consecuencia de una prohibición testamentaria de toda la herencia o de bienes concretos, como el paquete de participaciones sociales o de acciones. Por esos motivos, es necesario analizar las vías que el heredero tiene para salir de esa situación de indivisión antes de que se produzca la partición hereditaria, convencional o judicial, de la herencia y adjudicación de bienes a los herederos.

5.1. Disposición por el heredero de su derecho sobre la comunidad hereditaria y de las participaciones sociales o de las acciones como bienes concretos.

El heredero, para salir de la indivisión, puede disponer del derecho adquirido con la aceptación. Este derecho representa una cuota abstracta sobre la totalidad del caudal relicto, por tanto su disposición supone la enajenación de sus derechos hereditarios *in abstracto* pero no sobre bienes concretos del caudal relicto. Por tanto, las participaciones sociales o las acciones que forman parte de ese caudal no se transmiten sino que siguen perteneciendo a la comunidad hereditaria.

³⁷⁶ El Tribunal Supremo reconoce que la legitimación activa de los herederos nace de la transmisión del derecho de impugnación de los acuerdos por sucesión testamentaria de su causahabiente, anterior titular de las participaciones sociales o de las acciones, con independencia de que no se haya realizado la partición de la herencia y ésta permanezca indivisa (SAP Alicante, Sec. 8ª, núm. 108/2006, de 9 de marzo que recoge la doctrina del TS).

La consecuencia de la enajenación del derecho sobre la herencia no supone una alteración de la composición objetiva de la comunidad hereditaria sino un cambio subjetivo, si la enajenación se efectúa a un extraño. Cambio subjetivo que no es presupuesto para el origen de un derecho de adquisición a favor de los demás socios o, en su caso, de la sociedad, pues no es ni transmisión *mortis causa* ni es transmisión *inter vivos* de la titularidad de las participaciones sociales ni de las acciones, aun no asignada a ningún coheredero y, por tanto, pertenecientes junto al resto de los bienes a todos. Sí se produce, en cambio, el derecho de los demás herederos a subrogarse en la posición del tercero adquirente de la cuota hereditaria. Surge un derecho de retracto, subespecie del retracto entre comuneros (art. 1067 Cc), que no tiene trascendencia fuera de las relaciones de la comunidad.

Distinto es el poder disposición por el heredero de las participaciones sociales o de las acciones como bienes concretos de la herencia indivisa. Solo con el consentimiento unánime de todos los miembros de la comunidad hereditaria el negocio jurídico es perfectamente válido (art. 397 y 1261 Cc). Si se efectúa la enajenación sin el consentimiento de todos los demás partícipes de la comunidad hereditaria, dos son las posiciones jurisprudenciales adoptadas: a) la nulidad de la venta por carencia de objeto y por falta de poder de disposición; y b) la validez del contrato desde el principio general de la validez de la venta de cosa ajena, aunque su eficacia quede subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en las operaciones divisorias. La solución, generalmente adoptada por el Tribunal Supremo, es la nulidad, ya que a diferencia de la venta de la cuota en una cosa común por un copropietario³⁷⁷, la venta de un bien concreto por el heredero no puede generar efectos reales pues la venta no supone la transmisión de la cuota del heredero sobre ese bien concreto, pues éste tiene una cuota sobre el total de la herencia y no sobre cada bien en concreto. Con la venta se produce una alteración que requiere del consentimiento de los demás, ya que se produce la venta de bienes como si fueran

³⁷⁷ Supra capítulo primero, epígrafe III.5.1.

propios en perjuicio de los demás herederos, pudiendo cualquiera de los perjudicados, miembros de la comunidad hereditaria o terceros, instar la nulidad del contrato. Ello conlleva la restitución de la cosa al patrimonio hereditario³⁷⁸.

Por el contrario, la disposición de las acciones y de las participaciones sociales, con el acuerdo unánime de todos los miembros de la comunidad, produce una transmisión de la comunidad hereditaria a un tercero que tiene como consecuencia un cambio de titularidad en la sociedad correspondiente. Esta transmisión no da lugar al derecho de retracto entre herederos pues la comunidad hereditaria sobre ese bien concreto desaparece. En cambio, si la transmisión se produce a un extraño a la sociedad de capital, los socios o la propia sociedad tienen un derecho legal o convencional de adquisición preferente, pues la transmisión es una transmisión *inter vivos* y no *mortis causa*, ya que su origen está no en la sucesión del socio fallecido sino en la voluntad unánime de los herederos integrantes de la comunidad hereditaria de disponer de un bien concreto de la herencia. En consecuencia, serán las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales o de las acciones las que puedan ejercerse por los socios o la sociedad.

En conclusión, los socios o la propia sociedad de capital no tienen derecho alguno, a diferencia de los demás partícipes de la comunidad hereditaria, en las transmisiones que afecten a los derechos hereditarios. Su derecho de preferencia nace si las participaciones sociales o las acciones se transmiten con el consentimiento unánime de todos los herederos a un tercero ajeno a la comunidad hereditaria -en cuyo caso el derecho se basa en las restricciones a la transmisión *inter vivos*. Se trata de dos derechos, el de retracto de herederos y el de adquisición preferente de los socios, que no confluyen sino que se producen en momentos diferentes.

³⁷⁸ SsTS, 1ª, núm. 92/2012, de 7 de marzo; núm. 129/2000, de 17 de febrero; núm. 847/1997, de 6 de octubre. Valoración crítica a esta postura, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., "Comentario a la Sentencia de 7 de marzo de 2012", en *CCJC*, núm. 90/2012, Pamplona, 2012.

5.2. Extinción de la indivisión impuesta por el socio fallecido o por los herederos sobre el paquete de participaciones sociales o de acciones

El socio en su testamento puede imponer la prohibición de dividir el paquete de acciones o de participaciones sociales por dos vías: la atribución de una cuota de copropiedad a cada heredero sobre la totalidad del paquete o mediante la fijación de su indivisión durante un plazo determinado o indefinidamente de forma que constituyan una unidad y se sometan a una misma administración.

En el caso de atribución de cuotas sobre la propiedad nace una comunidad ordinaria o copropiedad y, por tanto, la extinción se producirá por las causas de extinción previstas en el testamento o por las propias del condominio. En cualquier caso, el heredero o herederos, ya copropietarios, que no quieran permanecer en la copropiedad pueden vender sus cuotas directamente a un tercero, con el consiguiente derecho de retracto del resto de los partícipes y del derecho de preferencia del resto de los socios y de la sociedad³⁷⁹.

La dificultad surge cuando se fija la indivisión temporal o indefinida del paquete de participaciones sociales o de acciones por el testador o por los propios herederos que, al realizar una partición parcial de la herencia, dejan el paquete en indivisión. Cualquiera de los dos supuestos conlleva mantener una comunidad hereditaria integrada en el seno de una sociedad de capital, lo que supone que los herederos se vean vinculados a un doble régimen, el régimen que rige la comunidad hereditaria y el régimen jurídico societario de las participaciones sociales y de las acciones³⁸⁰. De hecho puede subyacer la voluntad de pasar del régimen de comunidad hereditaria al societario³⁸¹.

³⁷⁹ Capítulo primero, III.5.2.

³⁸⁰ DIEZ PICAZO, L., "El derecho de no permanecer en la indivisión", *Diario La Ley*, núm. 247, 23 de septiembre de 2009.

³⁸¹ PAZ ARES, C., "Las sociedades en general. Caracterización del contrato", en *Curso de Derecho Mercantil, I*, dir. por R. URÍA, y A. MENÉNDEZ, Madrid, 1999, 454, considera que el hecho de continuar la explotación más allá de lo que exige su conservación significa que hay sociedad y el contrato de

El legislador, consciente de esta realidad y de las posibles repercusiones sobre la sociedad, en el respeto al derecho de los herederos a no permanecer en ningún tipo de indivisión, prevé que la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las que se extingue la sociedad (art. 1051, fine y, por remisión, art. 1700 Cc). Si bien, solo la causa basada en la voluntad de cualquiera de los herederos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707 Cc, permite al heredero que no quiere permanecer en indivisión plantear el levantamiento de la prohibición. La voluntad o renuncia de cualquiera de los herederos requiere ser hecha de buena fe y ponerse en conocimiento de los demás herederos cuando se ha hecho por tiempo indeterminado (art. 1705 Cc), reputándose mala fe cuando el heredero que la hace se propone apropiarse para sí del provecho que debía ser común (art. 1706 Cc). Si la indivisión está pactada por tiempo determinado solo podrá alegarse justo motivo.

Las demás causas previstas conllevan la extinción de la comunidad por razones objetivas (cumplimiento del plazo para el que fue constituida; pérdida de la cosa) o raramente supondrán la división sino la sucesión o sustitución del heredero en la indivisión (muerte, declaración de capacidad modificada judicialmente, insolvencia).

Cabe concluir que la única causa a la que puede recurrir el heredero para salir de la indivisión es la basada en su propia voluntad o renuncia. Si bien, esta decisión se condiciona a la buena fe del heredero o a que alegue justo motivo. Se requiere, por tanto, de una interpretación de los términos buena fe y justo motivo, lo que no siempre será posible. Así, se podría considerar justo motivo el bloqueo de los órganos sociales de la sociedad derivado de los conflictos en el funcionamiento de la comunidad hereditaria o la imposibilidad de designar un representante común que ejercite los derechos de socio.

sociedad, si no se ha pactado expresamente, ha de considerarse concertado tácitamente o por hechos concluyentes.

5.3. Partición hereditaria de la comunidad hereditaria sobre participaciones sociales o sobre acciones

La forma más habitual de extinción de la comunidad hereditaria es la partición de la herencia. La partición es un acto negocial o judicial que consiste en la adjudicación a cada uno de los miembros que componen esa comunidad hereditaria de las titularidades que forman el contenido de la herencia³⁸². La partición produce, por tanto, un doble efecto, la extinción de la comunidad hereditaria y la adjudicación de los bienes hereditarios³⁸³. Estos efectos hacen de la partición una operación complementaria a la transmisión hereditaria, que no siempre tiene que efectuarse de forma total, lo que supone que la comunidad hereditaria se mantiene sobre los bienes no adjudicados (art. 1058 Cc).

La partición puede ser iniciada a solicitud de cualquier de los partícipes de la comunidad, que no están obligados a permanecer en la indivisión (art. 1051 y 1052 Cc). Se puede efectuar de común acuerdo o a través de la *actio familiae erciscundae* dirigida contra el resto de los partícipes en la comunidad hereditaria (arts. 782 y ss. LEC). Como consecuencia de estos procesos se adquiere la titularidad de las acciones y de las participaciones sociales, es decir, se produce un acto jurídico sucesorio. La naturaleza de este acto, como sucede en la división de otras copropiedades y comunidades, ha sido objeto de debate en la doctrina³⁸⁴. Se califica como acto de carácter traslativo al considerar que el título que legitima al adjudicatario es el derivado de la partición y no su condición de heredero³⁸⁵; otros defienden que es un acto simplemente declarativo, por el que se concretan los derechos de cada heredero

³⁸² POUS DE LA FLOR, M^a. P., “La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: Nulidad, rescisión y modificación de la participación”, en *El Patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M.P. FERRER VANRELL y J.A. TORRES LANA y coord. por O. MONJE BALMASEDA, Madrid, 2014, págs. 1253 a 1281.

³⁸³ CARUANA FONT DE MORA, G., “La comunidad de bienes”, en *Comunidad de bienes, op. cit.*, pág. 440.

³⁸⁴ COCA PAYERAS, voz “comunidad hereditaria” en *Enciclopedia Jurídica Básica, op. cit.*, pág. 4771-4773

³⁸⁵ CARUANA FONT DE MORA, G., “La comunidad de bienes”, en *Comunidad de bienes, op. cit.*, pág. 440, matiza que la partición es el título traslativo y “ni el testamento ni el auto de declaración de herederos son títulos suficientes para justificar el dominio sobre los concretos bienes o derechos de la herencia”.

adquiridos directamente del causante; y, en tercer lugar, se considera que es un acto especificativo de derechos, no hay transmisión ni transformación de derechos sino que el acto tiene como fin concretar derechos preexistentes.

Hay que destacar, en todo caso, que en la partición lo importante es la forma en que se atribuyen los bienes entre los herederos. La propiedad se puede atribuir en su totalidad a uno de los herederos o proporcionalmente a su participación en la comunidad hereditaria. Al atribuirse cuotas *pro indiviso* sobre todos y cada uno de los bienes o sobre bienes concretos, se produce una mutación jurídica de la comunidad hereditaria que se convierte en una comunidad ordinaria o copropiedad, regida por las normas generales de ésta³⁸⁶. Por tanto, las participaciones sociales y las acciones, como bienes concretos, se podrían adjudicar en propiedad a favor de uno, varios o todos los herederos en un número determinado o por cuotas partes de forma que se constituya una copropiedad sobre participaciones sociales o acciones³⁸⁷.

Cabe plantearse, no obstante, la posible invocación por alguno de los herederos (el que ya es socio o ha trabajado o dirigido la sociedad) del artículo 1062 Cc. Este artículo prevé la posibilidad de que, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, se pueda adjudicar a uno solo de los herederos, siempre que se abone a los demás el exceso en dinero. En principio, la aplicación de la indivisibilidad material de este precepto cuando existe más de una participación social o de una acción podría ser causa de objeción. Ahora bien, se podría alegar que la división del paquete de participaciones sociales o de acciones, al tratarse de un porcentaje de control, puede repercutir en el funcionamiento de la sociedad al disgregarse la unidad de decisión, máxime cuando existen discrepancias entre los herederos. Se trataría de una cuestión de hecho que requiere la apreciación conjunta de las circunstancias

³⁸⁶ BARRIO GALLARDO, A., denomina a esta forma de partición “impropia”, pues el tránsito de un derecho hereditario “in abstracto” a otro “in concreto” implica que cada coheredero ostenta una cuota ideal, no sobre la totalidad del patrimonio *post mortem*, sino sobre cada uno de los bienes que la componen, con plena operatividad en el tráfico jurídico, al buscarse la aproximación del régimen jurídico estatuido en el art. 399 Cc y la más fácil transmisión de las participaciones hereditarias (*La aceptación hereditaria...*, *op. cit.*, pág. 78).

³⁸⁷ STS, 1ª, núm. 547/2010, de 16 de septiembre.

concurrentes y de una interpretación del artículo 1062 Cc. integrada por el espíritu del artículo 1056 Cc.

Una vez producida la partición, dependiendo de la forma y de la configuración de la sociedad de capital, serían de aplicación los derechos de los demás herederos y de los demás socios sobrevivientes al causante, atendiendo a las normas societarias de transmisión *mortis causa*³⁸⁸.

³⁸⁸ Supra epígrafe III, 4.

**PARTICIPACIONES SOCIALES Y ACCIONES
ADQUIRIDAS BAJO EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES**

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En nuestra realidad económica cada vez es más frecuente la constitución por los dos cónyuges o por uno solo de sociedades de capital como vehículo para ejercer su profesión o una actividad empresarial. También es frecuente que se adquieran participaciones sociales o acciones por uno de los cónyuges casado en régimen legal de sociedad de gananciales y que empleen para su adquisición bienes pertenecientes a la sociedad ganancial. Además los dividendos y otros resultados, positivos o negativos, que se deriven de esas participaciones sociales y acciones se integrarán en el patrimonio familiar (art. 1347.2º Cc). La participación en la sociedad se convierte, de esta manera, en el medio gracias al cual se sustenta la familia, la fuente de donde se obtienen los ingresos y se adquiere un patrimonio común. Los cónyuges manifiestan así su voluntad de compartir los riesgos, las pérdidas y los beneficios derivados de su participación en el capital social³⁸⁹.

³⁸⁹ PERDICES HUETOS, A.B., “Sociedad de gananciales y titularidad de participaciones sociales”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II. Sociedades Mercantiles, coord. por J.L. IGLESIAS PRADA, Madrid, 1996, pág. 2242-2243.

La titularidad ganancial de estas participaciones sociales y de estas acciones es una titularidad conjunta, basada en la comunicación de bienes propia del régimen económico por el que se rige el matrimonio. Los cónyuges tienen derecho a invocar la presunción de ganancialidad (art. 1361 Cc), de manera que toda renuncia a ese derecho tiene que ser expresa y terminante, como sucede en el supuesto de la confesión de privatividad (art. 1324 Cc). Esta titularidad conjunta para ser reconocida en el ámbito societario como supuesto asimilable a la copropiedad debe cumplir otros requisitos además de la alegación de la ganancialidad. El simple hecho de que un cónyuge adquiera a su nombre con fondos comunes del matrimonio la participación en una sociedad de capital no significa que se reconozca la titularidad conjunta pero tampoco que el bien sea privativo suyo aun cuando a efectos societarios se le reconozca la titularidad y se le otorgue individualmente la condición de socio.

En los supuestos de ganancialidad, para el buen funcionamiento y organización de la sociedad de capital, son cuestiones de gran relevancia: (i) la conjunción de la titularidad ganancial y del reconocimiento de la titularidad de la participación y de la atribución de la condición de socio; (ii) la confluencia del régimen societario de ejercicio de los derechos de socio y de la administración y gestión de los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales; y (iii) el destino de las participaciones sociales y de las acciones en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. La importancia primordial de la primera cuestión y los hechos que se derivan de la intermedia son determinantes y trascendentales en la postura a adoptar en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Es necesario, en consecuencia, comenzar su tratamiento con un estudio general de los regímenes económicos existentes y destacar especialmente el régimen económico de sociedad de gananciales, su naturaleza y su régimen jurídicos, fijando la atención especialmente en aspectos como la adscripción de los bienes a las masas patrimoniales que integran dicha sociedad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. Los regímenes económicos en nuestro ordenamiento jurídico y en el de los países de nuestro entorno

La celebración del matrimonio tiene como consecuencia, por ministerio de la ley, la constitución de la sociedad conyugal. En el seno de esta sociedad se producen diversas relaciones, unas de carácter personal y otras de carácter económico patrimonial. Por tanto, el matrimonio, además de los vínculos estrictamente personales, origina una comunidad de intereses entre los cónyuges³⁹⁰, que exige necesariamente la fijación de un régimen económico. Este régimen económico, aunque obligatorio en virtud de la ley, puede ser pactado por los cónyuges, pues es el régimen económico que quieran aplicar a la comunidad de intereses creada entre ellos es de su libre elección, siempre respetando los límites legales impuestos.

En nuestro ordenamiento jurídico y por la doctrina española se establecen distintos sistemas de organización de la economía matrimonial³⁹¹, aunque casi todos giran en torno a unos mismos criterios³⁹². Entre estos criterios destacan: (i) la existencia o no de un patrimonio común; (ii) el modo de organizar y distribuir la titularidad sobre las masas patrimoniales; (iii) el sistema de gestión y administración de los bienes; (iv) la contribución interna al levantamiento de las cargas del matrimonio; o (v) la legitimación para contraer derechos y obligaciones en nombre del matrimonio.

³⁹⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de familia*, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 153.

³⁹¹ MONJE BALMASEDA, O., "Patrimonio conyugal: los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación. Capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio", en Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II, *Derecho de Familia*, Madrid, 2012, pág. 45, clasifica los diferentes sistemas de organización de la economía conyugal, atendiendo al origen o fuente de producción (convencional o contractual y legal o predeterminado) y a sus efectos (régimen de unidad o absorción; régimen de comunidad -plena o universal, limitada, de bienes muebles, de adquisiciones a título oneroso, de muebles y adquisiciones, de bienes futuros-; régimen de separación -de unidad de goce y administración, dotal, de separación absoluta-: régimen de participación).

³⁹² DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, pág. 133.

Esta diversidad de criterios y posibles regímenes matrimoniales no impide su agrupación, atendiendo, principalmente, a la atribución de la titularidad sobre los bienes y al régimen de administración y gestión, en dos grandes grupos: separación de bienes o sociedad de gananciales.

En el Código civil español se ha optado por un régimen económico matrimonial mixto: normas de carácter general aplicables a cualquier sistema de organización económica del matrimonio (contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio; litis expensas; disposición para atender a las necesidades ordinarias de la familia; protección de los derechos sobre la vivienda familiar...) ³⁹³ y libertad para pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen económico que deseen. En previsión de que no se otorguen capitulaciones en el Código se regula tres regímenes: sociedad de gananciales, de separación de bienes y de participación, que se aplican de acuerdo con la vecindad civil de los cónyuges (art. 14 Cc).

El régimen legal supletorio para quienes tienen la vecindad civil común es el de gananciales (art. 1316 Cc), si bien regirá el de separación de bienes en los casos en que los cónyuges hayan acordado, en capitulaciones matrimoniales, que su matrimonio no se regirá por la sociedad de gananciales o cuando ésta se extinga constante matrimonio, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto (art. 1435 Cc). En cambio, en Cataluña y Baleares ³⁹⁴ el régimen supletorio de primer grado es el de separación de bienes.

³⁹³ LACRUZ considera que este conjunto de normas aplicable a todos y cada uno de los regímenes matrimoniales, denominadas en el Código civil en el capítulo primero “disposiciones generales”, conocido en la doctrina con el nombre de “régimen patrimonial primario” por influencia francesa, es propiamente un régimen económico matrimonial (*Elementos de Derecho Civil, IV. Familia, op.cit.*, 133 ss.). No lo entienden así ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Barcelona, 2002, pág. 138), DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, pág. 136), LASARTE, C. (*Principios de Derecho civil VI...., op. cit.*, 2002, pág. 157), ya que por ser disposiciones generales, se trata de normas de aplicación común a todos los regímenes y necesitan de coordinación con un régimen específico.

³⁹⁴ Art. 231.10 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; y art. 3.1 Mallorca, art. 67 Ibiza y Formentera, del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares

El régimen legal de sociedad de gananciales es el único en el que se produce la comunicación de bienes en la sociedad conyugal. Se forma un patrimonio común a ambos cónyuges, patrimonio ganancial, distinto del patrimonio privativo de cada uno de ellos, que les será atribuido por mitad al disolverse la sociedad de gananciales. De hecho, los cambios de titularidad en los bienes se producen sin necesidad de negocios particulares de transmisión de la propiedad o de los demás derechos sobre las cosas, de creación de responsabilidades o de comunicación de créditos³⁹⁵. Se produce una sucesión automática por virtud de la ley. Estos rasgos no están presentes en otros regímenes, como el de separación de bienes y el de participación, que se rigen por el principio de conservación de la titularidad, la administración y la capacidad de disposición de sus bienes por cada uno de los cónyuges. Bajo estos regímenes si se adquieren bienes o derechos para la sociedad conyugal, los cónyuges los adquieren en *pro indiviso*, rigiéndose por las normas de la comunidad ordinaria o copropiedad³⁹⁶.

En los ordenamientos jurídicos europeos, la mayoría de raíz latina, el régimen matrimonial que prevalece es el régimen de sociedad o comunidad de gananciales³⁹⁷. Así, el Código civil italiano, tras la reforma de 1975, regula la *comunione legale*. En esta comunidad se distinguen tres conjuntos patrimoniales: (i) los bienes adquiridos constante matrimonio por ambos cónyuges o individualmente por cada uno de ellos (excepto los de carácter personal); (ii) la llamada “*comunidad de residuo o eventual*” formada por los bienes derivados de los bienes privativos y los ingresos de la actividad profesional que subsisten en el momento de la disolución, pero que son objeto de

³⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil, IV. Familia*, ed. revisada y puesta al día, por RAMS ALBESA, J., Madrid, 2002, pág. 128.

³⁹⁶ El Tribunal Supremo reconoce que la expresa voluntad de adquirir bienes para la sociedad conyugal es compatible con el régimen de separación de bienes libremente pactado en capitulaciones matrimoniales existiendo una comunidad de bienes entre los cónyuges (S., 1ª, núm. 459/2013, de 1 de julio).

³⁹⁷ BONOMI, A. y STEINER, M., *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit International privé, Actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Ginebra, 2006; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., “El régimen económico matrimonial de comunidad de gananciales”, en *Comunidad de gananciales: Cuestiones prácticas y actuales*, coord. por X. O’Callaghan Muñoz y M.B. Fernández González, Madrid, 2016, págs, 55 ss.

administración por el cónyuge al que pertenecen; y (iii) los bienes personales de cada uno de los cónyuges antes del matrimonio (arts. 177 ss. Codice civile)³⁹⁸. Igual sistema, con matizaciones, se aplica en Portugal (art. 1717 Código civil). En Francia, los cónyuges, si no han regulado sus relaciones patrimoniales, están sujetos a la *communauté légale* (arts. 1400 a 1491 Code civil), una variedad del régimen de comunidad que se constituye por tres masas de bienes: los pertenecientes al patrimonio de cada uno de los cónyuges, los personales de cada cónyuge y una masa común (*communauté*) formada por los bienes que pertenecen a ambos cónyuges, incluso si no se adquieren conjuntamente³⁹⁹.

En Alemania también existe un sistema similar al régimen de comunidad en las ganancias por el que pueden optar los cónyuges mediante capitulaciones matrimoniales. Este sistema, no obstante la comunicación de las ganancias, se basa en el régimen legal de la separación de bienes en su variedad de reparto de las ganancias (“Zugewinnausgleich”). Cada uno de los esposos mantiene durante el matrimonio su patrimonio individual, acrecentado con las adquisiciones que haga vigente el matrimonio. Cada cónyuge administra su patrimonio de manera independiente y al finalizar el régimen se cuantifican la ganancias de cada cónyuge como diferencia entre el patrimonio inicial existente en el momento de contraer el matrimonio y el patrimonio al finalizar el mismo. Si las ganancias de un cónyuge son superiores a las del otro, el cónyuge con menor ganancia tendrá derecho a percibir del otro la mitad del exceso (arts. 1363 ss. BGB)⁴⁰⁰.

³⁹⁸ ANELI, F., y SESTA, M., Regime patrimoniale Della famiglia, en Trattato di Diritto di famiglia dir. por P. ZATTI, vol. 3, Milano, 2012 y RUSSO, E., *Studi sul Diritto di Famiglia*, Roma, 2011.

³⁹⁹ ALBARIAN, A., “Les régimes matrimoniaux en droit français”, en *Les régimes matrimoniaux en droit comparé...*, op. cit., pág. 122 ss; TERRÉ, F. y SIMLER, P.: *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2015.

⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., “El régimen económico matrimonial de comunidad de ganancias”, en *Comunidad de ganancias: Cuestiones...*, op.cit., págs. 55 ss.

La Unión Europea, para evitar conflictos en la aplicación de las normas en los matrimonios internacionales, ha intentado unificar la normativa actual en Derecho de Familia⁴⁰¹ y, en concreto, con respecto a los regímenes económico-matrimoniales. Partiendo del trato igualitario entre hombre y mujer se busca establecer un conjunto de normas homogéneo de Derecho internacional privado, cuyo objetivo final es regular varios sistemas idénticos para todos los países de la Unión Europea y que los cónyuges elijan entre los previstos el que mejor se ajuste a sus necesidades e intereses. En 2011, se presentaron dos propuestas por la Comisión. Una de ellas relativa a los regímenes económicos matrimoniales, con el fin de determinar un modelo único subsidiario a falta de pacto, que podría ser el de comunidad de gananciales siempre que se prevean soluciones a los conflictos que plantea en materia de administración de bienes o en el momento de su disolución y liquidación. La otra propuesta, hace referencia a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Tras años de negociaciones sin alcanzarse la unanimidad necesaria para la adopción de las propuestas, varios Estados miembros (entre los que se encuentra España) han manifestado su deseo de establecer una cooperación reforzada en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales, a fin de que aquellos Estados miembros que lo deseen adopten la normativa de la Unión Europea en esta materia. A raíz de esta petición, la Comisión, en 2016, ha adoptado tres propuestas: propuesta de Decisión del Consejo por la que autoriza la cooperación reforzada en materia de regímenes económicos de las parejas internacionales, incluidos los matrimonios y las uniones registradas, y dos propuestas de Reglamento del Consejo para la aplicación de la cooperación reforzada, uno sobre los regímenes económicos matrimoniales y otro sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Propuestas que incluyen normas para determinar la competencia, la ley aplicables y la forma de reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de las resoluciones judiciales y los actos notariales en la materia emitidos en otro Estado miembro⁴⁰².

⁴⁰¹ Reglamento del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por ejemplo.

⁴⁰² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., "El régimen económico....", *op. cit.*, pág. 73-74 e información facilitada por la Comisión Europea (www.europa.eu).

2. El régimen de sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico español

La sociedad de gananciales como régimen económico que, vigente la sociedad conyugal, hace comunes a ambos cónyuges los bienes adquiridos durante el matrimonio, plantea la determinación de tres cuestiones básicas: (i) cuál es la naturaleza jurídica de la ganancialidad, (ii) su repercusión sobre la propiedad y titularidad de los bienes y (iii) la responsabilidad de los bienes por las deudas derivadas de la actuación de los cónyuges por las deudas derivadas de la sociedad de gananciales o de los propios cónyuges. En el caso concreto de las participaciones sociales y de las acciones gananciales se hará necesario determinar quién es su titular, si se produce un supuesto de copropiedad y, en consecuencia, quién ha de ejercer los derechos de socios.

2.1. Configuración de la sociedad de gananciales

El ordenamiento jurídico español no define la sociedad de gananciales⁴⁰³, se limita a destacar solamente aquellos aspectos esenciales que configuran su régimen. Así fija el momento en que se inicia, la delimitación del patrimonio ganancial y las cargas y obligaciones que han de asumirse durante su vigencia y finaliza fijando los efectos económicos que su disolución y liquidación producen. Esta configuración jurídica permite extraer, no obstante, la característica esencial de este régimen económico: la distinción entre los patrimonios privativos de los cónyuges y el patrimonio común o ganancial y su distinto régimen de administración.

El patrimonio común que se crea a partir de la aplicación del régimen de sociedad de gananciales, bien por ser el régimen supletorio o por haberse elegido por los cónyuges al pactarse capitulaciones matrimoniales, se integra por los bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso, por los frutos y rentas obtenidos

⁴⁰³ Según O'CALLAGHAN MUÑOZ el art. 1344 "da el concepto legal del régimen de gananciales desde el punto de vista de los efectos, concretándolo a las ganancias y rendimientos de los cónyuges" (*Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2008, pág.1389).

por el trabajo o la actividad económica de cualquiera de los cónyuges, así como por las rentas, beneficios e intereses de los bienes gananciales y de los bienes propios de cualquiera de ellos⁴⁰⁴. Es, por tanto, un patrimonio separado de los bienes privativos que tuvieran los cónyuges antes del matrimonio, así como de los bienes que adquieran posteriormente con fondos de procedencia privativa que, aunque se adquiriesen por ambos cónyuges, no quedan sometidos al régimen de los bienes gananciales sino que les pertenecerán en proindiviso. La comunicación de bienes, sin embargo, no impide que cada bien tenga autonomía en cuanto a su naturaleza, identificabilidad y composición, pero su propiedad corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, aunque puedan figurar o hallarse inscritos a nombre de uno solo de ellos⁴⁰⁵.

El patrimonio ganancial es además dinámico. Mientras la sociedad de gananciales está vigente se producen flujos de entrada y salida derivados de la administración y gestión y se pueden producir alteraciones o modificaciones en los bienes e incluso extinguirse los derechos sobre los mismos.

Por otra parte, el patrimonio ganancial se halla afecto a las cargas comunes⁴⁰⁶, lo que permite calificar al régimen económico matrimonial como una comunidad en las que los bienes cubren necesidades de los cónyuges y su familia, sin limitación alguna⁴⁰⁷, repartiéndose en el momento de la disolución los bienes restantes por mitad entre ambos cónyuges (art. 1344 Cc). Ahora bien, al igual que sucede con el caudal relicto, carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, los cónyuges son quienes actúan frente a terceros y contraen deudas y obligaciones; y los bienes comunes responden de las deudas que cada uno de los cónyuges contraiga. En consecuencia, de

⁴⁰⁴ El Código civil establece una serie de criterios para delimitar qué bienes son privativos y cuáles gananciales (v. arts. 1346 a 1361)

⁴⁰⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, IV (edición puesta al día...)*, op.cit., 164.

⁴⁰⁶ El art. 1362 Cc. establece como gastos a cargo de la sociedad los que traen causa del sostenimiento de la familia, los derivados de la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, la administración ordinaria de los bienes privativos y los originados por la explotación regular de la actividad económica de los cónyuges. Por su parte, el art. 1363 Cc. establece a cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por los cónyuges de común acuerdo, siempre que no se pacte que hayan de satisfacerse con bienes privativos.

⁴⁰⁷ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil. IV*, op.cit., pág. 157.

acuerdo con la doctrina⁴⁰⁸, la falta de capacidad para endeudarse de la sociedad de gananciales hace responsable a los bienes comunes de las obligaciones contraídas por los cónyuges conjunta o individualmente como si se tratasen de bienes propios, lo que impide calificar esta responsabilidad como responsabilidad por deuda ajena aun en el caso en que las deudas sean propias de los cónyuges y no de la sociedad de gananciales. La sociedad de gananciales tendrá, en este último caso, un derecho de crédito en la liquidación final cuando haya respondido de deudas propias de uno de los cónyuges⁴⁰⁹.

En definitiva, la sociedad de gananciales es una institución jurídica en la que se produce una comunicación de bienes entre ambos cónyuges durante la vigencia del matrimonio y que da lugar a un patrimonio común especial y autónomo. Esto es, un conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, distinto al que corresponde a los bienes privativos de cada uno de los cónyuges.

2.2. Naturaleza jurídica

El estudio de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y, en consecuencia, de a quién corresponde la titularidad de los bienes, no ha sido siempre pacífico. De hecho, históricamente en la doctrina se defendía la teoría de que la sociedad de gananciales compartía la naturaleza de las sociedades, posteriormente pasó a asimilarla a una comunidad, defendiendo unos autores que se trata de comunidad ordinaria y otros de comunidad germánica⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, IV (edición puesta al día...)*, op.cit., pág. 210.

⁴⁰⁹ arts. 1365 a 1373 Cc.

⁴¹⁰ Para un estudio sobre las distintas posturas doctrinales, COSSÍO Y CORRAL, A. de, *La sociedad de gananciales*, en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, tomo I, *Comunidades conyugales, vol 1º*, Madrid, 1963, págs. 16-41; GUILARTE GUTIERREZ, V., "La naturaleza de la actual sociedad de gananciales", en *ADC*, vol. 45, núm. 3, 1992, págs. 878-928; LACRUZ BERDEJO, J.L., "En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del código civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIX, 1950, pág. 7 a 59 (v-Lex: 282686).

A) Teoría de la sociedad

Quienes han defendido la naturaleza societaria del régimen económico de sociedad de gananciales se basan en que los cónyuges forman una sociedad en la que son socios y en la que existe una *afettio maritalis* similar a la *afettio societatis*. Al celebrarse el matrimonio, o si los cónyuges optan por este régimen económico posteriormente, surge un ente social al que se puede atribuir personalidad jurídica distinta a la de los cónyuges⁴¹¹. A quienes defienden esta postura les sirve de apoyo que el propio Código utilice para denominar al régimen de gananciales el término “sociedad” y que fijase, antes de la reforma de 1981, como régimen supletorio a dicho régimen el de las reglas del contrato de sociedad⁴¹². Otros autores, sin admitir esta teoría como justificativa de la naturaleza de la sociedad de gananciales, reconocen que la sociedad de gananciales no deja de tener puntos de conexión con la idea societaria, lo que permite aplicar analógicamente las reglas del contrato de sociedad. La sociedad de gananciales tiene el matiz asociativo derivado de la colaboración entre los esposos con el fin de mantener la familia con sus prestaciones personales y medios materiales. Es una forma de colaboración que encajaría en el concepto de sociedad universal de gananciales recogido en el artículo 1675 Cc⁴¹³.

La diferencia fundamental y decisiva entre ambas figuras radica en el régimen del patrimonio común. En la sociedad los socios aportan aquellos bienes y derechos que han acordado, sin embargo en la sociedad de gananciales no hay un acuerdo de

⁴¹¹ COSSÍO Y CORRAL, A. de, *La sociedad de gananciales*, *op.cit.*, pág. 40, defiende que la comunidad de los gananciales constituye una forma social, aunque de régimen peculiarísimo, peculiaridad que no puede excluir su conceptualización como verdadera sociedad de carácter de sociedad de personas y, por la forma de jugar en ella la responsabilidad en las cargas comunes, con semejanzas con la comanditaria. Más recientemente, defiende la teoría de la sociedad BLANQUER UBEROS, R., “La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones” Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de febrero de 1982, en *AAMN*, tomo XXV, 1982 (vLex-233220).

⁴¹² El art. 1395 Cc (antes de la reforma de 1981) establecía que “la sociedad de gananciales se registrará por las reglas del contrato de sociedad, en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo”.

⁴¹³ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, IV, *op.cit.*, pág. 158; LACRUZ BERDEJO, J.L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil*, IV..., *op. cit.*, pág. 181.

voluntades acerca de qué aportar para conseguir el fin común. Es el legislador quien determina qué bienes son gananciales y qué bienes son privativos. De igual modo, los cónyuges no pueden separar su actuación por cuenta propia y por cuenta de la sociedad de gananciales, de manera que la distinción de patrimonio ganancial y patrimonios privativos de los cónyuges no es suficiente para afirmar que se trate de una sociedad con personalidad jurídica propia⁴¹⁴.

B) Teoría de la comunidad

Sin embargo, la doctrina defiende mayoritariamente que la sociedad de gananciales está más próxima a la comunidad y justifica tal posición –de forma similar a los que defienden que su naturaleza es societaria- basándose en el empleo en el Código civil de expresiones como “se hacen comunes”, “bienes comunes”, “patrimonio común”. Sin embargo, no existe unanimidad dentro de este sector doctrinal sobre el tipo de comunidad qué es.

a) Comunidad ordinaria

Se asimila la sociedad de gananciales a la comunidad ordinaria o copropiedad partiendo de que la propiedad de los bienes se ostenta de forma conjunta por los cónyuges y por partes iguales. Los cónyuges, a modo de copropietarios, son titulares de la totalidad de los bienes comunes, con un derecho exclusivo sobre los mismos. Los autores que defienden esta postura se basan en que la sociedad de gananciales, resultante de la reforma del Código civil de 1981 en esta materia, busca, como medio de alcanzar la igualdad, el desarrollo de la actuación particular de los cónyuges y no la vinculación y afección permanente de los bienes. La sociedad de gananciales *responde* así a la idea de dinamismo de la copropiedad o comunidad *pro indiviso*⁴¹⁵.

⁴¹⁴ GUTIERREZ BERMEJO, N., “Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso”, *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc.I, pág. 10 ss.

⁴¹⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La naturaleza de la actual...”, en *op.cit.*, págs. 910 y 925 y ss.

Las similitudes entre ambas instituciones se difuminan si se tienen en cuenta los distintos regímenes que las regulan. La comunidad está sometida a un conjunto de reglas que regulan los derechos, las obligaciones y las limitaciones de los copropietarios entre sí de forma que todos puedan actuar sobre el bien de forma coordinada y que fijan un régimen de administración basado en la mayoría de intereses. Por el contrario, el patrimonio autónomo que constituyen los bienes y derechos gananciales pertenece a ambos cónyuges, sin atender a su titularidad formal y sin fijar cuotas, rigiéndose por reglas especiales de administración y disposición. El cónyuge tendrá, en todo caso, una expectativa sobre el patrimonio cuando se produzca la liquidación del régimen económico. Destaca, por tanto, que en el régimen legal de sociedad de gananciales no existe una titularidad singular del derecho de propiedad, que no hay cuotas ideales, por lo que los cónyuges no pueden disponer de su parte. No puede obviarse, sin embargo, que al tratarse de un patrimonio que actúa en el tráfico, existe la posibilidad de efectuar actos dispositivos sobre los bienes comunes pero exigiéndose la intervención de los cónyuges, que dependerá, en todo caso, de la naturaleza del acto.

Como se puede apreciar, la comunidad ordinaria y la sociedad de gananciales son figuras diferentes y lo son porque: a) en la copropiedad existen derechos individuales representados en cuotas y en la sociedad de gananciales no existen derechos individuales y b) en la copropiedad existe una titularidad disponible (venta del derecho, división de la cosa común) y en la sociedad de gananciales no existe disponibilidad por cada cónyuge, sino que para disponer de un bien del patrimonio común autónomo requiere de su actuación conjunta.

b) Comunidad germánica

Una tendencia, representada por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴¹⁶ y la mayoría de la doctrina⁴¹⁷, acepta que la sociedad de gananciales tiene naturaleza similar a la comunidad germánica aunque con matices. Cada cónyuge tiene la titularidad sobre el conjunto patrimonial sin estar atribuida por cuotas, el cónyuge no puede transmitir su parte a un tercero y no puede interponer la *actio communi dividundo*. La comunidad no puede extinguirse mientras exista el vínculo personal que liga estrechamente a los comuneros. Únicamente su desaparición o disolución producen la extinción de la comunidad. De igual forma, en la sociedad de gananciales la titularidad se tiene en cuanto cónyuge, que es una cualidad personalísima y, como tal, intransferible⁴¹⁸.

Sin embargo, estos aspectos no son suficientes para considerar que la sociedad de gananciales sea una comunidad germánica. La comunidad germánica no permite compatibilizar la titularidad formal de los bienes gananciales con la autonomía del patrimonio ganancial, ya que la comunidad germánica tiene carácter estático frente al dinámico que caracteriza al patrimonio ganancial y tampoco posee autonomía respecto de los partícipes. Por eso, se ha llegado a sostener que la tesis de la comunidad germánica aplicada a la sociedad de gananciales es útil para darle una connotación más institucional y menos contractual. El problema es que careciendo la

⁴¹⁶ Entre las resoluciones más recientes, núm. 3896/2014, de 6 de marzo; de 4 de octubre de 2012; de 17 de agosto de 2010; y, en especial, resolución de 25 de noviembre de 2004, que diferencia entre la naturaleza y contenido de la sociedad de gananciales y el condominio común.

⁴¹⁷ Así, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, *op.cit.*, pág. 158, dicen que a la sociedad de gananciales “se le suele asignar un origen germánico y la hipótesis es admisible porque las formas de comunidad entre cónyuges no fueron conocidas en el Derecho romano”; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, IV...*, *op.cit.*, pág. 180, considera que esta calificación del instituto es exacta aunque “no puede decirse, en cambio, que sea precisa, dada la elasticidad del concepto de “comunidad en mano común”. En el mismo sentido que éstos últimos, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, VI op.cit.*, pág. 197, matiza que “la sociedad de gananciales constituye un subtipo de la situación de comunidad en mano común”; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario al Código civil...*, *op.cit.*, pág. 1389.

⁴¹⁸ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Patrimonio conyugal: los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación. Capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio”, en Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II, *Derecho de Familia*, Madrid, 2012, pág. 90.

sociedad de gananciales de personalidad jurídica plena, la titularidad de los bienes hay que referirla a los cónyuges, pero esa titularidad es una titularidad meramente instrumental, es decir, al servicio de la sociedad de gananciales, que es el centro referencial, al que verdaderamente se imputan los bienes, derechos y obligaciones⁴¹⁹.

C) La sociedad de gananciales como sociedad interna entre los cónyuges

Las similitudes y diferencias existentes entre la sociedad de gananciales y la sociedad o entre la sociedad de gananciales y la comunidad ordinaria o la comunidad germánica han planteado la posibilidad de compatibilizar ambas ideas para justificar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales⁴²⁰. Se ha de recordar que en la sociedad de gananciales prima, junto al elemento patrimonial, el carácter personal, de tal manera que solo es partícipe quien es cónyuge y ambos cónyuges tienen un interés común, lo que supone la existencia de un *intuitu personae* y una *affettio*. Surge, así, una especie de sociedad en el ámbito obligacional, pero a la que le falta la eficacia organizativa que unifica el grupo y le dota de capacidad para tener relaciones externas (la personalidad jurídica). Dicho con otras palabras, le falta la voluntad de actuar y presentarse como un grupo unificado en el tráfico⁴²¹. Son los propios cónyuges quienes, individual o conjuntamente, actúan frente a terceros, respondiendo de los gastos y cargas familiares con el patrimonio común que van formando durante el matrimonio y que responde de los gastos y cargas familiares. En consecuencia, en la sociedad de gananciales se pueden distinguir dos tipos de relaciones, las que nacen entre los cónyuges –regidas por las normas de la sociedad- y las relaciones que estos mantengan con terceros –regidas por las normas de la comunidad.

⁴¹⁹ MAGARIÑOS BLANCO, V., *El órgano de administración de la sociedad de gananciales y la adquisición de bienes*, en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1991.

⁴²⁰ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E., “La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, en *RdP*, núm. 6, 2001, pág. 133, citado en BARCELÓ DOMÉNECH, J., en *El régimen económico del matrimonio*, Madrid, 2005, pág. 247.

⁴²¹ PAZ-ARES, C., “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, dir. por A. MENÉNDEZ y A. ROJO, Cizur-Menor (Navarra), 2016, pág. 362

Delimitados así los ámbitos de actuación en la sociedad de gananciales, el contrato de sociedad no tendrá proyección externa y será de aplicación a las relaciones internas entre los cónyuges, determinando el carácter de los bienes, los derechos de reintegro o reembolso.....; por su parte, las normas sobre copropiedad o comunidad ordinaria estarán presentes en las relaciones de los cónyuges con los terceros, en la esfera externa de la vida conyugal, determinando las normas de legitimación tanto para disponer como para obligar los bienes gananciales.

Este planteamiento doctrinal aproxima la institución de la sociedad de gananciales a la idea de una especie de sociedad interna entre los cónyuges. Habría entonces dos ámbitos diferenciados: el societario y el comunitario que cubren aspectos y relaciones distintas de los socios/cónyuges entre ellos y con terceros ajenos. El problema es que tal asimilación de instituciones puede llevar a confusión, por tratarse de figuras diferentes si se tiene en cuenta su origen y su tratamiento legal. La sociedad interna nace de un contrato de sociedad entre varias personas con la finalidad de obtener una ganancia ejerciendo una actividad o explotación de los bienes comunes, cuya característica esencial es la existencia de una voluntad negocial manifiesta de los socios de no querer participar de forma conjunta, es decir, de que la sociedad se mantenga ajena al tráfico económico. La sociedad de gananciales, sin embargo, nace de un vínculo matrimonial y su fin es el levantamiento de las cargas familiares con los bienes que la ley determina que son del matrimonio, sin intención de mantener en secreto la existencia del matrimonio o del régimen económico matrimonial, más bien al contrario les interesará, en determinados casos, dejar expresa constancia de tal circunstancia en la celebración de los actos que cada uno de los cónyuges realice.

