

1.2. Derecho de Familia

Beneficios, dividendos, reservas sociales y liquidación de la sociedad de gananciales

Benefits, dividends and social reserves and liquidation of conjugal society

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La cuestión controvertida relativa a determinar el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges y ante la disolución de la comunidad de gananciales, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o participe por las ganancias sociales no repartidas. Ello ha generado diversidad de criterios en el seno de nuestras Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo en Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020 resuelve la cuestión, unificando doctrina y opta por la no inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales. Sin embargo, en Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de junio de 2020 parece operar en sentido contrario; si bien, existe un matiz diferenciador que, justifica ese trato dispar de la materia. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la citada cuestión controvertida, la doctrina jurisprudencial adoptada al efecto por nuestro Tribunal Supremo y un juicio crítico de la misma.

SUMMARY: *The question at issue concerning the determination of the nature of the joint proceeds of a capital Company of which on the spouses is a member and the dissolution of the conjugal community, exists a credit claim against the shares holders spouse in undistributed social earnings. This has generated a diversity of views in the scope of our Provincial Courts. The Supreme Court in judgment of the Plenary of the Civil Chamber of 3 February 2020 decides the question unifying doctrine ant opting for the non-inclusion of the benefits destined to reserves in the asset of the conjugal society. However in the judgment of the same High Court and Chamber of 15 June 2020, it seems to operate in the opposite direction, although there is a differential deal, that justifies this disparate treatment of the matter. The present study is centre of the analysis of the aforementioned controversial issue, the jurisprudence adopted for this purpose by our Supreme Court and a critical judgment of it.*

PALABRAS CLAVE: Beneficios. Reservas. Dividendos. Fraude de derecho. Sociedad de gananciales. Sociedad de capital. Acciones. Participaciones sociales. Bienes privativos y gananciales. Cónyuges.

KEY WORDS: *Benefits. Reserves. Dividends. Legal fraud. Conjugal society. Capital companies. Shares. Shares capital companies. Private and community property. Spouses.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. ACCIONES, PARTICIPACIONES SOCIALES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES.—III. INCREMENTOS PATRIMONIALES Y ACTIVIDAD PROFESIONAL Y EMPRESARIAL.—IV. LA GESTIÓN INDIVIDUAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1381 DEL CÓDIGO CIVIL. DISPOSICIÓN DE LOS FONDOS Y DE LAS GANANCIAS DE LOS BIENES PROPIOS DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES.—V. USUFRUCTO DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES: 1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE FEBRERO DE 2020.—VI. LA EJECUCIÓN POR UN CÓNYUGE DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DE ACTOS FRAUDULENTOS.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 1315 del Código civil establece que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código». A falta de capitulaciones o, si estas son ineficaces, será el de sociedad de gananciales. Por tanto, los cónyuges pueden pactar en los capítulos cualesquiera de los regímenes legales que prevé nuestro derecho y si no se pactan nada o las capitulaciones son ineficaces, se fija como régimen legal supletorio de primer grado el de sociedad de gananciales¹. De todas formas, también se prevé un régimen supletorio de segundo grado —el de separación de bienes— para los casos en los que los cónyuges no han pactado un régimen determinado y no resulta aplicable el régimen de gananciales. Así si se ha acordado la exclusión del régimen de gananciales (art. 1435.2 CC), o si se ha extinguido el régimen preexistente, ya sea el de gananciales o el de participación, pero el matrimonio subsiste y los cónyuges no han pactado ningún régimen legal (arts. 1345.3, 1373 y 1374 CC)².

Ahora bien, los cónyuges pueden no solo acordar su régimen económico matrimonial sino que también pueden modificarlo en cualquier momento. Así lo dispone el artículo 1325 del Código civil. Tales cambios no perjudican los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 CC).

Operando sobre el régimen legal de gananciales, el artículo 1344 del Código civil señala que «mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos que, les será atribuidos por mitad al disolverse aquella». La primera consecuencia de este precepto es que hay tres masas patrimoniales —patrimonio común y patrimonios privativos de ambos cónyuges—, que entre ellas se pueden dar desplazamientos patrimoniales que exigen el restablecimiento del equilibrio entre los mismos mediante el mecanismo de la subrogación real y el sistema de reintegros y reembolsos. Asimismo, además de los bienes comunes o gananciales, una vez finalizado el régimen se procede a la liquidación del patrimonio común por mitad entre los cónyuges, por lo que las ganancias o beneficios se atribuirán por mitad³.

Sin entrar por razones de espacio en el debate de la naturaleza de la sociedad de gananciales que, mientras para unos es una sociedad civil⁴, para otros, mayoritariamente, se trata de una comunidad germánica⁵, o se entiende que estamos ante un ente jurídico híbrido producto de la fusión entre comunidad y sociedad⁶; aunque todos coinciden en que carece de personalidad jurídica⁷, indicar que, comienza en el momento de celebración del matrimonio o posteriormente al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales. También puede comenzar la sociedad de gananciales en virtud de lo previsto en el artículo 1374 del Código civil, esto es, mediante la opción que tiene el cónyuge no deudor ante el embargo de bienes gananciales por las deudas privativas del otro cónyuge (art. 1373 CC), acordar en el plazo de tres meses en documento público el comienzo de una nueva sociedad de gananciales⁸. En todo caso, pese a los términos del citado artículo 1345 del Código civil puede admitirse la posibilidad que los cónyuges convengan someter a condición o término el nacimiento de la sociedad de gananciales⁹.

Como hemos indicado en líneas precedentes, hay tres masas patrimoniales: dos privativas y una común que pertenece a ambos cónyuges. Con carácter general son bienes privativos los que se concretan en el artículo 1346 del Código civil: 1. Los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al comenzar la sociedad¹⁰. Si se trata de bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio se satisfaga con dinero ganancial (art. 1357.1); y, tratándose de vivienda o ajuar familiar, corresponde en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas por aplicación del artículo 1354 al que remite el artículo 1357.II; 2. Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges después de comenzar la sociedad por título gratuito —donación o por sucesión *mortis causa*—. Si bien, el artículo 1353 del Código civil dispone que los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entienden gananciales, siempre que la liberalidad sea aceptada por ambos y el donante o testador no haya dispuesto lo contrario¹¹. De no operar este precepto, los bienes donados o dejados en herencia pertenecerían en *pro indiviso* a ambos cónyuges; 3. Los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos —subrogación real—; 4. Los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, si se han adquirido con fondos comunes (art. 1346 apartado 2); 5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*; 6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges y a sus bienes privativos. El fundamento de este supuesto como el anterior descansa en la vinculación a la persona a la que pertenecen tales bienes o derechos y en cuyo patrimonio se integran¹²; 7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; 8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. Ahora bien, si tales instrumentos se adquieren con fondos comunes, sigue siendo privativos, pero «la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho», al igual que, respecto a los bienes adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges (art. 1346 apartado segundo). Asimismo, son bienes privativos «el derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges», siendo, en cambio, ganancial los frutos, pensiones e

intereses devengados durante el matrimonio (art. 1349). Igualmente, se considera privativo la cantidad o crédito pagadero en un número de años, cuyas sumas se cobren a plazos vencidos durante el matrimonio (art. 1348). En fin, son también privativas las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos; y las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. No obstante, si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho (art. 1352).

Relacionado con esto último se ha planteado como cuestión controvertida determinar el carácter ganancial de los beneficios destinados a reserva por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges y, por lo tanto, si una vez disuelta la comunidad ganancial, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o partícipes por las ganancias sociales no repartidas.

Las Audiencias Provinciales se encuentran divididas en torno a la solución de tal cuestión. Así a favor de la postura que, considera que la sociedad de gananciales ostenta un derecho de crédito por las reservas constituidas, mientras dura el matrimonio frente al cónyuge titular privativo de las acciones o participaciones sociales. Esto es la sociedad de gananciales tiene un derecho de participación en las reservas societarias que, se fundamenta en la consideración que, los beneficios destinados a reservas son ganancias de la sociedad y como tales frutos pertenecientes al patrimonio común, siendo de aplicación por analogía el tratamiento jurídico que el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital —Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC)— que, da al usufructo de acciones participaciones sociales, atribuyendo la posición de usufructuario al patrimonio común y la de nudo propietario al cónyuge titular. Además del artículo 1352, se acude a la aplicación del artículo 1381 del Código civil al considerar que las reservas voluntarias forman parte de los frutos y ganancias del patrimonio privativo que, se integran en la sociedad de gananciales y se traduce en un reembolso a cargo del cónyuge participante en la sociedad mercantil en el caso en que no sea posible la distribución de tales beneficios (reservas) por haberse transformado en capital. También se toma en consideración al artículo 1360 del citado cuerpo legal al regular los beneficios destinados a reservas como incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

En sentido distinto, se manifiestan aquellas resoluciones que operan en contra de la inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales. Partidario de esta última posición se muestra el Pleno de la Sala de lo Civil, en Sentencia de 3 de febrero de 2020¹³ al considerar que los beneficios destinados a reservas en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, están sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren la condición de bienes gananciales, no tiene la consideración de frutos a diferencia de los dividendos de acciones o participaciones privativas, cuyo reparto se acuerde en Junta General de socios, al igual que, se adopte acuerdo de reparto de los beneficios vigente la sociedad de gananciales, teniendo ambos la consideración de gananciales, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de aquella. En todo caso, podrán reputarse gananciales y como tales incluirlos en las operaciones liquidatorias del haber común, los beneficios no repartidos en los supuestos de fraude de ley (arts. 1390 y 1391 CC).