D) La sociedad de gananciales como comunidad especial

La configuración de la sociedad de gananciales y las opiniones doctrinales expuestas no permiten obtener una calificación categórica como sociedad, ni como

comunidad romana, ni siquiera como comunidad germánica aunque se encuentre más cercana a ella⁴²². La sociedad de gananciales constituye, por tanto, una comunidad especial –la ganancial-⁴²³, nacida de un vínculo personal y que se configura en torno a un patrimonio separado de los patrimonios de los cónyuges, que goza de sustantividad propia y cierta apariencia funcional frente a terceros⁴²⁴, como manifiesta la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas y obligaciones asumidas por los cónyuges para la satisfacción de los intereses comunes y no solo los particulares de cada uno de los cónyuges⁴²⁵.

La sociedad ganancial es un supuesto de pluralidad de titulares sobre bienes comunes que se caracteriza por: (i) la vinculación personal de sus titulares por el matrimonio, por lo que prevalece el elemento personal frente al patrimonial; (ii) la carencia de personalidad jurídica y (iii) la existencia un patrimonio separado⁴²⁶ con caracteres propios que es de propiedad conjunta de los dos cónyuges, propiedad compartida o “cotitularidad indiscriminada”⁴²⁷. El patrimonio es consecuencia de la comunicación de bienes entre los cónyuges, comunicación que se produce *ope legis*, de forma inmediata, lo que conlleva la adquisición de los bienes para la sociedad sin necesidad de acto de aportación alguna⁴²⁸.

⁴²² LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho Civil, IV (edición actualizada por...), *op.cit.*, pág.180, que ve necesario concretar, una vez afirmada la condición “germánica” de la comunidad matrimonial, sus caracteres diferenciadores: aspecto personal, el derecho afecta al objeto indeterminadamente sin cuotas, patrimonio separado del de los cónyuges...

⁴²³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 97, concluye que la comunidad matrimonial de bienes “se trata, simplemente, de una comunidad de bienes, especial, de Derecho familiar”.

⁴²⁴ STS, 2ª, 100/2013, de 14 de febrero, que recoge la jurisprudencia de la Sala que entiende que es posible la existencia de un delito de apropiación indebida en el seno de la sociedad de gananciales, ya que “la sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común”.

⁴²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, artículos 1344-1345, en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. PAZ ARES, L. DIEZ PICAZO, R. BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, P., t. II, Madrid, 1991, págs. 634, citado en BARCELÓ DOMÉNECH, J., en *El régimen económico del matrimonio*, *op. cit.*, pág. 244.

⁴²⁶ GUTIERREZ BERMEJO, N., “Sociedad de gananciales...”, *op.cit.*, pág. 14.

⁴²⁷ SERRANO GARCÍA, J.A., en Acciones de Sociedad Anónima Cerrada y Sociedad de Gananciales (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988), en *ADC*, julio-septiembre 1989, pág.1029.

⁴²⁸ MAGARIÑOS BLANCO, V., La Ley 20/89 de modificación del I.R.P.F. y la sociedad de gananciales, en *Actualidad y Derecho*, núm. 14, 8 abril 1990, pág. 178.

En esta comunidad especial la condición de cónyuge y de partícipe de la sociedad de gananciales son inseparables; los cónyuges no pueden solicitar la división, salvo que se solicite la disolución del régimen económico-matrimonial; los cónyuges no pueden transmitir a un tercero por actos inter vivos su parte en el patrimonio o sobre un bien o derecho concreto –solamente pueden disponer mortis causa de la parte ganancial que poseen sobre el patrimonio-, porque tienen la titularidad en cuanto cónyuge (cualidad personalísima intransferible) y han de regirse por los principios de gestión y codisposición de los bienes gananciales. En consecuencia, la copropiedad que ostentan los cónyuges es una propiedad compartida sobre el patrimonio común con un régimen jurídico basado en la gestión y disposición conjunta de los bienes gananciales.

La STS, 2ª, de 14 de febrero de 2013, si bien a efectos penales, llega a personificar la sociedad de gananciales como la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común al disponer los arts. 1362 y ss. del Código civil las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales a que deben destinarse los bienes gananciales. Sin llegar a tal personificación, pues es principio esencial su falta de capacidad jurídica, sí se ha de extraer de esta Sentencia que se trata de una masa patrimonial, ajena a la administración exclusiva por cada cónyuge y, por tanto, la violación del régimen al que están sometida puede llegar a calificarse conducta de un administrador infiel que, abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales, los distrae de su destino⁴²⁹.

2.3. Régimen jurídico

La sociedad de gananciales tiene un régimen jurídico específico que es precisamente uno de los rasgos esenciales que la diferencian de cualquier otra institución jurídica y la convierte en una comunidad especial. El Código civil establece

⁴²⁹ STS, 2ª, núm. 100/2013, de 14 de febrero.

un régimen detallado en el que fija qué bienes son comunes y cuáles privativos, las cargas y obligaciones, la administración y la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

A partir de la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981, que en cumplimiento de la Constitución, establece el principio de igualdad entre los cónyuges, la gestión de los bienes comunes se rige por el principio de administración conjunta. Esta administración requiere el consentimiento de ambos cónyuges sin que ninguno pueda atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida (art. 1375 Cc), salvo que el juez supla el consentimiento de quien esté impedido para prestarlo (art. 1376 Cc). Esto es los cónyuges tienen facultades de administración conjunta sobre los bienes integrados en la sociedad de gananciales en la forma, con las limitaciones y para las finalidades establecidas en el Código Civil. Igualmente se prevé de forma expresa que los actos de disposición, que implican alteraciones en el dominio o disfrute de los bienes (compraventa, constitución de una carga, usufructo, servidumbre o extinción de cualquier derecho), se rijan por el principio de disposición conjunta⁴³⁰, es decir, con el consentimiento de ambos (art. 1377 Código civil). Por tanto, estas normas no permiten a uno de los cónyuges hacer exclusivamente suyos los bienes gananciales en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge⁴³¹.

Estas reglas generales de gestión conjunta pueden ser excepcionadas por pacto entre los cónyuges contenido en capitulaciones matrimoniales siempre que se respete el principio de igualdad y el de información⁴³² o, como es más frecuente, mediante el otorgamiento de un poder general o especial entre los cónyuges. Además, junto a estas excepciones, existen reglas legales especiales que permiten la actuación individual cuando se realicen: actos por el cónyuge a cuyo nombre figuren los bienes o

⁴³⁰ Incluso en el caso de disposición por el cónyuge menor de edad, si es que el otro cónyuge es mayor de edad (art. 324 Cc)

⁴³¹ STS, 2ª, núm. 100/2013, de 14 de febrero.

⁴³² Deber de los cónyuges de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de cualquier actividad económica (art. 1383 Cc). Su incumplimiento constituye causa de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.4 Cc).

en cuyo poder se encuentren (art. 1384 Cc.); gastos necesarios para atender las necesidades de la familia (art. 1319 Cc); anticipos de numerario ganancial (art. 1382 Cc); gastos de conservación y defensa del patrimonio (art. 1385, párrafo segundo, Cc)⁴³³; actos de administración para atender gastos urgentes necesarios (art. 1386 Cc). La finalidad que se persigue es preservar la seguridad del tráfico económico y del funcionamiento y conservación del patrimonio ganancial, reduciendo la exigencia de la actuación conjunta según los actos a desarrollar de forma que sea mínima en los actos de administración ordinaria y más rígida en actos de disposición, como los realizados a título gratuito⁴³⁴.

En el caso de actos de disposición también existen excepciones legales a la necesaria actuación conjunta⁴³⁵, al margen de los casos en que la autoridad judicial concede la facultad dispositiva a uno solo de los cónyuges (art. 1377 Cc) aunque sea necesaria autorización judicial expresa para disponer de determinados bienes (art. 1389, segundo párrafo, Cc).

2.4. Aplicabilidad del régimen de la sociedad de gananciales a las parejas o uniones de hecho

Parejas o uniones de hecho, parejas no casadas, uniones extramatrimoniales, uniones estables de pareja, son denominaciones bajo las que se recogen situaciones

⁴³³ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. interpretan el significado de este artículo como la aplicación de una “regla similar a la que la jurisprudencia ha reconocido en el ámbito de la comunidad de bienes; cualquier comunero puede actuar en beneficio de la comunidad” y al cónyuge no actuante los efectos de la sentencia “sólo si fuera favorable le beneficiaría y, si es adversa no le impediría actuar nuevamente a él”, “sin embargo por la estrecha unión entre los cónyuges y por el carácter indistinto o solidario de la cogestión en este punto” se inclinan “a pensar que la acción de uno produce para el otro los efectos de la cosa juzgada”, aunque consideran que “una correcta vía de aplicación de la regla debe de ser la de no considerarla aislada de la específica situación jurídica que se invoque como fundamento de la acción que se ejercita” (*Sistema de Derecho civil, vol. IV..., op. cit.*, págs. 180-181)

⁴³⁴ MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., “La gestión de los bienes gananciales”, *La Ley*, núm. 7, 2001, págs. 1668-1684 (www.laleydigital.es), estudia cada supuesto individualmente, y concluye que “para los actos de ordinaria administración su demanda será mínima, y a medida que nos apartemos de ellos y nos acerquemos a actos de disposición terminando en los dispositivos a título gratuito, su exigencia se irá incrementando”.

⁴³⁵ La disposición testamentaria de la mitad de los bienes gananciales o de bienes concretos (arts. 1379 y 1380 Cc) o liberalidades de uso (art. 1378 Cc). Sobre el alcance de las liberalidades de uso, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV..., op. cit.*, págs. 185.

en que se encuentran aquellas personas que deciden unirse de forma voluntaria y libre, para mantener una relación estable, permanente en el tiempo, con un reconocimiento social y creando una auténtica comunidad de intereses económicos⁴³⁶.

Sin entrar en la consideración de las diferencias entre parejas casadas y parejas de hecho o en la existencia o no de un denominador común entre ambas realidades, interesa determinar si a estas parejas de hecho, estables y duraderas, les pueden ser aplicables los efectos derivados del régimen económico de la sociedad de gananciales, como si se tratase de “una sociedad de gananciales de facto”⁴³⁷, pues la regulación legislativa existente de esta figura no aclara cuáles sus efectos.

En el ámbito estatal no existe una regulación de las parejas o uniones de hecho de forma integral y sistemática, aunque el legislador, consciente de la existencia de la figura y de su importancia, ha incorporado preceptos tendentes a equiparar, a determinados efectos jurídicos, al conviviente *more uxorio* con el cónyuge (adopción, incompatibilidades, materia penal, arrendamientos urbanos, concursal...). En el marco de las Comunidades Autónomas, la regulación es dispar, se establecen leyes especiales *ad hoc*⁴³⁸, de contenido y alcance heterogéneos y su objetivo principal consiste en

⁴³⁶ Manuales generales de Derecho de familia citados y CANTERIO NUÑEZ, F.J., “Uniones de Hecho”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL, tomo IV, *Familia*, vol. 1º, Madrid, 2001, pág. 269 ss; ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J.M., “La convivencia de hecho en la legislación y jurisprudencia españolas”, en *RJN*, abril-junio 2009, págs. 39 ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “¿Es la unión libre un situación análoga la matrimonio?”, en *RJN*, octubre-diciembre, 1999, págs. 199 ss; LÓPEZ JIMENEZ, D., “El recurso a la responsabilidad civil extracontractual como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes”, *RJN*, enero-marzo, 2007, págs. 203 ss; LLEBARÍA SAMPER, S., “El patrimonio de las parejas de hecho”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo II, *Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, págs.363 ss.; VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P., “Uniones de hecho y comunidad de bienes”, en *Comunidades de bienes*, coord. por M.J. REYES LÓPEZ, Valencia 2014, págs. 393-414.

⁴³⁷ FERNÁNDEZ SANTANA, L., “Gananciales: aspectos prácticos”, en *Comunidad de bienes*, coord. por M.J. REYES LÓPEZ, Valencia, 2012, pág. 364.

⁴³⁸ Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas estables no casadas, de la Comunidad de Aragón; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 18/2001 de las Islas Baleares, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (modificada por STC, Pleno, de 11 de abril de 2013); Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de hecho en Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de hecho en Extremadura; Ley de la Comunidad del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo,

conseguir que los convivientes pacten las consecuencias jurídicas de sus relaciones patrimoniales y se reconozcan mutuamente determinados derechos o facultades; sólo alguna de las leyes autonómicas contemplan aspectos concretos, como las consecuencias económicas de la unión y de su extinción. A la vista de esta dispersión legislativa, es habitual que las uniones de hecho se rijan bien por los acuerdos, convenios, pactos o contratos de naturaleza patrimonial que los convivientes establezcan, sin otros límites que los generales del ordenamiento (principios constitucionales de igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, protección a la familia; además de los previstos en el art. 1255 Cc) o bien por la ley autonómica específica que le fuere de aplicación.

Pues bien, la realidad pone de manifiesto que los instrumentos jurídicos más empleados para la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia son: a) fijación de pactos, de forma tácita o expresa, a modo de capitulaciones matrimoniales, en las que se establece un régimen de administración; b) constitución de una comunidad de bienes y derechos que pertenecen *pro indiviso* a ambos convivientes, de modo que se mantiene la independencia patrimonial; c) constitución de una comunidad de bienes querida por los convivientes que, al estar participada por partes iguales, admite la opción de regularse por normas no muy alejadas de las de la sociedad de gananciales, salvo en aspectos como la responsabilidad frente a terceros o la disposición de la cuota indivisa por cada uno de ellos (lo que resulta posible obviar si se establecen cláusulas que atribuyan la indivisión durante un período de tiempo, que puede hacerse coincidir con el de la convivencia); d) la constitución de una sociedad mercantil (normalmente de responsabilidad limitada) cuando ambos participan efectivamente en un mismo negocio o actividad profesional⁴³⁹.

reguladora de las parejas de hecho; Ley 1/2005, de 16 de mayo de Parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; la Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, regula las parejas estables en sus artículos 234-1 a 234-14 (Título III, capítulo IV); Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

⁴³⁹ Para un estudio detallado de los pactos ligados a la convivencia y sus contenido, CANTEIRO NÚÑEZ, F.J., "Uniones de hecho", en *Instituciones de Derecho Privado.... op. cit.*, págs. 397-407.

En el último caso citado, a través de una sociedad, se regula la convivencia y, en función del régimen que deseen adoptar (régimen de comunidad o de separación de bienes) suscribirán las participaciones sociales o las acciones. En el primer caso, suscribirán al 50% y establecerán normas estatutarias de organización y funcionamiento similares a las de codisposición y coadministración (administradores mancomunados, por ejemplo); y si quieren mantener su independencia económica, suscribirá cada uno un número de participaciones sociales y de acciones según el interés o bienes aportados.

El problema se plantea cuando no existe una regulación legal o convencional que regule las relaciones patrimoniales entre los convivientes *more uxorio*. La doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran aplicable analógicamente el régimen de sociedad de gananciales, como régimen supletorio de primer orden, y quienes consideran que no existe esa posibilidad.

Un sector doctrinal considera que el régimen económico de sociedad de gananciales dado su origen legal o capitular y su dependencia de la institución del matrimonio no es aplicable a otras situaciones de convivencia. El matrimonio es una institución que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas que deseen formalizarlo como negocio jurídico⁴⁴⁰ y someterse a la regulación prevista en la ley. En consecuencia, quienes pudiendo contraer matrimonio conviven sin contraerlo parecen, en principio, no querer quedar sometidos a las relaciones recíprocas que genera ese negocio jurídico y consecuentemente a la regulación prevista en el ordenamiento. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución española; por el contrario, la unión de hecho no es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional destinado a protegerla. Este es el criterio del Tribunal Constitucional que declara que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicas distintas,

⁴⁴⁰ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, *op.cit.* pág. 63, la calificación del matrimonio como negocio o acto jurídico y como relación jurídica.

pues debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, lo que no es contrario al derecho fundamental a la igualdad⁴⁴¹. En conclusión, la imposibilidad de aplicar el régimen económico de gananciales deriva de la falta de un presupuesto previo que es contraer matrimonio, ya que el régimen económico constituye una institución accesoria y dependiente de otra principal que es el matrimonio⁴⁴². Las uniones de hecho son simplemente tácitas, están al margen del acto formal del matrimonio y, por tanto, la aplicación analógica de las normas establecidas para la regulación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales supondría una alteración de sus principios informadores y constitutivos.

Frente a este sector que niega la aplicación analógica del régimen de sociedad de gananciales por falta de la institución matrimonial, otro sector doctrinal considera que no es el matrimonio lo que hace surgir la necesidad de un régimen económico regulador, sino que es la propia convivencia la que requiere de esa regulación. Defienden que el porqué y para qué se prevé la sociedad de gananciales es compatible con su aplicación a las relaciones patrimoniales que surgen en realidades de convivencia distintas al matrimonio, sin embargo su aplicación efectiva es difícil. Las normas de imputación de responsabilidad, de seguridad y publicidad registral, así como las normas procesales que afectan a la regulación de la sociedad de gananciales no son normas obligacionales ni contractuales que puedan pactarse entre los convivientes, ya que no pueden vincular a los terceros ni a los poderes públicos. Por tanto, es la naturaleza de determinadas normas (como, por ejemplo, el equilibrio de las distintas masas patrimoniales, el juego de las presunciones legales de

⁴⁴¹ STC, Sala Segunda, núm. 180/2001, de 17 de septiembre.

⁴⁴² CANTERIO NÚÑEZ, F.J., "Uniones de Hecho", en *Instituciones de Derecho Privado...*, *op.cit.*, que añade otras razones: la formalidad ad solemnitatem de las capitulaciones matrimoniales; la eficacia de los regímenes económicos matrimoniales que, más allá del pacto, proviene directamente de la ley; la eficacia meramente interna entre los convivientes por falta de publicidad frente a terceros (pág. 410 ss.).

ganancialidad, automaticidad del principio de subrogación real, comunicación de las ganancias, responsabilidad por las deudas...) lo que es exclusivo del régimen de gananciales, aplicable al matrimonio por imposición legal, y, en consecuencia, lo que impide su aplicación a otras realidades distintas a las que se contrae⁴⁴³.

Ahora bien, la no aplicación analógica del régimen legal de sociedad de gananciales no impide que se adopten convencionalmente determinadas normas reguladoras similares a las normas de la sociedad de gananciales, como la gestión conjunta, la contribución a las cargas, la protección de la vivienda familiar, la compensación económica tras el cese de la convivencia en caso de desequilibrio económico, normas que, como puede observarse, se derivan más de la convivencia (de la relación jurídica creada) que de la institución propiamente dicha. En este sentido, el Tribunal Supremo, aunque defiende la no aplicación de la *analogía legis* por no tener la convivencia *more uxorio* equivalencia con el matrimonio⁴⁴⁴, admite que determinadas normas del régimen de gananciales puedan ser aplicadas, bien por pacto expreso bien por la vía de la *analogía iuris* –como un mecanismo de obtención y aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado-, cuando por *facta concludentia* se evidencia la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común⁴⁴⁵, acudiendo, en todo caso, a la equidad, la buena fe, y, en general, a los principios generales del derecho. En definitiva, las uniones de hecho, a diferencia del matrimonio, no llevan aparejada la aplicación de un régimen económico determinado, sino que requieren de una voluntad manifestada expresa o tácitamente; y, si esta voluntad es la de regirse por el régimen de gananciales, con los límites

⁴⁴³ LLEBARÍA SAMPER, S., “El patrimonio de las parejas de hecho”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial...*, *op.cit.*, pág. 409.

⁴⁴⁴ La STS, 1ª, 4 de marzo de 1997, especifica que “no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación legal pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve”.

⁴⁴⁵ SsTS, 1ª, núm. 130/2014 de 6 de marzo; núm. 1048/2006, de 19 de octubre; núm. 8/2001, de 22 de enero.

expuestos, deberá serlo a través de pactos concretos, conductas o actos significativos que así lo muestren y nunca por aplicación automática⁴⁴⁶.

La cuestión de fondo que subyace en esta cuestión –aplicación analógica o no del régimen económico matrimonial de sociedad legal de gananciales- es que la falta de regulación de estas relaciones, la inexistencia de pactos en la mayoría de los casos y la eficacia limitada de la autonomía privada (sobre todo, frente a terceros) no pueden justificar la falta de resolución problemas reales derivados de las relaciones *more uxorio* que, como reconoce el Tribunal Supremo, crean vínculos paternofiliales y familiares, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial, que constituyen ya una realidad social digna de protección⁴⁴⁷.

No se trata, por tanto, de imponer una normativa, sino de evitar que la relación de hecho o su cese produzcan un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, se busca proteger a aquellas personas que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica⁴⁴⁸. Este hecho ha supuesto un criterio interpretativo más amplio de lo que significa la convivencia “*more uxorio*”: (i) es una relación semejante a la matrimonial, que no ha recibido sanción legal, ni está regulada legamente, ni tampoco prohibida por el Derecho; (ii) es una relación ajurídica, pero no antijurídica; (iii) carece de normativa legal pero produce o puede producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el juzgador y que, en consecuencia, deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ La STS, 1ª, núm. 8/2001, de 22 de enero, matiza que “no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (“*more uxorio*”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que por pacto expreso o por sus “*facta concludentia*” (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho”.

⁴⁴⁷ Entre otras, SsTS, 1ª, núm. 536/1994, de 27 de mayo; de 4 de marzo de 1997; núm. 584/2003, de 17 de junio.

⁴⁴⁸ STS, 1ª, núm. 5/2003, de 17 de enero, comentada por PUGA GÓMEZ, S., “La convivencia “*more uxorio*” y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003”, en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 49/2002, Pamplona, 2003.

⁴⁴⁹ SsTS, 1ª, núm. 1048/2006, de 19 de octubre; núm. 5/2003, de 17 de enero.

Por esta razón, los tribunales han tenido en cuenta la especialidad de cada caso planteado para aplicar la norma más adecuada y adoptar la solución más justa, lo que ha creado una jurisprudencia diversa. El Tribunal Supremo, ante la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia, en Sentencia de 12 de septiembre de 2005, resuelve sobre la pretensión indemnizatoria formulada por uno de los convivientes, al cesar la convivencia por decisión de uno de ellos⁴⁵⁰, efectuando un estudio de las posiciones derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo y de la doctrina⁴⁵¹. Esta sentencia concluye que las técnicas más aplicadas a los supuestos de hecho consisten en la doctrina del enriquecimiento injusto; la protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho; la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil; la responsabilidad civil extracontractual⁴⁵² y, por último, la disolución de la sociedad civil irregular o de la comunidad de bienes.

Se ha de concluir, en definitiva, que las uniones de hecho son una realidad social que produce efectos, y no sólo entre los convivientes, sino también frente a terceros, por lo que ha de ser objeto de consideración jurídica, atendiendo a la

⁴⁵⁰ STS, 1ª, constituida en pleno, núm. 611/2005, resuelve, con fundamento en la técnica del enriquecimiento injusto, la revocación de la indemnización fijada tras la ruptura de la unión de hecho, al no producirse los requisitos de éste; sin embargo, a través de voto particular, el Magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz considera procedente la indemnización, de acuerdo con el principio general de protección al más perjudicado y los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y Dª. Encarnación Roca Trías, aunque de acuerdo con el fallo, no comparten la argumentación de la sentencia, ya que consideran aplicable las reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y más concretamente las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, pues los requisitos establecidos en los arts. 97 y 1438 Cc son extrapolables a una situación de convivencia no matrimonial: cesación de la convivencia; posible perjuicio para una de las partes consecuencia de esa cesación; y comparación entre la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho; lo que difiere de los requisitos del enriquecimiento injustificado, que requiere del aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro.

⁴⁵¹ Para un análisis de la sentencia y el actuar del Tribunal Supremo en pronunciamientos posteriores, BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª del S., "Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005", en *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11/2011 (BIB 2010/2217), Pamplona, 2011.

⁴⁵² No obstante, se entiende que la aplicación del art. 1902 Cc –de difícil prueba–, regulador de la responsabilidad civil extracontractual, será de aplicación no por el hecho de la ruptura –acto de libertad individual–, sino que requiere que en el supuesto concreto concurren los presupuestos precisos para fundamentar la concreta reclamación en el hecho ilícito cometido (daño causado por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia).

configuración de la relación por los propios convivientes, los cuales pueden decidir mantener la más absoluta independencia económica y patrimonial⁴⁵³, fijar voluntariamente las normas que han de regir sus relaciones patrimoniales o no llevar a cabo ningún acuerdo entre ellos. Es, en este último caso, cuando atendiendo a las circunstancias de cada supuesto de hecho, y a falta de una regulación concreta, ha de apreciarse la aplicación o no de la *analogía iuris* de las normas de la sociedad de gananciales, atendiendo a la voluntad de la pareja de hecho manifestada en sus actos anteriores, coetáneos y posteriores.

Las parejas de hecho representan, por tanto, una de esas situaciones de pluralidad de titulares (dos) que pueden poseer en común un patrimonio y, en concreto, ser copropietarios de participaciones sociales y de acciones. A determinados efectos, como se ha visto, a estas parejas de hecho se les puede aplicar las normas de la sociedad de gananciales; sin embargo, a efectos de titularidad de los bienes no serían, en ningún caso, aplicables las normas sobre adscripción de los bienes a las masas gananciales y la comunicación de los bienes entre cónyuges, pues se trata de esas normas imperativas derivadas de la aplicación del régimen de sociedades gananciales solo aplicables en caso de matrimonio (arts. 1346 y 1347 Cc.). Los miembros de la pareja de hecho serán titulares, según la forma de adquisición de los bienes, individual o conjuntamente, pero nunca se podrá presumir la ganancialidad del bien. Por ello, si la pareja de hecho adquiere participaciones sociales o acciones deberá mostrar ante la sociedad el título de adquisición para determinar el régimen societario aplicable. Si cada uno adquiere en su propio nombre son titulares independientes sin importar la procedencia de los fondos, de igual forma serán copropietarios si ambos adquieren de forma conjunta un número determinado de participaciones sociales o de acciones, rigiéndose en ese caso por las normas societarias sobre copropiedad (art. 126 LSC).

⁴⁵³ SsTS, 1ª, núm. 536/1994, de 27 de mayo; núm. 8/2001, de 22 de enero.

III. ADSCRIPCIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES A LAS MASAS PATRIMONIALES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Las participaciones sociales y las acciones son bienes patrimoniales⁴⁵⁴ que, al igual que los demás derechos y bienes patrimoniales, cuando son adquiridos por los cónyuges, deben integrarse en una de las masas patrimoniales que constituyen la sociedad de gananciales. Su adscripción como bien privativo o bien ganancial requiere analizar su forma de adquisición en conjunción con los criterios legales que determinan la calificación de los bienes.

1. Criterios objetivos

El criterio objetivo de adscripción de bienes a las masas patrimoniales se basa en el principio de subrogación real⁴⁵⁵. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen de gananciales, quedarán adscritos en función de la naturaleza que tuvieran los bienes de los que proceda la contraprestación.

Las participaciones sociales y las acciones serán privativas cuando se adquieran a título gratuito (herencia) o a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1346, 2º y 3º Cc)⁴⁵⁶ o se hayan asumido o suscrito como consecuencia de la titularidad de otras privativas (art. 1352 Cc). En los casos mencionados, se reúne en un mismo sujeto la

⁴⁵⁴ Supra Capítulo I, Epígrafe III, 1.

⁴⁵⁵ La doctrina extrae los siguientes elementos como factores esenciales del concepto de subrogación real: en primer lugar, la sustitución o reemplazo de una cosa o elemento patrimonial por otro; en segundo lugar, la relación de causalidad o conexión lógica o ilación directa entre la cosa enajenada o perdida y la cosa que la sustituye; y, por último, la permanencia inalterada de la misma situación jurídica a pesar del cambio de cosas operado. MONJE BALMASEDA, O., "Sociedad de gananciales y participaciones sociales", en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS, 2007, op.cit.*, pág. 229 y STS, 1ª, núm. 277/2003, de 24 de marzo.

⁴⁵⁶ Es relevante y aplicable también en la adquisición de participaciones y acciones el art. 95.2 RH que exige que el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido se justifique "mediante prueba documental pública". Sobre la dificultad que presenta la forma de probar que el precio o contraprestación de un bien adquirido por los cónyuges tiene naturaleza privativa y las propuestas doctrinales, prácticas y legislativas para su solución, MARTÍNEZ RIPA, J., "Sobre la forma de justificar el carácter privativo del precio en la compra de bienes (privativos) por los cónyuges. Propuesta para una nueva interpretación del art. 95.2. del Reglamento Hipotecario", en *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 116, julio-agosto 2005, pág. 1659-1667.

titularidad de las participaciones sociales o de las acciones y la condición de socio, no teniendo ningún derecho sobre ellas el otro cónyuge. En cambio, su carácter será ganancial cuando se suscribe o adquiere la participación en el capital social, constante la sociedad de gananciales, a título oneroso y a costa del caudal común, se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de los cónyuges (art. 1347.3º Cc)⁴⁵⁷ o se suscriba a cambio de otros bienes gananciales. Teniendo en cuenta estos criterios, también serán gananciales aquellas participaciones sociales o acciones adquiridas por uno de los cónyuges durante el matrimonio en concepto de retribución por el trabajo prestado o la actividad realizada (art. 1347.1º)⁴⁵⁸.

2. Criterios subjetivos

El Código civil incorpora, con el fin de determinar la calificación ganancial o privativa de las participaciones sociales y de las acciones el Código civil, además de los criterios objetivos vistos, unos criterios basados en la autonomía de la voluntad de los cónyuges o en la de un tercero, de forma que es la voluntad manifestada la que determina el carácter con el que ingresan dichas participaciones sociales o acciones en el patrimonio conyugal. La autonomía de la voluntad de los cónyuges se ha considerado por la doctrina como fuente de ganancialidad del mismo rango o al mismo nivel que las establecidas en el artículo 1347 y concordantes del Código civil⁴⁵⁹.

Los cónyuges, voluntariamente y de común acuerdo, pueden atribuir carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en

⁴⁵⁷ Las mismas conclusiones son de aplicación al supuesto en que se adquieren las participaciones mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, que corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1354 Cc).

⁴⁵⁸ v. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, vol. IV, op.cit.*, pág. 91; PÉREZ MARTÍN, A.J., “Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación”, en *Tratado de Derecho de Familia*, t. V., vol. 1, Valladolid, 2009, pág. 601, estudia el carácter de las acciones adquiridas en el ejercicio de “stock options” por ser rendimientos del trabajo.

⁴⁵⁹ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., en “Patrimonio conyugal: los regímenes económicos.....”, en *Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II...., op.cit.*, pág. 105.

que se satisfaga. En todo caso, rige la presunción de su voluntad favorable a la ganancialidad, siempre que exista prueba suficiente del matrimonio, cuando la adquisición se hace en forma conjunta y sin atribución de cuotas (art. 1355 Cc)⁴⁶⁰. Estos supuestos de atribución de ganancialidad por acuerdo conyugal suponen la derogación del principio de subrogación real, bien de forma expresa con la manifestación explícita de la voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido aunque el negocio sea concluido por uno solo de los cónyuges⁴⁶¹ o bien presuntivamente atendiendo a la forma de efectuar la adquisición (conjunta y sin atribución de cuotas). Ahora bien, si los cónyuges manifiestan su voluntad de que el bien, atendiendo a la procedencia del precio o contraprestación, no es ganancial, les pertenecerá la titularidad mediante cuotas indivisas.

La cuestión que se suscita en torno al artículo 1355 Cc es su aplicación a la privatividad: que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyan carácter privativo a bienes que, en principio, tendrían naturaleza ganancial o se presumiría la misma. Quienes niegan tal posibilidad aluden a la naturaleza excepcional del artículo y, en consecuencia, a la necesaria interpretación restrictiva a los supuestos previstos⁴⁶². Por

⁴⁶⁰ Pacto atributivo de la condición de gananciales a los bienes que se adquieren a título oneroso durante su matrimonio, que hay que distinguir del negocio de atribución, comunicación o aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, cuya causa, según defienden algunos autores, es la *causa matrimonii* (desligada de la causa onerosa o gratuita), pues el negocio atributivo mantiene su sustantividad y autonomía jurídica. (GARRIDO DE PALMA, V., “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en *Instituciones de Derecho Privado, tomo IV. Familia*, vol. 1º, coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, 2001, pág. 223; RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, R., “La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales”, en *Diario la Ley*, núm. 6582, 2006 y RDGRN de 19 de octubre de 2010); *iuris prudente*, entrada “Bienes gananciales y privativos (16). Las aportaciones a la sociedad de gananciales”, 19 de febrero de 2016.

⁴⁶¹ Así la SAP Madrid (Sec, 24ª), núm. 409/2014, de 5 de mayo, manifiesta que “la ratio essendi de la norma no es otra que el respeto a la voluntad de los cónyuges, otorgada con la fehaciencia de un documento público y, más aún con el asesoramiento –en caso de ser necesario- del fedatario público”.

⁴⁶² GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., en “Patrimonio conyugal: los regímenes económicos...”, en *Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II...*, *op.cit.*, pág. 106, niega que “la atribución voluntaria de ganancialidad admitida por el artículo 1355 Cc implique un correlativo derecho de atribución voluntaria de privatividad” y describe los distintos argumentos de la doctrina para la no admisión de esta atribución. Argumentos que la DGRN, en su resolución de 25 de septiembre de 1990, resume en: “1ª. Según el tenor del artículo 1347-3º del Código Civil, tratándose de adquisiciones a costa del caudal común, el principio de subrogación real juega –salvo los supuestos de excepción previstos por la Ley, por ejemplo, ejercicio de derecho de retracto privativo- “bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”; 2ª. El interés de los acreedores de la sociedad parece exigir que no puedan

el contrario, otros autores admiten dicho negocio atributivo basándose en el artículo 1323 Cc (libertad de contratación entre cónyuges)⁴⁶³. La DGRN se ha pronunciado a favor del pacto de privatividad, permitiendo que los cónyuges, al adquirir un bien a un tercero, convengan que este bien ingrese, de manera directa y a todos los efectos, en el patrimonio personal de uno de ellos aunque no se haya acreditado la privatividad de la contraprestación. Ahora bien, dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a ir ligado al negocio adquisitivo) debe responder a una causa que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3º del Código civil) como, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el reconocimiento del derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc.⁴⁶⁴. Por tanto, el negocio atributivo de privatividad no puede admitirse en los mismos términos que la atribución de ganancialidad según el artículo 1355 Cc, pues es necesario, aunque tenga su fundamento en la libre contratación entre los cónyuges, calificar el negocio jurídico que produzca el desplazamiento patrimonial en favor de la masa privativa. Además la atribución de privatividad ha de constar siempre en una declaración y no se admite la atribución tácita.

Finalmente, el legislador cierra la clasificación de los bienes, mediante la presunción del carácter ganancial en determinados supuestos. Así, el artículo 1353 Cc presume gananciales “los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges

asignarse a un cónyuge, en concepto de privativos, bienes que habían de ser o son gananciales; sin que precede la disolución de la sociedad, y si se quisiera evitar la responsabilidad solidaria y ultra vires: los cónyuges habrían de atenerse en la liquidación al rigor de beneficio de inventario; 3ª. La declaración de querer la privatividad no puede tener más alcance que la confesión de privatividad ex artículo 1324 del Código Civil”.

⁴⁶³ GARRIDO DE PALMA, V., “La economía de la familia...”, en *Instituciones de Derecho Privado, tomo IV...*, *op.cit.*, pág. 222.

⁴⁶⁴ Desde su Resolución de 25 de septiembre de 1990 -que resolvía sobre la adquisición de un local comercial que se decía que el marido adquiría con carácter privativo el 60% y ambos cónyuges, con carácter general, el restante 40% y en la que concluye que “debe rechazarse la suspensión (de la inscripción) en cuanto está motivada en la no acreditación fehaciente de la privatividad de la contraprestación”, la DGRN tiene como doctrina que la posible excepción a la norma legal que impone el principio de subrogación real, depende de la validez del negocio atributivo de privatividad cuestionado. A pesar de esta doctrina mayoritaria, existen Resoluciones que admiten pactos de atribución de ganancialidad sin más causa que la atención a las cargas familiares (R. 31 de marzo de 2010)

conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad”, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario; y el artículo 1361 Cc presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a los cónyuges.

Esta última presunción, ganancialidad mientras no se pruebe la privatividad, debe matizarse con el alcance de la confesión de privatividad del cónyuge (art. 1324 Cc)⁴⁶⁵. La presunción de ganancialidad es *iuris tantum*, requiere para desvirtuar la naturaleza ganancial del bien de prueba total y concluyente; mientras que en el caso de confesión de privatividad, la declaración es prueba entre cónyuges pero por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges, lo que exige para que la prueba tenga eficacia plena y *erga omnes* que se demuestre que los bienes con los que se adquiere son privativos o que se adquirieron en un momento anterior al matrimonio⁴⁶⁶ (lo que lleva a la aplicación de los criterios fijados en el art. 1346 Cc y no a la confesión de los cónyuges).

De lo expuesto debe extraerse que para fijar el carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales o de las acciones han de tenerse en cuenta no solo los criterios y presunciones legales sino también las posibilidades que se permite a la autonomía de la voluntad. Los cónyuges, cuando por su propio interés o por la configuración de la sociedad de capital, adquieren participaciones o acciones a nombre

⁴⁶⁵ Sobre la eficacia de la confesión de privatividad, SERRANO CASTRO, F., “La confesión de privatividad: la aplicación práctica del art. 1.324 CC”, en *El Derecho*, 5 de octubre de 2010.

⁴⁶⁶ GARRIDO DE PALMA, V.M. califica este reconocimiento de privatividad como un negocio de fijación, de efectos probatorios, que brinda una solución armonizadora a los intereses implicados, sin merma de la entidad y peso jurídico del régimen ganancial (*El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 4 (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar), Barcelona, 2005, pág. 633). Por su parte, SERRANO CASTRO, F., considera que la confesión de privatividad respecto de los cónyuges “se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo del cónyuge del confesante”, en definitiva destruye la presunción del art. 1361 Cc, “creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante” (“La confesión de privatividad...”, *op.cit.*). En el mismo sentido, la STS, 1ª, núm. 847/2001, de 25 de septiembre.

de uno solo y es su voluntad que pertenezcan al patrimonio individual de dicho cónyuge, pueden efectuar un negocio atributivo o realizar una confesión de privatividad de modo que las participaciones sociales o las acciones pasen a la esfera privativa de ese cónyuge. Esta vía permite evitar problemas que surgen cuando titularidad individual y ganancialidad coinciden en el ejercicio de la condición de socio y en una futura liquidación de la sociedad ganancial⁴⁶⁷. No puede olvidarse tampoco que, la realidad de las cosas, demuestra que la regulación jurídica es proclive a la ganancialidad de los bienes⁴⁶⁸, por lo que las acciones y participaciones sociales adquiridas constante el matrimonio cuando no conste claramente su carácter privativo o la naturaleza del negocio atributivo se considerarán gananciales.

Por ello, se recomienda que el negocio de atribución o la confesión de privatividad, por motivos de prueba, se justifiquen y se documenten suficientemente. En este sentido, la práctica notarial, propone una cláusula capitular aclaratoria de propiedad (dejando a salvo los derechos de terceros) en los siguientes términos: “los bienes, derechos, valores y títulos que estén a nombre de uno de ellos o en cuyo poder o posesión se encuentren, (...), reconocen ambos cónyuges que son de la titularidad o propiedad exclusiva de aquel a cuyo nombre estén o en cuyo poder se encuentren”⁴⁶⁹.

3. El artículo 1352 del Código civil

Entre los criterios de adscripción de las participaciones sociales y de las acciones merece especial mención el artículo 1352 Cc que introduce una institución

⁴⁶⁷ Infra epígrafe V.

⁴⁶⁸ ANDERSON, M. opina que el juego de estos artículos hacen que “en la práctica resulta muy difícil acreditar el carácter privativo de un bien y la balanza se acaba decantando siempre hacia la ganancialidad, puesto que se presume no solo la ganancialidad del bien, sino también la de los bienes empleados para su adquisición (esto es, se presume que toda adquisición onerosa constante la sociedad se ha abonado con bienes comunes)”, “El régimen económico matrimonial”, en *Derecho de Familia*, dir. por C. VILLAGRASA ALCAIDE, Madrid, 2011, pág. 196-197.

⁴⁶⁹ GARRIDO DE PALMA, V.M., “Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión mortis causa y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos....*, op.cit., pág. 634.

propia del Derecho mercantil de sociedades en el Código Civil⁴⁷⁰. El artículo 1352 Cc establece que:

“Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. 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”.

Este artículo se ha justificado desde distintas perspectivas: (i) ruptura del principio de subrogación real a favor del principio de accesión⁴⁷¹; (ii) aplicación de la regla del ejercicio de derechos de adquisición preferente de modo que si: se adquieren participaciones sociales o acciones privativas con dinero ganancial están tendrán carácter privativo y la sociedad de gananciales tendrá un crédito contra el cónyuge titular; si se emiten las nuevas participaciones sociales o acciones con cargo a beneficios no repartidos, se considerarán privativas, pero surgirá un crédito a favor de la sociedad de gananciales por su valor puesto que si se hubiese repartido dicho beneficio con anterioridad a la nueva emisión habrían sido gananciales (art. 1347.2º)⁴⁷²; (iii) derecho de retracto: la causa es la titularidad privativa del cónyuge, que en su condición de socio puede ejercitar su derecho social a suscribir nuevos títulos y el efecto o resultado de la suscripción, por el principio de equivalencia, también es privativo⁴⁷³.

Sin embargo, para justificar el artículo 1352 Cc debe ponerse en relación con el artículo 304 LSC que reconoce a cada socio en los aumentos de capital con emisión de

⁴⁷⁰ El Tribunal Supremo justifica la existencia de esta ordenación en el frecuente acaecimiento en la actual vida de familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales (S, 1ª, núm. 277/2003, de 24 de marzo).

⁴⁷¹ MONJE BALMASEDA, O., “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007, op.cit.*, pág. 233 y ss.

⁴⁷² ANDERSON, M., “El régimen económico matrimonial”, en *Derecho de Familia, op.cit.*, pág. 195.

⁴⁷³ STS, 1ª, núm. 277/2003, de 24 de marzo.

nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones con aportaciones dinerarias, el derecho a asumir un número de participaciones sociales o a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea. Las nuevas participaciones sociales o las nuevas acciones se adquieren en función de la titularidad legítima del socio, que le reconoce un derecho de preferencia en la asunción o suscripción o de asignación gratuita, con independencia de la procedencia del carácter de los bienes empleados para su adquisición. Se excluye, por tanto, el principio de subrogación real pero no puede considerarse aplicable el principio de accesión ya que el valor de las participaciones sociales y las acciones no aumenta sino que se adquieren otras nuevas. Tampoco se ejerce un derecho que conlleve la reintegración de un bien al patrimonio privativo (retracto) ni que suponga la preferencia en la adquisición de un bien frente a otro posible adquirente⁴⁷⁴.

La justificación se encuentra, por tanto, en la necesaria coordinación entre la norma civil y la norma societaria. El presupuesto esencial de ambas normas es la vinculación entre la titularidad de las antiguas y las nuevas participaciones sociales o las antiguas y las nuevas acciones. Desde el punto de vista civil se establece el carácter ganancial o privativo⁴⁷⁵ en función del carácter que tienen las que ya se poseen, lo que supone un reconocimiento del derecho societario de asunción o suscripción preferente de participaciones sociales y acciones derivado de una ampliación de capital como criterio para determinar su ganancialidad o privatividad, aunque también alcanza a

⁴⁷⁴ BELLO JANEIRO, D., "Aumento de capital en la sociedad anónima y la sociedad de gananciales: derechos del cónyuge no accionista", en *Dereito, Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 2, nº 1, 1993, págs. 261, que efectúa un estudio crítico del artículo 1352 Cc y un análisis de los criterios dispares de la doctrina y la jurisprudencia anteriores a esta regulación.

⁴⁷⁵ La SAP Badajoz, Sec. 12ª, núm. 346/2010, de 8 de noviembre, distingue la adquisición derivada de este derecho y la adquisición como consecuencia de la renuncia al derecho que correspondía a otros socios, matizando que "el esposo adquirió por derecho de suscripción preferente solo las acciones que proporcionalmente le correspondían conforme al nominal de las que ya poseía; estas, que eran privativas, son las que permiten considerar a los títulos así adquiridos también como privativos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1352 CC. Las restantes, adquiridas tras la renuncia parcial a la suscripción preferente que correspondía a los restantes socios, sí tienen naturaleza de gananciales puesto que no se adquieren en virtud de la tenencia de otros títulos privativos, en contra de lo que exige el artículo 1352 del CC, que ocurra para que debieran considerarse acciones privativas; estas acciones suscritas fuera del régimen de suscripción preferente pertenecen a la sociedad legal de gananciales".

otros aumentos de capital en los que no existe técnicamente este derecho, como la asignación gratuita⁴⁷⁶.

El artículo 1352 Cc supone la armonización del principio de respeto a la posición jurídico-patrimonial de los socios en la sociedad de capital con las normas generales de adscripción a las masas patrimoniales de la sociedad de gananciales de las nuevas participaciones sociales y acciones. Se asume por el Código civil la tesis de la doctrina mercantilista según la cual las nuevas participaciones sociales y las nuevas acciones no son fruto sino desdoblamiento de la cuota de socio⁴⁷⁷. No se trataría, por tanto, de una materialización de beneficios sino de la consolidación de una posición patrimonial, de forma que el socio mantenga como mínimo su participación en el capital social. De ahí la importancia de que la nueva participación permanezca vinculada al antiguo titular, pues si las participaciones antiguas eran gananciales o privativas (de acuerdo con los criterios establecidos en el régimen matrimonial) solo se consolidará la posición del socio si las nuevas también son gananciales o privativas, con independencia de que sus beneficios repartibles sean en todo caso gananciales.

Una de las críticas más frecuente a este artículo consiste en que representa una posible vía de fraude a la sociedad de gananciales y a los derechos del cónyuge no socio en el caso de que su cónyuge, socio, tenga decisión sobre el destino de los resultados de la sociedad. Ahora bien, estos conflictos no son exclusivos del derecho sobre los frutos no repartidos o del contenido del artículo 1352 Cc –que únicamente pretende coordinar la atribución de ganancialidad o privatividad con el derecho societario de preferencia-, sino que forman parte de una problemática más general derivada de la necesaria adecuación de la configuración de la sociedad de gananciales al régimen y condición jurídica de las participaciones sociales y de las acciones.

⁴⁷⁶ Sobre el alcance del artículo 1352 Cc, “Bienes gananciales y privativos (13). El caso del artículo 1352”, en *iuris prudente*, 4 de febrero de 2016.

⁴⁷⁷ CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, “Comentarios al Anteproyecto o propuesta de Código de Sociedades Mercantiles”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI. Vol. 5º, coord. por A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, Cizur-Menor (Navarra), 2005, pág. 153.

IV. BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA GANANCIALIDAD Y DE LA CONDICIÓN DE SOCIO DE LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL

De acuerdo con los criterios de adscripción de los bienes a las masas patrimoniales de la sociedad de gananciales, las participaciones sociales y las acciones son gananciales, con carácter general, cuando se adquieren, constante la sociedad de gananciales, a título oneroso y a costa del caudal común, se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de los cónyuges. Por su parte, el artículo 91 LSC atribuye la condición de socio a quien figure como titular legítimo de las participaciones sociales y de las acciones. Por tanto, titularidad societaria y ganancialidad se refieren a dos planos distintos, legitimación para ejercer la condición de socio y pertenencia a ambos cónyuges de las participaciones sociales y de las acciones.

La forma de manifestar el consentimiento en el momento de asunción, suscripción o adquisición de las participaciones sociales o de las acciones y su reflejo en el documento adquisitivo son básicos frente a la sociedad para reconocer la ganancialidad en la condición de socio.

1. Formas de manifestar el consentimiento por los cónyuges

Cuando una persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales suscribe o adquiere participaciones sociales o acciones, con cargo a fondos comunes, debe actuar sometido al principio general de cogestión que rige la sociedad de gananciales, es decir, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para la validez del negocio jurídico en los términos del artículo 1375 Cc. Ahora bien, el consentimiento no requiere siempre la concurrencia al otorgamiento de los cónyuges conjuntamente, sino que puede prestarse a través de otros vías como la actuación de uno solo de los

cónyuges con poder del otro para que actúe en su nombre⁴⁷⁸ u otorgar autorización al otro cónyuge para que acuda solo a la celebración. Esta autorización o consentimiento no requiere siempre de un acto expreso, sino que se puede deducir de la pasividad del cónyuge, por tolerancia o aquietamiento ante la celebración del negocio, o por su asentimiento expreso posterior. En cualquier caso, la forma en que se manifieste el consentimiento no afecta a la validez del negocio si bien va a tener efectos diversos sobre la responsabilidad de los cónyuges y sobre el patrimonio ganancial. Si el acto se otorga por los dos cónyuges o concurre uno con la representación del otro, ambos son parte y asumen las obligaciones y derechos que se derivan de dicho negocio jurídico. En tal caso, la responsabilidad de los cónyuges y del patrimonio común es solidaria. Sin embargo, la responsabilidad no está tan definida cuando se celebra el contrato por uno solo de los cónyuges, contando con el consentimiento o autorización del otro.

En este último caso, celebración del contrato por uno solo de los cónyuges, la doctrina mantiene posturas distintas sobre el alcance de la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas⁴⁷⁹. Un sector doctrinal admite, con carácter general, que los efectos del negocio jurídico sólo repercuten en el cónyuge que contrata en nombre propio sin alcanzar al cónyuge no contratante, dado que para el tercero contratante (la sociedad) carecen de trascendencia los acuerdos entre cónyuges⁴⁸⁰. Otro sector, cuya opinión se entiende más acertada, mantiene, por el contrario, que el consentimiento por un solo no tiene que suponer siempre la actuación del cónyuge en nombre propio⁴⁸¹, ya que puede actuar con el

⁴⁷⁸ El art. 71 Cc es categórico cuando establece que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida.

⁴⁷⁹ PÉREZ MARTÍN, A.J., "Regímenes económicos matrimoniales....", en *Tratado Derecho de Familia, op. cit.*, pág. 171-172.

⁴⁸⁰ CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1998, pág. 83; en el mismo sentido, en "Comentarios al Anteproyecto del Código de Sociedades Mercantiles", en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J.M. DELGADO DE MIGUEL, tomo VI, Mercantil, vol. 2º. *Derecho de Sociedades. Parte Especial (I)*, Madrid, 2004, pág. 99.

⁴⁸¹ Distinto es el caso de la transferencia de la facultad de administración del patrimonio a uno de los cónyuges, bien, *ope legis*, cuando es el tutor o representante legal de su consorte (art. 1387 Cc) o bien, judicialmente, cuando el otro cónyuge se halle impedido para prestar su consentimiento o se niegue injustificadamente a ello, siempre que se encuentre fundada la petición o sea en interés de la familia (art. 1376 Cc), y cuando hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho (art. 1389 Cc),

consentimiento tácito o expreso del otro y así manifestarlo en el momento de la adquisición. En este caso el negocio tiene efectos directos para el cónyuge no contratante aunque no tenga relación con la sociedad⁴⁸². Además, estas participaciones sociales o estas acciones que son titularidad de un solo cónyuge no dejan de ser gananciales y, como tales, responderán no solo de las deudas del cónyuge que suscribió el acto sino también del otro cónyuge⁴⁸³.

Estas formas de prestar el consentimiento y sus efectos sobre la responsabilidad del patrimonio común no deben confundirse con la inobservancia del principio -falta del consentimiento de alguno de los cónyuges, de confirmación o de autorización judicial supletoria-, es decir, la adquisición o suscripción sin concurrir el consentimiento del otro. A efectos societarios, el negocio jurídico es válido, sin embargo la suscripción o adquisición de las participaciones sociales o de las acciones es causa de anulabilidad del acto de acuerdo con el régimen legal de gananciales (art. 1322 Cc). El acto será eficaz mientras no se impugne, si bien el plazo de prescripción de la acción comienza desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato (art. 1301 Cc, párrafo final).

El consentimiento de ambos cónyuges cuando se adquieren participaciones sociales o acciones con fondos comunes constante matrimonio es, en conclusión, un elemento imprescindible para la validez del acto adquisitivo de las participaciones sociales o de las acciones, cualquiera que sea la forma en que se preste, expresamente o por asentimiento, aquietamiento o conformidad a la actividad dispositiva efectuada por el otro. Y lo que es más, dichas participaciones sociales o dichas acciones serán gananciales con independencia de que la adquisición se haya hecho a título individual, pues no es óbice a efectos de adscripción a las masas patrimoniales.

pues el cónyuge asume la gestión de la sociedad de gananciales, pero actuando en nombre propio únicamente.

⁴⁸² MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., "La gestión de los bienes gananciales", *op.cit.*, págs. 1668-1684.

⁴⁸³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, IV....*, *op.cit.*, pág. 248

2. Reflejo del consentimiento en el documento adquisitivo y de la condición de socio en el libro registro de socios o en el libro de acciones nominativas

A efectos societarios, el elemento esencial para atribuir la condición de socio no es el carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales y de las acciones sino la constancia en el documento o título adquisitivo de la forma en que se ha manifestado el consentimiento. Este documento o título es la justificación documental para reflejar la titularidad que legitima al socio en el libro registro de socios o en el de acciones nominativas.

Cuando concurren al acto de suscripción o de adquisición de las participaciones sociales o de las acciones los dos cónyuges o uno de ellos con poder de representación del otro en la escritura pública se hará constar la adquisición conjunta por ambos cónyuges o la adquisición por uno de los cónyuges “para la sociedad de gananciales” (art. 1347.3º Cc). En estos supuestos, es voluntad manifiesta de los cónyuges que exista una titularidad conjunta de la participación en el capital social, lo que conllevaría al reconocimiento como socio a la sociedad de gananciales, pero dada su falta de personalidad jurídica esta condición se reconocerá a ambos cónyuges.

Lo habitual, sin embargo, es que a la celebración del acto adquisitivo concurren en su propio nombre uno de los cónyuges o ambos adquiriendo cada uno de ellos un porcentaje determinado del capital social, sin hacer mención de su carácter ganancial o que se adquieren para la sociedad de gananciales, constando como máximo el carácter de casado en régimen de gananciales de los adquirentes. A efectos societarios, la condición de socio se atribuye al titular legítimo, a quien aparece en el título y, si ambos cónyuges aparecen a título individual, los dos serán socios frente a la sociedad por el número de participaciones sociales o de acciones adquirido, aunque éstas sean gananciales, por ser adquiridas bajo este régimen y con fondos comunes

(principios de subrogación real y presunción de ganancialidad)⁴⁸⁴. De este modo se produce, lo que se ha denominado, una “titularidad ganancial individual” consecuencia de la forma de contratar, caracterizada por ser una “titularidad instrumental” que representa una realidad subyacente que es la comunicación de los bienes en la sociedad de gananciales⁴⁸⁵.

El contenido del título adquisitivo es la base para anotar en el libro registro de socios o en el de acciones nominativas la titularidad a favor del cónyuge o cónyuges que resulte o resulten acreditados como titulares legítimos. Si se adquieren por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales, el libro registro correspondiente inscribirá las participaciones sociales o las acciones a nombre de ambos cónyuges. Cuando aparezca uno solo como titular, se recogerán únicamente los datos que figuran en los arts. 104 y 116 LSC, aunque nada impide que se deje constancia de otras menciones⁴⁸⁶. Así en la inscripción, tomando como referencia lo dispuesto en otras normas registrales, como el Reglamento Hipotecario, puede recoger la forma en que han sido adquiridas las participaciones sociales y las acciones por los cónyuges: (i) a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial en los supuestos de los arts. 1347.3º; 1353 y 1355; (ii) a nombre del cónyuge adquirente con indicación de su adquisición para la sociedad de gananciales cuando así se ha hecho constar en el título (art. 1347.3º)⁴⁸⁷; (iii) a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial si la adquisición se hace sin mención a la sociedad de gananciales⁴⁸⁸; y (iv) a nombre del cónyuge adquirente a título individual, sin mención ninguna o como máximo haciendo referencia a su estado de casado.

⁴⁸⁴ En este sentido, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. defienden que, cualquiera que sea la forma aparente de la titularidad (p. ej. en el Registro de la Propiedad), esta no evitará el juego de los artículos reguladores de la sociedad de gananciales, si el bien efectivamente lo es de acuerdo con los criterios legales (*Sistema de Derecho civil, vol. IV...*, *op.cit.*, pág. 158).

⁴⁸⁵ v. MAGARIÑOS BLANCO, V., “La Ley 20/89, de modificación del I.R.P.F. ...”, *op.cit.*, pág.182.

⁴⁸⁶ Capítulo Primero, epígrafe II, 2.2. A)

⁴⁸⁷ El art. 159 RN exige que si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual o, en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial.

⁴⁸⁸ v. arts. 93 y 94 RH; para los bienes privativos y la confesión de privatividad v. art. 95 RH.

La doctrina es consciente de la trascendencia y utilidad de recoger en la inscripción de los libros registros la forma de manifestar el consentimiento y la identidad del cónyuge a determinados efectos⁴⁸⁹, como la libre transmisibilidad, la representación en la junta general en el caso de las participaciones sociales o el reconocimiento de los derechos económicos (que son gananciales por disposición del art. 1347.2º Cc). Sin embargo, por la propia doctrina se ha matizado que la constancia en el libro registro puede ser importante cuando la persona del socio sea irrelevante, pero si la adquisición se vincula a las cualidades del adquirente, que conste la condición de casado, el régimen matrimonial o la identidad del otro cónyuge en ese momento son cláusulas sin trascendencia para la sociedad que no se verá vinculada por lo que en ella se manifieste⁴⁹⁰.

En el fondo de estas posturas late un problema subyacente, la adscripción de las participaciones sociales adquiridas a nombre de uno solo de los cónyuges al patrimonio común y su repercusión en el régimen jurídico aplicable para la administración y disposición de las participaciones sociales y de las acciones y en la adjudicación en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

3. Participaciones sociales y acciones adquiridas por uno solo de los cónyuges

Los intereses dispares de los regímenes jurídicos matrimonial (defensa, conservación y mantenimiento del patrimonio conyugal) y societario (obtención de un rendimiento), adquieren una especial consideración para la doctrina cuando en las sociedades se refuerza la vinculación entre la persona del cónyuge adquirente y la condición de socio (existencia de cláusulas limitativas a la transmisibilidad, principalmente)⁴⁹¹. En otras palabras, cuando las acciones o las participaciones sociales

⁴⁸⁹ VERGEZ SÁNCHEZ, M., *Régimen de las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo XIV, vol. 1ºB, Madrid, 1999, pág. 42.

⁴⁹⁰ PERDICES HUETOS, A.B., "Sociedad de gananciales y titularidad...", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, II. Sociedades Mercantiles*, op. cit., pág. 2246.

⁴⁹¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Navarra, 2003, pág. 222, añade además el interés de los herederos; CADARSO PALAU, J., *Sociedad de*

se adquieren, constante matrimonio y con fondos comunes, por uno solo de los cónyuges que decide contraer sociedad con otros socios en atención a sus cualidades personales, se plantea la cuestión de si esta vinculación societaria personal es elemento esencial que influya en la determinación del carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales y de las acciones. Es decir, si la existencia de cláusulas estatutarias que requieran determinados elementos o cualidades en el socio o que establezcan restricciones a la transmisibilidad, es presupuesto suficiente que permita declarar que las participaciones sociales o las acciones pertenecen al cónyuge adquirente exclusivamente.

Desde este momento, se adelanta que el supuesto planteado requiere de una coordinación de la normativa civil y societaria, ya que la configuración de la sociedad no puede interferir en los criterios de adscripción de los bienes a las masas patrimoniales que conforman la sociedad de gananciales, ni el derecho civil económico-matrimonial puede imponer la existencia de ganancialidad cuando en la sociedad existen elementos personalistas que hacen que el cónyuge del reconocido socio sea un tercero para la sociedad.

3.1. Carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales y de las acciones

En el ámbito civil el criterio de la procedencia de los fondos determina la ganancialidad de la participación social o de la acción se haga la adquisición para la comunidad o bien para uno de los cónyuges (art. 1347.3º Cc), por lo que habrán de atribuirse a la sociedad de gananciales, aunque solo uno de los cónyuges se halle legitimado frente a la sociedad para ejercer los derechos sociales.

gananciales y participaciones sociales, Madrid, 1993, págs. 118-119, añade en estos casos al interés general societario el “interés de los demás socios del cónyuge que ha ingresado en la sociedad, que se protege mediante la impronta de *intuitus personae* del ente societario” y “el interés del propio cónyuge-socio en el mantenimiento de su vinculación personal a la actividad societaria, a través de su participación”. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Navarra, 2003, pág. 222, añade además el interés de los herederos.

Desde el punto de vista de la doctrina mercantilista, se defendió, en un primer momento, que en las sociedades en las que los socios están vinculados por una relación de parentesco, familiar, profesional, la condición de socio reside en el adquirente y consecuentemente su titularidad es privativa, atendiendo a que las relaciones sociedad-socio se basan en una vinculación específica de la persona a la sociedad, legal o convencionalmente⁴⁹². La atribución del carácter privativo a la participación evita la intervención del cónyuge no socio en los asuntos de la sociedad, no solo durante la vigencia de la sociedad de gananciales sino también en el momento de su liquidación. En este caso, la participación queda sujeta a las responsabilidades y obligaciones personales de su titular. El carácter privativo de la participación se fundamenta en la aplicación preferente del artículo 1346.5º Cc que, excepcionando el principio de subrogación real (salvo el derecho de reembolso de la aportación ganancial⁴⁹³), declara la privatividad de aquellos bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.

Este planteamiento, basado en la inherencia de las participaciones sociales y de las acciones a la persona del socio, requiere analizar si se cumplen las características que se vinculan a esa relación entre la persona y el derecho: su carácter extracomercio, su inembargabilidad e inejecutabilidad y la infungibilidad del ejercicio por su titular⁴⁹⁴. Pues bien, si se analiza la naturaleza de la participación en una sociedad de capital queda desvirtuada esta concepción de inherencia, aun cuando existan cualidades, requisitos o prestaciones accesorias vinculadas a la condición de socio, por las siguientes razones:

⁴⁹² SERRANO GARCÍA, J.A., "Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)", en *ADC*, julio-septiembre 1989, págs. 1037 ss.

⁴⁹³ Este reconocimiento supondría el nacimiento de un derecho de la sociedad de gananciales al reembolso del valor satisfecho (art. 1358 Cc). Sobre la compensación económica, CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales...*, op. cit., 91 ss.; MIGUÉLEZ DEL RÍO, C. "La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión", en *Pecunia*, núm. 12 (enero-junio 2011), págs. 71 ss.

⁴⁹⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los Derechos Inherentes...*, op.cit., pág. 58.

a) La participación social y la acción son bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y, por tanto, objeto de negocios jurídicos y derechos reales. No es, por tanto, exacto vincular la participación en el capital social a la cualidad personal del adquirente y aún menos que se hable de inherencia a la persona, cuando son transmisibles y son objeto de negocios jurídicos, de embargo por los acreedores y, en consecuencia, pueden llegar a ser subastadas en ejecuciones administrativas o judiciales.

b) En cuanto a la necesidad de que se ejerza la condición de socio exclusivamente por su titular sería más justificable en las sociedades mercantiles de personas en las que la condición de socio se vincula al ejercicio de la actividad empresarial que en las sociedades de capital aunque se requiera una determinada cualificación para adquirir la condición de socio. En las sociedades de capital el elemento esencial es la aportación de capital. La aportación social y no la persona es la que da derecho a adquirir participaciones sociales y acciones. Será, por tanto, la procedencia de los bienes con los que se efectúa la aportación los que delimiten el carácter ganancial o privativo y no los requisitos exigidos al adquirente. En todo caso, la vinculación directa de la condición de socio a un cónyuge no es incompatible con la atribución del carácter ganancial a la participación en el capital. El propio legislador, en el caso de empresa individual, reconoce la posibilidad cuando aplica el principio de subrogación real y, por tanto, atribuye ganancialidad a “las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes” (art. 1347.5º inicio Cc) y al reconocer un derecho de atribución preferente al cónyuge empresario, en sede de liquidación de la sociedad ganancial (art. 1406.2º Cc)⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales...*, *op.cit.*, págs. 82. En este sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los Derechos Inherentes...*, *op.cit.*, pág. 247, resalta que “la expectativa del cónyuge del adquirente es similar cuando consiente que fondos comunes se empleen en el desarrollo de una empresa individual por el otro cónyuge, y cuando permite que se utilicen para adquirir participaciones sociales o constituir una sociedad a través de la que su cónyuge desarrollará su actividad”.

c) Las restricciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales o de las acciones vienen establecidas legal o convencionalmente y su finalidad es proteger el núcleo de socios y, de esa forma, conseguir que el cónyuge del socio sea un tercero extraño a la sociedad. La existencia de estas cláusulas restrictivas a la transmisibilidad tampoco es razón justificativa suficiente para declarar la inherencia de la participación pues choca con el principio esencial de las sociedades de capital que declara que las participaciones sociales y las acciones y, por ende, la condición de socio, son esencialmente transmisibles⁴⁹⁶, aunque introduzcan un elemento personalista en la sociedad. Estas restricciones se basan en condiciones que una vez cumplidas o salvadas, no impiden la transmisión a favor de cualquier tercero. Considerar la existencia de restricciones a la transmisibilidad en el momento de su adquisición o en el de la disolución de la sociedad de gananciales -que es cuando afecta de manera más clara y acusada la calificación de los bienes- causa suficiente para declarar privativa la participación en el capital social es una interpretación relativista de la expresión “no transmisibles inter vivos” que exige el artículo 1346.5º Cc. Piénsese que sería suficiente con un cambio de la voluntad social para cambiar el criterio de calificación de la participación, si se establecen restricciones estatutarias con posterioridad al momento de adquisición no hay por ello una privatividad sobrevenida e inversamente si desaparecen las cláusulas restrictivas no hay por ello una ganancialidad sobrevenida de las participaciones⁴⁹⁷.

En conclusión, la participación de las sociedades de capital, aunque exista un vínculo personal del titular con la sociedad no tienen cabida entre los supuestos de bienes privativos del art. 1346.5º Cc. En cualquier caso, la adopción de posturas

⁴⁹⁶ PAZ ARES, incluso en relación con la sociedad colectiva, declara que “la condición de socio no es estructuralmente intransmisible. El *intuitus personae* impone ciertos condicionamientos, y especialmente el consentimiento de los demás socios, pero, cumplidos éstos, no hay dificultad en admitirla”, “La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión”, en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por URÍA y MENÉNDEZ, Madrid, I, 1999, pág. 647.

⁴⁹⁷ En palabras de CADARSO PALAU, J. “el régimen de gananciales interioriza, así, exigencias que le son ajenas, propias del personalismo societario, más allá de lo que éste precisa”, lo que puede llevar a un resultado desproporcionado (*Sociedad de gananciales...*, op.cit., pág. 124).

extremas no resuelve el problema latente: la coordinación de los intereses y fines de la regulación de la sociedad de gananciales y de la regulación de la sociedad de capital.

3.2. Teorías mixtas

En la doctrina, conscientes de que la calificación de la titularidad de la participación en una sociedad de capital según la procedencia de los fondos (ganancialidad) o por la inherencia de la condición de socio a la persona que figura como titular frente a la sociedad (privatividad) no son solución suficiente para conjugar los intereses familiares y societarios, se han buscado vías para conciliar ambas posturas. El conflicto se ha descrito en los siguientes términos: “en tanto el carácter personalista del ente societario reclama una titularidad exclusiva del socio sobre la participación, la condición ganancial de ésta la somete, por su parte, a un régimen patrimonial de comunidad o atribución conjunta a ambos cónyuges”⁴⁹⁸. Es necesario, pues, intentar conjugar los intereses de los distintos sujetos de la relación jurídica. Por una parte, los del cónyuge socio, la sociedad de capital y los demás socios y, por otra, los de la sociedad de gananciales y, en concreto, el cónyuge no socio, que representa, a su vez, el interés familiar. Una protección excesiva del interés de la sociedad de gananciales puede afectar al buen funcionamiento de la sociedad de capital, y, a la inversa, la prevalencia de los intereses de la sociedad de capital puede afectar a los intereses de los cónyuges y, por ende, de la sociedad de gananciales.

Se destacan a continuación, sin ánimo de exhaustividad pero con el fin de mostrar la dificultad de alcanzar una solución armonizadora a través de los

⁴⁹⁸ CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales...*, *op.cit.*, pág. 49; MONJE BALMASEDA, O. “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS, 2007*, tomo I, *op.cit.*, define la situación como de “aparente confrontación”, pues considera “que el carácter personal de la condición de socio deriva del Derecho societario que impide, en mayor o menor grado, en estos supuestos, la transmisibilidad en interés de los demás socios, que contrataron con el cónyuge teniendo en cuenta las cualidades personales de éste. Frente a ello, el carácter ganancial de la acción o participación deriva del art. 1.347.3 del Código civil (...) Por tanto, el carácter personal de la condición de socio y el carácter ganancial de la acción o participación se mueven en planos distintos, sin que en principio deba existir ningún choque entre ellos que nos obligue a impedirlo de alguna forma” (págs.230-231).

instrumentos jurídicos existentes, las principales teorías propuestas para intentar conjugar ambos intereses.

A) Distinción entre título y derechos patrimoniales

Esta teoría se basa en la distinción por la doctrina francesa entre “*le titre et finance*”. En nuestra doctrina se conoce como “teoría del emolumentum”⁴⁹⁹, que distingue, por un lado, el aspecto personal (la condición de socio), atribuido privativamente al cónyuge titular y, por otro, el puramente económico (los derechos patrimoniales) que se integra en la sociedad de gananciales. Es decir, la ganancialidad se refiere al valor de la parte del socio y no a su posición contractual. El cónyuge no socio no tiene facultades para gestionar las participaciones sociales y las acciones ni tiene acción alguna para solicitar la administración conjunta ni para anular los actos de enajenación en perjuicio de los intereses gananciales. La administración y la disposición son facultades que pertenecen exclusivamente al cónyuge que ostenta la condición de socio. Solo los derechos pecuniarios ingresan en la sociedad de gananciales y, cuando se transmita la participación en el capital social o se liquide la sociedad de capital o la propia sociedad de gananciales, tendrá derecho a su valor económico (nunca a la participación social o a la acción *in natura*).

Algunos autores han denominado a estas participaciones sociales y acciones, “participaciones privativo-gananciales”, pues el *intuitu personae* implica que la condición de socio es privativa del cónyuge a cuyo nombre figuran siendo ganancial su valor⁵⁰⁰. Otros sostienen la distinción entre titularidad y pertenencia, de forma que la cualidad de socio es privativa y la participación social o la acción es ganancial, por tanto el cónyuge del socio es un extraño para la sociedad y como máximo tendrá respecto a su consorte el status de asociado en la sociedad colectiva⁵⁰¹. Otros parten de su consideración como bien privativo (art. 1346.5º Cc), si bien distinguiendo entre

⁴⁹⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos de Derecho Civil, IV...*, *op.cit.*, págs. 415 ss.

⁵⁰⁰ SERRANO GARCÍA, J. A., “Acciones de sociedad anónima cerrada...”, *op.cit.*, págs. 1042-1045.

⁵⁰¹ FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Cizur-Menor (Navarra), 2008, pág. 282, conclusión novena.

la “condición de socio y la parte de socio en el fondo social”, este segundo bien “será ganancial, a la luz del artículo 1347.3º del Cc, siempre que el derecho de participación sobre el que se asienta se haya obtenido con cargo a bienes comunes”⁵⁰². Otros, conscientes de que nuestro Derecho no permite distinguir entre una parte privativa en la participación –la cualidad de socio- y otra ganancial, su contenido económico, tampoco aceptan que la ganancialidad implique que, forzosamente, sean socios siempre ambos cónyuges⁵⁰³, defendiendo que la disolución de la sociedad conyugal por actos *inter vivos* “no debe llevar consigo otra consecuencia que la de que el socio aporte a la masa ganancial su valor económico, pues, de adjudicarse las acciones o participaciones sociales al cónyuge, actuará el derecho de preferencia legal o estatutaria, salvo que la adjudicación al cónyuge en tal supuesto se haya exceptuado de la actuación del pacto restrictivo”⁵⁰⁴.

Como puede comprobarse todos los defensores de esta teoría, con apoyo en unos fundamentos u otros, parten de que los derechos inherentes a la condición de socio corresponden al cónyuge titular de la participación social o de la acción, si bien los derechos económicos, una vez materializados, pasan a formar parte de la sociedad de gananciales. La vulneración de la inescindibilidad de los derechos ha sido la principal crítica de esta teoría. Pero esta crítica no puede compartirse, pues en realidad a la sociedad de gananciales no se le reconoce ningún derecho político ni económico, solo tiene derecho al crédito una vez se materializa el derecho económico (dividendo, venta derechos de suscripción preferente, cuota de liquidación). Sin embargo, la carencia principal de esta teoría es que no resuelve un problema de gran importancia como es la determinación del valor económico de la participación a integrar en la masa repartible en el momento de la liquidación de gananciales.

⁵⁰² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La significación de la reforma. Configuración y representación de la participación social”, en *Tratando de la Sociedad Limitada*, coord. por C. PAZ-ARES, Madrid, 1997, pág. 54-55.

⁵⁰³ BEAUS CODES, A., “Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 noviembre de 1982, en *AAMN*, tomo XXVI (Vlex-233213, pág. 4)

⁵⁰⁴ BEAUS CODES, A., “Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles” .., op.cit.

El valor de la participación social o de la acción a integrar en la masa ganancial debe responder a su valor real en el momento de la liquidación⁵⁰⁵. No se está ante una cantidad de dinero o un crédito a favor de la masa ganancial (lo que no permite aplicar el artículo 1358 Cc) sino que se está ante la valoración de un bien. Valor razonable, valor real, valor teórico, valor patrimonial, son todos valores válidos. Sin embargo, ninguno de estos valores recoge todo lo que representa la participación en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. En ese momento, la sociedad a la que pertenecen las participaciones sociales y las acciones es una empresa en funcionamiento, basada en la continuidad de la actividad, y, por tanto, con unas expectativas de negocio futuro, que además representa en bastantes casos, como se viene destacando, un activo ganancial fuente de ingresos de la familia. Por tanto, el valor a integrar en la masa ganancial debería tener en cuenta esos factores, lo que se traduce en un problema práctico que conduce a la necesidad de realizar peritajes, auditorías y *due diligence* para alcanzar el verdadero valor de la empresa en los procesos de liquidación de sociedad de gananciales.

B) Distinción de titularidades en la participación

Esta teoría parte de la distinción de titularidades en la participación ya que considera la participación social o la acción como un todo no disgregable, como bien patrimonial que constituye un todo. En consecuencia es calificada como ganancial en términos de pertenencia a las masas que constituyen la sociedad legal de gananciales, pero al no mostrarse siempre la ganancialidad como cotitularidad de los cónyuges dicha calificación no trasciende a la titularidad de la condición de socio regulada en el Derecho societario. En conclusión, la participación puede ser ganancial y tener una titularidad individual externa a favor de uno solo de los cónyuges. Se distinguen así dos titularidades: en la sociedad de gananciales (material) y frente a la sociedad, los socios y terceros (formal)⁵⁰⁶. La participación para la sociedad de gananciales no sólo es un

⁵⁰⁵ SERRANO GARCÍA, J.A., "Acciones de sociedad anónima cerrada.....", *op.cit.*, págs. 1044, defiende que el valor ha de ser el real.

⁵⁰⁶ CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales...*, *op.cit.*, pág. 129.

valor sino que se integra *in natura*. La intervención del cónyuge no socio se verá limitada por un factor externo a la sociedad de gananciales, el régimen societario al que se encuentra sometida la participación, pero tendrá las facultades de administración y disposición que regulan las relaciones internas entre los cónyuges y, en su caso, podrá adoptar las medidas oportunas frente a las decisiones adoptadas por su cónyuge en el ejercicio de la condición de socio. Por su parte, en el ámbito societario, con independencia del carácter ganancial o privativo de los fondos aportados, el cónyuge titular es quien ejercerá los derechos del socio será quien figure como titular legítimo de la participación social o de la acción.

Esta línea divisoria entre ganancialidad (titularidad material o interna) y condición de socio (titularidad externa) se difumina en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. La ganancialidad se mostrará como lo que es: una titularidad conjunta que tiene efectos no solo entre los cónyuges sino también frente a terceros, entre los que se encuentran la propia sociedad y los demás socios. Surge, entonces, la confluencia entre las dos regulaciones jurídicas que confluyen sobre el mismo bien⁵⁰⁷. Si se adjudican las participaciones sociales al cónyuge no socio consecuencia de la comunicación ganancial entrarán en juego las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad que impedirán la entrada en la sociedad de un nuevo socio (máxime si existen restricciones a la libre transmisión entre cónyuges o se considere a éste tercero ajeno a la sociedad). En el fondo, subyace una cuestión esencial: si la calificación de la adjudicación de los bienes comunes en la liquidación de gananciales es o no acto de transmisión⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales...*, *op. cit.*, pág. 159, no ve "razón para precluir toda posibilidad de que, con ocasión de la división del haber ganancial, entren en juego las restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, en cuanto meras vicisitudes de ese momento divisorio que no desmienten, de suyo, el propugnado carácter ganancial".

⁵⁰⁸ v. capítulo cuarto, epígrafe IV

C) La subparticipación en la participación en el capital

Se parte del grado de vinculación de la participación social o de la acción a la persona del socio en la sociedad de capital para determinar si se está ante una legitimación a favor del cónyuge adquirente consentida por su cónyuge o si esa legitimación es el reflejo de una titularidad exclusiva del legitimado, único titular y socio. Para dar una solución a esta situación, se propone, como hipótesis, una reconstrucción contractual basada en el análisis de las expectativas de las partes, de forma que se consiga una solución acorde con la voluntad de los cónyuges y con las necesidades de la familia así como de la sociedad. Esta solución pasa por declarar “la privatividad de la participación vinculada y la plena comunicación de su contenido económico al cónyuge a través del mecanismo de la subparticipación” (regida por el art. 1669 Cc)⁵⁰⁹.

Esta teoría se fundamenta en que cuando uno de los cónyuges consiente en que el otro emplee bienes gananciales para adquirir o suscribir una participación vinculada, está asumiendo también, junto a la comunicación de los rendimientos, los resultados positivos o negativos que resulten de ella, es decir, consiente en la creación de una comunidad de riesgos. Pero no solo acepta esto, sino que voluntariamente adopta una posición extraña a la sociedad, pues asume la titularidad exclusiva de su cónyuge y se sujeta a las decisiones de administración y gestión que adopte. De ahí que los socios o la sociedad que permiten la adquisición a un sujeto casado no acepten como consocio al cónyuge, aunque les conste tal circunstancia, su identidad y el régimen que rige su matrimonio. La participación, por tanto, en virtud del artículo 1346.5º, está destinada a integrarse en el patrimonio del cónyuge adquirente; pero el consenso del otro cónyuge debe interpretarse no como una simple autorización a disponer que genere a su favor un derecho de crédito (art. 1.358 Cc), sino como una

⁵⁰⁹ El máximo representante de esta teoría es A.B. PERDICES HUETOS, “Sociedad de gananciales...”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, op.cit., págs. 2240. En el ámbito de las sociedades de personas GIRÓN planteó ya hace tiempo una teoría similar al tratar de la asociación en la parte de socio (GIRON TENA, J., “Los cambios de socios en las sociedades de personas” en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs.156 a158).

declaración que pretende dar lugar a una situación patrimonial lo más cercana posible al régimen de gananciales: en concreto, una implícita voluntad de índole societaria para constituir sobre la participación una subparticipación a favor del otro cónyuge. Se crea una sociedad civil interna con una ordenación patrimonial diversa de la del régimen de ganancialidad, basada en la cotitularidad. Se tiene así el título que justifica el carácter común del valor o contenido económico de la participación sin afectar al interés de la sociedad⁵¹⁰.

Este planteamiento ha sido objeto de análisis, valoraciones y críticas por parte de la doctrina. Algunos autores han destacado el interés de esta figura por el hecho de que a ella debe reconducirse la posición del cónyuge del socio, incluso aunque estén en régimen de gananciales, pues la participación ha de ser considerada un bien privativo del cónyuge que otorgó el contrato de sociedad o que realizó la adquisición con independencia de que se haya obtenido con cargo a bienes gananciales⁵¹¹. Otros autores, por el contrario, ven discutible la construcción de la subparticipación por la dificultad de materializar el consentimiento del otro cónyuge (que puede no tener conocimiento de la inversión) y por ser una vía que intenta eludir la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales⁵¹². En conclusión, esta teoría, a pesar de su interés, no ha sido acogida unánimemente por la doctrina al partir de determinadas consideraciones que no son generalmente aceptadas:

(i) La participación social o las acciones tienen carácter privativo, con independencia del origen de los bienes con que se haya adquirido o del momento de su adquisición, siendo el elemento determinante de la calificación las cualidades y condiciones de la persona que han permitido la entrada del cónyuge como socio a la sociedad. Se considera, por tanto, un bien o derecho patrimonial inherente a la

⁵¹⁰ Una exposición completa y detallada de la teoría y sus consecuencias, en PERDICES HUETOS, A.B., "Sociedad de gananciales...", *op. cit.*, pág. 2246 ss.

⁵¹¹ PANTALEON PRIETO, F. y PORTELLANO, P., Régimen de las participaciones sociales...", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *op. cit.*, pág. 219-220.

⁵¹² BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los Derechos Inherentes...*, *op. cit.*, pág. 234-235. VERGEZ SÁNCHEZ, M., "Régimen de las participaciones sociales...", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *op.cit.*, pág. 84.

persona del cónyuge adquirente (art. 1346.5º), lo que ha sido rechazado al no cumplirse los requisitos exigibles para considerar la inherencia de un derecho a una persona⁵¹³.

(ii) Se presume que los cónyuges al adquirir las participaciones sociales y las acciones vinculadas establecen una comunidad de riesgo en la que existe una atribución implícita del carácter privativo (art. 1355 Cc) y la voluntad de crear una sociedad civil interna entre los cónyuges en la que se reconoce la subparticipación a favor del otro cónyuge (art. 1323 Cc), de forma que no afecte el régimen jurídico de la sociedad de gananciales a su administración y disposición. El derecho del cónyuge no socio sobre las participaciones sociales y las acciones queda así supeditado a la disolución y liquidación de la subparticipación que se ha de vincular a las causas que supongan la disposición o amortización de las participaciones sociales y de las acciones, a la liquidación de la sociedad a la que pertenezcan o a que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales.

(iii) La naturaleza privativa o ganancial de los bienes es una cualidad no cambiante, sin embargo el régimen restrictivo de la participación puede cambiar en cualquier momento por la voluntad social. Por tanto, en rigor, desaparecidos los presupuestos para otorgar la privatividad de la participación en base a las restricciones estatutarias, serían de aplicación las reglas generales de la sociedad de gananciales que por la procedencia de los fondos atribuiría la titularidad a ambos cónyuges⁵¹⁴. Si la ganancialidad o la privatividad dependen de la existencia de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales o de las acciones, se crea una inseguridad jurídica, sobre todo frente a terceros, al hacer depender de la voluntad social su calificación.

⁵¹³ v. supra epígrafe 3.1.

⁵¹⁴ PERDICES HUETOS, A.B., "Sociedad de gananciales...", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, op.cit., pág. 2265-2267, estudia los efectos de la introducción y supresión de las cláusulas restrictivas y su relevancia para la calificación de la participación, concluyendo que ello no altera el régimen patrimonial de la familia hasta entonces existente.

3.3. Valoración de las teorías

Las teorías expuestas no tienen apoyo legal ni jurisprudencial suficiente que permita atribuir el carácter privativo a la participación en el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima cuando existen elementos personalistas que vinculan la condición de socio a un cónyuge en concreto⁵¹⁵. Las participaciones sociales y las acciones se calificarán, por tanto, como privativas o gananciales atendiendo a los criterios objetivos y subjetivos establecidos en el Código civil. Pues bien, la ganancialidad acreditada de la participación no impide el reconocimiento de la condición de socio al cónyuge titular legítimo de las participaciones sociales o de las acciones. La realidad jurídica es, por tanto, la siguiente: la adquisición de las participaciones sociales y las acciones por los cónyuges, casados bajo el régimen de sociedad de gananciales, a nombre de uno solo de ellos da lugar a dos relaciones jurídicas distintas e independientes. La relación entre los miembros de la sociedad conyugal que afectará, en su caso, a la administración y disposición de la participación y la relación jurídica societaria entre el cónyuge socio y la sociedad, basada en el contrato de sociedad y en los principios configuradores del tipo de sociedad de capital elegido. A efectos societarios, el carácter ganancial de la participación carece de transcendencia, la sociedad atribuye la condición de socio a quien asuma o suscriba las participaciones sociales o las acciones, es decir a quien demuestre figurar como adquirente en el título adquisitivo. Sin embargo, la actuación del cónyuge socio en el ámbito societario repercute en el patrimonio ganancial cuando se realizan actos de disposición o de imputación de rendimientos.

Se trata, por tanto, de relaciones jurídicas que, aunque técnicamente se producen en distintos planos normativos, en realidad confluyen y, en ocasiones, interfieren las unas en las otras. Esta confluencia alcanza especial importancia cuando se producen crisis conyugales y las participaciones sociales o las acciones gananciales constituyen el único o principal activo patrimonial y representan la totalidad o una

⁵¹⁵ Como, por ejemplo, recoge la STS, 1ª, Pleno, núm. 247/2013, de 22 de abril en relación con los derechos personales que genera el contrato de arrendamiento a favor del arrendatario.

parte mayoritaria del capital en las sociedades respectivas. En conclusión, a falta de un régimen que permita integrar ambas relaciones, sería necesaria una regulación que fijara el ámbito de cada una de las normativas implicadas y los posibles actos a realizar por los cónyuges.

Se ha de destacar que, en este sentido, otras legislaciones prevén soluciones aplicables a estas situaciones. En la legislación autonómica, el Código Foral aragonés⁵¹⁶ considera bienes comunes a las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges, pero matiza que las relaciones con el ente social se someten a lo dispuesto en las normas por que se rija el mismo. Se distinguen ambos ámbitos normativos de forma que ya se excluye de la participación en la gestión de las participaciones sociales y de las acciones al cónyuge del socio atendiendo al principio de reconocimiento de la condición de socio.

En el Derecho comparado, es de destacar el Código civil francés, que regula en sede de sociedades, en su artículo 1832.2, el régimen de las aportaciones sociales por los cónyuges en sociedades cuyas participaciones no son negociables. Se establecen las siguientes reglas: (i) el cónyuge no puede emplear bienes comunes para hacer una aportación a una sociedad o adquirir participaciones sociales no negociables sin que su cónyuge haya sido advertido y sin que esté justificado en la escritura; (ii) la condición de socio se reconoce al esposo que hace la aportación o realiza la adquisición; y (iii) si el cónyuge del adquirente manifiesta su intención de ser personalmente socio en el momento de aportación o adquisición, la aceptación o aprobación de los socios será válida para los dos cónyuges y se les reconocerá dicha condición sobre la mitad de las participaciones suscritas o adquiridas; si la notificación fuera en un momento posterior a la aportación o a la adquisición, las cláusulas de consentimiento previstas en los estatutos serán oponibles al cónyuge.

⁵¹⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

El Código civil italiano, en el régimen de *comunione legale*, hace una distinción entre comunidad inmediata y comunidad de residuo, en la que se incluyen los bienes destinados al ejercicio de una empresa o actividad por uno de los cónyuges (arts. 177 y 178). La doctrina se encuentra dividida en la inclusión en la comunidad de residuo de las participaciones sociales o las acciones que son el vehículo a través del cual se ejerce la actividad. En este caso, se gestionarían como bienes personales o privativos y su valor se hará común en el momento de la liquidación del régimen⁵¹⁷.

V. INFLUENCIA DE LA GANANCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CONDICIÓN DE SOCIO

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma específica que regule específicamente el ejercicio de la condición de socio cuando las participaciones sociales o las acciones pertenecen a una sociedad de gananciales. Tampoco la jurisprudencia tiene un criterio uniforme, pues las resoluciones se adoptan, en la mayoría de los casos, atendiendo no solo a la cuestión de hecho sino a los argumentos, tanto objetivos como subjetivos, planteados en la litis.

Es necesario, según los distintos escenarios posibles, analizar qué influencia tiene la sociedad de gananciales en el ejercicio de la condición de socio, qué papel tienen los cónyuges según la titularidad legitimadora en la sociedad y, por último, cuáles son las vías de actuación y reacción frente a acuerdos y decisiones sociales perjudiciales para la sociedad de gananciales cuando es reconocida la condición de socio individualmente a uno o a cada uno de los cónyuges⁵¹⁸.

⁵¹⁷ ANELI, F., y SESTA, M., *Regime patrimoniale Della famiglia*, en Trattato di Diritto di famiglia dir. por P. ZATTI, vol. 3, Milano, 2012, págs. 178 ss. y 198 ss.; RUSSO, E., *Studi sul Diritto di Famiglia*, Roma, 2011, pág. 102 ss.; SCOTTI, R., *Il sistema degli acquisti nella comunione legale e la partecipazioni sociali*, Nápoles, 2014.

⁵¹⁸ En el próximo capítulo se estudiará la influencia de la titularidad de la participación y el reconocimiento de la condición de socio cuando se produce la disolución del régimen legal de la sociedad de gananciales y la adjudicación o transmisión de la participación según su configuración societaria.

1. Reconocimiento por la sociedad de la titularidad conjunta de las participaciones sociales o de las acciones

Las participaciones sociales o las acciones que bien *ex lege* (arts. 1347 y concordantes del Cc) o *ex voluntate* (arts. 1353 y 1355 Cc) se adquieren por ambos cónyuges o por uno de ellos “para la sociedad de gananciales”⁵¹⁹, una vez acrediten la forma de adquisición, la sociedad reconocerá la titularidad conjunta de ambos cónyuges y, en consecuencia, su condición de socio conjuntamente, aplicando las mismas reglas que en los supuestos de pluralidad de titulares fijadas en el artículo 126 LSC. A efectos del régimen económico de sociedad de gananciales forman parte de la masa común y se someten a las normas de cogestión y responsabilidad del patrimonio ganancial, salvo en aquellos casos en que se haya pactado expresamente en capitulaciones matrimoniales la administración de las participaciones sociales o de las acciones por uno de los cónyuges⁵²⁰ o por un tercero (designado voluntariamente o, en caso de conflicto, judicialmente⁵²¹).

En principio, los derechos de socio se ejercerán por el cónyuge nombrado administrador o por el tercero, en aplicación de las normas societarias. Sin embargo, la constancia en los libros sociales de la identidad de ambos cónyuges y su necesaria actuación conjunta respecto a los bienes permitiría defender la actuación indistinta de cualquier de los cónyuges frente a la sociedad, teniendo en cuenta las características

⁵¹⁹ PANTALEON PRIETO entiende que únicamente, en cuatro supuestos, cabe hablar de cotitularidad: 1º.- Cuando en el momento fundacional o en un momento posterior ambos cónyuges asuman en cotitularidad una participación; 2º.- Cuando sobrevenidamente el socio casado con posterioridad a la adquisición de la condición de socio transmita una cuota sobre su participación a su cónyuge o atribuya en capitulaciones carácter ganancial a la participación (siempre que sea libre la transmisión voluntaria de la participación por actos inter vivos realizados en favor del cónyuge o en caso de vinculación se recabe expresamente y se obtenga el placet del beneficiario de la restricción, sea la sociedad, un socio o un tercero); 3º.- Cuando el adquirente de la participación ha puesto de manifiesto ante el beneficio de la restricción su condición de casado y desea extender sobre esa participación la cotitularidad en que la ganancialidad se resuelve y el beneficiario de la restricción consienta; 4º.- Cuando el ya socio contrae matrimonio atribuyendo en capitulaciones o por declaración expresa el carácter ganancial de sus participaciones y solicita la conformidad del beneficiario de la restricción y éste accede (PANTALEON PRIETO, F., “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo”, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, op.cit.*, pág. 221).