II. ACCIONES, PARTICIPACIONES SOCIALES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

El artículo 1352 del Código civil considera privativas las nuevas acciones o participaciones sociales suscritas como consecuencia del ejercicio del derecho societario de suscripción preferente inherente a la titularidad de acciones o participaciones privativas. Como señala REBOLLEDO VARELA constituye una excepción a la aplicación del principio de subrogación real de la calificación ganancial o privativa de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal¹⁴; y su fundamento centrado «en la atribución de lo adquirido del mismo carácter de los títulos originarios»¹⁵.

Ahora bien, no se plantea en el mismo el carácter ganancial que al amparo del artículo 1347.2 del Código civil corresponde a los dividendos sociales devengados vigente el consorcio, al ostentar tal condición jurídica «los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales»¹⁶. Tampoco se duda de que son privativas las acciones o participaciones sociales que correspondan a uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, las que adquiriera después por título gratuito (arts. 1346.1 y 2 CC), las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir¹⁷. Solo si para el ejercicio del derecho de suscripción, se utilizasen bienes gananciales o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, como indica el último párrafo del artículo 1352 del Código civil. Por su parte, tendrán carácter ganancial, las acciones o participaciones sociales adquiridos a título oneroso a costa del caudal común constante la sociedad de gananciales, bien se hiciese la adquisición para la comunidad o para uno solo de los esposos (art. 1347.3 CC)¹⁸. Asimismo, tendrán carácter ganancial las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 del Código civil.

En todo caso, tendrá naturaleza privativa la empresa y establecimiento mercantil (sociedad) que, se constituye antes como constante la sociedad de gananciales con aportación de dinero privativo por parte de uno de los cónyuges, aunque las acciones o los títulos y las participaciones sociales aparezcan a nombre de ambos cónyuges (bajo su titularidad formal). Igualmente, el negocio o la empresa fundada por uno de los cónyuges, una vez producida su separación conyugal, es privativa¹⁹. Lo cierto es que, si no se prueba la procedencia privativa de los fondos empleados para su constitución o, la eventual adquisición de la sociedad de capital, se presume su naturaleza ganancial sobre la base de lo establecido en el artículo 1361 del Código civil²⁰.

Ahora bien, el cónyuge socio únicamente cuenta con un derecho abstracto sobre un patrimonio ajeno, que no se transforma en uno concreto hasta que existe un acuerdo de la Junta que ordena el reparto de dividendos en el legítimo ámbito de sus atribuciones (arts. 160 y 273 del TRLSC), permaneciendo mientras tanto los beneficios obtenidos en el patrimonio social, dando lugar al oportuno asiento contable, que goza de la correspondiente publicidad registral mediante el depósito anual de cuentas²¹. Estos dividendos se perciben como gananciales mientras dure la sociedad de gananciales, no así si se aprueban tras su disolución. Igualmente, se perciben si se ha acordado su reparto constante la sociedad, aunque se proceda a su abono en el momento de su disolución y liquidación²². Mientras que, por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones

de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos de capital y tendrán la naturaleza del capital con el que se efectuaron; por lo que, serán privativos, si dicho capital tiene tal carácter. Si se emplease dinero ganancial, deberá reembolsarse dicha cantidad a la sociedad de gananciales (art. 1352 CC).

En este contexto, el supuesto concreto del que parte el artículo 1352 del Código civil es que la adquisición de las acciones y participaciones sociales se realiza en base a un derecho de suscripción preferente; derecho derivado de acciones, títulos o participaciones sociales de carácter privativo. Por tanto, el ámbito de aplicación material de la norma descansa en la adquisición de nuevas acciones o participaciones sociales mediante el ejercicio de un derecho de suscripción de acciones o participaciones sociales de naturaleza privativa con fondos privativos, pues, de emplear fondos gananciales, se genera un derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal²³. No obstante, precisa SERRANO FERNÁNDEZ que, aunque el citado artículo 1352 del Código civil considera privativo el derecho de suscripción preferente que otorga la legislación mercantil, nada impide aplicar el precepto a otros pactos societarios similares «existentes en cuantas sociedades civiles o mercantiles regulares o no pudieran constituirse por voluntad de los interesados, dada la amplitud de la definición legal que integra acciones o participaciones y otros títulos, de modo que si un derecho de suscripción aparece estipulado en un contrato de sociedad de naturaleza privativa o ganancial se definirá conforme a esas reglas»²⁴.

Sobre tales bases, procede señalar que, para la operatividad del artículo 1352 del Código civil se requiere por un lado que, el cónyuge titular de las acciones, títulos y participaciones sociales respecto de los que se ejerce el derecho de suscripción preferente pruebe su carácter privativo; pues, de no probar tal carácter, se estimará la naturaleza ganancial de tales acciones y participaciones sociales y de las nuevas adquiridas en base a la mencionada presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil. Y, por otro, que no basta con probar la naturaleza privativa de las nuevas acciones y participaciones sociales, sino que además resulta necesario demostrar que la adquisición de las mismas son consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente; pues, la falta de prueba y la procedencia ganancial de los fondos, determina, precisamente, el carácter común de aquellas nuevas acciones y participaciones sociales²⁵.

Por otra parte, como acertadamente señala REBOLLEDO VARELA «el artículo 1352 del Código civil no tiene carácter imperativo, por lo que los cónyuges, de conformidad con los artículos 1323 y 1355 del Código civil, pueden atribuirle carácter ganancial a las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales, aun cuando su adquisición se haya fundamentado en un derecho de suscripción preferente de carácter privativo, o, a la inversa, atribuirle carácter privativo a lo que en otro caso sería ganancial, pues aunque ello no constituye el supuesto del artículo 1355 del Código civil la atribución voluntaria de la privaticidad es admitida con carácter general dentro del principio de libertad de contratación y transmisión de bienes y derechos entre cónyuges que recoge el artículo 1323 del Código civil»²⁶.

Ahora bien, si el socio titular de las acciones y participaciones sociales opta por enajenar el derecho de suscripción preferente, las cantidades obtenidas serán privativas por vía de subrogación real al ocupar el lugar de las nuevas acciones o participaciones de haberse ejercitado tal derecho de suscripción preferente²⁷. Precisa PRETEL SERRANO «la solución es coherente con la idea que el derecho de suscripción preferente no es un fruto, y por lo tanto, no puede considerarse nunca ganancial»²⁸.

Como hemos señalado, si para la adquisición de las nuevas acciones, títulos y participaciones sociales se emplease dinero ganancial, existe un derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal que, como indica SERRANO FERNÁNDEZ «para algunos autores equivale al valor actualizado de las acciones adquiridas y para otro el valor de su cotización en bolsa»²⁹.

Asimismo, opera el reembolso del valor si la suscripción de los nuevos títulos se realiza cuando se acuerda una ampliación de capital con derecho de suscripción con cargo a beneficios, el cónyuge titular de las acciones y participaciones sociales privativas hace uso de tal derecho. Se trata de beneficios obtenidos por la sociedad y no repartidos entre los socios, pues de haberlo hecho serían frutos de bienes privativos y por tanto, bienes gananciales (art. 1347.2 CC)³⁰.

No obstante, cabe preguntarse qué sucede con los beneficios no repartidos y las reservas si se disuelve y liquida la sociedad de gananciales sin que se haya acordado el reparto de dividendos, ni el derecho de suscripción de nuevos títulos. Se consideran gananciales o privativos, y si se opta por su calificación de ganancial forman parte del activo en la formación del inventario al liquidar la sociedad.

Precisamente, a ello da respuesta la mencionada Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 3 de febrero de 2020 que, analizaremos; si bien, antes nos parece oportuno tratar el alcance de los artículos 1360 y 1381 del Código civil; y la regulación que ofrece el TRLSC en relación con el usufructo de acciones o participaciones sociales ante una eventual aplicación analógica para resolver esta cuestión que, anticipamos, nuestro Tribunal Supremo se muestra contrario a ello.

III. INCREMENTOS PATRIMONIALES Y ACTIVIDAD PROFESIONAL Y EMPRESARIAL

El artículo 1360 del Código civil supone una particularización del artículo 1359 en relación con una explotación, establecimiento mercantil o cualquier género de empresa, será agrícola, industrial o mercantil, de carácter privativo o ganancial, aunque puede tener carácter mixto —si se han empleado en su constitución fondos privativos y comunes—, siendo indiferente la forma societaria por la que se opte, en la que se han podido invertir fondos que, no se corresponde con la propia naturaleza de aquellas³¹. La constitución de tal explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa puede tener lugar antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales con fondos privativos; pues, de invertir fondos comunes en su creación, tendrá carácter ganancial (art. 1347.5 CC)³². Como regla general, las mejoras o incrementos de valor que, pueden tener lugar tanto en los bienes privativos como gananciales, tendrán la misma naturaleza que los bienes mejorados o revalorizados³³. En todo caso, las mejoras que se incorporan a la empresa, explotación o establecimiento mercantil supone un aumento de valor de la misma, con lo que en virtud de la remisión, que hace al artículo 1359, tendrá el mismo tratamiento que, este precepto da a las mejoras que, se realizan en bienes comunes empleando fondos privativos; o las que se incorporan a los bienes privativos debida a la inversión de fondos comunes y la actividad o el trabajo de cualquiera de los cónyuges³⁴. Por lo que, en relación con este último tipo de mejoras, el patrimonio ganancial tendrá derecho no al reembolso de los fondos empleados, sino al aumento de valor que los bienes mejorados tengan como consecuencia de la mejora al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales o la venta de tales bienes mejorados; y en relación

con las mejoras citadas en primer lugar, el patrimonio privativo tendrá derecho a recuperar los fondos que se invirtieron en ella atendiendo a su valor actualizado³⁵.

Ahora bien, mientras el citado artículo 1359 del Código civil se refiere a edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en bienes gananciales o privativos; el artículo 1360 del citado cuerpo legal menciona los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa. Si tales incrementos patrimoniales o mejoras realizadas con bienes gananciales en una empresa privativa de un cónyuge responden a un acto de explotación ordinaria o regular de los negocios, no habrá lugar de reembolso por el valor satisfecho a favor de la sociedad de gananciales; sin embargo, si las mejoras o incrementos no tienen dicha calificación, sino que fueran actos extraordinarios cuya finalidad sea mejorar la situación patrimonial de la empresa, la explotación o establecimiento mercantil será acreedora del aumento de valor, de la plusvalía que generen tales entidades, consecuencia de tal mejora o incremento patrimonial³⁶. En todo caso, como señala SERRANO FERNÁNDEZ se puede plantear «si la sociedad podrá reclamar no el aumento de valor de los bienes, sino el mero reembolso del valor satisfecho».

Por su parte, indica REBOLLEDO VARELA que «si a la disolución del régimen económico la empresa o establecimiento tiene un valor inferior a los fondos utilizados e incluso que haya desaparecido; (...) el importe utilizado debidamente actualizado debe funcionar como mínimos derechos de reembolso, tanto en relación con los bienes gananciales como privativos»³⁷.

En fin, se ha considerado que los artículos 1359 y 1360 del Código civil tiene, igual aplicación, cuando el bien privativo o ganancial es propiedad del cónyuge como cuando tiene otro derecho —por ejemplo, la cuota en un condominio—. Y, asimismo, como precisa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, tratándose de empresas «cuando el bien privativo o ganancial, consiste en acciones o participaciones sociales. Si estas son privativas, la sociedad de gananciales tiene derecho a los incrementos de valor experimentados por las acciones participaciones, que corresponde a los beneficios de la explotación integrados en esta durante la sociedad de gananciales»³⁸.

IV. LA GESTIÓN INDIVIDUAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1381 DEL CÓDIGO CIVIL. DISPOSICIÓN DE LOS FONDOS Y DE LAS GANANCIAS DE LOS BIENES PROPIOS DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES.

El inciso primero del artículo 1381 del Código civil se refiere a los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y a las ganancias de cualquiera de los cónyuges. Entiende que forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales (arts. 1318 y 1362 CC). Supone una reiteración de lo dispuesto en el artículo 1347.1 y 2 del citado cuerpo legal, pues son bienes gananciales tanto los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges como los frutos, rentas e intereses que produzcan tanto los bienes privativos como gananciales³⁹.

La particularidad del mencionado artículo 1381 reside en su inciso segundo, que permite a cada cónyuge como administrador de su patrimonio privativo el poder disponer de los frutos y productos que produce tal patrimonio. Se trata de un acto de gestión individual, limitada a los frutos y productos de sus bienes privativos. Por lo que, en su condición de administrador y a los solos efectos de

esa administración tendrá legitimación para disponer unilateralmente de ellos⁴⁰. En realidad, se puede señalar que, el primer inciso del artículo 1381 del Código civil no tiene relación con la gestión del patrimonio ganancial ni la disposición de frutos de los bienes privativos y «los actos de disposición deben estar dirigidos a evitar el perjuicio de los frutos de los bienes privativos, en el entendido que una vez realizados el resultado patrimonial de ellos, ha de integrarse en la masa ganancial»⁴¹.

Supone una excepción al principio de cogestión que establece el artículo 1375 del Código civil en relación con los bienes gananciales y a la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes comunes. No obstante, el alcance de dicha excepción parece recaer solo sobre los frutos y productos generados por los bienes privativos, no respecto de los rendimientos obtenidos por el cónyuge por su trabajo e industria⁴². Si bien, como precisa LACRUZ BERDEJO «no abarca todas las posibilidades que tiene cada cónyuge de disponer de sus ingresos y rentas. Incluso cuando se trata de beneficios o ingresos líquidos que han adquirido ya carácter ganancial, el cónyuge que los obtiene puede disponer de ellos en provecho propio, sin licencia ni cooperación del otro, en uso del derecho a satisfacer con autonomía aquellas necesidades suyas que sean carga de la comunidad. Quedando deudor al consorcio, en cambio, por aquellos actos personales que, por excesivos e injustificados, no son carga del consorcio»⁴³.

Ciertamente, el cónyuge está legitimado para disponer de los frutos y productos a los solos efectos de su administración, lo cual supone que la disposición de los mismos solo será válida a los fines de administrar sus bienes y en todo caso destinarlos a la mejora de sus bienes privativos o para el desempeño ordinario de su profesión u oficio⁴⁴. Legitimación que no obsta, como indica REBOLLEDO VARELA a que ello «implique un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales en los términos del párrafo 2 del artículo 1359 del Código civil, salvo que las mejoras repercutan directamente no tanto en la revalorización del bien, sino en su mayor productividad o rendimiento económico, con beneficio de la sociedad de gananciales (art. 1347.2 CC), siempre con la posibilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, del artículo 1390»⁴⁵.

En este contexto, la percepción de frutos y ganancias de los patrimonios privativos por cada cónyuge forma parte de la gestión diligente de los bienes propios; lo que, representa además de un derecho, una obligación de obtener beneficios de la administración del patrimonio privativo. De no operar así, y en consecuencia tal acto de administración o disposición realizado por uno de los cónyuges, hubiera reportado un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado un daño a la sociedad, será sancionado con la devolución del importe de los frutos consumidos (art. 1390 CC), o en su caso con la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393 CC)⁴⁶.

En fin, este acto de administración o de disposición realizado conforme lo dispuesto en el artículo 1381 tendrá efectos no solo en la esfera interna —ente los cónyuges—, sino también frente a terceros⁴⁷.

Ahora bien, como manifiesta MARTÍNEZ DE AGUIRRE «los artículos 1381 y 1382 del Código civil construye un primer ámbito de gestión individual relacionado con la administración del patrimonio privativo de cada cónyuge y con el ejercicio de su profesión». Además ambos preceptos «evitan la paralización tanto de la administración de sus bienes como del ejercicio de su profesión que podría derivar para cada cónyuge de la aplicación estricta de la regla de la actuación conjunta»⁴⁸.