⁵²⁰ Siempre con respeto al principio de igualdad y en beneficio de la sociedad de gananciales.

⁵²¹ Artículo 1376 Cc.

de sociedad cerrada de las que se parte, sin necesidad de designación de uno de ellos en concreto para ejercer los derechos de socio.

El reconocimiento de esta legitimación de ambos cónyuges para actuar en su condición de socios permitiría, por ejemplo, la asistencia de ambos a las juntas de socios aunque manifiesten una voluntad unitaria o que cualquiera de ellos como miembro de la sociedad de gananciales estuviese legitimado activamente para impugnar aquellos acuerdos impugnables⁵²². En este sentido, la DGRN ha considerado aceptable que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar ciertos derechos sociales con independencia del otro en virtud del artículo 1385 Cc, doctrina que ha sido aplicada en la solicitud de nombramiento de auditor por uno de los cónyuges o en el requerimiento al administrador de levantamiento de acta notarial de la junta⁵²³.

Ahora bien, se plantea, en este caso, una casuística similar a la planteada con respecto al alcance de la representación en la copropiedad⁵²⁴. Los acuerdos a adoptar por la junta general, atendiendo a su trascendencia para la sociedad de gananciales, requiere de la calificación de los distintos acuerdos, actos de administración ordinaria o de disposición, y, en consecuencia, si han de ser adoptados con el consentimiento de uno solo o ambos cónyuges, según establece el régimen jurídico de la sociedad legal de gananciales.

⁵²² En Francia, en estos casos, rige el principio de gestión concurrente (art. 1421 Code civile), lo que permite que cada cónyuge por separado pueda participar en la junta general, el problema se presenta cuando ninguno está dispuesto a renunciar a su derecho de votar y además no están de acuerdo con el sentido del voto. La solución a dicho problema pasa por adoptar la sociedad un acuerdo de suspensión de los derechos inherentes a las partes sociales o a las acciones hasta que se designe un representante común o bien se designe por el juez su ejercicio por uno de los cónyuges pero siempre que se haga en beneficio de los intereses familiares (Van Boven, R., "L'accès des époux à l'assemblée générale", en *Accountancy & Tax*, núm. 1/2002)

⁵²³ RDGRN 13 de junio de 2013.

⁵²⁴ Supra capítulo primero, epígrafe III.3.4.

2. Participaciones sociales y acciones gananciales a nombre de uno de los cónyuges

Distinto del reconocimiento de la titularidad conjunta de ambos cónyuges es el caso en el que las participaciones sociales o las acciones son de naturaleza ganancial, pero en el contrato de sociedad o en el contrato de adquisición no participan ambos sino solo uno de ellos. Esta forma de adquirir las participaciones sociales o las acciones tiene como efecto su inscripción en el libro registro de socios o de acciones nominativas a nombre de uno solo de los cónyuges, el que suscribió o adquirió la participación en el capital. Por tanto, la legitimación para ejercer los derechos de socio corresponde al cónyuge inscrito en el libro correspondiente⁵²⁵. Durante la vigencia de la sociedad de gananciales, el cónyuge no socio no podrá ejercer derechos con efectos frente a la sociedad, aunque ambos cónyuges administren las participaciones en cuanto bien patrimonial común. El cónyuge que no participa en la contratación (constitución de la sociedad o ampliación de capital) es un tercero ajeno para la sociedad.

El reconocimiento de la titularidad única del cónyuge adquirente supone la imposibilidad de aplicar el régimen societario de copropiedad de participaciones sociales y de acciones pues solo puede actuar el cónyuge que forma parte de la relación jurídica con la sociedad, aunque la situación subyacente sea de pertenencia a la masa ganancial⁵²⁶. Sin embargo, el reconocimiento de la titularidad única frente a la sociedad no supone la inaplicación de las reglas que regulan las relaciones entre los cónyuges, ya que la prestación del consentimiento para que las participaciones sociales o las acciones figuren a nombre de uno de los cónyuges se puede deber a

⁵²⁵ ALFARO AGUILA-REAL, "Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio", blog Almacén de Derecho, abril 2014, concluye que el cónyuge que hubiera celebrado el contrato es el que queda vinculado y está legitimado para ejercer los derechos que se derivan del mismo.

⁵²⁶ CÁMARA considera aplicable el régimen de la cotitularidad regulada en el art. 126 LSC cuando las acciones o participaciones las asumen conjuntamente ambos cónyuges, pero no a todas las acciones o participaciones gananciales, porque "la condición de socio frente a la sociedad la asume el adquirente de las participaciones y, por consiguiente –sin perjuicio de que en el orden de las relaciones internas prevalezca el carácter ganancial de la acción- frente a la sociedad el ejercicio de los derechos derivados de su condición de socio corresponde al cónyuge que ostenta ese carácter" (CÁMARA, M. de la, *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, op.cit., pág. 25 y 82).

razones diferentes (profesionales, personales, empresariales...), pero no implica que el otro cónyuge sea indiferente a la actividad y marcha de la sociedad en la que se han aportados bienes que también le pertenecen.

En consecuencia, aunque la actuación frente a la sociedad corresponda al cónyuge socio, la adopción de decisiones relativas al ejercicio de determinados derechos en el ámbito societario requiere la intervención necesaria de ambos cónyuges por aplicación de las normas de coadministración de los bienes gananciales (art. 1375 Cc). Los cónyuges han de convenir cómo votar según los asuntos del orden del día; decidirán ejercitar el derecho de información o de impugnación de acuerdos; acudirán ejerciendo el derecho de asunción o suscripción preferente a los aumento de capital.

Siendo esto así, el planteamiento de la cuestión –necesaria intervención de ambos cónyuges en las decisiones sociales-, puede parecer más dogmático que real, pues frecuentemente existirá la “paz familiar” y de la administración se encargará uno u otro, por acuerdos expresos o tácitos, siempre que se respete el principio de información entre cónyuges⁵²⁷. Pero la realidad no siempre es como se piensa y, en ocasiones, las discrepancias surgen, máxime cuando se trata de decisiones que afectan directamente a la economía familiar o se han adoptado en perjuicio del interés familiar o del cónyuge no socio (sobre todo, cuando las relaciones están deterioradas o en situaciones de crisis matrimonial). Piénsese, por ejemplo, en la inactividad del cónyuge socio, en la repercusión de la no asistencia a las juntas generales, en la renuncia al ejercicio de suscripción preferente con la pérdida de poder y control en la sociedad o en la disposición de parte de la participación, actuaciones en las que el cónyuge no socio no puede intervenir al ser un tercero ajeno a la sociedad, pero que tienen no solo

⁵²⁷ En este sentido, MORENO VELASCO, reconoce que “un cónyuge puede pactar que la administración de determinados bienes sea realizada exclusivamente por el otro cónyuge, por cualquier motivo (experiencia, pericia, etc.) y la eficacia del pacto no estará tanto en el consentimiento, cuanto en el respeto a la reciprocidad derivada del principio de igualdad”, en “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*, núm. 7609, Sec. Doctrina, 12 de abril de 2011, año XXXII (La Ley 3452/2011)

repercusión directa en los bienes patrimoniales comunes sino que también pueden influir en el funcionamiento de la sociedad de capital.

La confluencia del régimen jurídico de la condición de socio y de la ganancialidad dista de tener una respuesta coordinada y coherente. Por esta razón, el legislador y los tribunales han buscado, en sus respectivos ámbitos, soluciones parciales, como son las posibles excepciones al principio de cogestión o las actuaciones reconocidas al cónyuge no socio en defensa de sus derechos, que permitan compatibilizar o evitar la disociación de las normas.

2.1. Posibles justificaciones de la administración individual por el cónyuge socio

En la práctica se constata que la ganancialidad entorpece una administración ágil de los bienes como requiere el actual tráfico económico. Por ello se tiende a conceder mayores facultades individualmente a cada cónyuge como vía más sencilla para compatibilizar el régimen de gananciales y la gestión autónoma de las participaciones sociales y de las acciones. Así es frecuente que se pacte en capitulaciones matrimoniales que las participaciones sociales y las acciones a nombre de uno de los cónyuges sean administradas con facultad de disposición por su titular⁵²⁸, lo que enlaza directamente con el consentimiento recíproco de los cónyuges y la posibilidad siempre real de su revocación o de la solicitud judicial de la aplicación de la administración conjunta.

La compatibilidad entre ganancialidad y titularidad de las participaciones sociales y de las acciones se ha buscado también a través de excepciones legales al

⁵²⁸ GARRIDO DE PALMA, V., "La economía de la familia..." en *Instituciones de Derecho Privado...*, *op.cit.*, pág. 248; LACRUZ BERDEJO, J.L., se plantea, *de lege ferenda*, si no resultaría preferible que el Cc "adoptase la solución opuesta de conservar cada cónyuge en su poder y administración con independencia los bienes ganados por él", lo que operaría un verdadero reparto de competencia muy conveniente para cuando el nivel de entendimiento en el matrimonio llegue a estar "bajo mínimos", en *Elementos de Derecho Civil, IV...*, *op. cit.*, pág. 247. En el mismo sentido, MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., "La gestión de los bienes gananciales", *op.cit.*, pág. 13.

principio de cogestión (art. 1384 Cc), de la aplicación de la regulación del comercio por persona casada (6 a 12 C de c) o de constitución de sociedades entre los cónyuges.

A) La aplicación del artículo 1384 Cc: excepción al principio de cogestión

El artículo 1384 Cc declara la validez de “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”. Este precepto viene a dar solución, en una primera interpretación, a la confluencia entre condición de socio y ganancialidad, dando validez a los actos realizados por el cónyuge socio.

El artículo tiene el propósito de evitar interferencias entre las normas sobre la sociedad de gananciales, la administración de participaciones sociales y acciones y la circulación de los títulos-valores⁵²⁹. Así se ha considerado que facilita la seguridad del tráfico mediante la presunción en favor de tercero de buena fe del carácter privativo de los títulos valores extendidos a nombre del cónyuge titular⁵³⁰. Argumentación que no parece coincidir con la finalidad de la norma, que se limita a fijar una excepción a la regla general de administración y disposición de los bienes gananciales sin calificar a los bienes en sí y no influir en su carácter según las normas generales de adscripción a las masas patrimoniales, lo que refrenda su ubicación entre las normas reguladoras de la administración de los bienes (arts. 1375 a 1391 Cc) y no entre las de su calificación (artículos 1346 a 1361 Cc).

En este sentido, el Tribunal Supremo ha justificado el tenor del artículo desde dos perspectivas distintas: la interna, de la sociedad de gananciales, “por la necesidad de facilitar la gestión de determinados bienes gananciales” y, desde la perspectiva externa, en “la seguridad característica del tráfico de los títulos valores fruto de la abstracción de los derechos incorporados a los mismos, que exige la inmunidad de los

⁵²⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Configuración y representación de la participación social”, en *Tratando de la sociedad de la sociedad limitada*, op.cit, pág. 53

⁵³⁰ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, Valencia, 2012, pág. 195.

terceros adquirentes de buena fe frente a las cuestiones subyacentes a la causa de su creación y a su titularidad extradocumental”⁵³¹.

En primer lugar, es necesario, por tanto, delimitar el ámbito de aplicación del artículo 1384 Cc. Se diferencia en la norma entre actos de administración y actos de disposición. La validez alcanzará a los actos de administración de todo tipo de “bienes” mientras que los actos de disposición sólo serán válidos cuando recaigan sobre “títulos valores a cuyo nombre figuren”. En consecuencia, a efectos societarios, serán válidos todos los actos de administración realizados por el cónyuge socio en relación con las participaciones sociales y las acciones y los actos de disposición de las acciones nominativas en poder de dicho cónyuge. Es decir, para ejercer actos de disposición relativos a participaciones sociales o a acciones no documentadas, al no tener carácter de valores es necesario el consentimiento del otro cónyuge (art. 1.322 Cc)⁵³².

En segundo lugar, el artículo disocia entre pertenencia del bien y habilitación para actuar frente a terceros⁵³³, entre atribución del carácter ganancial o privativo y legitimación por la titularidad para ejercer los actos de administración y de disposición⁵³⁴.

El presupuesto de hecho de esta legitimación es el acuerdo de los cónyuges en la forma de documentar el consentimiento en la adquisición de las participaciones

⁵³¹ Entre otras, STS, 1ª, núm. 235/2012, de 16 de abril.

⁵³² La exclusión del ámbito de disposición del artículo 1384 Cc respecto a las participaciones sociales se quiso salvar con su modificación en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, propuesta de inclusión que fue rechazada en el trámite parlamentario. La motivación de la supresión de la disposición adicional primera que modificaba el art. 1384 para incluir la disposición de las participaciones sociales, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La significación de la reforma. Configuración y representación de la participación social”, en PAZ ARES, C. (Coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 45, nota 61.

⁵³³ DE LOS MOZOS, J.L., *Artículos 1344 a 1419 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. II, Madrid, 1984, pág. 385-386, manifiesta que este artículo (junto con el art. 1385 y el 1386 Cc) confiere “*titularidades y legitimaciones* de gestión y disposición de determinados bienes comunes, por razón de su naturaleza (arts.1384 y 1385.1) o por razón de las circunstancias (art. 1386)”.

⁵³⁴ AVILÉS GARCÍA, J., “El artículo 1384 del Código Civil y la Sociedad de gananciales”, *La Ley*, núm. 2898, de 17 de diciembre de 1991.

sociales o las acciones. Los cónyuges consienten en que figuren a nombre de uno de los cónyuges y así lo hacen figurar en la escritura de constitución o de aumento de capital correspondiente. La aplicación de la norma tiene su fundamento en el acuerdo adoptado y manifestado por los cónyuges lo que confiere, en virtud del artículo 1384 Cc, a uno de ellos la facultad para administrar y, en su caso, disponer, de forma que “la regla de la administración conjunta queda en suspenso”⁵³⁵. En consecuencia, el cónyuge a cuyo nombre no figuran las participaciones sociales o las acciones podrá revocar dicho consentimiento y exigir la administración conjunta en el ámbito de la sociedad de gananciales (incluso judicialmente de acuerdo con los artículos 1375 y 1376), aunque frente a terceros los actos llevados a cabo por el cónyuge socio sean plenamente válidos⁵³⁶.

Por tanto, los derechos ejercitados por el cónyuge socio producirán plenos efectos frente a la sociedad de capital y frente a terceros. Frente a la sociedad de capital y frente a terceros serán plenamente eficaces en cualquier caso (sin posibilidad de impugnación por el cónyuge no socio) aunque se hayan ejercitado en perjuicio de la sociedad de gananciales. Sin embargo, el cónyuge no socio, con apoyo en la existencia de fraude o daño para sus derechos o de la sociedad de gananciales (art. 1393.2º Cc) puede impugnar la conducta dolosa, exigiendo el pago del importe del daño causado (art. 1390 Cc), o impugnando la conducta negligente o culposa mediante la solicitud ante los órganos jurisdiccionales de la disolución de la sociedad de gananciales. Por tanto, el artículo 1384 Cc declara la validez del acto frente a terceros (incluida la propia sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima) pero no prejuzga su validez inter partes⁵³⁷.

En fin, atendiendo a su ámbito de aplicación, su fundamento y su alcance, el artículo lo que establece es una habilitación o “legitimación especial”⁵³⁸ para realizar

⁵³⁵ DE LOS MOZOS, J.L., “Artículos 1344 a 1319...”, en *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pág. 391 y ss.

⁵³⁶ MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., “La gestión de los bienes gananciales”, op.cit., pág. 13.

⁵³⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil..*, op. cit., pág. 1439.

⁵³⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los Derechos Inherentes...*, op.cit., pág. 221.

actos de gestión frente a terceros sin que puedan ser impugnados por el otro cónyuge por falta de su consentimiento. No se trata, por tanto, de una derogación del principio general de cogestión, ya que el fundamento es el consentimiento o conformidad del otro cónyuge en que las participaciones sociales o las acciones sean detentadas o figuren a su nombre, consentimiento que podría revocarse.

B) Aplicación analógica de la regulación del ejercicio del comercio por persona casada

El artículo 1365.2º Cc fija que los bienes gananciales responden directamente frente al deudor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, aunque si uno de los cónyuges es comerciante se ha de estar a lo dispuesto en el Código de comercio respecto a la regulación del comercio por persona casada (arts. 6 a 11). Se trata de analizar si es posible asimilar los dos supuestos de hecho, ejercicio del comercio por persona casada y administración de las participaciones sociales y de las acciones que figuran a nombre de un solo de los cónyuges, para aplicar analógicamente las normas del Código de comercio.

El régimen previsto en el Código de comercio permite la administración, disposición y gravamen por el cónyuge que ejerce el comercio de sus bienes propios y los adquiridos por las resultas del comercio sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge (art. 6); para el resto de bienes comunes, se requiere consentimiento, que se entiende otorgado para los actos de administración y disposición cuando se realicen con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestar el consentimiento (art. 7 y 8). Esta oposición sirve para asegurar los bienes comunes, siempre que se inscriba en el Registro Mercantil (art. 11), lo que no es frecuente en la práctica, pues requeriría previamente de la inscripción del propio empresario. La doctrina ha manifestado que si ambos cónyuges son empresarios y ejercen el comercio separadamente, cada uno responderá de las obligaciones contraídas con sus propios bienes y con los obtenidos en el específico ejercicio, extendiéndose la responsabilidad

a los demás bienes comunes si existirá consentimiento expreso o presunto del otro cónyuge y si los cónyuges desarrollan una empresa o negocio común, entonces habría que entender que quedan obligados solidariamente a las resultas de ese comercio, respondiendo indistintamente los bienes propios de uno y otro, así como los comunes⁵³⁹.

La aplicación analógica de esta regulación (arts. 6 a 11 C de c) a la administración de las participaciones sociales o a las acciones a nombre de uno de los cónyuges requeriría de un presupuesto previo: la vinculación personal del cónyuge con la sociedad. El cónyuge ejerce una actividad empresarial a través de una sociedad de capital de la que suscribe una participación significativa o constituye una sociedad unipersonal y, por tanto, el ejercicio de la actividad se efectúa de forma indirecta a través de la sociedad, lo que se representa en la titularidad de las participaciones sociales o acciones. Se conseguiría, cumplida la premisa, que el cónyuge socio tuviese la administración individual al tratarse de bienes comunes que representan indirectamente el ejercicio de una actividad y, en consecuencia, el ejercicio de los derechos y los actos derivados de la condición de socio se efectuarían bajo la presunción legal de tener el consentimiento o el conocimiento del otro cónyuge sin su oposición expresa.

Sin embargo, esta aplicación analógica para justificar la excepción de la administración conjunta de las participaciones sociales o de las acciones debería decaer por falta de fundamento jurídico y por equiparar conceptos totalmente diferentes: comerciante y socio.

En primer lugar, falta el fundamento jurídico que justifique la administración individual, pues el régimen fijado en el Código de comercio no establece un régimen alternativo a la cogestión que dé validez a todos los actos realizados por el cónyuge socio, sino que establece un sistema de responsabilidad patrimonial frente a terceros.

⁵³⁹ ROJO, A., en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, *op.cit.*, pág. 80; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Cizur-Menor (Navarra), 2017, pág.....

Además, la equiparación de conceptos –comerciante y socio- parte de un planteamiento erróneo. La condición de comerciante o empresario requiere además de la capacidad y la habitualidad en el ejercicio del comercio (art. 1 C de c), el realizarlo en nombre propio, lo que supone la asunción de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial. El socio de una sociedad de capital carece de estos rasgos jurídicos, pues no asume ninguna responsabilidad respecto a la actividad ejercitada por la sociedad. El empresario –comerciante- es la sociedad aun cuando su función sea instrumental de la actividad realizada por los socios, pero aun en el caso de socio único de sociedad unipersonal, no es empresario, sino que lo es la persona jurídica, aunque existe la posibilidad, recogida en la legislación actual, de agravar la responsabilidad del socio único, lo que se conecta nuevamente con la sociedad de gananciales y la responsabilidad por deudas propias del artículo 1373 Cc⁵⁴⁰.

C) La sociedad entre cónyuges

Una tercera vía posible para evitar la aplicación del régimen de cogestión es que los cónyuges, libres para celebrar entre sí contratos (art. 1323 Cc), constituyan una sociedad a la que aporten para su gestión y explotación los bienes comunes. Los bienes gananciales quedan sometidos al régimen de organización y administración específico del tipo de sociedad elegido por los cónyuges en lugar del régimen legal de sociedad de gananciales y dejan de estar sometidos a la responsabilidad universal por las deudas asumidas por el matrimonio. Los cónyuges serán titulares de una cuota o participación que será ganancial en virtud del principio de subrogación real, pero las decisiones sobre sus bienes comunes las adoptarán en virtud de la participación que cada uno asuma en la sociedad. Los cónyuges se convierten en socios.

⁵⁴⁰ STS, 1ª, núm. 235/2012, de 16 de abril. Se cuestiona la venta de participaciones gananciales por quien figura como socio sin el consentimiento de su cónyuge. Se recurre en casación la sentencia de la Audiencia que declara nula dicha venta, entre otros motivos por no aplicación de los artículos 6, 7 y 11 C de c, sobre presunción legal de tener por otorgado el consentimiento para los actos de disposición por parte del cónyuge cuyo esposo ejerza la actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestar el consentimiento. El Tribunal desestima el motivo de casación por ser inaplicables al titular de las participaciones normas que se sustentan en la condición de comerciante.

En una sociedad entre cónyuges, en la que uno de los cónyuges ostentaba el 60% y el otro el 40% de las participaciones sociales se plantea si el acuerdo sobre aumento de capital debe, a pesar de aquella proporción en la suscripción de las participaciones sociales, adoptarse con el acuerdo unánime de los cónyuges al tratarse de un acto de disposición de bienes comunes. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 9 de febrero, se consideró que el planteamiento de la cuestión era erróneo pues no se trata de un supuesto de cotitularidad de participaciones sociales, sino que cada socio tiene las suyas propias, como manifestaron en la escritura de constitución de la sociedad y, por tanto, el acuerdo debe adoptarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 1384 Cc y no en las normas generales de administración de las participaciones sociales gananciales⁵⁴¹.

Además, aunque esta figura es admitida en la práctica con carácter general, la jurisprudencia ha declarado, atendiendo a las circunstancias del caso y a la finalidad de las normas, que las sociedades conyugales pueden ser instrumento para eludir la verdadera posición de los cónyuges, trasladando las consecuencias patrimoniales o el cumplimiento de obligaciones a una sociedad ficticia en perjuicio de los terceros acreedores. En estos casos, se inclina por la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, volviéndose a las normas que rigen el régimen matrimonial de sociedad de gananciales⁵⁴².

Por tanto, la única vía admisible para justificar la administración individual de las participaciones sociales y de las acciones por el cónyuge a cuyo nombre figuran inscritas en la sociedad es el artículo 1.384 Cc, limitado por su ámbito de actuación y como legitimación consentida del otro cónyuge.

⁵⁴¹ SAP Alicante, núm. 92/2004, de 9 de febrero.

⁵⁴² SsTS, 1ª, núm. 852/2004, de 14 de julio, y núm. 261/1996, de 8 de abril.

2.2. Actuaciones del cónyuge no socio en defensa de sus derechos sobre las participaciones sociales y las acciones a nombre del otro cónyuge

Tras lo expuesto en los epígrafes anteriores, es claro que el cónyuge no socio, que no figura como titular de las participaciones sociales o de las acciones en los libros registros de la sociedad, no interviene en la vida societaria. La sociedad lo considera un tercero y su actuación se ha de limitar al ámbito estrictamente ganancial. Sin embargo, el interés del cónyuge no socio no es una mera expectativa de derechos para el momento de la disolución del régimen matrimonial sino el derivado de la propiedad común como bien integrado en la masa patrimonial ganancial.

Su condición de cónyuge le habilita para ejercer acciones en defensa de los derechos no solo propios sino también de los intereses conyugales y familiares. En defensa de sus derechos, sobre todo en situaciones de crisis conyugales, el cónyuge no socio querrá participar en la administración de las participaciones sociales y de las acciones, evitando los efectos del artículo 1384 Cc. Para conseguir tal participación los únicos mecanismos que le asisten derivan de la regulación de la sociedad de gananciales al tratarse de un bien común. Entre otros, puede solicitar que se le reconozca su titularidad por la vía de rectificación de los libros registros o impugnar decisiones adoptados por el cónyuge sin su conformidad o consentimiento.

Desde este momento, se deja constancia, que una solución a los conflictos que surgen de la existencia de participaciones sociales y acciones gananciales a nombre de uno solo de los cónyuges, pasaría por fijar unas normas concretas que regulasen las actuaciones que corresponden a cada uno de los cónyuges. Esta normativa, basada en el principio de buena fe en las relaciones societarias, evitaría situaciones de fraude de los derechos del cónyuge no socio⁵⁴³ y daría seguridad jurídica a la actuación del cónyuge socio.

⁵⁴³ SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por I. ARROYO y J.M. EMBID, vol. I, Madrid, 2001, pág. 649.

A) Rectificación del reconocimiento de la condición de socio

Una vía que permite que el cónyuge no socio defienda sus intereses frente a la sociedad es que le sean reconocidos los derechos derivados de la ganancialidad. Desde el punto de vista societario, los cónyuges de común acuerdo pueden solicitar la rectificación del registro correspondiente mediante la prueba del carácter ganancial de la participación. Conocida la situación por la sociedad, en virtud de la facultad de rectificación (arts. 104.4 y 116.4 LSC) y siempre que no exista oposición, podrá adecuar el libro a la titularidad conjunta. En todo caso, mientras el libro no sea rectificado, la sociedad no podrá oponerse al ejercicio de los derechos de socio por quien está inscrito y el cónyuge no socio no podrá ejercer dichos derechos.

Esta solución, fácil en su proposición, se encuentra en la realidad con dos obstáculos: la falta de acuerdo de los cónyuges para solicitar la rectificación (en la mayoría de los casos, ya en crisis matrimonial) y las cláusulas estatutarias que para ser socios exigen poseer determinadas características o condiciones especiales o fijan restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad entre cónyuges. En este segundo caso, el reconocimiento del cónyuge no socio que no cumple estos requisitos deviene imposible a no ser que la sociedad admita que se reconozca la ganancialidad y se aplique la cotitularidad, pero siempre que la persona designada para ejercer los derechos de socio sea el cónyuge a nombre de quien figuraban inicialmente las participaciones sociales o las acciones.

En el caso de falta de común acuerdo de los cónyuges, el cónyuge no socio deberá justificar la titularidad ganancial frente a la sociedad para rectificar la inscripción. La única vía es acudir a los tribunales para que planteada una acción declarativa se declare la ganancialidad de las participaciones sociales o de las acciones. La cuestión judicial, en realidad, es un problema de prueba de los presupuestos atributivos de la ganancialidad, pues requiere analizar las consecuencias de la forma por la que se llegó a la titularidad individual. Si el cónyuge prestó su consentimiento

expreso consintió en la disposición individual de bienes comunes para adquirir las participaciones sociales y las acciones y, en consecuencia, el carácter ganancial no puede trascender de las relaciones internas entre los cónyuges. De igual forma, sucede con el asentimiento o aquietamiento, pues el consentimiento es válido tanto si se presta expresamente como de forma tácita⁵⁴⁴.

Igualmente, cabría alegar, como fundamento de esta facultad dispositiva individual, el acuerdo verbal o expreso entre los cónyuges para que uno de ellos asuma la condición de socio como representante de la sociedad conyugal (art. 71 Cc). Esta representación, similar a la de la prevista en el artículo 126 LSC para los casos de cotitularidad, podría ser revocada por el cónyuge no socio. Sin embargo, dicha revocación plantearía nuevamente el problema de prueba de la existencia de la representación.

B) Impugnación de los actos de administración y disposición que conlleva el ejercicio de los derechos sociales

El funcionamiento de las sociedades de capital, reconocida la condición de socio al cónyuge que figura como titular de las participaciones sociales o de las acciones, impide al otro cónyuge el ejercicio de los derechos frente a la sociedad que le corresponderían en su calidad de miembro de la sociedad legal de gananciales si se hubiese reconocido la cotitularidad. Los actos de administración y, en su caso, disposición, que suponen el ejercicio de los derechos del socio, tienen plena eficacia frente a terceros pues existe una legitimación externa individual incompatible con el régimen de cogestión. Sin embargo, esta falta de legitimación individual frente a terceros no impide recurrir a las acciones de protección contempladas en el régimen económico matrimonial de sociedad legal de gananciales contra la gestión irregular del otro cónyuge en su actuación en la sociedad de capital. El ejercicio de estas acciones supone una manifestación de las relaciones internas entre los cónyuges derivadas de la

⁵⁴⁴ Supra, epígrafe III.1

pertenencia de las participaciones sociales o de las acciones a la sociedad legal de gananciales.

El derecho de información (artículo 1383 Cc), como principio esencial del régimen económico matrimonial, obliga al cónyuge a informar no solo sobre la administración sino sobre cómo se desarrolló esa administración⁵⁴⁵ y el incumplimiento grave y reiterado del deber y, en concreto del deber de informar sobre la marcha, decisiones y rendimientos derivados de la pertenencia de las participaciones sociales y de las acciones, es causa de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.4º Cc). Si el cónyuge socio lleva una gestión irregular de las participaciones sociales o de las acciones, no ejerciendo los derechos sociales, ejerciéndolos en su exclusivo beneficio o en perjuicio de la propia sociedad de gananciales, el cónyuge no socio podrá acudir, según las circunstancias, a los recursos que en interés de la familia se disponen por el legislador: la acción del artículo 1322 Cc (nulidad por falta del exigido consentimiento de ambos cónyuges) o los remedios de los artículos 1390 (restitución del beneficio o lucro exclusivo o resarcimiento del daño dolosamente ocasionado) y 1391 Cc (rescisión del acto, si hubo fraude y, además, mala fe del adquirente).

Ahora bien, las vías civiles no siempre cumplen íntegramente su finalidad de resarcir los perjuicios causados con la gestión irregular de las participaciones sociales o de las acciones. El cónyuge no podrá reclamar a la sociedad de capital lo que corresponde únicamente al socio. En cuanto cónyuge no tiene derecho legal o estatutario alguno, ni es titular actual o potencial de la posición de socio, por lo que carece de toda legitimación para actuar frente a la sociedad en defensa de los derechos derivados de la tenencia de participaciones sociales y acciones gananciales. Únicamente, por vía indirecta, las resoluciones en el ámbito de la sociedad de gananciales, pueden afectar a los actos societarios realizados por el cónyuge socio.

⁵⁴⁵ ALBALADEJO, M., Curso de Derecho Civil, IV....., *op.cit.*, pág. 171.

En este sentido, el Tribunal Supremo, ha reconocido, entre otras, en su sentencia de 5 de julio de 2012, que el daño producido a la sociedad de gananciales cuando el marido se extralimita en el poder conferido por su esposa y constituye una sociedad de capital distorsionando la legal distribución de los bienes gananciales, produce la nulidad del acto de disposición a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido (art. 1322). Ahora bien, esta nulidad no conlleva necesariamente la nulidad sobrevinida de la sociedad constituida, como se solicitaba, salvo que la restitución a la sociedad de gananciales de los bienes aportados produzca su disolución si el capital queda reducido por debajo del mínimo legal⁵⁴⁶.

C) La impugnación de los acuerdos sociales

Los medios civiles analizados no resuelven, directa ni indirectamente, una cuestión de fondo: la posible impugnación directa por el cónyuge no socio de los acuerdos sociales adoptados con el voto de su cónyuge en su perjuicio o en el de la sociedad de gananciales. La doctrina ha venido defendiendo la legitimación del cónyuge no socio para actuar como tercero legitimado en la impugnación de acuerdos en la medida en que el acuerdo le afecte⁵⁴⁷. Tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, por Ley 31/2014, la legitimación del cónyuge no socio, como tercero con un interés legítimo, alcanza a la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios

⁵⁴⁶ STS, 1ª, núm. 433/2012 que resuelve el recurso de casación interpuesto contra SAP Murcia, sec. 1ª, de 25 de septiembre de 2009, confirmando la sentencia recurrida. Don José, casado en régimen de gananciales, utilizando un poder conferido por su esposa, que ésta había revocado, constituyó una sociedad con otro socio a la que aportó los bienes gananciales del matrimonio. La participación quedó constituida en un 48% cada uno de los cónyuges y un 4% el otro socio. La Audiencia Provincial declaró la nulidad de la aportación efectuada por el marido en la constitución de la sociedad al efectuarse con extralimitación del poder otorgado, lo que no permitía apreciar el consentimiento de la mujer en la disposición de los bienes gananciales; por el desdibujamiento del principio de igualdad entre los cónyuges, siendo un acto realizado en fraude de los derechos del cónyuge, acordando la restitución al patrimonio ganancial de los bienes (fincas) aportados.

⁵⁴⁷ ROJO, A, "Comentario al art. 206 LSC", en ROJO, A.- BELTRÁN, E. (Dir.), en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur-Menor (Navarra), 2011, reconoce como legitimados activamente para impugnar los acuerdos nulos, como terceros que acrediten interés legítimos, cuando no sea socio, al cónyuge del socio cuando las participaciones sociales o las acciones a nombre de dicho socio sean gananciales (pág. 1457).

a la Ley, se opongan a los estatutos o lesión el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros⁵⁴⁸.

La jurisprudencia menor es vacilante en este sentido. En algunos pronunciamientos reconoce el derecho a impugnar el acuerdo por el cónyuge no titular frente a la sociedad cuando actúa en beneficio de la sociedad de gananciales que es, en definitiva, a quien pertenecen las participaciones sociales y las acciones; sin embargo, en otras ocasiones, no se entiende justificada la legitimación por carecer de la condición de socio o no demostrarse suficientemente el interés legítimo (no entendiendo suficiente la invocación de la norma civil de defensa del interés familiar).

Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 14 de noviembre de 2014, admitiendo la legitimación de la esposa no socia, declara los acuerdos de ampliación de capital y el consecuente de modificación estatutaria nulos. Se trata de acuerdos adoptados en una sociedad de responsabilidad limitada constituida únicamente por el esposo de la demandante, constante matrimonio y bajo el régimen de gananciales. Como socio único decide una ampliación de capital que es suscrita en parte por el mismo y el resto por su hermano. El cónyuge impugnó dichos acuerdos y la Audiencia declaró su nulidad por haberse adoptado con manifiesta mala fe y palmario abuso de derecho (art. 7 Cc), con los efectos señalados en el artículo 208 de la Ley de Sociedades de Capital. El abuso de derecho y la mala fe en la adopción del acuerdo se fundamenta en el perjuicio directo a la posición de la demandante en la liquidación de la sociedad de gananciales al tomar parte del capital social un tercero sin prima de emisión y asegurar de esta forma la posición minoritaria de la esposa incluso en el supuesto de que en dicha liquidación se le adjudicase el 50% de las participaciones que tuvieran carácter ganancial⁵⁴⁹. Sin embargo, la misma Audiencia Provincial, en sentencia de 4 de octubre de 2005, declara la falta de legitimación activa de la esposa del socio para impugnar los acuerdos adoptados en la sociedad, pues no

⁵⁴⁸ Arts. 204 a 206 LSC redactados por apartado siete del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que ha suprimido la diferenciación entre acuerdos nulos y anulables.

⁵⁴⁹ SAP Madrid, Sec. 28ª, núm. 321/2014.

es suficiente acreditar tal condición para tener interés legítimo, cuando el cónyuge ha ejercido los derechos de socio desde la constitución de la sociedad sin que conste actuación alguna de la recurrente tendente a variar ese régimen⁵⁵⁰.

Se está ante resoluciones ajustadas a supuestos fácticos concretos sin que se pueda extraer una doctrina homogénea que fije cuando existe ese interés legítimo en el cónyuge del socio. La legitimación del cónyuge no socio, cuando es conocida o se demuestra la ganancialidad de las participaciones, para actuar contra las decisiones adoptadas en la sociedad, con o sin la anuencia de su cónyuge socio, en perjuicio de la sociedad de gananciales- sobre todo cuando éstas afectan a la posición patrimonial en la sociedad-, debe entenderse siempre fundada, si se tienen en cuenta los principios rectores del régimen de administración y disposición de los bienes gananciales, aunque sea de aplicación el artículo 1384 Cc, siempre tienen como finalidad la protección del interés familiar y de su patrimonio.

⁵⁵⁰ SAP Madrid, Sec. 12ª, núm. 645/2005.

**CONDICIÓN DE SOCIO Y
DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el capítulo anterior se ha tratado la influencia de la ganancialidad en la atribución de la condición de socio según se documente y en la actuación de los cónyuges según la posición jurídica asumida por cada uno. Y, como se ha advertido, esta cuestión puede parecer dogmática durante la vigencia del matrimonio pero se convierte en una cuestión con verdadera significación y relevancia tanto jurídica como práctica cuando producida la disolución del vínculo matrimonial sea necesario liquidar la sociedad de gananciales y adjudicar las participaciones sociales o las acciones gananciales y, especialmente, cuando dichas participaciones sociales o acciones figuran inscritas a nombre de uno solo de los cónyuges.

El tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia de la adjudicación de las participaciones sociales y de las acciones en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando figuran a nombre de uno de los cónyuges en sociedades cerradas se remonta a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, 5 de marzo de 1984 y 4 de julio de 1988⁵⁵¹. La concurrencia de las normas reguladoras del régimen

⁵⁵¹ Objeto de comentario, entre otros, en BERCOVTIZ ÁLVAREZ, G., *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 238 ss; CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, 1993; en CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Estudios de*

de sociedad de gananciales y las normas societarias de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* dan lugar a conflictos no solo entre los cónyuges, sino también y principalmente entre los cónyuges y los demás socios e incluso la propia sociedad de capital.

Se trata de conflictos, en ocasiones de difícil solución, como muestra el número de demandas planteadas ante los tribunales, en las que los supuestos de hecho son múltiples y variados. Los tribunales adoptan, en la mayoría de los casos, la resolución que estiman más ajustada al supuesto debatido, lo que impide que existan unos criterios de decisión homogéneos. Esta compleja realidad pone de manifiesto una falta de normativa coordinadora de la condición de socio y la adjudicación de la participación en situaciones de ganancialidad y, sobre todo, en casos de crisis matrimoniales.

Además, la falta de acuerdo en la liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges o entre el cónyuge superviviente y los herederos del otro cónyuge para liquidar la herencia del premuerto, junto a otros motivos, como la propia voluntad de mantener el patrimonio sin liquidar, hace que entre la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación medie un período de tiempo más o menos amplio en el que el patrimonio ganancial deja de pertenecer a la sociedad conyugal y pasa a formar la comunidad postganancial⁵⁵². El origen de la comunidad postganancial es

Derecho Mercantil, Madrid, 1977, págs. 617 a 638; en SERRANO GARCÍA, "Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)", en ADC, Madrid, julio-septiembre 1989.

⁵⁵² La doctrina denomina de diferentes formas la situación creada tras la disolución de la sociedad de gananciales. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (en *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, págs. 195) la califican como "sociedad disuelta y no liquidada", LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil, IV. Familia*, ed. revisada y puesta al día, por RAMS ALBESA, J., Madrid, 2002, pág. 257) la denomina "comunidad postmatrimonial", LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Principios de Derecho civil, VI. Familia*, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 257), destaca que "jurisprudencialmente se denomina comunidad postmatrimonial, y por algunos autores, en sentido equivalente pero quizá con mayor precisión, comunidad postganancial" (en este mismo sentido, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 2002, pág. 176 y O'CALLAGHAN, *Código Civil, Comentario y con jurisprudencia*, Madrid, 2008, pág.1389 ss.). En esta exposición se utiliza la denominación de comunidad postganancial por entender que dicho término se relaciona directamente con el régimen económico de sociedad de gananciales y excluye cualquier otra posible comunidad postmatrimonial que surja de otros regímenes.

automático, en cuanto consecuencia de la disolución del régimen económico de sociedad legal de gananciales.

Nuestro ordenamiento civil común no contempla la situación de postganancialidad de los bienes comunes⁵⁵³, carencia de regulación que plantea nuevamente, como se ha visto en capítulos anteriores, el necesario análisis de su naturaleza y régimen jurídico para determinar cómo influye esta situación, si es que influye, en el ejercicio la condición de socio de los cónyuges.

II. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: COMUNIDAD POSTGANANCIAL

1. Causas de disolución

La sociedad de gananciales se extingue por distintas causas. Un primer grupo de causas operan de pleno derecho, es decir, de forma automática por ministerio de la Ley, a consecuencia de hechos que impiden el mantenimiento de este régimen, como sucede con la disolución o declaración de nulidad del matrimonio, el acuerdo de separación legal de los cónyuges o cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto (art. 1392 Cc). Otro grupo de causas está formado por los casos en que, a petición de uno de los cónyuges, la sociedad de gananciales concluye por decisión judicial, del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario. Se trata de casos en que (i) al otro cónyuge se le declara con la capacidad modificada judicialmente, pródigo, ausente, en concurso de acreedores o condenado por abandono de familia; (ii) el otro cónyuge viene realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; (iii) llevar separados de hecho mas de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar; (iv) por incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas; y (v) trabarse

⁵⁵³ El Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) regula en sus artículos 250 y ss. “la comunidad que continúa tras la disolución”.

embargo de la parte de los bienes de uno de los cónyuges por deudas propias (art. 1393 y 1373 Cc).

A estas causas hay que unir todas aquellas que se basan en la desaparición de la base de la convivencia, como sucede con el fallecimiento de uno de los cónyuges o de ambos, ya que si no existe matrimonio la sociedad de gananciales pierde la razón que justifica su origen. Pues, como se decía en el capítulo anterior, no puede existir matrimonio sin que exista un régimen matrimonial que regule sus relaciones patrimoniales. De igual forma, sin matrimonio no puede establecerse ni perdurar ningún régimen económico matrimonial. De ahí que la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales se produzca con el fallecimiento o declaración de fallecimiento como causas de disolución del matrimonio (art. 85 Cc)⁵⁵⁴ o, como reconoce la doctrina jurisprudencial, las separaciones de hecho, una vez acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal, no requieren, por innecesario, de la declaración judicial de extinción de la sociedad de gananciales⁵⁵⁵.

2. Efectos de la disolución

Disuelta la sociedad de gananciales, las relaciones patrimoniales producidas durante el matrimonio no quedan sin efecto cualquiera que haya sido la causa de su disolución (incluso en el caso de declaración de nulidad cuyos efectos son retroactivos), razón por la cual los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales comienzan cuando se produzca la causa determinante de la misma. El momento de disolución de la sociedad de gananciales y de apertura de su liquidación vendrá determinada, en consecuencia, por la fecha de fallecimiento, la firmeza de la sentencia o del decreto que declare la disolución del vínculo matrimonial o desde la fecha de otorgamiento de la escritura donde se manifieste el consentimiento de los

⁵⁵⁴ ABELLÁ RUBIO, J.M. y OSTOS MOTA, M.J., “Extinción de la comunidad de gananciales”, en *Comunidad de Gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, coord. por X. O’Callaghan Muñoz y M.B. Fernández González O Madrid, 2016, págs. 331 y ss.

⁵⁵⁵ SsTS, 1ª, núm. 226/2015, de 6 de mayo; SAP Málaga (Sec. 6ª), núm. 461/2016, de 28 de junio.

cónyuges que de buena fe disuelven su matrimonio o cambian el régimen económico-matrimonial⁵⁵⁶.

Pues bien, producida la disolución del régimen de sociedad de gananciales, su efecto principal la apertura de su liquidación (art. 1396 Cc). El fin de esta liquidación no es realizar los bienes gananciales, aunque la situación patrimonial pueda llevar a ello, sino repartir entre los cónyuges (o sus herencias) el patrimonio ganancial subsistente tras satisfacer las deudas correspondientes y adjudicar los bienes y derechos concretos e individualizados con la atribución plena de la titularidad y subrogación en la posición jurídica de la sociedad ganancial. La liquidación, en sentido amplio, se concibe como las operaciones jurídicas y contables necesarias para determinar el patrimonio ganancial del matrimonio y poder repartir los bienes entre los cónyuges.

La liquidación se puede realizar de común acuerdo entre los cónyuges (art. 1323 Cc) o, si uno de ellos o ambos han fallecido, serán los herederos los que deben intervenir en el acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales. De hecho, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden adoptar acuerdos entre sí fuera del convenio judicial, siempre que estos pactos reúnan los requisitos necesarios para su validez⁵⁵⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce que ante el profundo cambio del modelo matrimonial que se viene experimentado la sociedad demanda un sistema con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia de modo que se potencie la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 Cc)⁵⁵⁸. Sin embargo, la mayoría de las veces la liquidación se llevará a cabo a través de un procedimiento contencioso especial de división del patrimonio común del matrimonio. Su aplicación, requiere, además de la existencia de un matrimonio cuya disolución se ha producido efectivamente y que no han llegado a un acuerdo liquidatorio, el poseer un patrimonio común repartible (art. 806 LEC).

⁵⁵⁶ SAP Málaga (Sec. 6ª), núm. 461/2016, de 28 de junio.

⁵⁵⁷ STS, 1ª, núm. 572/2015, de 19 de octubre y las citadas en ella.

⁵⁵⁸ STS, 1ª, núm. 392/2015, 24 junio de 2015. Los artículos 231-19 del Código civil catalán y 25 de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, regulan expresamente los pactos prematrimoniales previsores de la crisis conyugal.

Como puede deducirse, este conjunto de operaciones jurídicas y contables que supone la liquidación, salvo que se realicen en unidad de acto con la disolución de la sociedad de gananciales, conlleva un período de tiempo que repercute sobre la masa ganancial. Se produce así un segundo efecto que es la conversión del patrimonio ganancial en una comunidad postganancial, la cual durará hasta que se produzca su liquidación final.

3. Comunidad postganancial

La definición de comunidad postganancial no ha sido objeto de consideración por la legislación, sino que ha sido el resultado de construcciones doctrinales y jurisprudenciales que, partiendo de la subsistencia de la masa ganancial tras la disolución de la sociedad legal de gananciales, se mantienen sin poder acogerse a sus principios rectores.

Se origina una comunidad especial formada por ese patrimonio común, en el que no hay cuotas determinadas sobre los bienes concretos. La comunidad postganancial, desde el punto de vista subjetivo, se forma por dos titulares, los cónyuges y, en caso de fallecimiento de uno o ambos cónyuges, por el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido o por los herederos de los dos cónyuges que ocupan la posición del cónyuge o cónyuges fallecidos. Estos herederos, si han aceptado la herencia, actuarán en nombre de la comunidad hereditaria del fallecido o de los fallecidos.

Objetivamente, el patrimonio postganancial se constituye con los bienes y derechos gananciales. Si uno de los cónyuges ha fallecido, los bienes gananciales que corresponderán a los herederos del cónyuge premuerto no se pueden excluir de la masa postganancial, ya que su determinación no se fija hasta que no se produzca la

liquidación definitiva de la sociedad de gananciales⁵⁵⁹. Aceptada la herencia por los herederos, en su comunidad hereditaria se incluirá ese derecho a los bienes gananciales.

Se puede definir, por tanto, la comunidad postganancial como un patrimonio colectivo, en una situación transitoria, provisional e interina, abocado a su liquidación. Se trata de otra situación especial en que se encuentra un patrimonio que requiere determinar su naturaleza jurídica, con el fin de poder delimitar los principios generales que lo caracterizan y, en consecuencia, determinar cuál es su régimen jurídico.

3.1. Naturaleza jurídica

Las principales teorías que han sido planteadas por la doctrina científica y jurisprudencial sobre la naturaleza de la comunidad postganancial giran en torno a las siguientes hipótesis:

(i) La sociedad de gananciales no se extingue hasta que no llegue el momento de su completa liquidación, se crea una especie de sociedad de gananciales continuada, de manera que siguen rigiendo entre los ex cónyuges las mismas reglas. El fundamento de esta postura se apoya en que los frutos y las rentas de capital y trabajo continúan incrementando los bienes de la sociedad y el régimen de responsabilidad, gestión y disposición continuará siendo el mismo que anteriormente, aunque con las necesarias adaptaciones que impone la nueva situación.

Se parte de un patrimonio cuyo fin es su desaparición, que se forma solo con la masa patrimonial ganancial sin incrementarse con las rentas derivadas de los bienes privativos, serán difícil de aplicar las reglas de cogestión y codisposición de los bienes gananciales, por lo que considerar la subsistencia de la sociedad de gananciales no se

⁵⁵⁹ POUS DE LA FLOR, M^a.P y MORETÓN SANZ, M^a. F.: *La comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial*, en *RCDI*, núm. 743, 2014, págs. 1418 a 1443.

justifica⁵⁶⁰. Además de la imposibilidad de seguir los criterios de atribución de los frutos generados por los bienes comunes durante el período de postganancialidad.

(ii) Se está en presencia de un patrimonio colectivo cuya naturaleza se transforma. Es doctrina reiterada y unánime que durante esa fase de interinidad sobreviene una comunidad cuyo régimen no puede ser el de sociedad de gananciales, pero en la que los bienes comunes siguen produciendo rentas que ingresan en el patrimonio común y que han de relacionarse en el inventario de la liquidación lo que requiere de un régimen de administración. Sobre la naturaleza jurídica de esta comunidad la doctrina ha adoptado una doble postura.

Una corriente doctrinal⁵⁶¹, apoyada en la jurisprudencia⁵⁶², sostiene que esa comunidad queda sujeta a los artículos 392 y ss. Cc, ya que la sociedad de gananciales, configurada inicialmente como un patrimonio colectivo sin personalidad, al modo de comunidad germánica o en mano común en la que los cónyuges son titulares indistintamente de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual sobre bienes o cuotas determinados, se transforma al tiempo de su disolución y perdura hasta el momento de la liquidación en una comunidad ordinaria, en la que

⁵⁶⁰ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *op.cit.*, pág. 195.

⁵⁶¹ ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho civil. IV...., op.cit.*, pág. 176, manifiesta que: “desde que se disuelve hasta que se liquida la sociedad, los bienes que fueron gananciales pasan a constituir lo que se llama comunidad postganancial, que es una comunidad pro indiviso de tipo romano en la que cada comunero (los cónyuges o excónyuges o alguno de ellos y los herederos del otro, o los herederos de los dos) tienen una cuota, la que corresponda al caso, sobre la total masa exganancial, no sobre cada bien concreto”. PUIG BRUTAU, en su *Compendio de Derecho civil*, vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1991, considera que “desde que concurre una causa de disolución hasta la división y adjudicación correspondiente, los bienes gananciales corresponden a los cónyuges como bienes en comunidad ordinaria”.

⁵⁶² SsTS, 1ª, núm. 1275/2006, de 13 de diciembre, núm. 1008/2006, de 17 de octubre, núm. 592/2005, de 10 de julio, núm. 465/2000, de 11 de mayo, definen la comunidad postmatrimonial (postganancial) como comunidad que existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano, “pro indiviso”, cuyo régimen deja de ser el propio de la sociedad de gananciales y es el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, regida por los artículos 392 y ss. del Código Civil, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el “totum” ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial (postganancial) y hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta para cada comunero.

ambos comuneros ostentan una cuota idéntica sobre ese conjunto patrimonial en liquidación.

Esta teoría, que atribuye el régimen de la comunidad ordinaria a la comunidad postganancial, parte de unas premisas de dudosa admisión: el régimen jurídico de la comunidad ordinaria está pensado para bienes concretos y no en relación a un patrimonio o comunidad sobre un conjunto de bienes o derechos (art. 392 Cc). Además, la acción que se posee para su disolución no es una acción de división de la cosa común (art. 400 Cc), pues ésta requiere, como presupuesto previo, de la existencia de un condominio o copropiedad que no se da en la comunidad postganancial, donde los cónyuges (o sus herederos) son dueños conjuntamente del total y no titulares *pro indiviso* de cada uno de los bienes. La acción para dividir la comunidad postganancial consiste en un proceso liquidatorio, semejante, aunque no idéntico, al proceso de liquidación y partición de la herencia (art. 1410 Cc), en el que finalmente se materializa la cuota abstracta en una parte concreta de los bienes para cada uno de los cónyuges (o sus herederos), con la atribución de bienes concretos por valor de la mitad del haber ganancial.

Otra corriente doctrinal, considera que el hecho de la disolución no supone para esta postura un cambio automático del carácter de la comunidad, por lo que sigue siendo una comunidad de tipo germánico en la que los cónyuges tienen una cuota sobre el total patrimonio, lo único que sucede es que el régimen jurídico por el que venía rigiéndose la misma ya no puede seguir aplicándose, puesto que ya no existe la comunicación de bienes y ha desaparecido su finalidad⁵⁶³.

(iii) En los últimos tiempos se admite con carácter general que la comunidad postganancial es una comunidad que tiene naturaleza jurídica especial y más compleja

⁵⁶³ v. PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, tomo V., vol. I, *Regímenes económicos matrimoniales, Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Valladolid, 2009, pág. 421.

que la de la comunidad ordinaria, similar a la de la comunidad hereditaria antes de la partición⁵⁶⁴.

Ambas comunidades, postganancial y hereditaria, tienen características comunes, cada partícipe ostenta una cuota abstracta sobre la totalidad del patrimonio y no tiene derecho concreto ni legitimación para enajenar o gravar su cuota. Sin embargo, no son equiparables pues su presupuesto de hecho y su finalidad es diferente. Por tanto, nunca deben equipararse aunque las dos nazcan en el mismo momento, como consecuencia de una misma causa: la disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno o de ambos cónyuges. El patrimonio ganancial y el hereditario no tienen por qué coincidir -y de hecho será lo que ocurra cuando existan bienes privativos o testamento con últimas voluntades distintas de los cónyuges-, pues no hay que olvidar que la comunidad hereditaria habrá de formarse con parte de los bienes gananciales que no se determinarán hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se puede concluir, por tanto, que surge una nueva comunidad cuyas características no son las propias de una comunidad ordinaria o germánica, ni las de la sociedad de gananciales ni las de una comunidad hereditaria, sino que posee una naturaleza especial.

a) La titularidad compartida de los bienes, que fueron gananciales, se ostenta ahora por los ex cónyuges o, en caso de fallecimiento, por el cónyuge supérstite y los herederos llamados del premuerto, que no concurren a la comunidad postganancial en condición de tales sino como interesados, ocupando la posición del fallecido. Es, por tanto, una comunidad que surge por el vínculo personal que existió entre los cónyuges⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Entre otras, STS, 1ª, núm. 333/2010, de 10 de junio.

⁵⁶⁵ DE COSSIO Y CORRAL, A., "La sociedad de gananciales", en *Tratado práctico y Crítico de Derecho Civil, tomo I, Comunidades Conyugales, vol. Primero, La Sociedad de Gananciales*,

b) Se produce una situación de indivisión respecto de los bienes que integran el patrimonio dotada de características propias. Se constituye un patrimonio sobre el que los titulares tienen una cuota abstracta sobre el *totum*, pero no una cuota concreta de los bienes integrantes del mismo. Esa cuota abstracta subsistirá mientras perviva la comunidad y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación, se materialice en una parte concreta de bienes. Ello no impide la libre disponibilidad de dicha cuota.

c) Se forma un patrimonio separado que no se confunde, activa ni pasivamente, con bienes y deudas privativos de los titulares. Es la misma masa ganancial que sigue conservando coherencia externa e idéntica autonomía pero que, debido a la desaparición de la sociedad de gananciales, pasa a ser un patrimonio distinto, el patrimonio postganancial.

d) La masa patrimonial deja de ser, en cierta medida, una comunidad dinámica, no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital, ni con los frutos de los bienes privativos, que pertenecen a su titular. No obstante, sí le pertenecen los incrementos derivados de los frutos y rentas que generen los propios bienes gananciales y los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución o el cobro de créditos. De igual forma se reducirá por las deudas contraídas con anterioridad a la disolución y por las que se generen por alimentos (art. 1408 Cc) o por gastos de administración y gestión.

e) El patrimonio tampoco asume nuevas deudas, sigue respondiendo de las obligaciones contraídas vigente la sociedad de gananciales, pero las contraídas posteriormente por cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio, pudiendo los acreedores pedir el embargo de la cuota abstracta que tenga sobre el patrimonio

Madrid, 1963, pág. 242, para quien la comunidad postganancial es “un patrimonio en liquidación con dos titulares: el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto”.

común, la cual quedará especificada en bienes concretos al producirse la división y adjudicación, pero no antes.

Todas estas características permiten encuadrar esta realidad jurídica dentro de las denominadas comunidades especiales, pues tiene cierta autonomía, surge de forma incidental por la disolución del vínculo matrimonial existente entre los cónyuges con una finalidad concreta -la liquidación de un patrimonio común-, por tanto, con carácter transitorio, ya que si persiste el ánimo de mantener la indivisión, desaparece lo esencial de la comunidad postganancial. En ese caso, dejaría de ser una comunidad para ser una masa de bienes en proindiviso o en una comunidad empresa si los bienes son objeto de explotación económica y ésta se continúa.

3.2. Régimen jurídico

Teniendo en cuenta que el régimen jurídico de la sociedad de gananciales no es ya de aplicación y que las características de la comunidad que surge no se ajustan estrictamente a ningún tipo de comunidad existente, es necesario determinar qué régimen jurídico ha de aplicarse a los actos de administración y disposición sobre el patrimonio mientras se produce la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales.

El régimen dependerá en buena medida de la causa de disolución. Durante el período de indivisión se puede fijar un régimen jurídico propio derivado del acuerdo entre las partes (art. 90 Cc). No obstante, dada la dificultad de llegar a estos acuerdos, el legislador, consciente de la posibilidad de que la liquidación de la sociedad de gananciales se demore en el tiempo, faculta a los jueces para adoptar determinadas medidas judiciales tendentes a la conservación y gestión de los bienes⁵⁶⁶. La

⁵⁶⁶ Son ejemplo de estas medidas judiciales las previstas en el art. 1394 Cc que establece que, cuando existe pleito sobre la concurrencia de causa de disolución (de las previstas en el art. 1393 Cc) 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; el art. 103.4^º Cc, faculta al juez, a instancia de parte, para acordar “las reglas que deban observarse en la administración y disposición” de los bienes gananciales, son medidas de carácter provisional que no tienen correlativo en las medidas definitivas previstas en los arts. 91 ss. Cc,

comunidad postganancial se regirá, por tanto, por lo pactado por los cónyuges o lo decretado por el juez mientras el procedimiento de nulidad o divorcio esté pendiente.

Ahora bien, lo normal es que la situación de postganancialidad surja de forma automática tras la disolución de la sociedad de gananciales y no se prevean pactos ni se plantee el proceso de liquidación. Es entonces cuando se hace necesario determinar qué normas han de regir la comunidad.

Si se parte de que la comunidad postganancial es una comunidad distinta a cualquier otra, ante la falta de un régimen específico, se deberían aplicar analógicamente las normas que rigen otras situaciones patrimoniales especiales (comunidad ordinaria, comunidad hereditaria o sociedad de gananciales) siempre que existan supuestos de hecho equivalentes⁵⁶⁷. Serían aplicables, por ejemplo, el artículo 1347.2º Cc, para calificar como pertenecientes a la comunidad postganancial los beneficios, frutos o rentas que producen los bienes gananciales, el artículo 394 Cc para fijar el régimen de uso de los bienes o el artículo 397 Cc para disponer de un determinado bien o de todo el patrimonio. Sin embargo, no serían aplicables las reglas que permiten efectuar actos de administración y disposición de bienes por uno sólo de sus integrantes (arts. 1375 ss Cc)⁵⁶⁸ o la aplicación del art. 398 Cc, en los actos de administración, pues la exigencia de concurrencia del consentimiento de los ex

no obstante, con apoyo en el art. 106 Cc, en caso de no existir pronunciamiento expreso sobre gestión, administración y disposición de los bienes gananciales, pueden entenderse subsistentes las medidas provisionales, supuesto no frecuente en la práctica pues normalmente las sentencias resuelven sobre las pretensiones de las partes en relación con los bienes gananciales hasta que se produzca la liquidación (MONTERO AROCA, J., en *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Valencia, 2008, pág. 87); o el art. 809 LEC que indica que el Tribunal en la fase de formación de inventario resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes comunes o por remisión en fase de liquidación, se puede acudir por analogía lo establecido en los arts. 797 y ss. LEC para la designación de un administrador.

⁵⁶⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo V., vol. I, *Regímenes económicos...*, *op.cit.*, pág. 420.

⁵⁶⁸ STS, 1ª, núm.333/2010, de 10 de junio. La Sala entiende que disuelta la sociedad de gananciales no rigen las normas del Código civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (art. 1322 Cc), ya que, esta norma forma parte del régimen de las relaciones entre los cónyuges y no se aplica en las relaciones con terceros, siendo admitido de forma uniforme que los actos de disposición sobre la cosa común deben contar con la voluntad de todos los comuneros, so pena de nulidad (se confirma la declaración de nulidad de un contrato de arrendamiento de larga duración otorgado por un coheredero sin el consentimiento de los demás interesados).

cónyuges o del cónyuge supérstite y lo herederos del otro –comunidad hereditaria o herencia yacente- para adoptar los acuerdos de administración hace difícil su aplicación en cuanto los partícipes son dos (los titulares de las dos cuotas) y con derechos iguales⁵⁶⁹.

No obstante, no han de confundirse los actos de disposición de los bienes gananciales concretos, con la disposición por el cónyuge de su cuota abstracta en la comunidad postganancial en cuyo caso el consentimiento no es necesario. La cuota podrá ser libremente enajenada, cedida o hipotecada, si bien el otro cónyuge o los herederos del cónyuge pueden ejercitar la acción de retracto de comuneros (los herederos, al no actuar a título individual sino como partícipes de la comunidad postganancial quedan sujetos al retracto de comuneros y no al de coherederos⁵⁷⁰).

La búsqueda de una solución al bloqueo derivado de la oposición de los cónyuges o de los herederos -comunidad hereditaria- a prestar su consentimiento de forma reiterada e injustificada para llevar a cabo la administración y disposición de los bienes comunes, causando un perjuicio al otro o a la propia comunidad postganancial, ha dividido a la doctrina con respecto a la posibilidad de acudir a la vía judicial para resolver estas diferencias e incluso nombrar un administrador de la comunidad postganancial. Se defiende, por un sector doctrinal, que al pasar los bienes gananciales a integrar la comunidad postganancial, los artículos 1375, 1376 y 1377 Cc (ni las normas de la sección que los contiene, incluido el art. 1384) son de aplicación, puesto que, como es obvio, la sociedad de gananciales ha dejado de existir y, por tanto, ya no existe el fundamento de esta concesión que es proteger los intereses de los cónyuges y del propio patrimonio familiar. Por tanto, para disponer de bienes de la comunidad en liquidación es precisa la concurrencia de todos los partícipes, sin posible recurso

⁵⁶⁹ Sin perjuicio de que cualquier partícipe de la comunidad postganancial esté legitimado para entablar acciones frente a terceros en relación con el patrimonio ganancial siempre que actúe en beneficio de la comunidad postganancial y no en beneficio exclusivo propio y siempre que no exista oposición expresa del otro cónyuge (o comunidad hereditaria).

⁵⁷⁰ KARRERA EGIALDE, “Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 13, 2ª época, págs. 42-94, IV Jornadas de Derecho de Familia, Bilbao, noviembre 1999.

judicial ante la negativa de uno⁵⁷¹. Por el contrario, otra postura defiende que es posible proceder a la realización de actos de administración y disposición de alguno de los bienes integrados en la comunidad postganancial mediante autorización judicial cuando alguno de los partícipes se niega a ello y su conducta de lugar a la necesidad de esa disposición para la subsistencia del otro partícipe, considerando que la postura contraria, es inadmisibles pues supone una denegación de tutela judicial⁵⁷². En estos casos, la jurisprudencia no acepta la aplicación de los artículos 1375 y siguientes del Código civil, sino que entiende de aplicación analógicamente lo previsto en los artículos 1388 y 1389, por lo que los Tribunales tienen plena facultades para resolver⁵⁷³.

En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia son quienes se han ocupado de determinar las reglas de funcionamiento de la comunidad postganancial, dado el vacío normativo existente. Una solución legislativa podría venir de la mano del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (aprobado el 17 de julio de 2013), que modifica el artículo 102 Cc, introduciendo un nuevo apartado 3º que establece que admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio “quedarán en suspenso los efectos de la sociedad de gananciales, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 Cc respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges y dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas: a) la adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin

⁵⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos de Derecho Civil, IV....*, op.cit., pág. 259 y STS, 1ª, núm. 592/2005, de 10 de julio.

⁵⁷² MONTERO AROCA, J., *Disolución y liquidación...*, op.cit., pág. 102-105, con apoyo en AAP Madrid de 24 de marzo de 1998. Por su parte, KARRERA EGIALDE, “Régimen jurídico de la sociedad postganancial...I”, op.cit., págs. 42-94, defiende la aplicación del art. 1377 Cc. cuando es necesaria la enajenación de bienes gananciales y existe oposición por alguna de las partes, basándose en que “la situación es pareja y el supuesto es análogo (existe identidad de razón: art. 4.1. Cc): consentimiento de ambos cónyuges; si uno lo negare o estuviera impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia”.

⁵⁷³ En este sentido, la SAP A Coruña, Sec. 3ª, núm. 31/2007, 26 de enero, acuerda medidas para la administración de los bienes arrendados que forman parte del inventario ganancial (designando a uno de los cónyuges administrador con obligación de rendición de cuentas).

que conste el consentimiento expreso de ambos cónyuges; b) la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges; c) la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. Dicho de otra manera, se transformaría *ex lege* el régimen económico matrimonial en régimen de separación de bienes. Ahora bien, esta propuesta soluciona las relaciones tras la disolución del vínculo matrimonial, pero no evita que surja la comunidad postganancial⁵⁷⁴ y la necesaria regulación de las relaciones que se derivan de la misma, como es el caso del ejercicio de la condición de socio cuando existen acciones y participaciones sociales gananciales.

III. EJERCICIO DE LA CONDICIÓN DE SOCIO DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y PENDIENTE DE LIQUIDACIÓN

Disuelta la sociedad de gananciales pero pendiente de liquidar, las participaciones sociales y las acciones gananciales (bien por reconocimiento de los cónyuges o declarada judicialmente la ganancialidad) pasan a formar parte de la comunidad postganancial y, en consecuencia, la condición de socio y el ejercicio de los derechos sociales deberá ajustarse a las normas aplicables a esta comunidad especial donde ya no rigen las normas de la sociedad de gananciales.

⁵⁷⁴ La SAP Madrid, núm. 639/2011, de 22 de septiembre, ya prevé esta consecuencia en los casos de separación. Así establece que a) la sentencia produce *ipso iure* el cese del régimen matrimonial y la sustitución, cuando ha regido el de gananciales, por el de absoluta separación de bienes (artículo 1392.3º en relación al 1435.3º del Código civil), de modo que si los cónyuges no hacen uso de la libertad de pactos, y como en la separación el vínculo matrimonial no se destruye sino que solo se suspende, las relaciones económicas entre cónyuges y de éstos con terceros se regulan por el régimen de separación; b) por ello, no hay comunidad postmatrimonial que alude a los casos en que tras la extinción del matrimonio (por nulidad o divorcio y no por separación) se mantienen los vínculos económicos entre los esposos que no quieren aún liquidar el anterior régimen; no es eso lo que ocurre en la separación matrimonial, en la que la vigencia de la separación de bienes es instantánea a la disolución de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de que pueda existir, esta sí, una sociedad postganancial hasta que se liquide el anterior régimen de comunidad.

1. Continuación del ejercicio de los derechos sociales por quien viene actuando frente a la sociedad de capital

En la práctica, lo habitual es que la condición y el ejercicio de los derechos de socio sigan ejerciéndose por la persona o cónyuge designado de común acuerdo por ambos cónyuges o por el cónyuge a cuyo nombre figuran las participaciones sociales y las acciones hasta la definitiva liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes. Pero también es frecuente que los desacuerdos internos, consecuencia de la crisis matrimonial, se conviertan en oposición por el cónyuge no socio a que el otro siga ejerciendo esos derechos frente a la sociedad o a que realice actos de administración o disposición sobre las participaciones sociales o las acciones. Si a esto se une que la presentación de la demanda para disolver el vínculo matrimonial produce la revocación de todos los poderes y consentimientos otorgados entre los cónyuges, cualquier consentimiento otorgado en capitulaciones matrimoniales o el poder otorgado para ejercer la administración y los derechos sociales e incluso el consentimiento explícito o tácito para que las participaciones sociales o las acciones figuren a nombre de un solo cónyuge deben entenderse revocados (art.102 Cc y 1733 Cc). Estos consentimientos y poderes se extinguirán, en todo caso, en el caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 1732 Cc).

La ganancialidad se convierte ahora en una pluralidad de titulares –dos- que hace exigible la designación de una persona para ejercer los derechos del socio, sin que pueda operar automáticamente la continuidad del cónyuge socio ni persistir la designación de representante de los cónyuges (sea uno de los cónyuges o un tercero). Se produce, comunicada la ganancialidad a la sociedad de responsabilidad limitada o a la sociedad anónima, una ruptura entre la titularidad que atribuye la legitimación para el ejercicio de los derechos de socio y la titularidad declarada. Esta situación exige la aplicación del art. 126 LSC⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ SAP Sevilla, Sección 5ª, núm. 469/2015, de 22 de septiembre; SAP Madrid, Sección 13ª, núm. 447/2006, de 18 de septiembre.

En sede legislativa se propuso, ante la falta de regulación de este supuesto de hecho (ejercicio de los derechos sociales disuelta la sociedad de gananciales y no liquidada), la introducción de un apartado 5º en el artículo 188 RRM en el que se atribuía la legitimación para el ejercicio de los derechos de socio al socio titular dejando al margen al cónyuge no socio⁵⁷⁶. Sin embargo, esta propuesta no prosperó debido a que el Consejo de Estado alegó que este apartado regula materia no relacionada con ninguna cuestión registral, sin más entronque legal que una genérica alusión a la legislación civil aplicable. Además, considera que el proyectado nuevo apartado del artículo 188, al discriminar a quién le corresponde el ejercicio de derechos sociales en supuestos de sociedad conyugal disuelta y no liquidada, incurre en el vicio que denuncian la doctrina y la jurisprudencia de interferir en la regulación e infringir el principio de jerarquía normativa (con cita de la doctrina y jurisprudencia sobre el acceso al Registro Mercantil de las sociedades civiles)⁵⁷⁷. En la redacción final del artículo 188.5 RRM⁵⁷⁸ se hace una remisión a los estatutos sociales para regular el ejercicio de los derechos sociales.

La necesaria regulación de la determinación de quién ha de ejercer los derechos sociales mientras la sociedad de gananciales disuelta no es liquidada (mientras existe la comunidad postganancial) se convirtió en una simple remisión a los estatutos sociales. Ahora bien, si esa previsión falta se produce una laguna en la regulación del ejercicio de los derechos sociales en las sociedades de capital⁵⁷⁹ y en

⁵⁷⁶ *“Disuelta y no liquidada la sociedad conyugal, corresponderá al socio titular o, en su caso, sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales. De conformidad con la legislación civil aplicable, en el título sucesorio se podrá designar un representante para el ejercicio de los derechos sociales durante la comunidad hereditaria”* (Proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares 2006).

⁵⁷⁷ Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2006 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, referencia BOE, número de expediente 2286/2006 (Justicia).

⁵⁷⁸ *“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”*, según redacción del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

⁵⁷⁹ El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, en su introducción justifica el artículo en los siguientes términos: “El real decreto persigue con este nuevo artículo regular, en los meros límites adjetivos, y en sintonía con los restantes apartados del artículo 188 -en los que se establecen normas de cierre o atípicas en relación al contenido

consecuencia se produce una inseguridad jurídica en la forma de actuar, como muestra la heterogeneidad de los fallos de los Tribunales ante supuestos de hecho similares. Así la falta de una norma que regule el ejercicio de los derechos sociales durante la comunidad postganancial conlleva que las resoluciones se adopten en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho.

2. Posturas jurisprudenciales sobre el ejercicio de los derechos sociales durante la comunidad postganancial

Las resoluciones judiciales abarcan desde las que fijan medidas provisionales durante este período hasta las que permiten la actuación individual del cónyuge no socio, pasando por las que exigen el consentimiento de ambos cónyuges y el nombramiento de un representante común o las que estiman suficiente la actuación del cónyuge socio.

2.1. Fijación de medidas judiciales provisionales

La Audiencia de Madrid, en sentencia de 24 de marzo de 2006, fija medidas provisionales reguladoras de la administración y representación de las acciones y participaciones sociales mientras perdura la comunidad postganancial, declarando que quien conste como socio en las sociedades siga ejerciendo la administración de las participaciones sociales o de las acciones si bien con la obligación de rendir cuentas con determinada periodicidad y recabar el consentimiento de su cónyuge para poder llevar a cabo actos de disposición, enajenación o gravamen. Dichas medidas han de interpretarse no como nombramiento de administrador judicial o administrador social (nombramiento que corresponde a la junta general de socios) sino como atribución de

estatutario de la sociedad-, reglas de representación o habilitación que la práctica societaria ha demostrado que constituyen auténticas lagunas en la articulación de la sociedad conyugal y en la sucesión de la titularidad de la empresa familiar, objetivo esencial de la publicidad del protocolo. Realmente, la inclusión de estas normas constituye exclusivamente una llamada de atención sobre la lícita posibilidad en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, de dar solución a dos supuestos de hecho”.

la administración de las participaciones sociales y de las acciones, cuya totalidad corresponde a la comunidad postganancial, y lógicamente en los términos exigidos por el artículo 126 LSC, de designación de una persona para el ejercicio de los derechos sociales⁵⁸⁰.

2.2. Protección de la apariencia jurídica

El Tribunal Supremo, con el fin de proteger los intereses de terceros y de los demás socios así como el funcionamiento de la sociedad de capital, admite que, desde la disolución hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge socio siga ejerciendo la administración de las participaciones sociales o de las acciones, aunque desaparezca el presupuesto de aplicación del artículo 1384 Cc. Se trata de seguir las reglas de la protección a la apariencia jurídica.

Ahora bien, en la misma Sentencia se matiza que en los supuestos en que los restantes socios y la propia sociedad conozcan la verdadera situación no es de buena fe mantener la apariencia y, por tanto, se ha de negar que pueda ejercer los derechos frente a la sociedad -máxime cuando se trata de sociedades en las que rige un elemento personal característico-, sin cumplir las normas establecidas para los supuestos de pluralidad de titulares⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Se establecen medidas provisionales como las siguientes: “respecto de los bienes gananciales, los cónyuges continuarán ostentando la administración conjunta, dejando a salvo la administración de las sociedades de las que D. J.M. sea accionista o partícipe y tenga socialmente atribuida dicha administración, que seguirá siendo ejercida por él, si bien deberá rendir cuentas de la misma cada seis meses y recabar consentimiento de la Sra. E., para poder llevar a cabo actos de disposición, enajenación o gravamen sobre los activos sociales y patrimonio ganancial y en caso de oposición, autorización judicial” (SAP Madrid, Sec. 28ª, núm. 46/2006, de 24 de marzo).

⁵⁸¹ STS, 1ª, núm. 50/2005, de 14 de febrero, no da lugar a la casación de la sentencia de la Audiencia porque el fallo ha de mantenerse aunque la demanda se estima por una razón sustitutoria (la apariencia jurídica en protección de los terceros y demás socios). La Audiencia basa su fallo en que no existe razón para que el sistema (art. 1384 Cc), que en definitiva presupone una afección de parte del caudal ganancial a un concreto cónyuge, no siga vigente en el período que media entre disolución y liquidación. Interpretación del art. 1384 Cc que rechaza la Sala, “porque el mismo no atribuye ninguna titularidad al cónyuge a cuyo nombre figuran las acciones de naturaleza ganancial”. Su fundamento se basa en la apariencia jurídica de quien es socio frente a la sociedad y mantiene las relaciones externas, con independencia del ámbito de las relaciones internas con su cónyuge.

Este último criterio del Alto Tribunal ha dado lugar a una jurisprudencia menor muy diversa. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 18 de septiembre de 2006, declara la nulidad radical de los acuerdos adoptados en junta general por infracción de los derechos de socio, al no constar el consentimiento del ex cónyuge a las decisiones adoptadas únicamente por quien figura como socio en la sociedad, considerando necesaria la actuación conjunta y la designación de la persona que ejerza los derechos⁵⁸².

2.3. Validez de las actuaciones por el socio no cónyuge frente a la sociedad de capital

La Audiencia Provincial de A Coruña, en sentencia de 11 de marzo de 2010⁵⁸³, no considera necesaria la designación de representante común mientras la sociedad legal de gananciales está disuelta y hasta el momento de su liquidación. La sentencia declara la procedencia de la solicitud de nombramiento de auditor por la esposa divorciada para las sociedades en las que su esposo ostenta la doble condición de socio y litigante en la liquidación de su sociedad de gananciales, procedimiento en el que el conocimiento de la situación patrimonial de la entidad es trascendental. El análisis de todas estas circunstancias lleva a la Audiencia a determinar que la esposa, al estar pendiente de liquidación la sociedad de gananciales, es cotitular de las participaciones sociales o de las acciones, razón suficiente para su legitimación para llevar a cabo actos de administración y gestión en defensa de sus intereses en la sociedad de gananciales e indirectamente en las sociedades mercantiles y, por tanto, está justificada su pretensión de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades (máxime cuando el otro cotitular tiene información privilegiada dado el cargo social que ostenta).

⁵⁸² Esta sentencia fundamenta su fallo en que declarado por el Juzgado de Primera Instancia que procedió a liquidar la sociedad de gananciales el carácter ganancial de la totalidad de las acciones suscritas por ambos cónyuges en la sociedad, así como las resultantes de las sucesivas ampliaciones de capital (en virtud de lo dispuesto en el artículo 1347.3º, en relación con los artículos 1359 y 1360 Cc), al no producirse la adjudicación a ninguno de ellos, las acciones pasan a formar parte de la comunidad postmatrimonial, que “exige la actuación conjunta de ambos copropietarios”, lo que requiere frente a la sociedad que “designen a la persona que vaya a ejercitar tales derechos” (SAP Madrid, Sec. 13ª, núm. 447/2006, de 18 de septiembre).

⁵⁸³ SAP A Coruña, núm. 111/2010, de 11 de marzo

El Tribunal Supremo justifica estas actuaciones del cónyuge no socio, disuelta la sociedad de gananciales, por tratarse de acciones en beneficio de la comunidad pero no en interés propio⁵⁸⁴, de forma que aunque no se le pueda considerar socio, cuando menos habrá de reconocerle la condición de tercero con interés legítimo en los acuerdos que se adopten, lo que le faculta para su impugnación⁵⁸⁵.

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en doctrina consolidada, defiende que, en caso de que resulte acreditado el carácter ganancial de las participaciones sociales o de las acciones, aunque figuren a nombre de uno solo de los cónyuges, la sociedad deberá reconocer el ejercicio del derecho a la solicitud del nombramiento de auditor de cuentas (art. 262.5 LSC) por cualquiera de los cónyuges sin necesidad del consentimiento del otro. Y añade que hasta que la sociedad de gananciales no se liquide con la adjudicación de las participaciones sociales o de las acciones que correspondan a favor del cónyuge socio o de ambos cónyuges o de un tercero, el ejercicio de los derechos de gestión y administración que redundan en beneficio de ambos corresponde sin distinción a cualquiera de los cónyuges sin necesidad del consentimiento del otro⁵⁸⁶.

3. Recapitulación

La falta de un criterio definido muestra la realidad de las cosas: en las sociedades donde subyace un conflicto de este tipo -sobre todo cuando ambos cónyuges tienen participaciones sociales o acciones a su nombre- se produce una situación de tensión entre los cónyuges socios que repercute irremediabilmente en el normal funcionamiento de la sociedad de capital. La imposibilidad de adoptar

⁵⁸⁴ STS, 1ª, núm. 1275/2006, de 13 de diciembre.

⁵⁸⁵ La SAP Madrid, Sección 28, núm. 321/2014, de 14 de octubre, declara nulos el acuerdo de ampliación de capital y la correspondiente modificación estatutaria por haberse adoptado por el cónyuge socio, cuando ya se había producido la ruptura de la convivencia conyugal. El acuerdo se adoptó a espaldas del otro cónyuge, dando entrada en la sociedad a un tercero ajeno a los propios cónyuges, lo que pone de manifiesto la mala fe y el abuso de derecho en la actuación.

⁵⁸⁶ RsDGRN de 13 de junio de 2013 (y las citadas en ella).

acuerdos o su constante impugnación termina habitualmente con el bloqueo de los órganos sociales e impide el cumplimiento de los fines sociales, lo que termina siendo causa de disolución de la sociedad (art. 363 LSC).

De nuevo se pone de manifiesto una carencia en la regulación de las situaciones de pluralidad de titulares que no comparten los rasgos característicos de la comunidad ordinaria. Se hace claramente necesario establecer, una vez comunicada a la sociedad de responsabilidad limitada o a la sociedad anónima la disolución de la sociedad de gananciales, una norma que regule cómo afecta al ejercicio de los derechos del socio que las participaciones sociales y las acciones pasen a formar parte de una comunidad postganancial, donde sus miembros, que son los anteriores cónyuges o un cónyuge y la comunidad hereditaria o los llamados a la herencia del otro, no están ya vinculados por el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales y tampoco poseen una cuota sobre el bien concreto sino sobre la totalidad de los bienes.

La solución podría pasar por determinar la necesaria designación de una persona para el ejercicio de los derechos sociales que tendría que informar al resto de los miembros de la comunidad postganancial –solución que se muestra poco efectiva en caso de crisis conyugales, aunque siempre se podrá recurrir al auxilio judicial para nombrar un administrador con representación frente a la sociedad- o por mantener la legitimación de quien todavía figura como socio en la sociedad pero con la fijación de unas obligaciones de información y consulta al otro cónyuge o a la comunidad hereditaria y de unos derechos a favor de éstos si se demuestra desidia, falta de actuación o abuso de su posición en perjuicio de la propia comunidad postganancial.

IV. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL: TRANSMISIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO

La comunidad postganancial queda extinguida con la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de los bienes a los cónyuges, de forma que los bienes

que antes pertenecían a ambos, según como se produzca la atribución, pasan a ser bienes de titularidad exclusiva o bienes en copropiedad⁵⁸⁷. La propia naturaleza de la participación social y de la acción (bien mueble susceptible de valoración) y su adquisición con fondos comunes, exigen que forme parte *in natura* de la masa repartible para su adjudicación.

Desde el punto de vista de la sociedad de gananciales, la adjudicación es un acto que no supone transmisión sino una especificación de los bienes que corresponden a cada cónyuge⁵⁸⁸. Desde la perspectiva societaria, la adjudicación de las participaciones sociales y de las acciones no siempre afecta de forma automática a la atribución de la condición de socio, pues ha de considerarse no solo cómo consta el reconocimiento de la titularidad, sino la existencia de cláusulas estatutarias restrictivas a la transmisión, como forma de protección de los intereses de los socios frente a la entrada de terceros ajenos a la sociedad.

En el caso de constar en la sociedad de capital la ganancialidad, la adjudicación en virtud de la liquidación de la sociedad de gananciales de las participaciones sociales y de las acciones produce una modificación del régimen, ya que se pasa de la titularidad compartida a la propiedad exclusiva a favor de uno de los cónyuges, de cada uno en un determinado número de participaciones sociales o de acciones o de ambos en régimen de cotitularidad. Los demás socios no podrán invocar su derecho de preferencia derivado de las restricciones a la transmisibilidad, pues no se produce un cambio de socios. Ambos cónyuges son socios a través de la sociedad de gananciales al tener la titularidad compartida, actuando a través de la persona designada, sea un tercero o uno de ellos. La sociedad, en consecuencia, registrará la titularidad en el libro de acciones nominativas o en el libro de socios y atribuirá la condición de socio según resulte de la adjudicación.

⁵⁸⁷ La adjudicación en cotitularidad se conoce como partición impropia que, aunque posible, es una forma evidentemente ineficaz para resolver los conflictos derivados de las crisis conyugales.

⁵⁸⁸ Entre otros, MONJE BALMASEDA, O., "Sociedades de gananciales....", en *Derecho de Sociedades*, op. cit., pág. 233; FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa...op.cit.*, pág. 192.

El cambio de titularidad también se produce de forma automática con la comunicación de la adjudicación si ambos son socios a título personal de un determinado número de participaciones o acciones (por ejemplo, en el caso de sociedad entre cónyuges). Si existen restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad entre cónyuges no serían de aplicación, ya que la adjudicación a uno de las participaciones sociales o de las acciones a nombre del otro no supondría la entrada de un tercero en la sociedad, sino que se mantendrían los mismos socios, se trataría, por tanto, de una transmisión libre entre socios (ex art. 107.1 LSC, salvo pacto en contrario).

Si la liquidación es consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, la adjudicación total al cónyuge supérstite de las acciones o de las participaciones sociales a nombre solo de uno de los cónyuges cuando se ha admitido por el resto de los socios su carácter ganancial, no supone tampoco un cambio cualitativo en la condición y cualidad de socio. El efecto que se produce en la sociedad es la modificación de la causa de la titularidad en el libro registro de acciones nominativas o en el libro registro de socios. Se ha de reflejar la propiedad única de quien ya tenía reconocida la condición de socio conjuntamente con su cónyuge.

Supuesto distinto es que la adjudicación al cónyuge supérstite sea parcial. La repercusión y los efectos en la sociedad son distintos si las acciones o las participaciones sociales se atribuyen por mitad (o en cualquier otra proporción) al cónyuge supérstite y a la comunidad hereditaria del cónyuge fallecido. La sociedad procederá únicamente al cambio de la titularidad en sus libros por la parte de las participaciones sociales o de las acciones adjudicada al cónyuge supérstite. Por la parte adjudicada a la comunidad hereditaria del cónyuge fallecido –o en caso de adjudicación total de las acciones o de las participaciones sociales-, se aplicarán, en

caso de existir, las restricciones estatutarias previstas en la transmisión mortis-causa de las participaciones sociales y de las acciones (arts. 110 y 124 LSC)⁵⁸⁹.

Sin embargo, cuando se adjudican las participaciones al cónyuge que no figura como socio y sin que se haya reconocido el carácter ganancial por la sociedad se produce una confluencia entre los intereses del cónyuge no socio y el interés de los restantes socios, que no pueden verse afectado por las decisiones adoptadas en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando los socios tienen derecho a impedir el ingreso de nuevos socios en la sociedad⁵⁹⁰. En el siguiente epígrafe se analizan las distintas situaciones que se pueden plantear cuando convergen ambos intereses y las vías de solución de los posibles conflictos.

V. LA ADJUDICACIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES A NOMBRE DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En primer lugar hay que destacar que las distintas teorías sobre el carácter de las participaciones sociales y las acciones que figuran a nombre de un solo cónyuge adquiridas con fondos gananciales cuando en la sociedad de capital existen restricciones estatutarias a su transmisión, influirán en la adjudicación teniendo en cuenta las premisas de las que parten: inclusión o exclusión en la masa ganancial, inclusión del bien *in natura* o solo de su valor económico.

Quienes defienden la teoría del *emolumentum* reconocerán un derecho económico por el valor de la participación a integrar en la masa ganancial, pero no la incorporación de la participación en sí que pertenece al cónyuge socio. Postura defendida por la Corte de casación francesa que establece que en la disolución del régimen económico matrimonial la calidad de socio no entra en la indivisión. La

⁵⁸⁹ Capítulo segundo, II.3.

⁵⁹⁰ BERCOVITZ ALVAREZ, G., *Los derechos inherentes...*, *op. cit.*, págs. 259 y ss.

atribución de esta condición se efectúa al cónyuge socio y el valor de las partes sociales y de las acciones en el día de la partición se incorpora a la masa indivisa⁵⁹¹.

Por el contrario, quienes apoyan la teoría de las distintas titularidades sobre la participación consideran que la diferenciación entre titularidad formal y material desaparece en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y la participación debe integrarse en la masa ganancial *in natura* y, por tanto, podrá ser objeto de atribución a cualquiera de los cónyuges.

Por último, si se defiende la teoría de la subparticipación, se justifica su exclusión del patrimonio ganancial al considerar el carácter privativo de la participación consecuencia de su inherencia al cónyuge socio (art. 1346.5º Cc) y en la existencia de una voluntad tácita de ambos cónyuges de constituir una subparticipación sobre la participación (art. 1669 Cc), de forma que el derecho económico del cónyuge no socio se materialice en el momento de disolución de la subparticipación que será al mismo tiempo de la sociedad de gananciales.

Ninguna de estas teorías, como se expuso anteriormente⁵⁹², justifica suficientemente la adjudicación al cónyuge socio de las participaciones sociales o de las acciones o su exclusión de la masa ganancial. De hecho, ha de prevalecer la presunción de ganancialidad (art. 1361 Cc) de las participaciones adquiridas tanto en el momento fundacional, como en momento posterior, por uno u otro cónyuge, con cargo a fondos comunes y aunque no se adquieran para ambos, pues solo cabría excluir tal carácter si el otro hubiese reconocido la privatividad⁵⁹³.

Reconocida y acreditada la ganancialidad, las participaciones sociales y las acciones deben integrarse en la masa liquidable y son susceptibles de ser adjudicadas indistintamente a cualquiera de los cónyuges. Se trata, en definitiva, de determinar los

⁵⁹¹ Cass. Civ. 1, 22 de octubre de 2014 y 4 de enero de 2012.

⁵⁹² Supra capítulo tercero, III.3 y, concretamente, 3.3.

⁵⁹³ SAP León (Sec. 2ª), núm. 238/2016, de 28 de julio.

efectos de la comunicación ganancial (y, por tanto, de la titularidad compartida) en el ámbito societario y su posible limitación por las exigencias legales o convencionales que restringen el cambio de socios en la sociedad de capital.

1. Transmisión por actos *inter vivos* entre los cónyuges

La liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges, cuando no se realiza de común acuerdo, queda sometida al procedimiento judicial de liquidación del régimen económico matrimonial con el objeto de repartir entre los cónyuges los bienes y derechos que integran el patrimonio común. Tras la fase de inventario se procede a realizar las distintas operaciones para llegar a la adjudicación definitiva de los bienes (inventario, solicitud y propuesta de liquidación, comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia, nombramiento de contador y peritos realización del cuaderno particional, aprobación de las operaciones divisorias, sentencia). Por tanto, las participaciones sociales y las acciones se adjudicarán atendiendo a las normas generales que regulan la liquidación (arts. 1406 a 1410 y por remisión artículos 1061 y ss. en sede de partición hereditaria) y, en principio, formarán parte de cualquiera de los lotes formados por el contador partidor que, realizado el sorteo, pueden resultar adjudicados a cualquiera de los cónyuges.

Se plantean en este reparto dos cuestiones: en primer lugar, si es posible aplicar analógicamente el artículo 1406 Cc para adjudicar preferentemente al cónyuge socio la participación en la sociedad de capital, siempre que haya bienes suficientes en la sociedad de gananciales para cubrir la parte de cada uno de ellos; y, en segundo lugar, la posibilidad de aplicar como criterio de adjudicación la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad y sus efectos sobre la posición de los cónyuges en la sociedad de capital.

1.1. Aplicación del artículo 1406.2º Cc a la adjudicación al cónyuge socio

Ante la falta de previsión legislativa en la legislación común, a diferencia de lo que ocurre en la legislación autonómica⁵⁹⁴, ha de cuestionarse si es posible hacer una interpretación extensiva del artículo 1406.2º a la adjudicación al cónyuge socio de las participaciones sociales o de las acciones, cuando se justifica la relevancia societaria de la condición personal de su titular y la transmisión está limitada por los derechos reconocidos a los demás socios.