V. USUFRUCTO DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

El TRLSC prevé la posibilidad de constituir derechos reales limitativos de dominio sobre acciones y participaciones sociales como el usufructo, o derechos reales de garantía como la prenda con eficacia *erga omnes*. En relación con este último derecho señalar que, su regulación se contiene en el artículo 132, corresponde al deudor pignoraticio (propietario) el ejercicio de los derechos de socio, salvo disposición contraria de los estatutos y, el acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de tales derechos. Aunque quien actúa como socio frente a la sociedad es el deudor pignoraticio, pueden los estatutos permitir que ciertos derechos sean ejercidos por el acreedor pignoraticio (por ejemplo, asistir a Junta y votar). En caso de ejecución de la prenda de participaciones se aplicarán las reglas para el caso de transmisión forzosa contenidas en el artículo 109 del citado cuerpo legal —que establece un derecho de adquisición preferente por el precio de remate—; y en caso de acciones de una sociedad anónima, y prenda de acciones no íntegramente desembolsadas, si el propietario (deudor pignoraticio) incumpliese la obligación de desembolso pendiente, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí esta obligación o proceder a la realización de la prenda.

Estas mismas reglas se aplicarán en caso de embargo de participaciones o de acciones, siempre que sean compatibles con el régimen específico del embargo (art. 133). Corresponde al titular de las acciones y participaciones sociales embargadas el ejercicio de los de socio, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 132.1). Si se trata de embargo de acciones no íntegramente desembolsadas, el acreedor que promueve el embargo podrá pagar los desembolsos que quedan pendientes, si no los hace el socio (titular de las acciones o participaciones sociales), correspondiéndole un derecho de repetición o reembolso⁴⁹.

Centrándonos en el primero de los derechos reales citados, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ señala que, el usufructo de acciones o participaciones sociales, conforme a la definición general de este derecho prevista en el artículo 467 del Código civil consiste en «el derecho a disfrutar de las acciones o participaciones de una sociedad anónima o limitada que son de titularidad de otra persona. Ese derecho de disfrute parece naturalmente vinculado a la posibilidad de apropiarse de los frutos o beneficio de la sociedad que esas acciones o participaciones reportan como consecuencia del derecho de todo socio a participar de los mismos (art. 93 del TRLSC) y, de hecho, fundamentalmente es así». Y añade que «las acciones y participaciones de las sociedades de capital cumplen una doble función: de un lado sirven de vehículo para la correcta integración de capital social mediante las aportaciones que cada socio realiza en el momento en el que las suscribe o las asume; y de otro, confiere a su titular, es decir, a quien sea su propietario, la condición de socio (art. 91 TRLSC)»⁵⁰. Por su parte, SÁNCHEZ RUIZ manifiesta que «el usufructo de acciones y participaciones sociales puede considerarse un usufructo especial por razón del objeto, que está constituido por la «participación social en sentido amplia», entendida como la parte de socio que corresponde a una persona (en este caso, en una sociedad de capital), derivada de la propiedad que aquella ostenta sobre una o más acciones en una sociedad anónima o bien una o más participaciones sociales (en sentido estricto) en una sociedad limitada»⁵¹.

El usufructo de acciones y participaciones sociales debe encuadrarse en la categoría del usufructo de derechos de crédito que, se traduce en una cesión de la facultad de aprovechamiento y disfrute (*ius utendi* y *ius fruendi*) temporal de aquellas desde el propietario (nudo propietario) al usufructuario. Estamos ante un derecho real sobre cosa ajena limitativo del dominio que, se presume libre.

De ahí que, su existencia no se presume y debe ser interpretada restrictivamente y su contenido es limitado a las facultades expuestas. Disfrutar de la cosa es aprovecharse de ella percibiendo no solo los frutos que produce (naturales, civiles e industriales) sino también poseer la cosa, tenerla en su poder y obtener cuantos beneficios puede proporcionar conservando la forma y la sustancia de la cosa usufrutuada (art. 467 CC)⁵². No se trasmite ni la propiedad de la acción o de la participación social, ni la condición de socio, pero si la posibilidad de ejercitar o disfrutar de algunos de los derechos o facultades que, de tal condición socio se deriva⁵³.

Si bien, en relación con el usufructo de créditos se ha afirmado por la doctrina que su naturaleza no es exactamente la de un derecho real, sino «una especial situación de cotitularidad en el lado activo del crédito, por lo que se añade al acreedor inicial del crédito-objeto del usufructo un nuevo acreedor o titular: el usufructuario»⁵⁴.

La regulación del usufructo de acciones y participaciones se encuentra regulado de forma unitaria en los artículos 127 a 131 del TRLSC. En concreto, se disciplinan las relaciones entre el nudo propietario y usufructuario y la titularidad y el ejercicio a los derechos inherentes a tales acciones y participaciones sociales. El artículo 127.2 dispone que «en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta Ley y supletoriamente, lo dispuesto en el Código civil». A esta última remisión habría que añadir también la legislación civil autonómica correspondiente en materia de usufructo. Por tanto, en las relaciones internas entre el nudo propietario y usufructuario le corresponde a este aquellas facultades previstas en el título constitutivo del usufructo (juego de autonomía de la voluntad); en su defecto, las normas de la Ley de Sociedades de Capital; y supletoriamente, la regulación contenida en el Código civil (citado art. 127.1 tercer inciso y 127.2 del TRLSC). También se contiene disposiciones relativas a la liquidación del usufructo y el ejercicio del derecho de preferencia (arts. 128 y 129). Sin embargo en las relaciones externas del nudo propietario y usufructuario frente a la sociedad, prevalece lo establecido en los estatutos sociales sobre lo previsto en el título constitutivo del usufructo⁵⁵. Ciertamente, procede considerar que, la regulación específica del usufructo de acciones y participaciones sociales contenida en la Ley de Sociedades de Capital referida a las relaciones internas y externas entre nudo propietario y usufructuario, representa una *lex specialis*; siendo de aplicación preferente a lo previsto en materia de usufructo en el Código civil o en leyes civiles autonómicas, que constituyen normativas supletorias⁵⁶. No obstante, los pactos *inter partes* acordados en el título constitutivo del usufructo sobre cualquier materia, esto es, tanto sobre relaciones internas como externas —referidas, por ejemplo, al reparto de los derechos administrativos del socio— pueden contener disposiciones distintas del régimen estatutario o legal —normas dispositivas—⁵⁷.

En este contexto, el usufructo de acciones y participaciones sociales opera sobre un marco trilateral de relaciones: el usufructuario, el nudo propietario y la sociedad emisora de acciones y participaciones sociales. Este marco, a su vez, genera dos tipos de relaciones: la interna que actúa sobre el contenido típico del usufructo, esto es sobre los derechos y obligaciones del usufructuario y del nudo propietario que, tiene lugar cuando se constituye el usufructo, esto, se otorga el título constitutivo. Mientras que, las relaciones externas serán aquellas que se establecen entre el usufructuario y nudo propietario con la sociedad de capital⁵⁸.

Por otra parte, el usufructo de acciones o participaciones pueden constituirse en principio, bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 468 del Código civil, con la única excepción de la no operatividad en este caso de la usucapión o prescripción adquisitiva. De forma que, se puede constituir por ley —usufructo del cónyuge viudo— o por actos o negocios jurídicos *inter vivos* a título oneroso o gratuito o *mortis causa* —se trata en ambos casos de usufructos voluntarios—⁵⁹. Respecto a la constitución por negocio *inter vivos* caben, como precisa SÁNCHEZ RUIZ varias alternativas: «a) Enajenación del derecho de usufructo; b) Retención o reserva por el transmitente en caso de transmisión de las acciones o participaciones sobre las que recae; y c) Doble disposición con las que el propietario de las acciones, en un solo acto, transmite la nuda propiedad a un sujeto y el usufructo a otro sujeto distinto»⁶⁰. Precisamente, coincide la doctrina que respecto a la reserva y en el de doble disposición se pueden aplicar las restricciones legales o estatutarias a la transmisión de acciones o participaciones sociales.

En cuanto a la forma de constitución, tratándose de acciones nominativas o al portador, el citado artículo 121.1 del TRLSC remite al Código civil. Sin embargo, el artículo 106.1 del citado cuerpo legal exige que conste en escritura pública el usufructo sobre participaciones sociales, a efectos de facilitar el ejercicio de los derechos de socio por parte del usufructuario y posibilitar su inscripción en el libro registro⁶¹. Asimismo, se ha considerado por la mayoría de la doctrina como un derecho del usufructuario, cuando se trata de usufructo de acciones nominativas o al portador, la entrega de los títulos-documentos para el disfrute de los derechos que le correspondan —inscripción libro-registro de acciones nominativas o, en su caso, certificación de dicha inscripción—. Si bien, el último inciso del artículo 127.1 del TRLSC impone la obligación de facilitar el nudo propietario también el ejercicio de sus derechos, máxime si se trata de títulos al portador en poder del usufructuario⁶².