El Código civil, en su artículo 1406.2º, fija como opción legal de cada cónyuge el derecho a que se incluya con preferencia en su haber “(la) explotación económica que gestione efectivamente”. Tal precepto, a diferencia del artículo 1056.2 Cc. en sede de sucesiones que permite mantener indiviso el control de una sociedad de capital o grupo pagando la legítima a los demás interesados en metálico, no hace referencia expresa al supuesto concreto de atribución preferente al cónyuge de las participaciones sociales y de las acciones que figuran a su nombre cuando constituyan un paquete que representa el control de la sociedad de capital o de un grupo de sociedades. Es necesario, en consecuencia, analizar los presupuestos necesarios requeridos para poder aplicar el precepto y si se cumplen en el supuesto planteado. Se ha de partir de que el bien tiene carácter ganancial y demostrar la gestión efectiva y real de la explotación con anterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales⁵⁹⁵.

El requisito de la ganancialidad se cumple, pues se parte de esa premisa: las participaciones sociales y las acciones que figuran a nombre de un solo cónyuge se

⁵⁹⁴ El Código de Derecho Foral de Aragón prevé expresamente que cada cónyuge tiene preferencia a que se incluya en su lote de adjudicación “d) Las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad” (art. 267 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas).

⁵⁹⁵ MIGUÉLEZ DEL RIO, C. “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, en *Pecunia*, núm. 12, enero-junio, 2011, pág. 77.

adquieren con fondos comunes y su ganancialidad ha sido reconocida expresamente por los cónyuges o declarada judicialmente. Lo importante es, por tanto, vincular la gestión al cónyuge socio.

La gestión efectiva y real de la explotación económica exige analizar la posición del cónyuge socio en la sociedad de capital para determinar si es posible equipararle a quien gestiona efectivamente una explotación económica. La analogía no puede basarse en la titularidad de la explotación económica, ya que las figuras de socio y de empresario individual no son equiparables. El socio no es empresario, empresario es la sociedad que es quien realiza y explota el negocio. La sociedad es un ente distinto con personalidad e intereses distintos a los del cónyuge socio. Ahora bien, este tipo de sociedades de capital con un componente personalista, donde el socio suele ser socio trabajador -empresas familiares- o socio administrador de la sociedad con funciones de gestión, administración y representación, son meros instrumentos a través de los cuales se ejerce una actividad profesional o empresarial que es la fuente de ingresos de los socios. Piénsese en sociedades unipersonales o pequeñas sociedades, frente a sociedades de capital puras en las que la participación supone una simple inversión de la que obtener un rendimiento económico. Es la vinculación y dependencia del socio cónyuge de la sociedad de capital la que ha de asimilarse a la gestión efectiva de la explotación⁵⁹⁶. Y es precisamente la vinculación entre el negocio y la capacidad profesional de quien lo gestiona el fundamento del artículo 1406.2º Cc.

Además, la finalidad de la opción legal contemplada en el art. 1406. 2º Cc es proteger al cónyuge, independientemente de la vinculación afectiva, permitiéndole que continúe al frente de la explotación que representa el ejercicio de su actividad,

⁵⁹⁶ HUERTA TRÓLEZ, A. considera que, “tratándose de empresa social no es necesario que el cónyuge titular del derecho de inclusión preferente sea administrador de la sociedad o tenga atribuido un cargo ejecutivo. Basta con que gestione de forma efectiva. Puede ser consejero, administrador único o solidario, apoderado, incluso factor notorio. Puede carecer de facultades representativas y ejercitar actividades de gestión ajenas a la tipología legal mercantil, tales como la de director general, gerente u otras similares. Lo que exige la norma no es sino una firme vinculación con la gestión de la empresa, con abstracción de consideraciones jurídico-formales”, en “La empresa ante el fenómeno sucesorio”, *RJN*, abril-junio 2004, pág. 106.

profesional o económica, lo que equivaldría a respetar la posición societaria del cónyuge socio, lo que se puede justificar en el consentimiento que el otro cónyuge prestó para que las participaciones figurasen a su nombre y para que ejerciese los derechos sociales durante el matrimonio, consciente de la relación de sociedad creada entre los socios.

La doctrina, teniendo en cuenta estos argumentos y la realidad societaria que representa que las participaciones sociales y las acciones aunque gananciales figuren a nombre de uno de los cónyuges, defiende mayoritariamente la aplicación analógica del párrafo segundo del artículo 1406 Cc cuando se trate de un porcentaje dominante, dada la importancia de conservar la dirección o el control de la empresa⁵⁹⁷. La jurisprudencia, sin embargo, no es uniforme.

La Audiencia Provincial de Asturias, por ejemplo, en sentencia de 2 de febrero de 2015, confirma la sentencia de instancia y la atribución al esposo del 50% de la participación en el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, que constituye prácticamente en exclusiva el haber de la sociedad de gananciales, en base a lo dispuesto en el artículo 1406.2º. El esposo es, junto con otro socio, quien administra y explota en exclusiva el negocio, constituyendo su medio de vida y profesión, razón considerada suficiente por la Audiencia, aunque no existan en los estatutos de la sociedad prohibición o limitación de transmisión de las participaciones, y tal preferencia debe tenerse en cuenta en la formación de los lotes aunque no se consiga la igualdad. Dicha atribución se efectuó en el cuaderno particional por el contador partidario designado por el Juzgado, confirmando la sentencia que la formación de los lotes viene condicionada por las circunstancias concurrentes, las cuales obligan a valorar las particulares condiciones de los bienes y de los partícipes o interesados en la liquidación (en este caso, serían el cónyuge socio y el otro socio). La

⁵⁹⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los derechos inherentes...*, op.cit., págs.. 254 ss.; REYES LOPEZ, Mª.J.. "El patrimonio del empresario familiar individual", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs. 137-138.

desigualdad se salva compensando el cónyuge socio a la ex esposa, en pago de su mitad de gananciales, el exceso que supusiera esta adjudicación⁵⁹⁸.

La valoración de la realidad subyacente en cada caso concreto -la composición del patrimonio ganancial, las condiciones particulares de los socios-, es precisamente lo que condiciona el reconocimiento o no de la preferencia del cónyuge socio en la adjudicación de las participaciones sociales o de las acciones en las liquidaciones de gananciales practicadas judicialmente. En ocasiones se reconoce la preferencia a favor del cónyuge que se ha dedicado a la gestión, presta servicios o incluso trabaja en la misma sociedad, de forma que se mantenga el paquete de participaciones sociales o de acciones íntegro por razones de continuidad de la empresa, al quedar demostrado que dicho paquete constituye “un bien indivisible o que desmerece mucho con la división” y conlleva la pérdida de posición en la sociedad⁵⁹⁹. En otras situaciones, principalmente cuando las acciones y participaciones sociales son el elemento fundamental del patrimonio ganancial, se reparte dicho paquete entre los cónyuges, máxime si existen negocios diferenciados, sucursales, o sociedades independientes, ya que es un medio de garantizar a ambos cónyuges unas rentas futuras⁶⁰⁰.

El vacío normativo y la falta de una jurisprudencia uniforme han llevado a los cónyuges, en su capacidad de regular sus relaciones patrimoniales, a prever en pactos matrimoniales o prematrimoniales los efectos de la crisis conyugal. El pacto capitular más efectivo y habitual es aquel en el que el cónyuge no socio renuncia a su derecho sobre las participaciones sociales o las acciones a favor del cónyuge socio en el momento de la liquidación.

⁵⁹⁸ SAP Asturias, Sec. 6ª, núm. 19/2015, de 2 de febrero.

⁵⁹⁹ art. 1062 Cc, aplicable a la liquidación de gananciales, por remisión del art. 1410.

⁶⁰⁰ SAP Albacete, Sección 1ª, núm. 381/2016, de 20 de octubre; SAP Barcelona, Sección 12, núm. 799/2012, de 3 de diciembre.

1.2. Aplicación a la adjudicación de las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad

La existencia de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales y de las acciones debería ser razón suficiente para su adjudicación al cónyuge socio. Estas restricciones suponen una limitación a los efectos de la ganancialidad. Las sociedades de capital, en las que existen límites al cambio de socios, pretenden preservar su composición societaria, por ello se exige que las participaciones sociales o las acciones figuren inscritas a nombre de determinadas personas.

Este criterio que puede ser aplicado por los contadores-partidores al realizar el cuaderno particional (sin perjuicio de la oposición de los cónyuges) no cuenta con apoyo legal. El Derecho societario pone un límite implícitamente a la atribución, que puede ser respetado o no en la liquidación de gananciales. Por tanto, la adjudicación al cónyuge no socio es posible, con los consiguientes efectos para los propios cónyuges y frente a los socios. El cónyuge que figura como socio deja de ser titular de la participación y, consecuentemente, deja de estar legitimado para ejercer la condición de socio. Los socios, al no reconocer la adjudicación como acto especificativo de la titularidad sino como una transmisión, ejercerán sus derechos de acuerdo con el procedimiento legal o estatutario fijado.

Es necesario, por tanto, distinguir los dos supuestos que se pueden plantear: (i) que rija la libre transmisibilidad entre cónyuges (arts. 107 y 123 LSC) y (ii) que existan cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión entre cónyuges⁶⁰¹. En el primer supuesto, al ser libre la transmisión entre cónyuges, se cambiará el titular en el libro registro de acciones nominativas o de socios; en el segundo caso, la sustitución de un cónyuge por otro supone una alteración subjetiva que es supuesto de hecho para la

⁶⁰¹ GARRIDO DE PALMA, V., "La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en *RJN*, núm. 78, abril-junio 2011, pág. 231.

aplicación de las cláusulas restrictivas establecidas estatutariamente⁶⁰² como límite a la comunicación externa de la ganancialidad⁶⁰³. La doctrina, dando un paso más, aun cuando no existan restricciones específicas a la transmisión entre cónyuges, considera de aplicación las restricciones generales a la transmisibilidad, ya que se considera al cónyuge como un extraño a la sociedad. Se trata de una persona que no es socio, entendiéndose por tal quien no ha participado en la fundación de la sociedad o haya sido admitido posteriormente por los demás socios y, por tanto, ejerce frente a ésta los derechos administrativos y económicos inherentes a su condición, con independencia de que la participación en el capital pertenezca a la sociedad de gananciales⁶⁰⁴.

La cuestión de fondo no deriva de la existencia o no de restricciones a la transmisibilidad entre cónyuges o de si el cónyuge debe considerarse extraño, sino de las consecuencias jurídicas del acto de adjudicación. Pretender que la adjudicación al cónyuge que no figura como socio no implique la aplicación de las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones constituye un exceso pero, igualmente, obviar la propiedad ganancial de las participaciones sociales o de las acciones -aunque la condición de socio sea individual- no soluciona el problema de confluencia entre los intereses de las dos instituciones implicadas (la sociedad de capital y el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales) y ello al no ser adjudicación y transmisión de la titularidad actos totalmente equiparables.

Adjudicar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es declarar que una cosa corresponde a una persona. La adjudicación de las participaciones sociales o de las acciones a nombre del cónyuge no socio supone declarar su titularidad individual de lo que ya le pertenecía antes a través de la sociedad de gananciales de

⁶⁰² La casuística de restricciones a la libertad de transmisión entre cónyuges que se presenta es tan variada como variadas son las cláusulas reguladoras de la transmisión. No obstante, lo habitual es que los estatutos fijen que la transmisión entre cónyuges no es libre, pero sin determinar la forma de proceder en caso de adjudicación en la liquidación de gananciales.

⁶⁰³ VERGEZ SÁNCHEZ, M., *Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo. XIV, vol. 1ºB, Madrid, 1999, pág. 85.

⁶⁰⁴ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., *La Empresa Familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Madrid, 2006.

forma compartida con su cónyuge. La adjudicación es un acto especificativo. Por el contrario, transmitir supone enajenar o ceder la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones, es decir, efectuar un acto dispositivo. Cuando el cónyuge, al que se han adjudicado las participaciones sociales o las acciones, se presenta a la sociedad lo hace como titular, siendo difícil de justificar la aplicación del régimen previsto estatutariamente o el que se recoge en relación con las transmisiones *inter vivos* (art. 107 y 123 LSC).

El Proyecto de Reglamento del Registro Mercantil de 1989, en este sentido, proponía incluir un artículo (113.2) en el que se establecía la no aplicación de las cláusulas restrictivas a los supuestos de adjudicación de acciones por liquidación de la sociedad conyugal. Con este artículo, que desapareció en el Reglamento definitivo⁶⁰⁵, se solucionaría el conflicto planteado entre adjudicación y transmisión de acciones. Ahora bien, la solución, no acogida tampoco en el actual Reglamento del Registro Mercantil es de mayor calado, pues pretende establecer una norma que, aunque se limite a las acciones por esencia de libre transmisibilidad, no considera los distintos ámbitos en que se mueve el socio. Los efectos de la adjudicación no se limitan al estricto ámbito de las relaciones internas entre los cónyuges, sino que afectan a terceros, a las relaciones externas, a las obligaciones, adquiridas por uno de los cónyuges frente a la sociedad y a los demás socios. No se puede regular sin tener en cuenta los efectos que se producen.

Los socios conscientes de que la adjudicación al cónyuge no socio puede producirse e incluso imponerse por resolución judicial, recurren, ante la ausencia de

⁶⁰⁵ La justificación del Dictamen del Consejo de Estado de 19 de diciembre de 1989 para la supresión de este precepto, se apoya en el argumento del Presidente del Consejo General del Notariado, ya que "trata de dar solución a una cuestión propia de derecho privado, acerca de la cual se afirma por la doctrina del Consejo de Estado y de los autores que la Administración carece de potestad reglamentaria". Es cierto, sigue diciendo el Dictamen, "que no puede invocarse un fundamento legal para la versión proyectada de este precepto. El artículo 39.b) de la Ley de Sociedades Anónimas (*vigente en aquel momento*), que se ocupa de los problemas que plantean las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, no dispone nada en torno al efecto de tales restricciones sobre las adjudicaciones de acciones derivadas de la liquidación de la sociedad conyugal. No puede la Administración, ante el silencio de la Ley, imponer ahora una solución de esta cuestión de puro derecho privado".

una norma legal determinante, a la vía de los estatutos como forma de protección de la defensa de los intereses sociales y de los demás socios. Así, en algunas sociedades de capital se prevén cláusulas en las que, a efectos societarios, se equipara a la transmisión la “adjudicación de participaciones sociales a favor del cónyuge de la persona que figure como socio, a consecuencia de la liquidación de su sociedad conyugal, convenida o acordada judicialmente (...)”⁶⁰⁶ o se pacta de forma expresa que el derecho de adquisición preferente pueda ejercitarse respecto de las participaciones sociales y de las acciones que se adjudiquen al cónyuge del socio en la liquidación de la sociedad de gananciales⁶⁰⁷.

No obstante, estas vías que buscan el interés societario dejan de lado el propio interés del socio cónyuge, ya que el ejercicio por un tercer socio del derecho de preferencia conlleva que ambos cónyuges pierdan la condición de socio, lo que provoca la pérdida de la participación en el negocio, hecho que iría en contra de sus intereses económicos y, de forma indirecta, de la propia familia (piénsese en que se ha partido de sociedades instrumentales constituidas por los socios como medio de ejercicio de una profesión o de la explotación de un negocio y como fuente de ingresos de la familia). Se trata de adjudicaciones antieconómicas. Para evitar estas consecuencias se fijan cláusulas estatutarias que, a la vez que evitan la entrada del cónyuge de quien figura como socio, facilitan un derecho de adquisición preferente a favor del socio cónyuge, considerando que no pierde su condición de socio hasta que no se produzca el reconocimiento del tercer adquirente por la sociedad de capital, de forma que se entiende la adjudicación como una forma equivalente a la transmisión de las participaciones sociales y las acciones.

Se ha propuesto, como solución intermedia que las acciones o participaciones sociales adjudicadas al cónyuge sobreviviente se transformen en acciones o

⁶⁰⁶ MARROQUÍN MOCHALES, F. y DE DIEGO MISIEGO, I., “Cláusula estatutaria sobre restricciones a la transmisibilidad de participaciones sociales”, *RdS*, núm. 26, 2006, pág. 379.

⁶⁰⁷ CÁMARA, M. de la, *Curso sobre sociedad de responsabilidad limitada*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998.

participaciones sin voto⁶⁰⁸. Se le excluye así del derecho de voto y se mantienen los derechos económicos. No obstante, ello no impide su participación en la sociedad, pues mantiene derechos como el de asistencia a las juntas generales o el de impugnación de los acuerdos sociales (art. 102 LSC).

Dado que ninguna de las vías propuestas es vía que dé una solución legal de derecho privado a la cuestión planteada –los efectos de la adjudicación al cónyuge no socio de las participaciones sociales o de las acciones no solo frente a los demás socios sino al propio cónyuge-, la solución más lógica y eficaz a la adjudicación de las participaciones sociales o de las acciones al cónyuge no socio, sería hacer extensible la aplicación del artículo 1406.2º Cc al socio cónyuge con su inclusión entre los supuestos de hecho contemplados en el precepto o la fijación en sede de regulación de sociedades de capital de la aplicación de las restricciones a la libre transmisibilidad a la adjudicación al cónyuge no socio.

2. Transmisión *mortis causa* por fallecimiento de uno de los cónyuges

El fallecimiento de uno de los cónyuges supone la apertura de su sucesión (art. 657 Cc) y es causa de disolución del matrimonio (art. 85 Cc), lo que supone la conclusión de la sociedad de gananciales (art. 1392.1º Cc). En ese momento, se produce la apertura de dos procesos: el de sucesión y el de liquidación de la sociedad de gananciales.

2.1. La partición hereditaria y la previa liquidación de la sociedad de gananciales

La apertura de la sucesión, en términos materiales, conlleva la formación de la herencia, integrada por los bienes y derechos del fallecido entre los que se encuentra la cuota ideal que le pertenece en la sociedad de gananciales. Por tanto, el patrimonio

⁶⁰⁸ RODRIGUEZ DÍAZ, I. *La Empresa Familiar...*, *op.cit.*, plantea como solución que “las participaciones del cónyuge sobreviviente se podrían transformar en participaciones sin derecho a voto”. Tal solución lo único que hace es conceder al cónyuge no socio unos derechos económicos, limitando el resto de derechos que conforman la condición de socio.

hereditario no queda delimitado objetivamente hasta el momento en que se produce la liquidación de la sociedad de gananciales; solamente practicada la liquidación, pasarán a la comunidad hereditaria los bienes concretos adjudicados. Es decir, primero se disuelve la sociedad de gananciales y acto seguido se efectúa la partición hereditaria. Se liquida la masa ganancial perteneciente a cada uno de los cónyuges y, posteriormente, se parte la masa hereditaria formada por los bienes gananciales adjudicados al cónyuge fallecido junto a sus propios bienes privativos.

Ahora bien, aunque puedan coexistir en el tiempo la liquidación de gananciales con la partición hereditaria no hay que confundir ésta con aquélla, pues aunque por título hereditario los causahabientes del cónyuge fallecido obtengan su derecho a la mitad de los gananciales, no puede decirse que estos bienes formen parte de la herencia del cónyuge fallecido hasta que no se liquide la sociedad de gananciales, lo que deja indeterminada la herencia. La partición hereditaria exige siempre de otra división patrimonial previa y distinta que es la liquidación de la sociedad legal de gananciales. Se considera por la doctrina que de facto, aunque pueda ser concebida como actividad integrada en el conjunto de operaciones particionales, en sentido estricto, se trata de actos jurídicos distintos e independientes⁶⁰⁹.

Desde el punto de vista procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene dos regulaciones distintas: el procedimiento especial para practicar la partición judicial de la herencia (arts. 782 a 805) cuando no existe acuerdo unánime entre los herederos y los legatarios de parte alícuota; y el procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811) cuando éste ya sea por pacto en capitulaciones matrimoniales ya por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes. Pues bien, la doctrina del Tribunal Supremo es clara declarando la necesidad de la liquidación de la sociedad de gananciales de los cónyuges, como paso previo para dividir la herencia⁶¹⁰, al margen de que se tramiten

⁶⁰⁹ POUS DE LA FLOR, M^a.P. y MORETÓN SANZ, M^a.F., “Comunidad conyugal...”, *op.cit.*, pág. 1419.

⁶¹⁰ SsTS, 1^a, núm. 349/2015, de 23 de junio, y núm. 157/2004, de 26 de febrero. Para un estudio jurisprudencial y doctrinal sobre la naturaleza imperativa de la liquidación de la sociedad de gananciales

los procedimientos de forma conjunta⁶¹¹, si bien excepciona determinados casos en los que las circunstancias concurrentes (como sucede en los casos de heredero único o en los que existe un único bien) permiten identificar el objeto de la partición, en cuyo caso la falta de liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición⁶¹².

La jurisprudencia admite, sin embargo, la acumulación del procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales al de división de la herencia, sobre todo cuando uno o los dos cónyuges han fallecido y hay identidad subjetiva entre las personas interesadas tanto en la liquidación como en la partición⁶¹³. De hecho, cuando la liquidación y la partición se producen de mutuo acuerdo o por el contador partidor se considera lógico que la disolución de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria se produzcan en unidad de acto. Cuando se divide la herencia de un casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, entre las titularidades que integran el caudal relicto se halla su cuota en la sociedad que acaba de disolverse con su muerte, lo cual obliga a dividir y liquidar a la vez las dos comunidades, la conyugal y la hereditaria, cosa que suele hacerse en el mismo instrumento⁶¹⁴.

como acto previo a la partición hereditaria, POUS DE LA FLOR, M^a. P. y MORETÓN SANZ, M^a.F., “Comunidad conyugal...”, *op.cit.*, págs. 1424 ss.

⁶¹¹ “Siendo competencia objetiva del juzgado de instancia y no el de familia, ya que la disolución matrimonial trae causa del fallecimiento de los cónyuges con el nacimiento de la sociedad postganancial al no haberse practicado la liquidación” (POUS DE LA FLOR, M^a. P. y MORETÓN SANZ, M^a.F., “Comunidad conyugal...”, *op.cit.*, pág. 1436).

⁶¹² STS, 1^a, núm. 524/2012, de 18 de julio.

⁶¹³ SAP Alicante, Sección 6^a, núm. 70/2015, de 15 de abril. Los partidarios de la acumulación justifican un tratamiento procesal unitario en la conexión jurídica entre los dos procedimientos. Las acciones de liquidación del régimen económico matrimonial y de partición y adjudicación de bienes hereditarios no son incompatibles por cuanto no se excluyen ni son contrarias entre sí, antes al contrario, el ejercicio de una de las acciones es necesario para realizar las otras y el hecho de posibilitar el conocimiento de estas acciones simultáneamente aporta claros beneficios, tanto de carácter económico como en orden a la agilización en la resolución de los conflictos litigiosos. Acumulación perfectamente aplicable cuando se está ante el fallecimiento de ambos progenitores y siendo los litigantes los únicos herederos, existe una auténtica identidad subjetiva.

⁶¹⁴ En la práctica notarial es habitual formalizar en una única escritura la liquidación de la sociedad de gananciales y a continuación proceder a la partición de la herencia del cónyuge fallecido, realizando un primer inventario con los bienes gananciales y una vez adjudicados, efectuar un segundo inventario, correspondiente a la herencia, en la que se incluyan los bienes que le hayan correspondido.

No obstante, se acumulen los procedimientos o se realicen en unidad de acto, hay que matizar que se trata siempre de dos negocios distintos y heterogéneos relativos a patrimonios diferentes⁶¹⁵ y que se requiere de la previa liquidación de gananciales para efectuar la partición hereditaria.

2.2. Adjudicación de las participaciones sociales y de las acciones

Las acciones y las participaciones sociales del cónyuge socio como bienes integrantes de la masa ganancial se adjudicarán al cónyuge supérstite o a los herederos del fallecido, de la forma que resulte de los procedimientos divisorios, salvo que la muerte del socio se configure como causa estatutaria de disolución⁶¹⁶. Los herederos concurren a la liquidación no a título de coherederos sino ocupando la posición jurídica del cónyuge fallecido, por lo que las disposiciones testamentarias que sobre las acciones o las participaciones sociales haya podido efectuar no tienen ninguna influencia en esta fase. Debe producirse la adjudicación a la comunidad hereditaria del socio fallecido para que las disposiciones testamentarias tengan sus efectos.

La liquidación de la sociedad de gananciales puede dar lugar a distintos escenarios: adjudicación de la totalidad de las participaciones sociales o de las acciones al cónyuge viudo; adjudicación del total de las participaciones sociales o de las acciones a los herederos del fallecido; o la adjudicación de parte de las participaciones sociales o acciones al cónyuge viudo y el resto a la herencia del cónyuge socio. Cada una de estos escenarios tiene efectos societarios distintos según conste reconocida la ganancialidad en la sociedad o solo conste la titularidad individual del cónyuge fallecido. Circunstancia esta última que, aunque determine el legitimado para ejercitar los derechos sociales, no implica que el cónyuge no socio carezca de derechos en la

⁶¹⁵ LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil, V....., op.cit.*, pág. 109.

⁶¹⁶ PERDICES HUETOS, A.B., "Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo IV, Barcelona, 2005, pág. 497.

liquidación de la sociedad de gananciales sobre las participaciones sociales o las acciones, lo que implica su inclusión en el inventario para ser adjudicadas en la forma en que les convenga o resulte del procedimiento de liquidación de gananciales.

Por tanto, las consecuencias del fallecimiento frente a la sociedad de capital van a depender de distintos factores como (i) qué cónyuge es el fallecido, (ii) a quién se adjudican las participaciones sociales o las acciones en la liquidación de gananciales y (iii) la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad entre cónyuges o en la transmisión *mortis causa*.

A) Fallecimiento del cónyuge no socio

Si fallece el cónyuge no socio y las participaciones sociales o las acciones se adjudican en su totalidad en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge socio, la adjudicación no tiene trascendencia en el ámbito societario pues sigue siendo socio el mismo titular legitimado, al que ahora pertenecen las participaciones sociales o las acciones en propiedad a título individual. El socio adjudicatario, en su propio interés y siempre que exista constancia de su estado civil en el libro registro correspondiente, puede solicitar su rectificación en el sentido de que conste su cualidad de viudo.

Distinto es si la adjudicación se efectúa a favor de los herederos del cónyuge fallecido pues, a efectos societarios, la condición de socio se conserva en la persona del cónyuge supérstite. Sin embargo, en virtud de la liquidación de la sociedad de gananciales las participaciones sociales y las acciones han pasado a pertenecer a un nuevo titular. El cónyuge socio que adquirió cuando suscribió o adquirió su participación en la sociedad de capital y el heredero designado testamentariamente y, en su defecto, la comunidad yacente o a la comunidad hereditaria si no se ha procedido a la partición de la herencia o, producida ésta, a aquel o aquellos herederos a que se hayan adjudicado, pasan a ostentar un mejor derecho frente a la sociedad. El cambio de socio se produce en virtud de dos títulos: la escritura o resolución que

liquida la sociedad de gananciales y la posterior escritura de aceptación de herencia o de aceptación y partición de la herencia.

Esta situación, nuevo titular en sustitución de un socio sin que se haya producido una transmisión directa entre ellos, plantea en la sociedad la aplicación de las restricciones existentes frente a terceros ajenos a la sociedad. La regulación societaria de la transmisión mortis causa no es aplicable al no haber fallecido ninguno de los socios que constan en el libro de socios o en el de acciones nominativas, por tanto, no entran en juego las restricciones estatutarias fijadas en virtud de los artículos 110 y 124 LSC. Tampoco es aplicable el régimen de la transmisión forzosa no previsto para las adjudicaciones en la liquidación de sociedad de gananciales sino en procedimientos de ejecución judiciales o administrativos (arts. 109 y 125 LSC). La única vía sería la aplicación analógica del régimen de transmisión *inter vivos*, previsto estatutariamente o en los artículos 107 y 123 LSC.

Se ha de matizar que este problema desaparecería si el heredero designado por el cónyuge fallecido fuese el cónyuge supérstite socio de la sociedad. Se produce un cambio en el título que legitima al socio frente a la sociedad, si bien mantiene su posición. De esta manera, la titularidad basada en la adquisición pasa a ser una titularidad basada en un título hereditario.

B) Fallecimiento del cónyuge socio

La previa liquidación de la sociedad de gananciales tendrá como resultado: la adjudicación de las participaciones sociales o de las acciones al cónyuge supérstite o la adjudicación a la masa hereditaria del cónyuge socio. Si el cónyuge no socio recibe las participaciones en pago de sus gananciales se está ante la misma casuística que cuando se realiza la liquidación por actos *inter vivos* entre los cónyuges, pues aunque la disolución de la sociedad de gananciales se produce por el fallecimiento del socio, el cónyuge no socio no adquiere las participaciones sociales o las acciones por

transmisión *mortis causa* sino por adjudicación. Lo que lleva nuevamente a considerar la aplicación de las restricciones estatutarias a la transmisión⁶¹⁷, fundándose en que al fallecer el socio su cónyuge pierde la vinculación que tenía con la sociedad. Se convierte así en un extraño para la sociedad y, por tanto, son de aplicación las restricciones a la transmisibilidad inter vivos legal o estatutariamente establecidas. Las restricciones estatutarias previstas para la transmisión *mortis causa* (arts. 110 y 124 LCS), serán aplicables, sin embargo, cuando integradas las acciones o las participaciones sociales en la masa hereditaria del socio fallecido se le adjudiquen al cónyuge supérstite o a un tercero a título de heredero o legatario⁶¹⁸.

Nuevamente son los estatutos la vía que permite evitar los conflictos derivados de la interrelación entre ambas normativas. De hecho son habituales las cláusulas que permiten que el cónyuge no socio adquiera tal condición mientras permanezca viudo – sobre todo, en sociedades familiares y sociedades instrumentales del ejercicio de la actividad-, pero con un derecho de rescate a favor de los demás socios que obliga a la transmisión de las participaciones sociales o de las acciones en caso de volver a contraer matrimonio o constituirse en pareja de hecho. Es decir, se produce una transmisión de la participación condicionada a que no se produzcan determinados hechos.

Un sector minoritario de la doctrina, como última solución, ve en la imposición del cónyuge no socio que no comparte el proyecto común o que enrarece la vida social, una posible causa de exclusión por justos motivos⁶¹⁹. Los justos motivos, sin embargo, son de difícil apreciación y siempre quedará sometido a su control judicial.

⁶¹⁷ Supra epígrafe 5.1.

⁶¹⁸ Supra capítulo segundo, epígrafe IV.

⁶¹⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, “La exclusión de socios”, en *Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada*, dir. por C. PAZ-ARES, C., Madrid, 1997, pág. 885 ss.; PERDICES HUETOS, A.B., “Restricciones a la transmisión....”, en *El patrimonio familiar, profesional...., op.cit.*, pág. 513-514.

3. Recapitulación

El ordenamiento jurídico español carece de una norma que concilie los intereses de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada, cuya organización está presidida, en mayor o menor medida, por el elemento personal, con el régimen de liquidación de la sociedad de gananciales cuando el cónyuge ostenta la condición de socio a título individual. Son los estatutos los que a través de cláusulas restrictivas pueden impedir la entrada del cónyuge no socio en la sociedad y regular los efectos de la adjudicación de la liquidación de gananciales.

Por ello, *de lege ferenda*, se deberían regular las consecuencias jurídico-societarias que produce la adjudicación de acciones o de participaciones sociales en la liquidación de la sociedad de gananciales según se produzca a favor de uno u otro de los cónyuges. Dicha norma, debería comprender los efectos societarios que la adjudicación tiene sobre el cónyuge adjudicatario, según ostente la condición de socio o no ostente tal condición en la sociedad, los derechos del resto de los socios y sobre la propia sociedad. Si la ganancialidad consta en la sociedad, la condición de socio pasaría a ostentarla el adjudicatario a título individual. Si las acciones o las participaciones sociales figuran a nombre de uno solo de los cónyuges, el socio no adjudicatario (o sus herederos) tendrían un derecho de rescate sobre las participaciones sociales o las acciones adjudicadas al cónyuge no socio (o a sus herederos), a cambio de su valor razonable en el momento de la adjudicación (que no siempre ha de coincidir con el valor asignado a las participaciones en la liquidación). Los demás socios o la sociedad, en caso de no ejercer el cónyuge a cuyo nombre figuran las acciones o las participaciones sociales sus derechos, tendrían un derecho de adquisición preferente similar, al derecho legal o estatutario, que poseen cuando existen restricciones a la transmisión *inter vivos*.

CONCLUSIONES

I. Las participaciones sociales y las acciones, como bienes patrimoniales, pueden ser objeto de copropiedad.

1. La copropiedad de participaciones sociales o de acciones se encuadra entre los supuestos de comunidad, pues se cumplen los requisitos legales exigidos: un derecho idéntico, la pluralidad de sujetos titulares y una o varias participaciones sociales o acciones adquiridas en *pro indiviso*.

2. Ahora bien, el carácter complejo de las participaciones sociales y de las acciones requiere distinguir entre las dos clases de relaciones existentes en la comunidad: relaciones jurídicas internas entre los copropietarios, y relaciones jurídicas externas o relaciones entre copropietarios y sociedad.

3. Estas relaciones jurídicas, internas y externas, se van a regir por distintos sectores del ordenamiento jurídico, el Derecho patrimonial civil y el Derecho de sociedades de capital.

II. El marco jurídico general en el que se insertan las relaciones internas entre los copropietarios de las participaciones sociales y las acciones es el regulado en el Código civil para las comunidades de bienes (arts. 392 a 406 Cc).

1. En la doctrina se distingue, según el derecho sobre el que recae la pluralidad de titulares, en una clasificación de género a especie, entre cotitularidad (sobre un derecho), comunidad (sobre un derecho real) y copropiedad (sobre el derecho de propiedad). El Código civil, en su artículo 392, establece que hay comunidad cuando la propiedad de un derecho o un bien pertenece *pro indiviso* a varias personas. Por tanto, la comunidad regulada en el Código civil se centra en la copropiedad, también conocida como comunidad ordinaria o condominio.

2. De la regulación del Código civil (artículos 392 a 406) se infiere también que la copropiedad es una relación jurídica objetiva de carácter asociativo y obligatorio. En dicha relación, cada uno de los copropietarios tiene atribuida una cuota de participación que le permite ejercer su derecho de propiedad y las facultades inherentes al mismo. Este sistema de cuotas es el que rige también en países de nuestro entorno como Italia, Francia, Portugal o Alemania.

3. El sistema de cuotas marca la principal diferencia entre la comunidad ordinaria y la comunidad germánica. Esta última se rige por el principio jurídico de “mano común” y no sobre la base individualista que reconoce la autonomía de los comuneros como titulares de su propio derecho. La comunidad germánica constituye una forma de organizar la tenencia de un bien o derecho que pertenece colectivamente a varios titulares, entre los que existe un vínculo personal, sin posibilidad de efectuar una división ideal del derecho entre los titulares.

4. Las cuotas presentan una doble naturaleza: (i) medida de la participación de su titular en los beneficios y cargas de la cosa común (arts. 393 a 395 Cc) y en la adopción de acuerdos para su administración y disfrute (art. 398 Cc); y (ii) objeto evaluable económicamente y transmisible de forma separada al bien común (art. 399 Cc).

5. Los principios rectores de la copropiedad son la igualdad, el principio democrático y la libertad individual. Principios estos que se manifiestan en la forma de actuar de los copropietarios. Los copropietarios actuarán individualmente cuando los actos que realicen sean manifestación del derecho de uso y disfrute del bien común (respetando el derecho de los demás copropietarios) o sean realizados en interés de la copropiedad. Sin embargo, se requiere la concurrencia de la voluntad de los copropietarios cuando se trate de realizar actos de administración (mayoría) o actos de disposición (unanimidad).

6. Los actos que requieren mayoría y los actos que requieren unanimidad no siempre son fáciles de diferenciar. La doctrina ha efectuado distintas clasificaciones y aplicado distintos criterios para distinguir unos actos de otros. Sin embargo, no se puede llegar a una abstracción sobre los actos que comprende cada clase.

Un criterio delimitador importante, a los efectos del ejercicio de derechos de socio, se basa en el término “alteración” (art. 397 Cc). Así, se permite distinguir entre actos de administración y conservación y actos de disposición, según supongan el uso y disfrute de la cosa sin modificar su sustancia o conlleven actuaciones que representen la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o el cambio de la esencia material de la cosa común.

7. El comunero, además de las facultades individuales y concurrentes que tiene mientras permanece en la comunidad, ostenta el derecho a no permanecer en comunidad. Este derecho lo puede manifestar bien enajenando su cuota parte a otro

copropietario o a un tercero con el correspondiente derecho de retracto a favor de los demás copropietarios, o bien solicitando la división de la cosa común con la consecuente extinción de la comunidad.

8. La indivisibilidad jurídica o material del objeto común no impide al copropietario salir de la comunidad. La llamada “división económica” le permite extinguir la comunidad mediante la venta en pública subasta del objeto indivisible y consecuente reparto de lo obtenido entre los copropietarios en relación con su cuota parte.

9. El derecho a la división de la cosa común tiene una excepción legal: la posibilidad de pactar la no división entre los copropietarios (art. 400, segundo párrafo, Cc).

III. El ejercicio de la condición de socio, propio de las relaciones externas de la copropiedad sobre participaciones sociales y acciones, se rige por lo dispuesto en el artículo 126 LSC.

1. La finalidad del legislador con este artículo es regular los aspectos de la relación copropiedad-sociedad con independencia de otros aspectos propios de la organización de la copropiedad. Y lo hace de modo que las normas y disposiciones que, según el título constitutivo o el derecho aplicable, regulen las relaciones internas entre los copropietarios no interfieran en el funcionamiento de la sociedad. Se trata de evitar que problemas internos se trasladen al ámbito de la sociedad, preservando así el interés de la sociedad frente al interés o intereses propios de los copropietarios.

2. Con esa finalidad, el artículo 126 LSC (como sus precedentes en la LSA y en la LSRL) regula las relaciones que inciden sobre la condición de socio mediante dos normas: la designación por los copropietarios de una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y la responsabilidad solidaria de todos los copropietarios frente a la sociedad de cuantas obligaciones se derivan de la condición de socio.

3. La designación del representante común se basa en la unificación subjetiva del ejercicio de los derechos. Se trata de una relación de carácter voluntario, institucional, genérico y duradero. Estos caracteres no permiten asimilarla a la representación voluntaria para asistir a la junta general de la sociedad (arts. 183 y 184 LSC).

4. Los copropietarios, titulares conjuntos de las participaciones sociales y de las acciones, actúan frente a la sociedad siguiendo las reglas de la comunidad y designan a uno solo de ellos o a un tercero como persona legitimada para el ejercicio de los derechos sociales, independientemente de que determinados derechos una vez concretados se puedan adjudicar en relación a la cuota parte de cada uno o según determinen los propios copropietarios.

IV. Junto a la copropiedad descrita, existen otras situaciones en las que concurre una pluralidad de titulares sobre un patrimonio común en el que se integran participaciones sociales o acciones

1. Estas comunidades, formadas por un patrimonio separado al de sus miembros, se caracterizan por la vinculación personal entre ellos a consecuencia de un hecho, acto o negocio jurídico concreto (fallecimiento, matrimonio o divorcio del socio). Se trata de comunidades cuyo patrimonio afecto está adscrito a un fin concreto, lo que permite otorgarles, a determinados efectos, cierta capacidad jurídica.

2. Se distinguen así las comunidades que derivan del fallecimiento del socio o de la adquisición de participaciones sociales o de acciones bajo el régimen de sociedad de gananciales. Son comunidades en las que la autonomía de la voluntad alcanza una importancia especial en cuanto instrumento a través del cual se canalizan los intereses de la sociedad (estatutos sociales), el socio causante de la herencia o los cónyuges (pactos parasociales, protocolos familiares).

Otras instituciones jurídicas se constituyen en torno a la copropiedad (sociedad interna, fondos de inversión), si bien su configuración legal las aleja de esta figura jurídica para dotarlas de características y rasgos propios.

V. Comunidades derivadas de la sucesión hereditaria y del régimen económico matrimonial de sociedad legal de gananciales

1. El socio, para quien la participación en el capital ha constituido su patrimonio y su medio de vida, busca, tras su muerte, conservar la posición societaria. Con esta finalidad, y teniendo en cuenta la libertad que tiene para ordenar su sucesión, empleará los instrumentos jurídicos más eficaces para sus intereses, de forma que le permitan fijar quién o quiénes heredarán la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones (disposiciones testamentarias que permiten concentrar en una persona la titularidad, designación testamentaria de una persona para el ejercicio del derecho de voto, prohibición de división del paquete de participaciones sociales y de acciones) o determinar la forma de ejercer los derechos sociales. Esta libertad de disposición debe respetar, no obstante, las normas de carácter imperativo que el Derecho de sucesiones dicta en protección de los herederos (derechos de los descendientes, legítimas, reservas).

2. Cuando falta la voluntad del testador de adjudicar las participaciones sociales o las acciones pasan a formar parte de la *universitas iuris*. Se integran en el caudal relicto del socio fallecido y su situación dependerá de la fase del proceso sucesorio en que se encuentre la herencia y el derecho hereditario: vocación, delación, aceptación o adjudicación. Fases que, desde un punto de vista objetivo, pueden reducirse a dos:

- (i) desde la vocación y hasta la aceptación de la herencia: las participaciones sociales y las acciones pertenecen a la herencia yacente
- (ii) desde la aceptación y hasta la partición: las participaciones sociales y las acciones pertenecen a la comunidad hereditaria

2.1. La **herencia yacente** es una comunidad que recae sobre una *universitas* constituida por un patrimonio unitario que, a pesar de la falta de un titular, mantiene la cohesión entre todos sus elementos, en interés del futuro titular, pudiendo experimentar dicho patrimonio modificaciones por la realización de hechos o actos jurídicos. Comunidad que, salvo que se produzca la desaparición de la herencia, se extinguirá por la aceptación del heredero o herederos llamados.

2.2. La herencia una vez aceptada se integra en la **comunidad hereditaria**. Al margen de posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica y su proximidad con la comunidad ordinaria, ha de considerarse que se trata de un tipo especial de comunidad cuyas notas caracterizadoras, universal, forzosa, incidental y transitoria, permiten calificarla como comunidad especial.

3. La **sociedad legal de gananciales** constituye un régimen económico matrimonial, en el que se produce la comunicación de bienes, pero que carece de personalidad jurídica. Se caracteriza por la existencia de un patrimonio colectivo dinámico, afecto a las cargas comunes del matrimonio y que responde de las deudas de los cónyuges (solidaria o subsidiariamente). Este patrimonio común o masa ganancial pertenece a ambos cónyuges conjuntamente y es distinto de la masa privativa de bienes de cada uno de los cónyuges.

3.1. Se trata de una comunidad cuya naturaleza jurídica más que de una sociedad o de una comunidad de tipo ordinario o puramente germánico –aunque pueda estar más cercana a ésta- es la de una comunidad especial, nacida de un vínculo matrimonial, que tiene sustantividad propia y cierta apariencia subjetiva funcional frente a terceros.

3.2. El régimen de sociedad legal de gananciales se basa en los principios de cogestión y disposición conjunta de los bienes. Por tanto, cualquier actuación relacionada con los bienes comunes requiere, salvo excepciones previstas, del consentimiento de ambos cónyuges.

3.3. No existe una norma específica que adscriba las participaciones sociales o las acciones a una de las tres masas que conforman la sociedad de gananciales, la masa ganancial o las masas privativas de cada cónyuge. La adscripción se rige por las normas generales establecidas en los arts. 1346 ss. Cc.

3.4. De acuerdo con los criterios de atribución, las participaciones sociales y las acciones serán gananciales siempre que se adquieran, constante matrimonio, con fondos comunes (art. 1347 Cc), salvo en los casos en que se trata de participaciones sociales o de acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas que serán también privativas sin perjuicio del reembolso del importe satisfecho con los fondos comunes (art. 1352 Cc). Con excepción de esta norma de coordinación entre criterios civiles de atribución y el derecho societario de preferencia (art. 304 a 308 LSC), no existe otra norma que conecte normas civiles y societarias.

La regulación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales es, con carácter general, proclive a la ganancialidad.

3.5. No obstante, para fijar el carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales o de las acciones han de tenerse en cuenta, no solo los criterios y presunciones legales, sino también la autonomía de la voluntad manifestada en el momento de la adquisición. Así se puede recurrir al negocio de atribución del carácter privativo o realizar una confesión de privatividad de modo que las participaciones sociales o las acciones se integren en la masa privativa del cónyuge a cuyo nombre se adquirieron.

3.6. Estas normas de atribución y de administración y gestión de las participaciones sociales y de las acciones son exclusivas del régimen de sociedad de gananciales y, por tanto, no aplicables en otros regímenes económicos-matrimoniales o a las parejas o uniones de hecho, que se regirán por las normas del condominio en caso de adquisición conjunta de la participación.

3.7. Disuelta la sociedad de gananciales y antes de que se produzca su liquidación transcurre un período de tiempo durante el cual los bienes y derechos gananciales se mantienen pendientes de adjudicación entre los cónyuges. Así se origina la **comunidad postganancial** que se forma con un patrimonio perteneciente a dos sujetos (los ex cónyuges o el cónyuge supérstite y los herederos del otro), de forma incidental por la disolución del vínculo matrimonial existente entre los cónyuges con una finalidad concreta -la liquidación de un patrimonio común-, y por tanto con carácter transitorio, ya que si persiste el ánimo de mantener la indivisión, desaparece lo esencial de la comunidad postganancial.

VI. De la condición de socio

1. La condición de socio se vincula, cualquiera que sea la forma o el modo de adquirir la propiedad, a la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones y mientras se tenga la propiedad de una sola de ellas.

2. Sin embargo, la Ley matiza que la atribución de la condición de socio se conferirá a quien sea "titular legítimo" de la participación social o de la acción (art. 91 LSC). Para ser titular legítimo no solo es suficiente acreditar ser propietario de la participación social o de la acción, sino que además ha de acreditarse la posesión en virtud de un título que le capacite para ejercitar los derechos frente a la sociedad.