En cualquier caso, con respecto al usufructo de acciones nominativas, se admite expresamente su constitución por endoso acompañado de cláusula de valor en usufructo o alguna equivalente (art. 121.1 del TRLSC) y se deberá inscribir en el libro registro de acciones nominativas para ser eficaz frente a la sociedad (art. 116.1 del TRLSC)⁶³. Por su parte, si las acciones son al portador, resulta oportuno que consten en escritura pública. En fin, si se opera sobre acciones representadas en anotaciones en cuenta, la constitución tendrá lugar mediante transferencia contable e inscripción en la cuenta correspondiente y se registrará por lo previsto en la Ley de Mercado de Valores (arts. 118.1 y 121 del TRLSC y arts. 10 a 12 LMV). Si bien, la entidad encargada del registro contable podrá expedir al usufructuario el correspondiente certificado⁶⁴.

Respecto a la constitución del usufructo sobre participaciones sociales depende de la forma de representación de estas y deberá constar en escritura pública (arts. 92.2 y 104.1 del TRLSC) y para que tenga eficacia frente a la sociedad deberá inscribirse en el libro-registro de socios (art. 104 del TRLSC). Si se trata de sociedad limitada nueva empresa y no hay libro-registro de socios, la constitución del usufructo sobre tales participaciones sociales se tendrá que notificar al órgano de administración mediante la remisión del documento público o escritura pública donde figuren⁶⁵.

Sobre tales bases, procede señalar que, el usufructo de acciones y participaciones sociales en cuanto partes del capital social son, como señala la doctrina, acumulables, esto es, pueden ser titular de un conjunto de ellas la misma persona, sin que pierdan su individualidad; indivisibles —no fraccionables por la

sola voluntad del socio ni por la sociedad, salvo modificación de los estatutos acordada en Junta General de accionistas— (art. 90 del TRLSC); e, inescindibles de la condición de socio que, corresponde al nudo propietario (art. 127.1 del TRLSC), aunque el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo⁶⁶.

Resulta lógico que, como dispone la citada norma mercantil, recaiga en el nudo propietario la condición de socio durante el usufructo, quedando comprendido en su ejercicio los derechos políticos o administrativos (excluido el derecho al dividendo). No obstante, se trata de una norma dispositiva, por lo que los estatutos sociales podrán establecer otro régimen distinto, atribuyendo al usufructuario el ejercicio de algún derecho concreto o de todos ellos de forma global —por ejemplo, le permita el derecho de voto cuando se decida sobre un aumento de capital o modificación estatutaria que pueda afectar al usufructuario—; o en fin, puede establecerse un ejercicio alternativo de los mismos o simultáneo por ambas partes —nudo propietario y usufructuario—⁶⁷. Así, en principio, corresponde el derecho de voto, asistencia a Juntas y derecho de información —derechos políticos o administrativos— atribuibles al nudo propietario, sin perjuicio de otorgarlos estatutariamente al usufructuario en las modalidades reseñadas o, incluso en el propio título constitutivo —por ejemplo, el derecho a asistir a Juntas—⁶⁸. Respecto de la impugnación de acuerdos sociales, tras la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en los artículos 204 a 206 del TRLSC se ha suprimido la distinción entre acuerdos nulos y anulables, se han ampliado los plazos de impugnación y la fijación de la impugnación como un derecho atribuible a minorías cualificadas de socios⁶⁹. La legitimación para impugnar los acuerdos sociales se atribuye junto a los administradores a los «terceros que acrediten un interés legítimo y a los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo y representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital». Por tanto, legitimados para impugnar los acuerdos estarían el nudo propietario en cuando su condición de socio y, el usufructuario como tercero con interés legítimo. El plazo para ejercitar tal acción de impugnación es de un año —excepto en las sociedades cotizadas que es de tres meses [art. 495.2 letra c) TRLSC]—. El nudo propietario en su condición de socio o en su caso, el usufructuario podrá impugnar el correlativo acuerdo de la Junta General cuando consideren haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales⁷⁰. En fin, en cuanto al derecho de separación de la sociedad (art. 348 bis del TRLSC) corresponde al nudo propietario en su condición de socio, pero nada impide que estatutariamente se atribuya al usufructuario. Si bien en caso de previsión estatutaria, la doctrina entiende que la solución más adecuada, es la de exigir el consentimiento del socio (nudo propietario) y del usufructuario⁷¹.

Por otra parte, en cuanto a los demás derechos del socio de contenido patrimonial son objeto de regulación específica en los artículos 128 y 129 del TRLSC. Por otra parte, en el título constitutivo del usufructo se podrán atribuir el ejercicio de algún derecho administrativo al usufructuario con eficacia solo *inter partes*.

Antes de proceder a su análisis, conviene recordar que, el artículo 127.1 del TRLSC reconoce el derecho al dividendo del usufructuario, esto es, del derecho a participar en las ganancias sociales, pues, el dividendo constituye un fruto civil integrado dentro de las facultades del *ius fruendi* que reconoce el Código civil al usufructuario (art. 475 inciso segundo). Como indica el artículo 474 del Código civil «los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo». Se presenta como tránsito de derecho abstracto social a un derecho de crédito a favor del socio

cuando se aprueba el reparto en Junta. No es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues, aparte de las reservas legales, se pueden constituir otras de carácter voluntario⁷².

No obstante, este derecho al dividiendo tiene ciertos límites como su no cesión a un tercero de forma separada del derecho de usufructo, ni reservarlo al enajenar; o renunciar al derecho de usufructo⁷³.

Por otra parte, también tiene derecho el usufructuario al dividendo acordado durante el usufructo que, como precisa SÁNCHEZ RUIZ represente «el derecho de crédito (de carácter puro, no corporativo) que nace con el acuerdo de la junta de socios que decide el reparto de beneficios en relación con un determinado ejercicio social y consiste en la facultad de reclamar a la sociedad el pago del importe concreto de las ganancias, correspondiente a las acciones o participaciones usufructuadas, cuyo reparto haya sido decidido en el acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio correspondiente»⁷⁴. Para GARCÍA VICENTE «una porción de estos pueda corresponder, según las normas propias del usufructo, al nudo propietario (arts. 473 y 474 CC) o de que los dividendos acordados se refieran a los beneficios de la sociedad de un ejercicio anterior a la constitución del usufructo» y añade que «el derecho a la percepción de los dividendos acordados se referirá a cualquier dividendo, con independencia de que repartan los beneficios propios de la explotación de la sociedad o que conciernan a beneficios extraordinarios o atípicos»⁷⁵.

En cuanto a los beneficios de la sociedad se puede acordar en Junta no repartirlos o retenerlos como reservas sociales⁷⁶. En la adopción de dicho acuerdo puede haber votado a favor o en contra el nudo propietario, pues bien, el usufructuario puede frente a la sociedad, impugnar estos acuerdos alegando abuso de la mayoría (art. 294.1 del TRLSC)⁷⁷, o puede frente al nudo propietario tal como establece el artículo 128.1 del citado cuerpo legal exigir el incremento de valor experimentado por las acciones o participaciones usufructuadas que, proceda de esos beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que, figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas —reservas obligatorias legales o estatutarias y las voluntarias, se excluyen, por tanto, las ocultas o tácitas—⁷⁸. Si bien, aunque se habla de beneficios integrados en las reservas, para la mayoría de la doctrina se opera sobre los beneficios obtenidos durante el usufructo y su no integración en reservas⁷⁹. Y en cuanto a cómo se determinen ese incremento de valor, señala VALPUESTA GASTAMINZA, que «dependerá del cálculo de los «beneficios propios de la explotación» —excluyendo las plusvalías por ejemplo— y la integración en las reservas»⁸⁰.

Asimismo, en caso de disolución de la sociedad mercantil durante el usufructo, el citado artículo 128.2 dispone que, el usufructuario podrá exigir al nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las participaciones o acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación. Esta cuota de liquidación se pagará en dinero, aunque se puede, si así lo establecen los estatutos, la entrega de otros bienes sociales, atendiendo a su valor real, si subsisten en el patrimonio social al tiempo de la liquidación (art. 393 del TRLSC), o en participaciones o acciones de la misma clase de las que hubieran estado sujetas a usufructo en virtud del valor que, les corresponde atendiendo al último balance de la sociedad aprobado⁸¹.

Ahora bien, si las partes no llegan a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos descritos, este será fijado, a petición de cualquiera de ellas, y a

costa de ambas, por un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad que, designe a tal efecto el Registro Mercantil. Si bien, el título constitutivo del usufructo de participaciones podrá disponer de reglas de liquidación distintas (art. 128.4).

En cuanto a la forma de pago de estas cantidades, el artículo 131.1 dispone que, podrá abonarse bien en metálico, bien en participaciones o acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo, calculando su valor en virtud del que las que correspondan conforme al último balance de la sociedad que hubiere sido aprobado.

En fin, en los casos de aumento de capital de la sociedad, si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado su derecho de asunción o de suscripción preferente diez días antes de la extinción del plazo fijado para su ejercicio, estará legitimado el usufructuario para proceder a la venta de los derechos o a la asunción o suscripción de las participaciones o acciones (art. 129 del TRLSC). Como establece la norma tendrá preferencia en el ejercicio o la enajenación de este derecho frente a la sociedad el nudo propietario. Si no lo ejercita antes de los últimos diez días del plazo previsto para ello, se encuentra legitimado para ello el usufructuario frente a la sociedad. Precisa GARCÍA VICENTE que «sobre tal derecho se constituye una titularidad temporalmente limitada (*pro rata temporis*)»; y, además «el reconocimiento de este derecho, frente a la sociedad, es «imperativo», de modo que son irrelevantes, en el ámbito de las relaciones externas, los pactos de atribución acordados en el título constitutivo o la remisión estatutaria de la cuestión al título constitutivo y tampoco los estatutos puedan suprimir sucesivamente el derecho de preferencia atribuido al usufructuario sin contar con su consentimiento»⁸².

Ahora bien, en caso de enajenación de los derechos de asunción o de suscripción, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá al importe obtenido por la enajenación —si bien, la cantidad obtenida (dinero) pertenece al nudo propietario—; y, en el supuesto en que se asuman nuevas participaciones o se suscriban nuevas acciones, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las participaciones o acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la asunción o suscripción, calculado por su valor teórico. El resto de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas pertenecerá en plena propiedad a aquel que hubiera desembolsado su importe (art. 129.2 y 3) —bien el usufructuario o el nudo propietario—. Por lo tanto, el usufructo se extiende a la asunción de las participaciones o suscripción de acciones, cuyo desembolso hubiera podido realizarse. Si bien, en el caso de sociedades cotizadas el valor de referencia que se va a utilizar para el cálculo, es el precio medio de cotización de las acciones durante el periodo de suscripción (art. 502.1 del TRLSC).

En este contexto, si los aumentos de capital se hacen con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo, las nuevas participaciones o acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellas el usufructo. Por lo que, ambos están legitimados para solicitar la asignación gratuita de las nuevas participaciones o acciones (art. 129.4). Se precisa que, el aumento con cargo a beneficios o reservas lo es «respecto de las que figuran en el último balance aprobado (art. 295.2), sean remanentes no distribuidas o bien reservas disponibles y con independencia que procedan de ejercicios en los que el usufructo estuviera ya constituido»⁸³. Sin embargo, GARRIDO MELERO entiende que en el caso de aumento de capital durante el usufructo con cargo a reservas ya constituidas con anterioridad al mismo «se debe entender que también se extiende al usufructo a

las nuevas acciones o participaciones sociales», pues «una interpretación *a sensu contrario* de la norma podría llevar a afirmar que solo las reservas constituidas durante el usufructo dan lugar a gravar con derecho de usufructo a las nuevas acciones o participaciones sociales»⁸⁴. Asimismo, las reservas constituidas por las ganancias sociales generadas durante el usufructo y la parte proporcional de la cuota de liquidación integrada por aquellas, pertenecen al usufructuario⁸⁵.

No obstante, el propio título constitutivo de usufructo de participaciones podrá establecer reglas distintas de las señaladas en los apartados anteriores, y, asimismo, en las sociedades anónimas, el usufructuario tendrá los mismos derechos cuando se trata de emisión de obligaciones convertibles en acciones de la sociedad (art. 129.5 y 6)⁸⁶. El usufructuario podrá solicitar la conversión si no lo ha hecho el nudo propietario en el plazo de diez días antes de la extinción del plazo para su ejercicio (art. 129.1 y 6 del TRLSC)⁸⁷. En todo caso, como precisa VALPUESTA GASTAMINZA «cuando se emiten tales obligaciones los accionistas tienen iguales derechos de suscripción preferente que respecto de las acciones (art. 416 del TRLSC, pues esas obligaciones pueden ser acciones en el futuro)» y añade que «el usufructuario tendrá iguales derechos (de vender los derechos o ejercitarlos, si no lo hace el nudo propietario; y de extender el usufructo a las obligaciones, o ser titular de estas, en función de cuál hubiera sido el precio de venta de los derechos de suscripción preferente)»⁸⁸.

En cuanto al usufructo de acciones no liberadas totalmente, el nudo propietario está obligado frente a la sociedad a efectuar el pago de la parte no desembolsada y, una vez, realizado tiene derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad pagada hasta el importe de los frutos —estos serán el dividendo que se recibe anualmente—⁸⁹. Si el nudo propietario no realiza el citado desembolso pendiente en cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago, podrá hacerlo el usufructuario, evitando con ello las consecuencias legales derivadas del retraso. Si bien, el usufructuario podrá exigir el reembolso de la cantidad pagada al finalizar el usufructo (art. 130).

Ahora bien, cuando el usufructo sea de acciones, en caso de aumento del capital de la sociedad, de enajenación de los derechos de asunción o de suscripción o se asumen nuevas participaciones o se suscriban nuevas acciones o, en fin, se trata de usufructo de acciones no liberadas totalmente, el importe de las cantidades que hayan de pagarse podrá abonarse en metálico o en participaciones o acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo. Cuando el usufructo recaiga sobre participaciones, las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario en virtud del artículo 129, se abonarán en dinero (art. 131).

En este contexto, la cuestión controvertida expuesta al inicio de nuestro estudio opera sobre la determinación del carácter ganancial o no de los beneficios destinados a reservas sociales por una sociedad de capital de la que es socio uno de los cónyuges, no repartiéndose aquellas, ni como dividendo, ni ampliándose el capital social, emitiendo acciones con cargo a las mismas y, por tanto, planteándose si, una vez disuelta la comunidad ganancial, existe o no un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o participe por las ganancias sociales no repartidas. Añadiendo a todo esto la posible aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 128 del TRLSC sobre la consideración de los beneficios destinados a reserva como ganancias de la sociedad y como tales frutos pertenecen al patrimonio común y, completando con ello o no la laguna del artículo 1352 del Código civil respecto de tales beneficios destinados a reservas y teniendo, asimismo, a lo dispuesto en los artículos 1360 y 1381 del Código civil.

Como manifestamos al inicio de nuestra exposición la doctrina de las Audiencias Provinciales se encuentran divididas sobre esta cuestión controvertida. Así, por un lado, la postura que considera que, la sociedad de gananciales ostenta un derecho por las reservas constituidas mientras duró el matrimonio, frente al cónyuge titular privativo de las acciones o participaciones sociales; y, por otro, aquellas sentencias que, se muestran contrarias a la inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales. En relación con la primera posición, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.^a, de 17 de diciembre de 2013⁹⁰ argumenta que «Debemos partir, ciertamente, que las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica propia, y que los beneficios sociales no repartidos como dividendos no pertenecen a los socios o partícipes sino a la propia sociedad pero siendo esto así, también lo es que, sus beneficios computados como reservas podrían distribuirse como dividendos, situación que puede ser mucho más peligrosa cuando el cónyuge titular de las acciones o participaciones controla la sociedad, de modo que es él quien decide si se reparte dividendo o se contabilizan los beneficios como reservas, cuando se amplía o no el capital con cargo a reservas, o cuando se reparten dividendos con cargo a reservas. También puede suceder, cierto es que, esos beneficios o reservas no se traduzcan nunca en reparto de dividendos o ampliación de capital, bien porque compensen resultados negativos de ejercicios anteriores, bien porque ulteriores pérdidas de la sociedad neutralicen las reservas, como pudiera haber sucedido en este caso». Continúa manifestando que la solución, como se puede apreciar, no es fácil. En su opinión «la aplicación analógica del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital a la liquidación de la sociedad es perfectamente posible por concurrir identidad de razón (art. 4.1 CC), pues, el problema que se pretende regular en el usufructo de acciones o participaciones sociales es muy parecido. La situación de los beneficios sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo y la institución del usufructo de acciones o participaciones sociales, en que el usufructuario tiene derecho a hacer suyos los frutos, dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo, presenta una cierta relación analógica con la sociedad de gananciales, en la que se hacen comunes por los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente para cualquiera de ellos (art. 1344 CC), y entre ellos los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales (art. 1347.2 del mismo cuerpo legal). Obviamente, el usufructo de acciones o participaciones sociales no es igual que la sociedad de gananciales, pues en tal caso como no se trata de una posible aplicación analógica de la norma sino directa y también resulta evidente que no toda regulación legal del usufructuario de acciones o participaciones sociales es aplicable analógicamente a la sociedad de gananciales, pero respecto a la concreta cuestión de los beneficios sociales computados como reservas, nos parece que la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales es perfectamente aplicable por analógica a la sociedad de gananciales. Como la solución al problema es difícil, ya lo hemos dicho, también sabemos que la disposición legal aplicable al usufructo de acciones o participaciones sociales en el artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital es criticada sobre todo desde el aspecto económico-empresarial, lo es que comprensible, pero ante un problema completo es la opción elegida por el legislador». Por lo que «a su juicio la cuestión tiene dos posibles soluciones: la primera es entender en atención a la personalidad jurídica propia de la sociedad; a que los beneficios sociales computados como reservas no pertenecen a los socios sino a la propia sociedad; que, a diferencia del dividendo, que sale del patrimonio de la sociedad, o de las