3. Por tanto, para acreditar la copropiedad es necesario demostrar la titularidad conjunta por una pluralidad de sujetos. Acreditación que depende de la forma en que se documente el consentimiento a la asunción, suscripción o adquisición de las participaciones sociales o de las acciones. Este documento acreditativo, en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas cerradas, será el título cuya inscripción en el libro registro de socios o de acciones nominativas, legitimará para ejercer la condición de socio frente a la sociedad.

4. En el libro registro de socios o en el libro registro de acciones nominativas se recogerán los datos identificativos de los copropietarios y las situaciones de comunidad que pueden producirse (situación de yacencia de la herencia; comunidad hereditaria del socio; adquisición para la sociedad de gananciales).

5. Copropiedad. La pluralidad subjetiva, que representa la comunidad, debe asumir la posición jurídica compleja que se deriva de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones. Al ser la condición de socio inescindible -sin perjuicio del posible reconocimiento de determinados derechos a los copropietario de forma individual- y al carecer la copropiedad de personalidad jurídica propia, los copropietarios han de asumir la titularidad de la participación en el capital en su cuota parte y la condición de socio por la totalidad de los derechos y facultades que integran tal condición.

6. Herencia yacente. Durante el período que transcurre desde el fallecimiento hasta la aceptación de la herencia, las participaciones sociales o las acciones son bienes sin titular determinado. Su titularidad pende hasta que no se produzca la aceptación por los llamados a la herencia. La sociedad, en esta situación, no puede reconocer como socio a quien no es titular legítimo ni menos aún a quien no tiene personalidad jurídica (la herencia yacente) para ostentar tal condición.

7. Comunidad hereditaria. Los herederos tienen un derecho abstracto de contenido indeterminado sobre la totalidad de la herencia y no la copropiedad de cada uno de los bienes en concreto, por lo que no pueden ostentar la condición de socios a título individual junto a los demás herederos, sino que tienen que hacerlo a través de la comunidad hereditaria (aunque el Tribunal Supremo llegó a admitir como socio a la propia comunidad).

8. Sociedad de gananciales

8.1. El consentimiento de ambos cónyuges cuando se adquieren participaciones sociales o acciones con fondos comunes constante matrimonio es imprescindible para la validez del acto adquisitivo, cualquiera que sea la forma en que se preste,

expresamente o por asentimiento, aquietamiento o conformidad a la actividad dispositiva efectuada por el otro cónyuge. En consecuencia, al existir consentimiento por ambos cónyuges las participaciones sociales o las acciones serán gananciales con independencia de que la adquisición se haya hecho a título individual.

8.2. El reflejo del consentimiento en el documento adquisitivo es básico frente a la sociedad para reconocer la ganancialidad en la condición de socio:

- (i) Concurrencia de los dos cónyuges o de uno de ellos con poder de representación del otro al otorgamiento de la escritura pública: la voluntad manifiesta de los cónyuges de que exista una titularidad conjunta de la participación en el capital social, conlleva al reconocimiento como socio a la sociedad de gananciales, pero dada su falta de personalidad jurídica esta condición la ostentarían ambos cónyuges.

- (ii) Concurrencia a la celebración del acto adquisitivo de uno de los cónyuges en su propio nombre o ambos adquiriendo cada uno de ellos un porcentaje determinado del capital social, sin hacer mención de su carácter ganancial o que se adquieren para la sociedad de gananciales, constando como máximo el carácter de casados de los adquirentes: la condición de socio se atribuye al titular legítimo, a quien aparece en el título y, si ambos cónyuges aparecen a título individual, los dos serán socios frente a la sociedad por el número de participaciones sociales o de acciones adquirido, aunque éstas sean gananciales, por ser adquiridas bajo este régimen y con fondos comunes (principios de subrogación real y presunción de ganancialidad).

8.3. Distintas teorías doctrinales han intentado justificar el carácter de las participaciones sociales o de las acciones adquiridas con fondos comunes cuando se trata de una participación en sociedades de capital en las que existe vinculación de la condición de socio a un cónyuge. La distinción entre título y derechos patrimoniales, la

distinción de titularidades en la participación o la teoría de la subparticipación en la participación social o en la acción, dan soluciones para justificar la legitimación del cónyuge adquirente para ostentar la condición de socio, si bien no son argumentos suficientes como para alterar la calificación ganancial de las participaciones sociales o de las acciones.

8.4. Lo importante, para el ejercicio de los derechos de socio, es delimitar el alcance de la ganancialidad y el de la legitimidad.

9. Comunidad postganancial. La ganancialidad, tras la disolución de la sociedad de gananciales, se convierte en una pluralidad de titulares –dos-, que han de actuar de forma conjunta y, por tanto, aunque no tengan asignada cuota en la comunidad, deberán ser reconocidos ambos ex cónyuges como socios.

VII. Legitimados para el ejercicio de los derechos de socio

1. Copropiedad

1.1. El representante común es la persona legitimada por los socios copropietarios para ejercer los derechos inherentes a tal condición. Esta designación no produce una escisión de los derechos de la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones ya que la titularidad de los derechos sigue perteneciendo a los copropietarios y se legitima a la persona designada para ejercer los derechos sociales.

1.2. La norma no impone la designación del representante común. Por tanto, si los copropietarios no designan a su representante, la sociedad puede adoptar dos posturas: (i) una postura pasiva, dejando los derechos en suspenso hasta que se produzca la designación; (ii) comunicar a los copropietarios, según los datos que consten en la inscripción correspondiente del libro registro de socios o de acciones nominativas. Ninguna de estas vías está prevista en nuestro ordenamiento, aunque la comunicación podría regularse por vía estatutaria. En el derecho comparado existen

normas específicas que establecen el régimen y la eficacia de las comunicaciones con uno o varios copropietarios.

1.3. El contenido del nombramiento y la forma en que se faculte a la persona designada para ejercer los derechos sociales son los requisitos que marcarán si es necesaria la unanimidad o la mayoría de intereses para designar a la persona ejerciente de los derechos.

- (i) Si se designa a una persona para el ejercicio de los derechos de socio, en nombre de todos los copropietarios que ha de seguir las instrucciones recibidas y consultar a los copropietarios las decisiones a adoptar en las juntas generales, se tratará de un mandatario facultado para que ejerza una tarea específica en nombre de los copropietarios. La designación consiste en un acto de gestión, de mera administración, que no requiere de la decisión unánime de los copropietarios. Esta es la postura mayoritariamente aceptada.

- (ii) Si la designación se efectúa con delegación permanente de facultades sin instrucciones específicas, el representante común actuará como si del propio socio se tratase adoptando las decisiones. En consecuencia, se estará ante un acto que trasciende del acto de administración conservativa o para el mejor disfrute de la cosa y se convierte en un acto con repercusión sobre las facultades de los copropietarios y, por tanto, sería necesario su acuerdo unánime.

1.4. En el nombramiento del representante común intervienen normas civiles y societarias que no confluyen. La designación, revocación y sustitución del representante común están sujetas a las reglas de la copropiedad. Los aspectos del nombramiento relacionados directamente con la sociedad -como los requisitos que ha de cumplir la persona designada, la obligatoriedad o no de su inscripción en el libro

registro o la forma de documentar la representación-, aunque la norma no los regule, pueden disciplinarse mediante cláusulas estatutarias.

1.5. El contenido de la representación de la persona designada se limita a la referencia “a los derechos del socio”, si bien, *de lege ferenda*, convendría que la norma societaria efectuara una regulación de los derechos a que alcanza la designación –o excluyera a los que no alcanza- y las consecuencias que frente a la sociedad tiene la actuación del representante. Así, se podría exigir la necesaria acreditación del sentido del voto del representante para la adopción de acuerdos con repercusión en el valor de la participación social o de la acción o en la posición de socio, como los relativos a la asunción o suscripción preferente, la separación de la sociedad, la asunción de nuevas obligaciones o gravámenes o acuerdos relativos a modificaciones estructurales de la sociedad.

1.6. Mención especial merece el derecho de los socios a impugnar los acuerdos sociales. La impugnación es un derecho que corresponde a la persona legitimada en nombre de todos los copropietarios. Sin embargo, el artículo 206.1 LSC, permite la impugnación por un tercero con interés legítimo sin ningún otro requisito. Este interés es manifiesto en el copropietario en cuanto es copropietario por su cuota parte, lo que le legitima para impugnar aquellos acuerdos que se hayan adoptado en perjuicio de la sociedad o de la comunidad con la anuencia o no del representante común.

2. Herencia yacente y comunidad hereditaria

2.1. Durante el período de yacencia, los **llamados a la herencia** tienen el deber de conservar y administrar provisionalmente la herencia (art. 999.4º), lo que no supondrá su aceptación. En consecuencia, estarán legitimados para ejercer los derechos de asistencia y de voto en las juntas generales o de impugnación de determinados acuerdos, siempre que acrediten su cualidad ante la sociedad. Estos derechos se limitarán por el propio llamado a aquellos derechos que permitan mantener la integridad del paquete de participaciones sociales y de acciones para su titular futuro.

2.2. Albacea designado por el testador

La designación por el socio fallecido en su testamento de un albacea es causa suficiente para su legitimación para el ejercicio de los derechos de socio en interés de los llamados a la herencia o de la comunidad hereditaria frente a la sociedad de capital.

- (i) Si se disponen las facultades expresas para administrar las participaciones sociales y las acciones y actuar frente a la sociedad, es el legitimado para ejercer los derechos de socio en nombre de la herencia yacente o de la comunidad hereditaria.
- (ii) Si el causante no determina las facultades que le corresponden respecto a la herencia, entran en juego las normas reguladoras del albaceazgo. El albacea debe limitar su actuación a tomar las medidas necesarias para la conservación y custodia de los bienes con la intervención de los herederos presentes (art. 902.4º Cc), que han de consistir principalmente en conservar la posición del socio fallecido en la sociedad. Sin embargo, para ejercer otros derechos, como asistir y votar en las juntas de socio, se encontrarían limitados por sus efectos, ya que si se trata de adoptar acuerdos como la disolución, fusión o escisión de la sociedad se estarían realizando actos de disposición y no meros actos conservativos.

2.3. Representante designado por la comunidad hereditaria

2.3.1. Los miembros de la comunidad hereditaria de común acuerdo pueden legitimar para el ejercicio de los derechos de socio a quien estimen oportuno, con aplicación analógica del principio de unificación subjetiva de los derechos del socio en los casos de copropiedad de participaciones sociales y acciones (art. 126 LSC).

2.3.2. No obstante, determinados derechos sociales pueden ser ejercitados por uno solo de los herederos, siempre que actúe en beneficio de toda la comunidad hereditaria, como en la impugnación de acuerdos adoptados por la sociedad, al tener

un interés legítimo y siempre que los efectos aprovechen a los demás herederos (art. 398 Cc).

3. Sociedad de gananciales

3.1. Titularidad societaria y ganancialidad se refieren a dos planos distintos, legitimación para ejercer la condición de socio y pertenencia a ambos cónyuges de las participaciones sociales y de las acciones.

3.2. A efectos societarios, el carácter ganancial de la participación carece de transcendencia, la sociedad atribuye la condición de socio a quien asuma o suscriba las participaciones sociales o las acciones, es decir, a quien demuestre figurar como adquirente en el título adquisitivo.

3.3. Si la titularidad ha sido reconocida a ambos cónyuges, por haber adquirido las participaciones sociales y las acciones conjuntamente, los derechos de socio se ejercerán por el cónyuge nombrado administrador o por un tercero, designado por los cónyuges.

La constancia en los libros sociales de la identidad de ambos cónyuges y su necesaria actuación conjunta respecto a los bienes permitiría defender la actuación indistinta de cualquier de los cónyuges frente a la sociedad, teniendo en cuenta las características de sociedad cerrada de las que se parte, sin necesidad de designación de uno de ellos en concreto para ejercer los derechos de socio.

3.4. Si las participaciones sociales y las acciones gananciales figuran a nombre de uno solo de los cónyuges, el ejercicio de los derechos se ejercita por quien figure como titular de las participaciones sociales o de las acciones.

3.4.1. La legitimación societaria tiene efectos jurídicos frente a terceros, pero las decisiones a adoptar están sujetas a las normas de gestión y coadministración de los bienes gananciales.

3.4.2. La confluencia del régimen jurídico de la condición de socio y de la ganancialidad dista de tener una respuesta coordinada y coherente. El legislador y los tribunales han buscado, en sus respectivos ámbitos, soluciones que permitan compatibilizar o evitar la disociación de las normas.

3.4.3. El artículo 1384 Cc establece en el caso de participaciones sociales una excepción al principio de coadministración, y en el caso de acciones una excepción tanto al principio de coadministración como al de codisposición. Este artículo es una forma de “legitimación especial”, no de derogación, para evitar el necesario consentimiento del otro cónyuge para realizar determinados actos de administración y, en su caso, de disposición.

3.4.4. Otras vías, como la aplicación analógica de la regulación del ejercicio del comercio por persona casada (arts. 6 a 11 C de c) o la constitución de sociedad de gananciales, no justifican la legitimación a un único cónyuge.

3.4.5. La actuación del cónyuge no socio, con relación a la condición de socio, ha de limitarse a las acciones que le corresponden en el ámbito del régimen económico matrimonial.

Frente a la sociedad podría solicitar la rectificación del reconocimiento de la condición de socio o la revocación de la representación en que se basó su consentimiento a la adquisición a título individual. Son éstas soluciones de difícil aplicación y de dudoso resultado.

Por el contrario, la impugnación de los acuerdos sociales adoptados con el voto de su cónyuge en su perjuicio o en el de la sociedad de gananciales se justifica en su actuación como tercero legitimado en la medida en que el acuerdo le afecta. La jurisprudencia menor es vacilante en este sentido.

4. Comunidad postganancial

4.1. Conocida la ganancialidad por la sociedad de capital, se produce la ruptura entre la titularidad que atribuye la legitimación para el ejercicio del derecho de socio y la titularidad declarada. La ganancialidad se convierte en pluralidad de titulares (los dos ex cónyuges) que exige la designación de una representante común (art. 126 LSC). No existe, sin embargo, un criterio uniforme sobre quién es el legitimado para ejercer los derechos sociales.

4.2. Las resoluciones judiciales varían desde las que fijan medidas provisionales durante este período hasta las que permiten la actuación individual del cónyuge no socio, pasando por las que exigen el consentimiento de ambos cónyuges y el nombramiento de un representante común.

4.3. En la práctica, lo habitual es la continuación del ejercicio de los derechos sociales por quien viene actuando frente a la sociedad de capital: cónyuge administrador, representante designado o cónyuge socio titular único de las participaciones sociales o de las acciones.

4.4. La solución podría pasar por (i) determinar la necesaria designación de una persona para el ejercicio de los derechos sociales que tendría que informar al resto de los miembros de la comunidad postganancial o (ii) por mantener la legitimación de quien todavía figura como socio en la sociedad, pero con la fijación de unas obligaciones de información y consulta al otro ex cónyuge o a la comunidad hereditaria

y de unos derechos a favor de éstos si se demuestra desidia, falta de actuación o abuso de su posición en perjuicio de la propia comunidad postganancial.

VIII. Transmisión de la condición de socio

1. Las participaciones sociales o las acciones adquiridas en copropiedad, que pertenecen al caudal relicto del causante o que se suscriben o adquieren por los cónyuges, en nombre propio o para la sociedad de gananciales, suelen ser normalmente participaciones sociales o acciones que pertenecen a sociedades cerradas con un fuerte componente personal y en las que existen cláusulas estatutarias restrictivas a su transmisibilidad.

2. Transmisión de la cuota en la comunidad

2.1. Copropiedad

2.1.1. La transmisión de la cuota parte tiene, con carácter general, un doble efecto derivado de la doble condición de copropietario y socio del enajenante. En el ámbito de la comunidad origina un derecho de rescate a favor de los demás copropietarios, y en el ámbito societario un derecho de adquisición preferente a favor del resto de socios y de la sociedad de acuerdo con el régimen de restricciones a la transmisibilidad *inter vivos* existente en la sociedad de responsabilidad limitada o en la sociedad anónima a la que pertenezcan las participaciones sociales o las acciones nominativas enajenadas.

2.1.2. La aplicación de estos derechos exige tener en cuenta dos factores: la condición del adquirente y el distinto momento en que se produce el derecho. En todo caso, el derecho de rescate como derecho legal de carácter imperativo tendrá preferencia aunque el derecho de adquisición preferente ya haya sido ejercitado.

2.2. Comunidad hereditaria

2.2.1. Durante la yacencia, los llamados a la herencia no tienen ningún derecho sobre el caudal relicto. Su único derecho es un derecho a suceder (*ius delationis*) y, en consecuencia, a aceptar o repudiar la herencia. Por tanto, no pueden disponer de bien o derecho alguno pues todavía no son herederos.

2.2.2. Desde que el heredero acepta la herencia puede disponer del derecho adquirido con la aceptación. Su disposición supone la enajenación de sus derechos hereditarios *in abstracto*, pero no sobre bienes concretos del caudal relicto. Así, la disposición de este derecho no supone la transmisión de las participaciones sociales o las acciones que forman parte de ese caudal, sino que siguen perteneciendo a la comunidad hereditaria. No se origina ningún derecho de adquisición preferente a favor de los socios o de la sociedad.

2.2.3. Surge un derecho de retracto entre coherederos de forma que los demás herederos pueden subrogarse en la posición del tercero adquirente de la cuota hereditaria (art. 1067 Cc).

2.3. Sociedad de gananciales. En la sociedad de gananciales no existen cuotas. Los cónyuges, por el propio principio rector de la sociedad, no pueden salir de la comunidad hasta que no se disuelve la sociedad de gananciales. Situación extensiva hasta su liquidación.

3. Transmisión de las participaciones sociales o de las acciones

3.1. Copropiedad

La transmisión de las participaciones sociales y de las acciones que pertenecen en común a varias personas se ha de efectuar con el consentimiento de todos los copropietarios. La transmisión es válida y produce plenos efectos, lo que origina el

nacimiento del derecho de adquisición preferente derivado de la existencia de cláusulas restrictivas a la transmisibilidad.

Si el bien se enajena por uno solo de los copropietarios tendrá efectos para el vendedor, que alcanzará, en todo caso, a su cuota parte, aunque carezca de efectos reales. En este caso, también podrán ejercerse los derechos de adquisición preferente por el resto de socios o por la sociedad.

3.2. Comunidad hereditaria

La disposición de las participaciones sociales y de las acciones, con el acuerdo unánime de todos los miembros de la comunidad, produce una transmisión de la comunidad hereditaria a un tercero que tiene como consecuencia un cambio de titularidad en los socios de la sociedad correspondiente. Esta transmisión no da lugar al derecho de retracto entre herederos pues la comunidad hereditaria sobre ese bien concreto desaparece. En cambio, si la transmisión se produce a un extraño a la sociedad de capital, los socios o la propia sociedad tienen un derecho legal o convencional de adquisición preferente, pues la transmisión es una transmisión *inter vivos* y no *mortis causa*.

3.3. Sociedades de gananciales

3.3.1. La enajenación de las participaciones sociales y de las acciones gananciales requiere, con carácter general, del consentimiento de ambos cónyuges para proceder a su transmisión. Ahora bien, el artículo 1384 Cc excepciona de la cogestión, además de los actos de administración, los actos de disposición de los títulos valores. En estos casos, las acciones documentadas en títulos nominativos se pueden enajenar por el socio sin contar con el consentimiento de su cónyuge. La transmisión producirá efectos frente a terceros, aunque el cónyuge no socio no esté de acuerdo con esa transmisión.

3.3.2. Esta transmisión, como transmisión *inter vivos* frente a un tercero, origina el derecho de suscripción preferente a favor del resto de los socios o, en su caso, de la propia sociedad.

3.4. Sociedad postganancial

3.4.1. Producida la disolución de la sociedad de gananciales, la masa patrimonial pasa a pertenecer a ambos ex cónyuges, de forma que ninguno de ellos ostenta una titularidad concreta sobre las participaciones sociales y las acciones. Pues bien, si se produce una transmisión es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, dejando de tener efecto el artículo 1384 Cc.

3.4.2. De igual forma, se produce, en caso de transmisión a un tercero, un derecho de adquisición preferente a favor del resto de los socios o, en su caso, de la propia sociedad.

IX. Extinción de la comunidad

1. La participación social y la acción han de ser consideradas cosa indivisible a los efectos de división de la cosa común (art. 404 Cc) y de partición de la herencia (art. 1051 y 1052 Cc). Sin embargo, hay que señalar que si la copropiedad recae no sobre una participación social o una acción, sino sobre un paquete de ellas, sería posible la división mediante la división de cosa común o de división de herencia.

2. Copropiedad. División de la cosa común

2.1. Todo copropietario tiene un derecho incondicional, irrenunciable e imprescriptible a salir de la indivisión, salvo que exista pactada o impuesta una prohibición de división (art. 400, párr. segundo).

2.2. La divisibilidad jurídica permite la distribución del paquete de participaciones sociales o de acciones entre todos los copropietarios, mientras que la división “económica” es una operación de venta en pública subasta con reparto del importe obtenido entre los copropietarios.

2.3. Se producen dos situaciones: una primera, en la que los copropietarios cambian su situación de socios en una cuota parte por titulares exclusivos de un número determinado de participaciones sociales y de acciones, mientras que, en el segundo caso, se produce un cambio de titularidad apareciendo un socio extraño a la propiedad sociedad. En este último caso se originaría el derecho de adquisición preferente a favor del resto de socios o de la sociedad.

3. Comunidad hereditaria

3.1. Cuando una cosa es indivisible o desmerece mucho con su división, podrá adjudicarse a uno siempre que abone a los otros el exceso en dinero. Ahora bien, si uno pide su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, deberá procederse a su transmisión (art. 1062 Cc).

3.2. Extinción de la indivisión impuesta por el socio fallecido o por los herederos sobre el paquete de participaciones sociales o de acciones

3.2.1. En el respeto al derecho de los herederos a no permanecer en ningún tipo de indivisión, el legislador prevé la división siempre que se produzcan las causas por las que se extingue la sociedad (art. 1051, fine y, por remisión, art. 1700 Cc). Si bien, solo la causa basada en la voluntad de cualquiera de los herederos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707 Cc, le permite levantar la prohibición. La voluntad o renuncia de cualquiera de los herederos requiere ser hecha de buena fe y ponerse en conocimiento de los demás cuando se ha hecho por tiempo indeterminado (art. 1705 Cc), reputándose mala fe cuando al manifestar la voluntad se propone

apropiarse para sí del provecho que debía ser común (art. 1706 Cc). Si la indivisión está pactada por tiempo determinado, solo podrá alegarse justo motivo.

3.3. Partición hereditaria de la comunidad hereditaria sobre participaciones sociales o sobre acciones

3.3.1. La partición produce un doble efecto, la extinción de la comunidad hereditaria y la adjudicación de los bienes hereditarios (art. 1052).

3.3.2. Alguno de los herederos (el que ya es socio o ha trabajado o dirigido la sociedad) puede invocar la posibilidad de que se le adjudique el paquete de participaciones sociales o de acciones, si una vez dividido pierde su esencia y desmerece su importancia en la sociedad (1056 Cc). En principio, la aplicación de la indivisibilidad material de este precepto cuando existe más de una participación social o de una acción podría ser causa de objeción. Ahora bien, se podría alegar que la división del paquete de participaciones sociales o de acciones, al tratarse de un porcentaje de control, puede repercutir en el funcionamiento de la sociedad al disgregarse la unidad de decisión, máxime cuando existen discrepancias entre los herederos. Se trataría de una cuestión de hecho que requiere la apreciación conjunta de las circunstancias concurrentes y de una interpretación del artículo 1062 Cc. integrada por el espíritu del artículo 1056 Cc.

3.3.3. Una vez producida la partición, dependiendo de la forma y de la configuración de la sociedad de capital, los demás socios sobrevivientes al causante tendrán un derecho de rescate atendiendo a las normas societarias de transmisión *mortis causa* (art. 110 y 124 LSC).

La sucesión por causa de muerte es un mecanismo transmisivo indisponible por las partes. Una vez que la participación social ha entrado a formar parte de la herencia del socio causante, la misma se transmite ex lege a sus causahabientes (art. 657 y 661 Cc). Eso supone que los socios ni pueden impedir la transmisión ni adquirir con

preferencia a herederos o legatarios. El medio que puede utilizarse para aplicar la restricción a la transmisión es la cláusula de rescate.

La compatibilidad entre la regulación de la sucesión (por ley o mediante disposiciones testamentarias) y las restricciones a la libre transmisibilidad impuestas estatutariamente exige determinar, a efectos societarios, si la adquisición por el heredero en virtud de la sucesión y la transmisión derivada del ejercicio del derecho de rescate son actos independientes o se trata de una única transmisión.

Existe una doble transmisión, del fallecido a sus causahabientes y una segunda transmisión, en caso de ejercerse el derecho de rescate. Lo dispuesto por el causante o la aplicación del régimen de legítimas no resulta puesto en cuestión, lo único que sucede es que se produce una sustitución de bienes, las participaciones por el valor de rescate.

La transmisión de las participaciones sociales y de las acciones al heredero o a la comunidad hereditaria se produce aunque solo sea de forma temporal, pues existe la posibilidad de que se vean obligados a efectuar la transmisión de las participaciones sociales o de las acciones heredadas a favor de los socios o de la sociedad que ejerzan el derecho de adquisición o rescate. La sucesión en la titularidad se produce aunque el bien –la participación en el capital social- se vea sustituido por el precio del rescate societario.

4. Liquidación de la sociedad de gananciales. Extinción de la comunidad postganancial

4.1. Participaciones sociales y acciones gananciales reconocidas en la sociedad de capital

4.1.1. Siempre que no haya restricciones a la libre transmisibilidad entre cónyuges, la adjudicación a uno de los cónyuges de las participaciones sociales y de las acciones al liquidar la sociedad de gananciales produce una modificación en su régimen de propiedad pero no en su régimen societario. Se pasa de la titularidad compartida a la propiedad exclusiva de los cónyuges, de cada uno en un determinado número de participaciones sociales o de acciones o de ambos en régimen de cotitularidad. Los demás socios no podrán invocar su derecho de preferencia derivado de las restricciones a la transmisibilidad, pues no se produce un cambio de socios.

4.1.2. El cambio de titularidad también se produce de forma automática con la comunicación de la adjudicación si ambos cónyuges son socios a título personal de un determinado número de participaciones o acciones. Si existen restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad entre cónyuges no serían de aplicación, ya que la adjudicación a uno de las participaciones sociales o de las acciones a nombre del otro no supondría la entrada de un tercero en la sociedad, sino que se mantendrían los mismos socios. Se trataría, por tanto, de una transmisión libre entre socios (ex art. 107.1 LSC, salvo pacto en contrario).

4.1.3. Si la liquidación es consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, la adjudicación total al cónyuge superviviente de las acciones o de las participaciones sociales a nombre solo de uno de los cónyuges cuando se ha admitido por el resto de los socios su carácter ganancial, no supone tampoco un cambio cualitativo en la condición y cualidad de socio. El efecto que se produce en la sociedad es la modificación de la causa de la titularidad en el libro registro de acciones nominativas o en el libro registro de socios. Se ha de reflejar la propiedad única de quien ya tenía reconocida la condición de socio conjuntamente con su cónyuge.

4.1.4. Supuesto distinto es que la adjudicación al cónyuge superviviente sea parcial. La repercusión y los efectos en la sociedad son distintos si las acciones o las participaciones sociales se atribuyen por mitad (o en cualquier otra proporción) al

cónyuge supérstite y a la comunidad hereditaria del cónyuge fallecido. La sociedad procederá únicamente al cambio de la titularidad en sus libros por la parte de las participaciones sociales o de las acciones adjudicada al cónyuge supérstite. Por la parte adjudicada a la comunidad hereditaria del cónyuge fallecido –o en caso de adjudicación total de las acciones o de las participaciones sociales-, se aplicarán, en caso de existir, las restricciones estatutarias previstas en la transmisión mortis-causa de las participaciones sociales y de las acciones (arts. 110 y 124 LSC).

4.2. Participaciones sociales y acciones a nombre de uno solo de los cónyuges

4.2.1. Hay que destacar que las distintas teorías sobre el carácter de las participaciones sociales y las acciones que figuran a nombre de un solo cónyuge adquiridas con fondos gananciales cuando en la sociedad de capital existen restricciones estatutarias a su transmisión, influirán en la adjudicación teniendo en cuenta las premisas de las que parten: inclusión o exclusión en la masa ganancial, inclusión del bien *in natura* o solo de su valor económico.

4.2.2. Sin embargo, reconocida o declarada judicialmente la ganancialidad, las participaciones sociales y las acciones deben integrarse en la masa liquidable y son susceptibles de ser adjudicadas indistintamente a cualquiera de los cónyuges.

4.2.3. Transmisión por actos *inter vivos* entre los cónyuges

4.2.3.1. La doctrina considera la aplicación analógica del artículo 1406.2º Cc a la adjudicación al cónyuge socio cuando se trate de porcentajes dominantes, dada la importancia de conservar la dirección o el control de la empresa. La jurisprudencia, sin embargo, no es uniforme.

4.2.3.2. La existencia de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales y de las acciones debería ser razón suficiente para su

adjudicación al cónyuge socio. Estas restricciones suponen una limitación a los efectos de la ganancialidad.

Dos supuestos que se pueden plantear: (i) que rija la libre transmisibilidad entre cónyuges (arts. 107 y 123 LSC) y (ii) que existan cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión entre cónyuges. En el primer supuesto, al ser libre la transmisión entre cónyuges, se cambiará el titular en el libro registro de acciones nominativas o de socios; en el segundo caso, la sustitución de un cónyuge por otro supone una alteración subjetiva que es supuesto de hecho para la aplicación de las cláusulas restrictivas establecidas estatutariamente como límite a la comunicación externa de la ganancialidad.

La cuestión de fondo no deriva de la existencia o no de restricciones a la transmisibilidad entre cónyuges o de si el cónyuge debe considerarse tercero o extraño, sino de las consecuencias jurídicas de la trascendencia del acto de adjudicación.

La adjudicación es un acto especificativo. Por el contrario, transmitir supone enajenar o ceder la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones, es decir, efectuar un acto dispositivo. Cuando el cónyuge, al que se han adjudicado las participaciones sociales o las acciones, se presenta a la sociedad lo hace como titular, siendo difícil de justificar la aplicación del régimen previsto estatutariamente o el que se recoge en relación con las transmisiones *inter vivos* (art. 107 y 123 LSC).

Para evitar estas consecuencias se suelen fijar cláusulas estatutarias que, a la vez que evitan la entrada del cónyuge de quien figura como socio, facilitan un derecho de adquisición preferente a favor del socio cónyuge, considerando que no pierde su condición de socio hasta que no se produzca el reconocimiento del tercer adquirente por la sociedad de capital, de forma que se entiende la adjudicación como una forma equivalente a la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales y las acciones.

4.2.4. Transmisión *mortis causa* por fallecimiento de uno de los cónyuges

4.2.4.1. El fallecimiento de uno de los cónyuges supone la apertura de su sucesión (art. 657 Cc) y es causa de disolución del matrimonio (art. 85 Cc), lo que supone la conclusión de la sociedad de gananciales (art. 1392.1º Cc). En ese momento, se produce la apertura de dos procesos: el de sucesión y el de liquidación de la sociedad de gananciales.

4.2.4.2. Las participaciones sociales y las acciones del cónyuge socio como bienes integrantes de la masa ganancial se adjudicarán al cónyuge supérstite o a los herederos del fallecido, de la forma que resulte de los procedimientos divisorios. Los herederos concurren a la liquidación de gananciales no a título de coherederos, sino ocupando la posición jurídica del cónyuge fallecido, por lo que las disposiciones testamentarias que sobre las participaciones sociales o las acciones haya podido efectuar no tienen ninguna influencia en esta fase. Debe producirse la adjudicación a la comunidad hereditaria del socio fallecido para que las disposiciones testamentarias tengan sus efectos.

A) Fallecimiento del cónyuge no socio

4.2.4.3. Si fallece el cónyuge no socio y las participaciones sociales o las acciones se adjudican en su totalidad en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge socio, la adjudicación no tiene trascendencia en el ámbito societario pues sigue siendo socio el mismo titular legitimado, al que ahora pertenecen las participaciones sociales o las acciones en propiedad a título individual. El socio adjudicatario, en su propio interés y siempre que exista constancia de su estado civil en el libro registro correspondiente, puede solicitar su rectificación en el sentido de que conste su cualidad de viudo.

4.2.4.4. La adjudicación se efectúa a favor de los herederos del cónyuge fallecido. Como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, el nuevo titular de las participaciones sociales y de las acciones es la comunidad hereditaria del cónyuge fallecido.

Esta situación, nuevo titular en sustitución de un socio sin que se haya producido una transmisión directa entre ellos, plantea en la sociedad la aplicación de las restricciones existentes frente a terceros ajenos a la sociedad. La regulación societaria de la transmisión *mortis causa* no es aplicable al no haber fallecido ninguno de los socios que constan en el libro de socios o en el de acciones nominativas, por tanto, no entran en juego las restricciones estatutarias fijadas en virtud de los artículos 110 y 124 LSC. Tampoco es aplicable el régimen de la transmisión forzosa no previsto para las adjudicaciones en la liquidación de sociedad de gananciales, sino en procedimientos de ejecución judiciales o administrativos (arts. 109 y 125 LSC). La única vía sería la aplicación analógica del régimen de transmisión *inter vivos*, previsto estatutariamente o en los artículos 107 y 123 LSC.

B) Fallecimiento del cónyuge socio

4.2.4.5. Si el cónyuge no socio recibe las participaciones en pago de sus gananciales se está ante la misma casuística que cuando se realiza la liquidación por actos *inter vivos* entre los cónyuges, pues aunque la disolución de la sociedad de gananciales se produce por el fallecimiento del socio, el cónyuge no socio no adquiere las participaciones sociales o las acciones por transmisión *mortis causa* sino por adjudicación.

Deben aplicarse las restricciones estatutarias a la transmisión, fundándose en que al fallecer el socio su cónyuge pierde la vinculación que tenía con la sociedad. Se convierte así en un extraño para la sociedad y, por tanto, son de aplicación las restricciones a la transmisibilidad *inter vivos* legal o estatutariamente establecidas.

Las restricciones estatutarias previstas para la transmisión mortis causa (arts. 110 y 124 LCS), serán aplicables, sin embargo, cuando integradas las acciones o las participaciones sociales en la masa hereditaria del socio fallecido se le adjudiquen al cónyuge supérstite o a un tercero a título de heredero o legatario.

X. Reflexiones finales

1.- En la sociedad de capital participan comunidades que se rigen por unas reglas específicas, pero que se encuentran sujetas al régimen societario previsto, con carácter general, para la copropiedad de participaciones sociales y de acciones. En estas comunidades se diferencian dos ámbitos distintos de actuación: las relaciones sociedad-comunidad y las relaciones internas entre sus miembros. En las primeras (relaciones externas) regirá la normativa societaria y en las segundas (relaciones internas), la normativa rectora de la institución jurídica correspondiente: el derecho patrimonial, el derecho de sucesiones o el régimen económico del matrimonio.

2.- La separación de los ámbitos (societario y civil) en las comunidades hereditarias o en el régimen de la sociedad de gananciales no es tan clara como en la copropiedad ordinaria; la línea divisoria entre unas normas y otras se difumina en relación con el ejercicio de determinados derechos sociales. Hay que tener en cuenta que, en la relación jurídica existente, los sucesores o los cónyuges son titulares de un derecho de propiedad indeterminado sobre la totalidad de un patrimonio, pero no se pueden considerar propietarios a título personal o copropietarios de las participaciones sociales o de las acciones hasta que no se produzca la liquidación de la comunidad correspondiente.

3.- A la vista de la regulación de esas comunidades, diferente a la de la copropiedad ordinaria, se constata que la aplicación de las normas societarias a las mismas se vuelve más compleja. Prueba de la dificultad de hacer converger ambas normativas y de la sensibilidad sobre los conflictos que ello provoca es la práctica habitual de recurrir a la autonomía de la voluntad para buscar vías que compatibilicen ambas realidades.

4.- En el mismo sentido, la jurisprudencia y la doctrina registral y notarial han adquirido especial relevancia cumpliendo la función de complemento que le asigna el legislador (art. 1.6 Cc), aunque han ido modulando las soluciones, de forma diferente, según los intereses y supuestos de hecho planteados.

5. La verdadera cuestión que subyace en este tipo de comunidades no es tanto la justificación de la titularidad, como la distribución de facultades, derechos y deberes entre los distintos sujetos que integran dichas comunidades respecto a los bienes que configuran el patrimonio y, en concreto, el ejercicio de la condición de socio inherente a las participaciones sociales y a las acciones.

6. Por ello, al tratar sobre la materia, se incide en algunos puntos que se presentan con mayor oscuridad, especialmente en lo concerniente a la aplicación práctica de la figura. Se ha puesto de manifiesto la problemática jurídica planteada en la copropiedad de participaciones sociales y acciones y, en concreto, cuando pertenecen a comunidades especiales como las comunidades hereditarias, la sociedad de gananciales o la comunidad postganancial. Del análisis detallado de la vigente regulación sobre los temas tratados y de los problemas que se presentan en su aplicación, cabe concluir que sería de interés para reformas legislativas futuras:

- Efectuar un desarrollo de las normas reguladoras de la copropiedad de participaciones sociales y acciones, incluyendo aspectos como la eficacia de las comunicaciones con los copropietarios cuando no se designe a un representante común; o la delimitación de un contenido acorde con la figura del representante común, excluyendo actos que supongan una modificación, gravamen o extinción de la posición del socio y puedan llegar a privar de facultades a los propios copropietarios.

- Contemplar el régimen jurídico de las participaciones sociales o de las acciones durante la yacencia de la herencia del socio fallecido, de forma que no se impida un normal funcionamiento de la sociedad (suspensión de los derechos mientras permanezca la yacencia o reconocimiento al llamado a la herencia de facultades en defensa de la posición societaria del socio fallecido).

- Fijar la condición de socio en el cónyuge a cuyo nombre figuren las participaciones sociales y las acciones y establecer un derecho a favor del cónyuge no socio que permita actuar frente a la sociedad cuando la actitud del cónyuge socio perjudique a la sociedad de gananciales. Así, se podría ejercer el derecho de preferencia en los aumentos de capital si el cónyuge socio no lo ejercitase.

- Establecer un punto de conexión en materia de liquidación de gananciales, para los casos de adjudicación al cónyuge no socio en sociedades cerradas. Piénsese, por ejemplo, en un derecho de preferencia a modo de las normas recogidas, a sus propios efectos y en sede civil, en el artículo 1406 Cc o en la norma de coordinación del artículo 1352 Cc.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV:

- *Comunidad de bienes y sociedad civil*, dir. por M.A. PARRA LUCAN y coord. por I. TENA PAZUELO, Valencia, 2017
- *The EU Succession Regulation. A Commentary*, dir. por A-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H-P. MANSEL, Cambridge 2016
- *Bienes en común*, dir. por S. NASARRE AZNAR, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- *Comunidad de bienes*, coord. por REYES LÓPEZ, M^a.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- *Patrimonio conyugal: los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación. Capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio*, en Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II, Derecho de Familia, Madrid, 2012.
- *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRÁN, 2 t., Cizur-Menor (Navarra), 2011.
- *Régimen jurídico de los mercado de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, coord. por F. URÍA, Madrid, 2007.
- *Derecho de sociedades*. Congreso UNIJÉS, 2007, Barcelona, 2007.
- *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2006.
- *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, 7 t., coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005.
- *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J.M. DELGADO DE MIGUEL, Civitas, Madrid, 2004.
- *Tratado de Derecho Mercantil*, dir. por OLIVENCIA, FERNÁNDEZ NOVOA y JIMÉNEZ DE PARGA y coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Madrid-Barcelona, 2004.
- *Commentario breve al Codice civile*, dir. por G. CIAN y TRABUCCHI, A., Padova, 2002.

- *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por I. ARROYO y J.M. EMBID, 2 vols., Madrid, 2001.
- *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Madrid, 1999.
- *Curso de Derecho Mercantil, I*, dir. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, Madrid, 1999.
- *La sociedad de responsabilidad limitada*, coord. por U. NIETO CAROL, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1998.
- *Tratando de la sociedad Limitada*, coord. por C. PAZ-ARES, Madrid, 1997
- *Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.
- *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, tomo II Sociedades Mercantiles*, coord. por J.L. IGLESIAS PRADA, Civitas, Madrid, 1996.
- *La Sociedad de Responsabilidad Limitada, I*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995
- *Comentario del Código Civil, 2 t.*, dir. por R. BERCOVITZ, L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y P. SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO
- *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, voz “comunione”, Milano, 1961, pág. 247 ss.

ABELLA RUBIO, J.M., *La división de la cosa común en el Código civil*, Madrid, 2012.

ABELLÁ RUBIO, J.M. y OSTOS MOTA, M.J., “Extinción de la comunidad de gananciales”, en *Comunidad de Gananciales, Cuestiones prácticas y actuales*, coord. por X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y M.B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Madrid, 2016, págs. 331 y ss.

AGUILERA DE LA SIERRA, T.: *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil, III. Derecho de bienes*, Barcelona, 2002

- *Curso de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, Barcelona, 2002
- *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004

ALBARIAN, A., “Les régimes matrimoniaux en droit français”, en A. BONOMI y M. STEINER, Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit International privé. Actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005, Ginebra, 2006, págs. 119 ss.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte”, en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs.581 ss.

ALBORCH BATALLER, C., El derecho de voto del accionista (Supuestos especiales), Madrid, 1977.

ALFARO, J. y CAMPINS, A.: “El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia, Otrosí, núm. 5, enero-marzo 2011, págs. 19-26.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La exclusión de socios”, en Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada, dir. por C. PAZ-ARES, C., Madrid, 1997, pág. 885 ss.

- “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, InDret. Revista para el análisis del Derecho, 4/2005 (octubre).

ALONSO ESPINOSA, F.J.: “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (Aspectos generales)”, RdS, núm. 4, 1995, págs. 15 a 30.

- “La Sociedad de Responsabilidad Limitada, ¿corporación personalizable?”, RdS, núm. 7, 1996, págs. 31-48.

ALONSO PÉREZ, M.T., “Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009”, Revista Crítica de Derecho Civil, núm. 82/2010 (RJ 2008, 4233 Aranzadi).

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J.: “Pasado y futuro del albaceazgo”, RJN, núm. XII, extraordinario 2012, págs. 11 ss.

ANDERSON, M., “El régimen económico matrimonial”, en Derecho de Familia, coord. por C. VILLAGRASA ALCAIDE, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 179-215.

ANELI, F., y SESTA, M., Regime patrimoniale Della famiglia, en *Trattato di Diritto di famiglia* dir. por P. ZATTI, vol. 3, Milano, 2012

ARPIO SANTACRUZ, J. “La falta de personalidad jurídica en Sociedades y Comunidades de Bienes”, Comunidad de Bienes y Sociedad Civil, dir. por M.A. PARRA LUCÁN y coord. por I. TENA PIAZUELO, Valencia, 2017, págs. 199 a 245.

ARROYO APARICIO, A., Sociedades Mercantiles, tomo I, Sociedades Anónimas, Cizur-Menor (Navarra), 2008.

ARRIOLA ARANA, J.M^a.: “Titularidad sucesoria en la Empresa Familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 753 ss.

ATIENZA NAVARRO, M.L., “Venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás”, en *Comunidad de bienes*, dir. por REYES LÓPEZ, M.J., Valencia, 2014, págs. 255 a 276.

AVILÉS GARCÍA, J.: “El artículo 1384 del Código Civil y la Sociedad de gananciales”, en *La Ley*, núm. 2898, 17 de diciembre de 1991.

BADENAS CARPIO, J.M.: “Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar”, en *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 2001, tomo 3, ref. XXXII (La Ley 17228/2001).

BAENA BAENA, P.J.: *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (de la junta general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa)*, Madrid-Barcelona, 2006.

BARBA DE VEGA, J.: *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984.

- “Régimen de las participaciones sociales”, en *La sociedad de responsabilidad limitada*, coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur-Menor (Navarra), 2006, págs. 263 ss.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005.

BARRIO GALLARDO, A.: *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*, Madrid, 2007.

BAYONA GIMÉNEZ, J.J.: *Tributación de la comunidad de bienes*, Madrid, 1997.

BEAUS CODES, A.: “Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 noviembre de 1982”, en *AAMN*, tomo XXVI (vlex-233213).

BELLO JANEIRO, D.: “Aumento de capital en la sociedad anónima y la sociedad de gananciales: derechos del cónyuge no accionista”, *Dereito: Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1993, vol. 2, núm. 1, págs. 255-304.

BELTRÁN, E.: *Los dividendos pasivos*, Civitas, Madrid, 1988.

- Responsabilidad en la transmisión de acciones no liberadas (comentario art. 85 LSC), en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRÁN, Cizur-Menor (Navarra), 2011, págs. 730-734.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en Derecho Español*, Madrid, 1954, págs. 24 ss.

BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los fondos y planes de pensiones*, Madrid, 2008.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A.: “Impugnación de acuerdos sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur-Menor (Navarra), 2006.

- “Noción y características de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur-Menor (Navarra), 2006, pág. 85 ss.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Navarra, 2003.

- “Derechos inherentes a la persona: despachos profesionales y concesiones administrativas y sociedad de gananciales”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 1051-1106.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S.: “Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005”, *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, 11/2011 (BIB 2010/2217).

BLANCO GARCÍA, J.M.R.A. del: “La problemática de las sucesiones transfronterizas en Europa”, *Crónica Tributaria*, núm. 151/2014, págs. 115 a 145.

BLANQUER UBEROS, R.: “La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el día 25 de febrero de 1982”, en *AAMN*, tomo XXV, 1982 (vLex-233220).

BONOMI, A. y STEINER, M., *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit International privé, Actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Ginebra, 2006.

BOUCHARD, Ch. y LAFLAMME, L.: “La derive de l’indivision vers la société: quand l’indivision se conjugue avec la société”, en (2000) 30 *R.D.U.S.*, págs. 318 a 349.

BUONOCORE VINCENZO, *Le situazioni soggettive dell’azionista*, Napoli, 1960.