acciones con cargo a beneficios, que es un valor que la propia sociedad emite, el beneficio contabilizado como reservas permanece en el patrimonio de la sociedad, pudiendo desaparecer por pérdidas ulteriores o incluso compensar un neto patrimonial negativo anterior y que el supuesto no se encuentra comprendido en la regulación del artículo 1352 del Código civil; que ese beneficio anual no repartido como dividendo ni utilizado para emitir ampliaciones de capital con cargo al mismo, no da lugar a un crédito de la sociedad de gananciales, dejando para los casos especiales de fraude por uno de los cónyuges la aplicación de los principios generales correctores del fraude de ley, el abuso de derecho o incluso la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica; pero esta solución, tributaria más de un enfoque que podríamos denominar mercantil-empresarial, tiene el inconveniente de que deja la corrección de las situaciones de abuso y fraude a la aplicación de los principios generales del derecho de salvaguardia del ordenamiento que, es bastante posible que en la práctica, por sus limitaciones, no resulten eficaces para remediar la complejidad de las posibles realidades que se presenten y además obvia la aplicación analógica de la solución adoptada legalmente para el usufructo de acciones o participaciones sociales. Desde este aspecto, sí debemos señalar que, como bien indica la sentencia recurrida no existe confusión entre el patrimonio de D. César y el de sus sociedades, no concurriendo motivo para acudir a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica, y el codemandado D. Cristóbal se ha cuidado de acreditar a través del dictamen pericial de D. Aurelio que la política social de no reparto de dividendos se hallaba justificada económicamente y no obedecía a un capricho o a un fraude. La otra posibilidad es aplicar analógicamente la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales y estimar que los beneficios sociales de explotación integrados en las reservas expresas y que no hayan dado lugar a reparto de dividendo o a ampliación de capital general también un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge titular de las acciones o participaciones. Es el reverso de la solución anterior, centrada más en un enfoque civil, en detrimento del mercantil-empresarial, y que aplica una solución general al problema, ya elegida por el legislador para un supuesto con cierto parecido, si bien desde el aspecto económico-empresarial será criticada.

En esta disyuntiva y tras una profunda meditación concluye la sentencia que «nos parece más prudente y adecuado acudir a la segunda solución, sin que ello pueda implicar que apliquemos a la liquidación de la sociedad de gananciales los criterios de régimen de participación, pues en el propio régimen de la sociedad de gananciales también existen créditos de la sociedad frente a uno de los cónyuges (arts. 1352, 1359 y 1360 CC), no tratándose de otra cosa que de interpretar una laguna contenida en el artículo 1352 del Código civil, no dejando de ser un poco llamativo que de ser uno de los cónyuges solo usufructuario de un paquete de acciones o participaciones sociales el beneficio de explotación de la sociedad integrado durante el usufructo en las reservas expresas del balance que como crédito le corresponde frente al nudo propietario vaya a ser un bien ganancial, conforme al artículo 1349 del Código civil en relación con el artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital, y sin embargo, de ser el cónyuge propietario pleno de acciones o participaciones sociales los beneficios sociales imputados o reservas no vayan a dar ninguna compensación económica a favor de la sociedad de gananciales».

Respecto de la segunda posición, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2017⁹¹ manifiesta al respecto que «la cuestión a resolver exige hacer consideración de dos posturas enfrentadas en cuanto

al criterio que se ha de mantener en relación al hecho de si en una liquidación de sociedades gananciales han de incluirse en el activo de esta las reservas de las sociedades participadas por los cónyuges, reservas que suponen beneficios de la sociedad no repartidos en favor de los accionistas o partícipes, y que por tanto se distinguen de los dividendos que sí se hayan repartido en cuanto que beneficios generados por la sociedad en cuestión; o por el contrario, no deben repartirse. La primera postura, aplicando analógicamente el artículo 128 de la LSC que entiende el derecho del usufructuario a participar en las reservas en la proporción que corresponda, que hayan sido devengadas durante el periodo en que ostentó el derecho de usufructo, da una respuesta afirmativa a la participación de la sociedad de gananciales en las reservas; más no es así la segunda que considera que, en tanto el órgano pertinente de la sociedad no ha acordado el reparto de las cantidades objeto de reservas en calidad de beneficios entre los socios participantes, dichas cantidades no han salido de la sociedad y en consecuencia, no forman parte del patrimonio de la sociedad de gananciales. Además aclara que con la primera postura, expuesta sucintamente con anterioridad «sostiene que el usufructo de acciones o participaciones sociales tiene regulación concreta en el artículo 128.1 de la Ley referida, que dice que finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufrutuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas, y atendiendo a ello pretende la posibilidad de aplicación analógica de dicho precepto a la liquidación de la sociedad de gananciales porque considera que existe identidad de razón, ya que el problema que se pretende regular en el usufructo de acciones o participaciones sociales es muy parecido o semejante a aquel que nos ocupa. Sostiene que la situación de los beneficios sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo, en que el usufructo de acciones o participaciones sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo, en que el usufructuario tiene derecho a hacer suyos los beneficios obtenidos por la sociedad durante el usufructo, presenta una cierta relación analógica con la sociedad de gananciales, en la que se hacen comunes por los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente para cualquiera de ellos (art. 1344 CC), y entre ellos los frutos, rentas e intereses que produzcan tanto bienes privativos como los gananciales (art. 1347.2 del mismo cuerpo legal)». Sin embargo, entiende la Sala que «no es posible la aplicación analógica de la norma y ello entre otras razones porque no es equiparable la situación que se contempla en el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital para los usufructuarios, con la de los titulares o propietarios de las acciones. No se puede equiparar la situación de un usufructuario de acciones en una sociedad de capital, a la del propietario de las mismas y ello independientemente de las críticas que ha suscitado el referido artículo 128, por lo que consideramos que este no es aplicable analógicamente». Además «el artículo 4 del Código civil, regulador de la analogía exige para la aplicación analógica de la norma que los supuestos sean semejantes, entre el que esté regulado expresamente y el que no se aprecie entre ellos identidad de razón, identidad que a pesar de la semejanza existente, nos encontramos entre la posición del usufructuario y el propietario de acciones. Mientras que el primero, conforme al artículo 128 de la Ley de Sociedad de Capital tiene un derecho a las reservas limitado al tiempo en que ha tendido la condición de usufructuario, y por tanto está en un posición de temporalidad en el derecho que ostenta, siendo que una

vez que desaparezca este ningún beneficio va a poder obtener derivado de su participación en su calidad de usufructuario en la sociedad, no es la misma la situación del titular propietario de las acciones que, lógicamente aunque la ley en cuestión no le dé derecho a participar en las reservas en la misma calidad del usufructuario, mantienen una posición en la sociedad con evidente beneficio de sus acciones en caso de la existencia de reservas, dado el presumible mayor valor que las mismas tendrían; además de que dada su condición de titular puede gestionar las acciones conforme a su conveniencia social y temporal. Por lo que concluye que «nos inclinamos en consecuencia por la segunda de las posturas, de la que es ejemplo sentencia de distinta sección a aquella al que se recoge la sentencia recurrida, pero también de la Audiencia Provincial de Madrid, en concreto, la sección 24, dictada el día 9 de enero del 2014, en criterio seguido por otras de la misma Audiencia Provincial». De ahí que, se consideren que «así en relación con los beneficios no distribuidos, esto es con las reservas en situación de las que ahora nos ocupamos, en la Junta societaria quien es soberana para decidir conforme a las mayorías exigidas, el reparto de sus beneficios sociales y que en esta materia es unánime la jurisprudencia que considera que para convertir el derecho concreto de crédito en abstracto para participar en los beneficios sociales, es necesario el acuerdo de la Junta que, como órgano soberano de formación de la voluntad general, es el que decide el destino de dividendos. Los beneficios de la sociedad anónima, de la que era socio en su momento don Luis María, como titular de unas acciones que, han sido destinadas a reservas, no han salido de la propia entidad, entidad que tiene personalidad jurídica independiente, ni se han incorporado de algún manera al patrimonio ganancial ni, en definitiva, tienen la consideración de frutos o rentas de un bien privativo, siendo estos los que comparten la naturaleza ganancial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1347.1 del Código civil. En suma, esos beneficios no son dividendos repartidos a los socios, beneficios estos últimos que sí tendrían la consideración de frutos civiles, sino incrementos invertidos en la propia sociedad, de los que no participa el socio por esta condición. A mayor abundamiento entendemos que el hecho que en razón al reparto de las reservas suponga la participación del socio se ha revaluado a consecuencia de dicha aplicación, es algo que no supone la consideración como ganancial del incremento, en la medida en que las plusvalías generadas por inversiones ajenas a fondos gananciales, o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, no comparten la naturaleza ganancial, y ello al margen de que dichas plusvalías deban evaluarse, no en el momento que tiene lugar, sino en el del reparto de dividendos, que si tendrá naturaleza ganancial, o en el de liquidación de la propia sociedad, referido esta no a la sociedad de gananciales. Consecuencia de lo expuesto es la estimación del motivo del recurso y también como hemos advertido que no sea necesario hacer consideración de si las reservas relativas a sociedades no participadas por don Luis María, sino por sociedades por este participadas, formarían parte o no de la sociedad de gananciales, pues en ningún caso ninguna de las reservas de la sociedades litigiosas forman parte del activo de dicha sociedad».