BRUNETI, A., *Tratatto del diritto delle società*” (traducido por F. SOLÁ CAÑIZARES), Milán, 1948-1950.

CADARSO PALAU, J.: *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la: "Comentarios al Anteproyecto del Código de Sociedades Mercantiles", en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL, tomo VI, Mercantil, vol. 2º, Derecho de Sociedades. Parte Especial (I), Madrid, 2004 y tomo VI. Mercantil, vol. 5ª, Derecho Mercantil Especial, Madrid, 2005, págs. 17 a 194.

- *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1998.

- *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1977.

- "Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1975, págs. 295 a 364.

CAMPUZANO, A.B.: Comentario artículo 93, en *Comentario a la ley de sociedades de capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRÁN, Cizur-Menor (Navarra), 2011, págs. 788 a 799.

CANTERIO NÚÑEZ, F.J.: "Uniones de Hecho", en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL, tomo IV, *Familia*, vol. 1º, Madrid, 2001, págs. 269 a 488.

CARUANA FONT DE MORA, G., "La comunidad hereditaria", en *Comunidad de Bienes*, coord. por M.Jª. REYES LÓPEZ, Valencia, 2014, pág. 417-442.

CASTRO SÁENZ, A., *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Universidad de Sevilla, 1998.

COCA PAYERAS, M.: voz "Herencia yacente (Derecho civil)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, págs. 3310-3311.

- voz "Pacto Sucesorio", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pág. 4716.

CORRALES, A "Las participaciones sociales", en *La sociedad de responsabilidad limitada*, coord. por A.B. CAMPUZANO, Valencia, 2008.

COSSIO Y CORRAL, A.: "La Sociedad de Gananciales", en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, t. I, Comunidades conyugales, vol. 1º, La sociedad de gananciales, Madrid, 1963.

DE LOS MOZOS, J.L.: *Artículos 1344 a 1419 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. II, Madrid, 1984.

DÍAZ MORENO, A., Comentario artículos 90 a 92, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRAN, tomo I, Cizur-Menor (Navarra), 2011, págs. 763 a 788.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.

DÍEZ PICAZO, L.: “El derecho de no permanecer en la indivisión”, *Diario La Ley*, núm. 7247, Sección Tribuna, 23 de septiembre de 2009 (La Ley 14030/2009).

DO CARMO SILVA, J-M. y GROSCLAUDE, L.: *DSCG 1 Gestion juridique, fiscale et sociale*, 2016/2017, Francis Lefebvre Dunod.

EGEA FERNANDEZ, J.: “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2007 (julio).

EMBED IRUJO, J.M y MARTÍNEZ SANZ, F.: “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedad de capital”, en *RdS*, núm. 7, 1996, págs. 11-30.

ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J.M.: “La convivencia de hecho en la legislación y jurisprudencia españolas”, en *RJN*, abril-junio 2009, págs. 39 ss.

ESTRUCH ESTRUCH, J. “Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios”, en *RCDI*, núm. 755, 2015, págs. 1229 a 1282.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, 2 vols., Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B., “El régimen económico matrimonial de la comunidad de gananciales”, en *Comunidad de gananciales: Cuestiones prácticas y actuales*, coord. por X. O’Callaghan Muñoz y M.B. Fernández González, Madrid, 2016, págs, 55 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “La eficacia legitimadora del libro registro de acciones nominativas: el control de la regularidad de la inscripción como manifestación del deber de diligencia que pesa sobre los administradores. A propósito de la STS de 16 de febrero de 2007”, en *RdS*, núm. 30, pág. 483-510.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: “Copropiedad y usufructo de acciones”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, vol. 2 (en homenaje al Prof. Girón Tena), Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ SANTANA, L.: “Gananciales: aspectos prácticos”, en *Comunidad de bienes*, coord. por M^a.J. REYES LÓPEZ, Valencia, 2012, pág. 363-392.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.: “Artículo 48”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, coord. por I. ARROYO y J.M. EMBED, Madrid, 2001, págs. 469-484.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: *Transmisión Mortis Causa de la condición de Socio. Un Estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- “Régimen de los cambios de socios inter vivos en la sociedad limitada”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI, Mercantil, vol. 5º. Derecho Mercantil Especial, coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, 2005, págs. 195-266.
- “El condominio y el usufructo sobre participaciones sociales. Un comentario de los artículos 35 y 36 de la Ley de Sociedades Limitadas”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid, 2002, capítulo 106, págs. 3389-3419.

FERRANTE, A.: “La empresa familiar creada por los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el Derecho español. Perplejidades y necesidad de armonización del Derecho Civil y Laboral”, en *RCDI*, núm. 704, 2007, págs. 2562-2566.

FERRARO, PP.: “Le situazioni soggettive del socio di società a responsabilità limitata”, en *Giur. Comm.*, Milán, 2012.

FERRÉ MOLTO, M.: “Derechos sobre participaciones sociales”, en NIETO CAROL (Coord), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1998, pág. 553 ss.

FUENTES MARTÍNEZ, J.J.: “La sucesión y la institución hereditaria”, en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. general por J.M. DELGADO DE MIGUEL, tomo V. Sucesiones, vol. 1º, Madrid, 2004, coord. por M. GARRIDO MELERO.

- “La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria ultra vires. Algunas propuestas de reforma” en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 457-499.

GALGANO, F., “Il nuovo diritto societario”, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, vol. 29, Padova, 2003.

GARCÍA CANTERO, G., “Artículos 1521 a 1525” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1999.

GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Valencia, 2016.

GARCÍA VALDECASAS, J.A.: “Transmisión de participaciones sociales: su posible inscripción en el Registro Mercantil o de Bienes Muebles”, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/09-participacionessociales.htm>., Granada, 2005.

GARCÍA VICENTE, J.R., “Copropiedad y derechos reales sobre participaciones sociales o acciones (comentario art. 126 LSC)”, en *Comentario a la ley de sociedades de capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRAN, Cizur-Menor (Navarra), 2011, págs. 1009-1014.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL, tomo VI, vol. 2.º, Madrid, 2004.

GARRIDO DE PALMA, V.M.: “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV. Familia, vol. 1.º, coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, 2001, pág. 199-268.

- “Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión mortis causa y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, tomo 4 (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar), coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, págs. 627 a 652.
- “La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *RJN*, núm. 78, abril-junio 2011.

GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947 y Madrid, 1963.

- *Dictámenes de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1976.
- *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ed. revisada con la colaboración de A. BERCOVITZ, Madrid, 1982.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.: “¿Es la unión libre un situación análoga la matrimonio?”, en *RJN*, octubre-diciembre, 1999, págs. 199 ss.

GIMÉNEZ ALIAGA, M., “Supuestos de modelos de la llamada comunidad “germánica” y afines”, en *Bienes en común*, dir. por NASARRE AZNAR, Valencia, 2015, págs. 227 a 246.

GIMENO RIBES, M.: “Acuerdo de separación voluntaria, división de todas las participaciones de una sociedad limitada ostentadas pro indiviso y reducción de capital con amortización de participaciones de quien se separa. Comentario a la STS 44/2014, de 18 de febrero (RJ 2014, 921)”, en *Rev. boliv. de derecho*, núm. 18, julio 2014, págs. 454-467.

GIRÓN TENA, J.: *Sociedades Mercantiles* (lecciones), I (parte general) y II (parte especial), Valladolid, 1962.

- “Los cambios de socios en las sociedades de personas”, en *Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, págs. 141 a 165.
- *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.
- “La muerte del socio en las sociedades personalistas”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 181 a 205.

GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo IV, Barcelona, 2005, pág. 653 a 705.

GONZÁLEZ BOU, E.: “Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte en la empresa”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs. 733-766.

GUILARTE GUTIERREZ, V., “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, en *ADC*, vol. 45, núm. 3, 1992, págs. 875-928

- “La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 4, septiembre 2004.

GUILLÉN CATALÁN, R., “La moderna configuración de la venta de cosa común”, en *Comunidad de bienes*, coord. por REYES LÓPEZ, M.J., Valencia, 2014, págs. 277 a 302.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Patrimonio conyugal: los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación. Capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio”, en *Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II, Derecho de Familia*, Madrid, 2012, págs. 87 a 155.

GUTIERREZ BERMEJO, N., “Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso”, *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc.I, pág. 10 ss.

GRAZIANI, A., MINERVINO, G., BELVISO, U. y SANTORO, V., *Manuale di Diritto Commerciale*, Padova, 2013.

GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012”, en *Diario la Ley*, núm. 8056, 5 de abril 2013 (La Ley 1739/2013).

HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, M^a. D.: *La herencia yacente*, Barcelona, 1995.

HUERTA TRÓLEZ, A.: “La empresa familiar en el fenómeno sucesorio”, en *RJN*, abril-junio 2004, págs. 94-138.

IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (II)”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., Madrid, 2016.

IRIBARREN, M. “La reserva de los derechos políticos en la compraventa de acciones con precio aplazado”, *RDM*, núm. 290, pág. 271.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A., *Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo XIV, vol. 5, Madrid, 2001.

KARRERA EGIALDE, M. M.: “Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 13, 2ª época, IV Jornadas de Derecho de Familia, Bilbao, noviembre 1999 págs. 42-94.

LACRUZ BERDEJO, J.L., En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil, en RGLyJ, tomo XIX, 1950, págs. 7 a 59 (Id.vLex: 282686).

- “Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente”, en Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Prof. Luís Legaz y Lacambra, Estudios de Derecho Privado común y foral, t. I págs. 537 a 542, Universidad Santiago de Compostela, 1992.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de junio de 1981*, Barcelona, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, ed. revisada y puesta al día, por RAMS ALBESA, J., Madrid, 2004.

- *Elementos de Derecho Civil, IV. Familia*, ed. revisada y puesta al día, por RAMS ALBESA, J., Madrid, 2002.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., “Problemas de legitimación activa y pasiva en comunidades de bienes y sociedades civiles”, en *Comunidad de bienes y sociedad civil*, PARRA LUCAN, M.A. (Dir.) y TENA PAZUELO, I. (Coord.), Valencia, 2017, pág. 340 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de familia*, Madrid, 2002.

- *Principios de Derecho Civil VII. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2003.

LECIÑENA IBARRA, A., “Diferencias entre sociedad y comunidad”, en *Comunidad de bienes*, coord. por M. J. REYES LÓPEZ, Valencia, 2014, págs. 59 a 83.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario artículo 35”, en AA.VV., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Madrid, 1995, pág. 200 ss.

LIENHARD, A.: “Part sociale indivise: portée du droit de participer aux décisions collectives”, *Dalloz actualité, Affaires, Société et marché financier*, 31 janvier 2014.

LLAGARIA VIDAL, E.: “Algunas consideraciones sobre la comunidad hereditaria”, en *Comunidad de bienes*, coord. por Mª.J. REYES LÓPEZ, Valencia, 2014, págs. 443-476.

LLEBARÍA SAMPER: “El patrimonio de las parejas de hecho”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs.363-422.

LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y URRUTIA BADIOLA, A.: *Derecho de Familia. Patrimonio conyugal: los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación. Capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio*, Madrid, 2012.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: “La sustitución fideicomisaria de acciones”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. por J.L. Iglesias Prada, t. II, págs. 1981 ss.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: “El recurso a la responsabilidad civil extracontractual como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes”, en *RJN*, enero-marzo, 2007, págs. 203 ss.

LÓPEZ ORELLANA, M.J., “El retracto de comuneros: perspectiva jurisprudencial”, en *Comunidad de bienes*, dir. por REYES LÓPEZ, M.J., Valencia, 2014, págs. 225 a 253.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La Ley 20/89 de modificación del I.R.P.F. y la sociedad de gananciales”, en *Actualidad y Derecho*, núm. 14, 8 abril 1990, pág. 175 a 215.

- El órgano de administración de la sociedad de gananciales y la adquisición de bienes, en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1991.

MARROQUÍN MOCHALES, F. y DE DIEGO MISIEGO, I.: “Cláusulas estatutarias sobre restricciones a la transmisibilidad de participaciones sociales”, en *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 375 ss.

MARTÍN MESONERO, J. voz “Comunidad hereditaria”, en *Enciclopedia Jurídica La Ley* (www.laleydigital.es, 1802/2008).

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M.: “La gestión de los bienes gananciales”, en *La Ley* 1441/2002 (www.laleydigital.es).

MARTÍNEZ RIPA, J.: “Sobre la forma de justificar el carácter privativo del precio en la compra de bienes (privativos) por los cónyuges. Propuesta para una nueva interpretación del art. 95.2 del Reglamento Hipotecario”, en *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 116, julio-agosto 2005, pág. 1659-1667.

MARTÍNEZ ROSADO, J.: *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017.

MAS BADÍA, M.D., “El retracto de comuneros: perfiles dogmáticos y cuestiones litigiosas”, en *Comunidad de bienes*, coord. por REYES LÓPEZ, M.J., Valencia, 2014, págs. 147 a 224.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Configuración y representación de la participación social”, *Tratando de la sociedad limitada*, coord. por C. PAZ ARES, Madrid, 1997.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen I, Cizur-Menor (Navarra), 2016.

MENÉNDEZ, A. y VAQUERIZO, A.: “Sociedad anónima: incidencia de la división del capital en acciones sobre la posición de socios”, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, mayo 2007 (westalw.es, BIB 2007\3252).

MIGUÉLEZ DEL RÍO: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, en *Pecunia*, núm. 12 (enero-junio 2011), págs. 71-89.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: voz “Comunidad de Bienes”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, 1995, págs. 1314-1321.

- “Comentario al art. 392 Cc”, en *Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1985 (vlex 229937).
- “Comentario al art. 397 CC”, *Comentarios al Código Civil* dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1985 (Vlex-229966).
- MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario artículo 400”, *Comentarios al Código Civil* dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1985 (Vlex-229969).
- “Comunidad y sociedad”, en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, 2014, pág. 115 ss.

MILLÁN SALAS, F.: “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *AC*, núm. 45, 2003, págs. 1179-1197.

MONJE BALMASEDA, O.: “Sociedad de gananciales y participaciones sociales”, en *Derecho de sociedades*. Congreso UNIJÉS, 2007, tomo I, Barcelona, 2007, págs. 225-237.

- “Patrimonio conyugal: los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación. Capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio”, en *Cuadernos Teóricos Bolonia, Cuaderno II, Derecho de Familia*, Madrid, 2012, pags. 43 a 59.

MORATILLA GALÁN, I., “El retracto legal exige que el propietario realice un acto de enajenación de dominio a favor de tercero diferente del titular del derecho de adquisición preferente”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, págs. 1838 a 1848.

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*, núm. 7609, Sec. Doctrina, 12 de abril de 2011, año XXXII (La Ley 3452/2011).

MONTERO AROCA, J.: Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, Valencia, 2008.

NAVARRO ALAPONT, C., “La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012”, Noticias jurídicas, 5 de enero de 2017.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: Código civil, comentado y con jurisprudencia, Madrid, 2008 Compendio de Derecho Civil, t. 5 (Derecho de sucesiones), 1999 (vlex: 21520).

PALAZÓN GARRIDO, M^a.L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, 2003.

- “La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes”, en, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs.363-422.

PANTALEÓN PRIETO, F.: voz “Copropiedad de acciones”, en Enciclopedia Jurídica básica, vol. I, Madrid, 1995, págs. 1734-1738.

- “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo”, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo IV, Las acciones, vol. 3^o, Madrid, 1992.
- “Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo XIV, vol 1^oB (comentario artículos 35 a 42), Madrid, 1999.

PARDO MUÑOZ, F.J.: *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida, RRDGRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011*, Madrid, 2011.

PAU PEDRÓN, A.: “Comunidad funcional” en *Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

PAZ-ARES, C.: “Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades”, en *Tratando de la sociedad limitada*, coord. por C. PAZ-ARES, Madrid 1997, pág. 159 ss.

- “La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión”, en *Curso de Derecho Mercantil, I*, dir. por URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., Madrid, 1999.
- “La sociedad en general. Caracterización del contrato”, en *Curso de Derecho Mercantil, I*, dir. por R. URÍA, y A. MENÉNDEZ, Madrid, 1999.
- “El *Enforcement* de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5/2003, págs. 19-43.

- “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs.709 a 751.
- “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, extraordinario 2011, homenaje al profesor D. Juan Luís Iglesias Prada, págs. 252-256.
- “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho Mercantil, vol. I*, dir. por A. MENÉNDEZ y A. ROJO, Cizur-Menor (Navarra), 2016.

PAZ ARES, C. y PERDICES HUETOS, A.: voz “Libro Registro de acciones”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Madrid, 1995, pág. 4096 a 4100.

PEÑA MOYANO, M^a.J.: *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, Pamplona, 1996.

PERDICES HUETOS, A.B.: Comentario a los artículos 104, 110 a 112, 116 y 123 a 125 LSC y en *Comentarios a la Ley de Sociedades*, dir. por A. ROJO, A y E. BELTRÁN, Cizur-Menor (Navarra), 2011.

- “Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL, tomo IV, Barcelona, 2005, págs. 481-521.
- *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000.
- *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997.
- “Sociedad de gananciales y titularidad de participaciones sociales”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, tomo II Sociedades Mercantiles*, coord. por J.L. Iglesias Prada, Madrid, 1996, págs. 2237-2267.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de responsabilidad limitada*, en *Tratados de Derecho Mercantil*, dir. por OLIVENCIA, FERNÁNDEZ NOVOA, JIMÉNEZ DE PARGA, *Tratados de Derecho Mercantil*, t. 11, vol. 1, Madrid-Barcelona, 2004.

PÉREZ GURREA, R. “Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012”, *RCDI*, núm. 734, págs. 3435 a 3666.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: “Regímenes económicos matrimoniales, Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación”, en *Tratado Derecho de Familia*, t. V. vol.1, Valladolid, 2009.

PÉREZ PÉREZ, E.: *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Comentario a la Sentencia de 7 de marzo de 2012”, en CCJC, núm. 90/2012, Pamplona, 2012.

POUS DE LA FLOR, M^a.P.: “La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: Nulidad, rescisión y modificación de la partición”, en *El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M^a.P. FERRER VANRELL y J.A. TORRES LANA y coord. por O. MONJE BALMASEDA, Madrid, 2014, págs. 1253-1283.

POUS DE LA FLOR, M^a.P y MORETON SANZ, M^a. F.: “La comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial”, en *RCDI*, núm. 743, págs. 1418 a 1443.

PUGA GÓMEZ, S.: “La convivencia “more uxorio” y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003”, en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 49/2002, 2003.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones, Barcelona, 1991.

PULGAR EZQUERRA, J.: *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005.

REDONDO TRIGO, F.: “El ejercicio de los derechos de socio en los casos de participaciones sociales gananciales”, en *RCDI*, núm. 747, págs. 510 a 531.

RENNA LUCA, “La legittimazione all’esercizio dei diritti sociali da parte dei singoli comproprietari di azioni o della quota sociale e l’ammissibilità della revoca cautelare ante causam dell’amministratore di società a responsabilità limitata”, *Giur. it.*, 2008, 2635 a 2640.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo II, Barcelona, 2005, págs. 95 a 151.

- “La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los arts. 400 a 401 CC”, en *Comunidad de bienes*, coord. por REYES LÓPEZ, M.J., Valencia, 2014, págs. 303 a 338.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, tomo I, Madrid, 2009.

ROCA Y JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*,

coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, tomo IV, Barcelona, 2005, págs. 23-61.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "La empresa familiar y las reformas de la ley de Sociedades Limitadas" en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, págs. 383-429

RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: *La Empresa Familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: "Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, enero-abril 2013, num. 30, págs 203-233.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, R., "La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales", en *Diario la Ley*, núm. 6582, 2006.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., "La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012, InDret, Revista para el análisis del Derecho, abril, 2013, págs. 11 ss.

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A.: "Transmisión mortis causa de acciones y participaciones sociales, Conferencia impartida el 24 de octubre de 2013", en *AAMN*, tomo LIV (separata), pág. 15 a 56.

- "Comentario al art. 206 LSC", en ROJO, A.- BELTRÁN, E. (Dirs), en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur-Menor (Navarra), 2011, pág. 1453 a 1464.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: "Acciones y participaciones sociales", *RdS*, núm. 36, 2011-1, págs. 101-122.

RUEDA ESTEBAN, L.: "La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, págs. 205 ss.

- "La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coord. por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, Barcelona, 2005, págs.194 ss.

RUSSO, E., *Studi sul Diritto di Famiglia*, Roma, 2011

RUTGER VAN BOVEN: "L'accès des époux à l'assemblée générale", en *Accountancy&Tax*, núm. 1/2002, págs. 17 a 25.

RUIZ DE VELASCO, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ, A.: “La acción y los derechos del accionista (artículos 47 a 50 LSA)”, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA, tomo IV, vol. 1º, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ CALERO, F.: “Régimen de las participaciones sociales como parte del capital y configuradoras de la posición en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Perspectivas Jurídicas actuales, Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, dir. y coord. por A. MARTÍNEZ LAFUENTE, Madrid, 1995, págs. 613-623.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Cizur-Menor (Navarra), 2012.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ: “El fallecimiento del socio y previsiones estatutarias para la resolución de conflictos en las sociedades de capital”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Madrid, 2013, I, págs. 615 a 677.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Valencia, 1997.

SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: “Artículo 66”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por I. ARROYO y J.M. EMBID, Madrid, 2001, págs. 643-650.

SANTOS BRIZ, J.; *Derecho civil, Teoría y Práctica, Tomo II, Derecho de Cosas*, Madrid, 1973.

SCOTTI, R., *Il sistema degli acquisti nella comunione legale e la partecipazioni sociali*, Nápoles, 2014.

SEGURA ZURBANO, J.Mª.: “La comunidad de bienes”, en *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

SERRANO CASTRO, F.: “La confesión de privatividad: la aplicación práctica del art. 1324 CC”, en *El Derecho*, 5 de octubre de 2010.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: “La organización de un bien tenido por diversas personas”, en *Bienes en común*, coord. por NASARRE AZNAR, S., Valencia, pág. 55 ss.

SERRANO GARCÍA, J.A.: “Acciones de Sociedad Anónima Cerrada y Sociedad de Gananciales (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988)”, en *ADC*, julio-septiembre 1989.

SIMÓN MORENO, H.: “La copropiedad llamada “romana”, en *Bienes en común*, dir. por NASARRE AZNAR, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 169 a 226.

SPARKES, P.: “Modelos de bienes en común en derecho comparado. Sección 2. Inglaterra y Gales”, en *Bienes en común*, dir. por NASARRE AZNAR, Valencia, 2015, págs. 916 a 945.

TERRÉ, F. y SIMLER, P.: *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2015.

TOBIO RIVAS, A.M.: *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art. 105 LSA)*, Madrid, 1995.

TORRES VARGAS, L.M^a.: “Un nuevo cambio jurisprudencial. Naturaleza y alcance del derecho de transmisión. Asunción de la teoría moderna o de la adquisición directa frente a la teoría clásica o de la doble transmisión (Comentario a STS, Sala 1^a, de 11 de septiembre de 2013)”, en *Diario La Ley*, 27 de noviembre de 2013 (La Ley 8912/2013).

VALLET MAS, L.M.: “El empresario creador y el futuro de su empresa. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 1980”, en *AAMN*, tomo XXIV (enero 1985) (Id. vLex. VLEX-233168).

VAQUERIZO, A.: Comentario a los artículos 28 y 29, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRÁN, 2011, Cizur Menor (Navarra), págs. 386 a 405.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Uniones de hecho y comunidad de bienes”, en *Comunidades de bienes*, coord. por M^a. J. REYES LÓPEZ, Valencia 2014, págs. 393-414.

VERGEZ SÁNCHEZ, M.: “Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada (comentario a los artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo XIV, vol. 1^ºB, Madrid, 1999.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en *RdP*, núm. 5, 2000-1, págs. 21 a 44.

VIERA GONZÁLEZ, A.J.: *Las Sociedades de Capital Cerradas. Un problema de Relaciones entre los Tipos SA y SRL*, en *RdS (Monografías)*, Cizur-Menor (Navarra), 2002.

VIGIL DE QUIÑOS OTERO, D.: *Autorregulación y publicidad registral*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010.

VILA RIBAS, C. voz “Régimen económico matrimonial (Derecho civil)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, págs. 5690-5692.

WEBER-GRELLET, H., *La comunidad germánica*, traducción y nota preliminar de Antonio Pau, Cuadernos de Derecho Registral, 2007.

YBARRA BORES, A., “La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingles residentes en España: Problemas y nuevas perspectivas”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2015), Vol. 7, Nº 1, págs. 226-254.

ZUBIRI DE SALINAS, M., “Comentario art. 184 LSC”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, dir. por A. ROJO y E. BELTRÁN, Cizur-Menor (Navarra), 2011, págs. 1317 a 1324.

Recursos electrónicos

Blog Almacén de Derecho Mercantil (almacenderecho.org), entradas:

- ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Sociedad de gananciales y ejercicio de los derechos de socio*, abril 2014.
 - *Más sobre el ejercicio de derechos de socio por parte del cónyuge del socio casado en régimen de gananciales*, septiembre 2014.
 - *Más sobre sociedad de gananciales y derechos de socio*, septiembre 2014
 - *Junta universal y divorcio del socio*, marzo 2016
 - *Más sobre quien está legitimado para ejercer los derechos de socio en caso de cónyuges que se divorcian*, enero 2017
 - *Comunidad postganancial de participaciones sociales y legitimación para impugnar*, enero 2017
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Legitimación para el ejercicio de los derechos de socio en caso de acciones o participaciones gananciales. La nueva doctrina de la DGRN*, enero 2016.
- IRIBARREN, M.: *Hijos ingratos y Derecho de Sociedades*, diciembre 2015.
- MASSAGUER FUENTES, J.: *Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales*, mayo 2016.
- PERDICES. A y GANDÍA, E.: *Pactos de socios reservados, ocultos y relativos*, octubre 2015.

Iuris prudente: Blog de Derecho Privado, desde la óptica notarial y registral (iurisprudente.com):

- MARIÑO PARDO, F.: “Las participaciones sociales. Transmisión de participaciones sociales. Transmisión de la cualidad de socio entre cónyuge. Transmisión de los derechos políticos: delegación del derecho de voto”, enero 2017.
 - “Bienes gananciales y privativos” (17 entradas), noviembre 2015-febrero 2016.
 - “La representación en las Juntas Generales de las sociedades mercantiles. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 y otras cuestiones”, mayo 2014.

Base de datos ARANZADI

Base de datos La Ley

Base de datos vlex

www.europa.eu

www.notariosyregistradores.com

Portal Europeo de e-justicia (<https://e-justice.europa.eu>)

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERO, DE LO CIVIL

<u>NÚMERO</u>	<u>FECHA</u>	<u>PONENTE</u>	<u>REFERENCIA</u>
383/2016	6 junio	Sr. Orduña Moreno	Roj: STS 2633/2016
217/2016	6 abril	Sr. O'Callaghan Muñoz	Roj: STS 1421/2016
93/2016	19 febrero	Sr. Pantaleón Prieto	Roj: STS 533/2016
679/2015	3 diciembre	Sr. Salas Carceller	Roj: STS 5148/2015
572/2015	19 octubre	Sr. Baena Ruiz	Roj: STS 4175/2015
303/2015	25 junio	Sr. Baena Ruiz	RJ\2015\2551
392/2015	24 junio	Sr. Arroyo Fiestas	Roj: STS 2828/2015
349/2015	23 junio	Sr. Baena Ruiz	RJ\2015\2543
350/2015	16 junio	Sr. O'Callaghan Muñoz	Roj: STS 2968/2015
256/2015	20 mayo	Sr. Sastre Papiol	RJ\2015\2709
226/2015	6 mayo	Sr. Orduña Moreno	RJ\2015\2602
375/2014	2 julio	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2014\4251
230/2014	7 mayo	Sr. Seijas Quintana	RJ\2014\2477
624/2014	28 abril	Sr. Orduña Moreno	Roj: STS 2126/2014
130/2014	6 marzo	Sr. Seijas Quintana	Roj: STS 976/2014
724/2013	18 noviembre	Sr. O'Callaghan Muñoz	Id. V-lex:481798326
539/2013	11 septiembre	Sr. Marín Castán	La Ley 163605/2013
509/2013	22 julio	Sr. Salas Carceller	RJ\2013\5006

459/2013	1 julio	Sr. Seijas Quintana	Otrosí.net 25/feb./2014
247/2013	22 abril	Sr. García Varela	Roj: STS 2805/2013
216/2013	14 marzo	Sr. Saraza Jimena	Roj: STS 1050/2013
148/2013	8 marzo	Sr. Salas Carceller	RJ\2013\2171
88/2013	22 febrero	Sr. Salas Carceller	Roj: STS 790/2013
86/2013	15 febrero	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2013\2015
1/2013	22 enero	Sr. Seijas Quintana	RJ\2013\1825
827/2012	13 enero 2013	Sr. Orduña Moreno	Id. V-lex:430195522
609/2012	19 octubre	Sr. Salas Carceller	Roj: STS 6684/2012
516/2012	20 julio	Sr. Orduña Moreno	RJ\2012\9001
471/2012	17 julio	Sr. Orduña Moreno	La Ley 152348/2012
524/2012	18 julio	Sr. Arroyo Fiestas	Roj: STS 5678/2012
451/2012	18 julio	Sr. Marín Castán	RJ\2012\8606
433/2012	5 julio	Sra. Roca Trías	Roj: STS 4808/2012
376/2012	18 junio	Sr. Sancho Gargallo	Roj: STS 4213/2012
370/2012	18 junio	Sra. Roca Trías	Roj: STS 4410/2012
332/2012	29 mayo	Sr. Marín Castán	Roj: STS 3664/2012
320/2012	18 mayo	Sr. Gimeno-Bayón Cobos	Roj: STS 4587/2012
235/2012	16 abril	Sr. Gimeno-Bayón Cobos	Roj: STS 3072/2012
153/2012	14 marzo	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2012\5119
127/2012	12 marzo	Sr. Arroyo Fiestas	Roj: STS 1311/2012
92/2012	7 marzo	Sr. Arroyo Fiestas	Roj: STS 1313/2012
18/2012	30 enero	Sra. Rocas Trías	Roj: STS 240/2012
30/2012	26 enero	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2012\1904
15/2012	20 enero	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2012\1899

639/2011	22 septiembre	Sr. Torres Fernández de Sevilla	Roj: STS 14490/11
620/2011	28 marzo	Sr.Xiol Ríos	Roj: STS 2154/2012
441/2011	30 junio	Sr. Marín Castán	Vlex: 310931830
461/2011	16 junio	Sr. O'Callaghan Muñoz	Roj: STS 4296/2011
294/2011	15 abril	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2011\2313
106/2011	25 febrero	Sra. Roca Trías	Roj: STS 774/2011
889/2010	10 enero 2011	Sr. Marín Castán	RJ\2011\1800
547/2010	16 septiembre	Sr. García Varela	RJ\2010\6977
333/2010	10 junio	Sra. Roca Trías	RJ\2010\5387
222/2010	19 abril	Sr. Ferrándiz Gabriel	Roj: STS 2690/2010
835/2009	15 diciembre	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2010\287
451/2009	23 junio	Sr. Marín Castán	RJ\2009\4233
441/2009	12 junio	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	RJ\2009\3390
198/2009	18 marzo	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	Id v.lex: 57207453
596/2008	25 junio	Sr. Montes Penadés	RJ\2008\4270
250/2008	1 abril	Sr. Montes Penadés	RJ\2008\4066
1229/2007	29 noviembre	Sr. Montes Penadés	RJ\2008\32
1143/2007	22 octubre	Sr. Almagro Nosete	RJ\2007\8457
875/2007	23 julio	Sra. Roca Trías	Roj: STS 5284/2007
596/2007	30 mayo	Sr. Corbal Fernández	RJ\2007\3608
	4 abril 2007	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	RJ\2007\1755
1275/2006	13 diciembre	Sr. González Poveda	RJ\2006\8237
1048/2006	19 octubre	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	RJ\2006\8976
458/2006	18 mayo	Sra. Roca Trías	RJ\2006\3807
611/2015	12 septiembre	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	RJ\2005\7148

592/2005	10 julio	Sr. Seijas Quintana	Roj: STS 4636/2005
58/2005	17 febrero	Sr. García Varela	La Ley 38826/2005
50/2005	14 febrero	Sr. Gullón Ballesteros	RJ\2005\1298
1082/2004	5 noviembre	Sr. O'Callaghan Muñoz	La Ley 2489/2004
852/2004	14 julio	Sr. Gullón Ballesteros	Roj: STS 5161/2004
151/2004	3 marzo	Sr. Gullón Ballesteros	RJ\2004\809
584/2003	17 junio	Sr. Corbal Fernández	RJ\2003\4605
277/2003	24 marzo	Sr. Martínez Calcerrada	AC núm. 33 sept. 2003
107/2003	13 febrero	Sr. Corbal Fernández	RJ\2003\1015
5/2003	17 enero	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2003\4
1159/2001	10 diciembre	Sr. Gullón Ballesteros	RJ\2002\1027
847/2001	25 septiembre	Sr. Villagómez Rodil	Roj: STS 7175/2001
8/2001	22 enero	Sr. González Poveda	RJ\2001\1678
1201/2000	21 diciembre	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	La Ley 1258/2001
637/2000	27 junio	Sr. Corbal Fernández	RJ\2000\5909
465/2000	11 mayo	Sr. O'Callaghan Muñoz	RJ\2000\3926
387/2000	11 abril	Sr. Villagómez Rodil	RJ\2000\2967
347/2000	7 abril	Sr. Morales Morales	RJ\2000\234
281/2000	27 marzo	Sr. González Poveda	Roj: STS 2428/2000
129/2000	17 febrero	Sr. Marín Catán	La Ley 40440/2000
869/1999	25 octubre	Sr. Menéndez Hernández	RJ\1999\7398
	30 abril	Sr. Morales Morales	La Ley 5358/1999
175/1999	8 marzo	Sr. Sierra Gil de la Cuesta	RJ\1999\1404
847/1997	6 octubre	Sr. Marina Martínez-Pardo	RJ\1997\7356
303/1007	15 abril	Sr. Almagro Nosete	RJ\1997\2884

	4 marzo 1997	Sr. Gullón Ballesteros	RJ\1997\1640
261/1996	8 abril	Sr. González Poveda	Roj: STS 2089/1996
770/1995	25 julio	Sr. Burgos Pérez de Andrade	RJ\1995\6201
612/1995	19 junio	Sr. Martín Granizo-Fernández	RJ\1995\5320
536/1994	27 mayo	Sr. Marina Martínez-Pardo	RJ\1994\3753
	2 abril 1992	Sr. Martínez-Calcerrada	RJ\1992\2773
	4 julio 1988	Sr. Fernández Cid de Temes	Roj: STS 9460/1988
	13 diciembre 1996	Sr. González Alegre y Bernardo	RJ\1986\7437
	9 octubre 1986	Sr. Casares Córdoba	RJ\1986\5505
	19 noviembre 1984	Sr. Sánchez Jáuregui	RJ\1984\5562
	5 octubre 1984	Sr. Pérez Gimeno	RJ\1984\4757
	5 marzo 1984	Sr. Álbacar López	RJ\1984\1199
	10 noviembre 1981	Sr. Castro García	Roj: STS 268/1981

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

<u>NÚMERO</u>	<u>FECHA</u>	<u>PONENTE</u>	<u>REFERENCIA</u>
<u>A CORUÑA</u>			
493/2012	5 diciembre	Sr. Seone Spiegelberg	Roj: SAP C 3687/2012
111/2010	11 marzo	Sr. Seone Spiegelberg	JUR\2010\196533
462/2009	3 diciembre	Sr. Seone Spiegelberg	AC\2010\452
31/2007	26 enero	Sr. Fernández-Porto García	Roj: SAP C 139/2007
<u>ALBACETE</u>			
381/2016	20 octubre	Sr. Monsalve Argandoña	JUR\2016\251175
<u>ALICANTE</u>			
70/2015	15 abril	Sr. Rives Seva	JUR\2015\167309
221/2013	24 mayo	Sr. Soler Pascual	Roj SAP A 2128/2013
20/2007	15 febrero	Sr. Rodríguez Mira	JUR\2007\265607
108/2006	9 marzo	Sr. Soler Pascual	JUR\2006\193780
92/2004	9 febrero	Sr. Rives Seva	AC 2004\167
<u>ASTURIAS</u>			
19/2015	2 febrero	Sra. Rodríguez-Vigil Rubio	JUR\2015\73411
70/2003	21 febrero	Sra. Pueyo Mateo	AC\2003\315
309/1998	16 junio	Sra. Pueyo Mateo	AC\1998\1197
<u>BADAJOS</u>			
346/2010	8 noviembre	Sr. Carapeto y Márquez de Prado	JUR\2011\35350

BARCELONA

799/2012	3 diciembre	Sr. Bayo Delgado	Roj SAP B 14519/2012
394/2010	17 noviembre	Sr. Garnica Martín	Roj SAP B 11586/2010
477/2009	14 septiembre	Sra. Sambola Cabrer	JUR\2009\462411
120/2004	5 marzo	Sra. Claret Castany	JUR\2004\122707
	27 mayo 2002	Sr. Domingo Loren	JUR\2002\269368

CÁCERES

195/2002	12 septiembre	Sr. Castañeda Bocanegra	JUR\2002\254894
----------	---------------	-------------------------	-----------------

CÁDIZ

446/2007	19 septiembre	Sra. Fernández Núñez	JUR\2008\60395
----------	---------------	----------------------	----------------

CASTELLÓN

164/2006	15 noviembre	Sr. Altares Medina	Roj SAP CS 1093/2006
217/2000	12 abril	Sr. Antón Blanco	Roj SAP CS 544/2000

CIUDAD REAL

122/2004	27 octubre	Sr. Moreno Cardoso	JUR\2004\285409
----------	------------	--------------------	-----------------

CÓRDOBA

192/2016	18 abril	Sr. Caballero García	JUR\2016\179151
190/2016	15 abril	Sra. Mira Ruza	JUR\2015\185098

GRANADA

4/2009	9 enero	Sr. Pinazo Tobes	AC\2009\609
54/2006	24 marzo	Sr. Mascaró Lazcano	JUR\2006\199375

ISLAS BALEARES

381/2004 28 septiembre Sr. Zaforteza Fortuny JUR\2004\286495

LAS PALMAS

379/2013 18 octubre Sr. Suárez Ramos JUR\2013\349377

163/2010 17 marzo Sra. Corral Losada JUR\2011\12585

LEÓN

238/2016 28 julio Sr. Muñiz Díez JUR\2016\210845

LUGO

325/2015 3 septiembre Sr. Prieto Picos JUR\2015\220731

MADRID

595/2014 10 diciembre Sr. Romero Suárez JUR\2015\59450

321/2014 14 noviembre Sr. Arribas Hernández JUR\2015\52140

409/2014 5 mayo Sra. de la Vega Llanes JUR\2014\240183

141/2014 5 mayo Sr. Galgo Peco Roj SAP M 6568/2014

6/2014 9 enero Sra. de la Vega Llanes JUR\2014\58268

289/2013 22 mayo Sr. Gómez Salcedo Roj SAP M 8556/2013

179/2012 15 marzo Sr. Torres Fernández de Sevilla Roj SAP M 4123/2012

303/2011 14 octubre Sr. Plaza González Roj SAP M 13452/2011

46/2011 18 febrero Sr. Gómez Sánchez Roj SAP M 1472/2011

139/2010 12 marzo Sr. Delgado Rodríguez AC\2010\963

346/2007 29 mayo Sr. Zapater Ferrer AC\2007\1504

447/2006 18 septiembre Sr. Zarco Olivo JUR\2007\167363

46/2006 24 marzo Sr. Saraza Jimena JUR\2006\263915

645/2005 4 octubre Sra. Rodríguez Alique JUR 2005\252501

479/2005 29 julio Sr. Moya Hurtado JUR 2005/213471

18 julio 2000 Sr. Rodríguez Jackson JUR\2001\89912

MÁLAGA

461/2016	28 junio	Sra. Ramírez Balboteo	JUR\2016\266814
20/2015	16 enero	Sra. Jurado Rodríguez	JUR\2015\194473
304/2009	14 mayo	Sr. Díez Núñez	AC\2009\1083
162/2003	12 mayo	Sr. Díez Núñez	AC\2003\990
252/2002	29 octubre	Sr. Díez Argal	JUR\2003\70997

MURCIA

727/2012	8 noviembre	Sr. Martínez Pérez	AC\2013\38
423/2009	25 septiembre	Sr. López del Amo González	Roj: SAP MU 1586/2009
291/2004	19 septiembre	Sr. Castaño Penalva	JUR 2005\69882
56/2002	20 febrero	Sr. Blasco Ramón	JUR\2002\116306

OURENSE

186/2013	10 mayo	Sra. Otero Seivane	Roj: SAP OU 383/2013
----------	---------	--------------------	----------------------

PONTEVEDRA

403/2016	28 julio	Sr. Almenar Belenguer	AC\2016\1474
328/2010	11 junio	Sr. Rey Sanfiz	JUR\2010\337540
410/2009	9 septiembre	Sr. Menéndez Estebáñez	EDJ 2009/233164

SANTA CRUZ DE TENERIFE

185/2010		Sr. Moscoso Torres	Roj SAP TF 741/2010
----------	--	--------------------	---------------------

SEVILLA

469/2014	22 septiembre	Sr. Herrera Tagua	JUR\2015\79522
----------	---------------	-------------------	----------------

TOLEDO

228/1998	20 julio	Sra. Perianes Lozano	Roj SAP TO 734/1998
----------	----------	----------------------	---------------------

VALENCIA

365/2016	16 marzo	Sr. Roca de Togones	JUR\2016\144744
106/2003	24 febrero	Sr. López Orellana	JUR\2003\157612

VALLADOLID

172/2016	27 junio	Sr. San Millán Martín	JUR\2016\189346
----------	----------	-----------------------	-----------------

VIZCAYA

503/2004	21 junio	Sra. Castresana García	JUR\2004\295863
----------	----------	------------------------	-----------------

ZARAGOZA

	23 diciembre 2002	Sra. Mata Albert	AC núm. 20, 2003
--	----------------------	------------------	------------------

OTRAS SENTENCIAS Y AUTOS

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia núm. 180/2001, de 17 de diciembre. Ponente Sr. Jiménez Sánchez, RTC\2001\180.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 100/2013, de 14 de febrero, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca, Roj: STS 681/2013

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia núm. 9/2002 de 30 de marzo. Ponente Sr. Álvarez Caperochipi. RJ\2002\5775.

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, Auto de 7 de noviembre de 2006, Ponente Sr. Portugal Sainz, JUR\2007\144665

Audiencia Provincial de Ciudad Real, Auto núm. 122/2004 27 de octubre, JUR\2004\285409

Juzgado de Primera Instancia A Coruña, Sección 8, Sentencia núm. 130/2011 de 18 de mayo. Magistrado Sr. Fraga Mandian. Roj: SJPI 27/2011.

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada. Auto de 18 de noviembre de 2013, rec. 642/2013. Magistrado Sr. Sanjuán Muñoz. La Ley 240476/2013.

Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid. Sentencia núm. 100/2009 de 26 de junio de 2009, proc. 382/2006. Magistrado Sr. García Marrero. La Ley 302384/2009.

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga. Sentencia de 3 de diciembre de 2007, proc. 450/2006. Magistrado Sr. Sanjuán Muñoz. La Ley 237833/2007.

Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, Sentencia de 17 de septiembre de 2013, Magistrado Sr. García-Miguel Aguirre

RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución núm. 11460/2016, de 15 de noviembre (RJ\2016\5928).

Resolución núm. 11459/2016, de 15 de noviembre (RJ\2016\6056).

Resolución núm. 10165/2015, de 13 de julio (RJ\2015\4038).

Resolución de 4 de marzo de 2015 (BOE, núm. 69, de 21 de marzo).

Resolución núm. 572/2015, de 16 de diciembre de 2014 (RJ\2015\149).

Resolución núm. 3896/2014, de 6 de marzo (RJ\2014\1982).

Resolución de 13 de enero de 2014 (BOE núm. 38, de 13 de febrero).

Resolución de 11 de diciembre de 2013 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2014).

Resolución de 18 de octubre de 2013 (BOE núm. 279, de 21 de noviembre).

Resolución de 13 de junio de 2013 (BOE núm. 166, de 12 de julio).

Resolución de 8 de abril de 2013 (BOE núm. 115, de 14 de mayo).

Resolución núm. 13608, de 4 de octubre de 2012 (RJ\2012\10966).

Resolución de 2 de agosto de 2012 (RJ\2012\10387).

Resolución núm. 25 de junio de 2012 (BOE núm. 225, 18 de septiembre).

Resolución de 23 de mayo de 2012 (BOE núm. 153, de 27 de junio).

Resolución núm. 3784, de 24 de febrero de 2012 (RJ\2012\5962)

Resolución de 3 de octubre de 2011 (BOE núm. 310, de 26 de diciembre).

Resolución de 12 de noviembre de 2010 (RJ\2011\690).

Resolución de 19 de octubre de 2010 (RJ\2010\5278).

Resolución de 20 de agosto de 2010 (La Ley 152142/2010).

Resolución de 17 de agosto de 2010 (RJ\2010\5009).

Resolución de 27 de julio de 2010 (La Ley 14145/2010).

Resolución de 2 de octubre de 2008 (La Ley 152058/2008).

Resolución de 25 de noviembre de 2004 (RJ\2004\8154).

Resolución de 19 de septiembre de 2003 (La Ley 144515/2003).

Resolución de 10 de julio de 2003 (La Ley 121721/2003).

Resolución de 23 de diciembre de 2002 (RJ\2003\2180).

Resolución de 16 de octubre de 2000 (RJ\2000\10216).

Resolución de 4 de junio de 1999 (BOE núm. 160, de 6 de julio).

Resolución de 4 de noviembre de 1997 (RJ\1997\8288).

Resolución 27 de junio de 1995 (RJ\1995\5332).

Resolución 27 de junio de 1994 (RJ\1994\4921).

Resolución de 25 de septiembre de 1990.

Resolución de 21 de junio de 1990 (RJ\1990\5366).

Resolución de 17 de marzo de 1986 (RJ\1986\1559).