1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE FEBRERO DE 2020

Para resolver las discrepancias de criterio entre nuestras Audiencias Provinciales, dado el vacío normativo existente al respecto, al no hallarse contemplado

expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinados a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el Código civil, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020⁹² estima más sólida la segunda de las posiciones expuestas y, por consiguiente, se inclina por la tesis que niega carácter ganancial a las reservas, que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad, con la particularidad de la existencia de fraude.

Al respecto argumenta su posición, señalando que «en primer lugar, ostentan la consideración legal de gananciales los dividendos cuyo reparto se han acordado, en tanto en cuanto provienen de las acciones o participaciones sociales de titularidad privativa de uno de los cónyuges por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1347.2 del Código civil y 93 a) LSC, mientras que los beneficios destinados a reservas permanecen integrados en el patrimonio de la sociedad, que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 de la LSC). En efecto, las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí. En este marco de autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la Junta General decidir bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico (arts. 160 y 273 de la LSC), y, por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución de reservas o el reparto de dividendos. El socio únicamente puede ante un acuerdo de esta naturaleza, ejercitar su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la LSC, siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello; o impugnar el correlativo acuerdo de la Junta General, en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales».

Continúa señalando que «(...) Las reservas no se pueden identificar sin más como frutos de los rendimientos de un bien productivo y como tales gananciales, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio separado y distinto del correspondiente a los socios y sometidas a un concreto régimen jurídico societario. Por otra parte, la constitución de fondos de reserva responde a autónomas decisiones adoptadas por la sociedad de capital, en el ámbito específico e independiente de su competencia en la gestión del objeto social, en otras ocasiones resultan normativamente impuestas en el caso de reservas legales o derivadas de una disposición de los estatutos sociales que así expresamente lo exijan, toda vez que dichas reservas pueden ser voluntarias, legales o estatutarias (arts. 273 y 274 de la LSC)». Ahora bien «estas reservas pueden hallarse justificadas por la necesidad de autofinanciación para obviar las dificultades de encontrar financiación externa o asumir los costes que ello supone. Sirven para acrecentar el patrimonio de la empresa, asegurando un fondo de solvencia con respecto a los acreedores sociales, así como una garantía de pervivencia frente a los avatares del mercado. Valen para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios económicos precedentes. En definitiva, constituyen todas ellas opciones cuya elección compete a la voluntad social exteriorizada en la Junta General y no subordinadas a la voluntad individual de sus socios, incluso son impuestas directamente por la ley».

Por otra parte, se entiende que, como «las reservas tienen su origen en el resultado positivo de un ejercicio económico, son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social. El beneficio contabilizado puede desaparecer por

pérdidas ulteriores y es perfectamente factible, incluso habitual y frecuente que el cónyuge socio nunca llegue a participar en dichos beneficios. Los dividendos, por el contrario, considera este Alto Tribunal «sí son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social y generan un derecho concreto, no eventual o potencial, a su percepción». Es por ello que para esta Sala «los beneficios generados no deben formar parte del activo ganancial, en tanto en cuanto no se declare el derecho del cónyuge titular de las acciones o particiones sociales a percibir dividendos en su condición de socios a tenor del artículo 93 a) de la LSC, lo que únicamente acontece cuando la sociedad acuerda la conversión de ese derecho abstracto en un derecho concreto de crédito que, por su naturaleza de fruto, se integra en la masa ganancial. De tal forma que, si la decisión social de distribución de beneficios se ha acordado vigente el régimen ganancial, los dividendos serán comunes, aun cuando su efectiva percepción se materialice con posterioridad a la disolución de dicho régimen económico matrimonial, puesto que el derecho de crédito, en tal caso nació vigente el consorcio. Sin embargo, no ostentarán tal condición jurídica, cuando el acuerdo de distribución de beneficio se adopte posteriormente; pues los frutos de los bienes privativos, tras la disolución de la sociedad de gananciales, ya no son comunes».

Por otra parte, el cónyuge socio, dada su condición de titular privativo de las acciones o participaciones sociales puede gestionarlas conforme a su conveniencia, incluso enajenarlas sin necesidad de contar con el consentimiento de su consorte (arts. 1381 y 1384 CC). En este último caso, el fondo de reserva constituido se transmite con las acciones o participaciones sociales al adquirente y su materialización en dividendo corresponderá a quien sea titular de las mismas, cuando la sociedad de capital así expresamente lo decida. El cálculo del importe de las acciones o participaciones sociales tendrán en cuenta el balance de la sociedad del que formará parte los beneficios retenidos como reservas, sin que exista derecho alguno de participación del cónyuge del socio enajenante en el precio obtenido de una transmisión onerosa de tal clase, que será de naturaleza privativa (art. 1346.3 CC). Tampoco se regula, como es natural, la intervención del cónyuge no titular para donarlas, pese a que incorporen la hipotética suma destinada a reservas. Desde esta perspectiva, podrá entenderse que las ganancias no repartidas se integran en la cuota social. Caso distinto sería que se invirtieran fondos gananciales en la sociedad de capital en cuyo caso podrá entrar en juego el artículo 1360 del Código civil».

Ahora bien, precisa que «el hecho que el beneficio de un ejercicio social no se reparta, al integrarse en el fondo de reserva, es cierto que no deja de ser ganancial y como tal fruto, pero nacido de la propia actividad productiva de la sociedad, sometido a sus avatares e integrado en el patrimonio de la mercantil para la realización de su objeto social, sin constituir, por consiguiente, fruto percibido por el cónyuge socio vigente el régimen ganancial y como tal integrado en el patrimonio común. En consecuencia, no consideramos al cónyuge titular deudor de la sociedad de gananciales con respecto a las reservas constituidas, cuyo destino puede venir determinado legal o estatutariamente o por acuerdo de la Junta General y que, incluso, puede acontecer, como no deja de ser frecuente, que nunca llegue a percibirse como beneficio imputable a las acciones o participaciones sociales».

Ciertamente, añade la Sala que «este específico régimen legal nos aparta de la regulación de los derechos reales sobre las acciones o participaciones sociales de los artículos 127 y siguientes de la LSC, dentro de los cuales se encuentran las disposiciones relativas al usufructo de tal clase regulado en el invocado ar-

título 128 de la LSC que, por las razones expuestas, no consideramos aplicable a la comunidad germánica o en mano común que, conforma la naturaleza de la sociedad ganancial, y por consiguiente que, a la disolución de la sociedad, el cónyuge socio sea deudor por el incremento del valor de las acciones o participaciones sociales respecto a unas reservas que expresadas en el balance, según el precitado artículo 128 de la LSC, comprenderían, además todas ellas «cualquier que sea la naturaleza o denominación» como norma de dicho precepto.

Además dispone que «el usufructo regulado en la LSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo de dominio, que se puede constituir por actos *inter vivos* o *mortis causa*, tanto a título oneroso como gratuito, y las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirán por lo establecido en el título constitutivo, y en su defecto, por lo previsto en el TRLSC y supletoriamente el Código civil (art. 127 del TRLSC). Sería factible, por lo tanto, que en el título constitutivo se limitase el derecho a la percepción de dividendos de la manera pactada por las partes, en tanto en cuanto pueden establecer convencionalmente el contenido de tal derecho».

En conclusión fija como doctrina la Sala:

1. No se considera aplicable el régimen jurídico del artículo 128 de la LSC a la determinación del patrimonio ganancial.
2. Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen societario, no adquieren la condición de bienes gananciales.
3. Los dividendos, cuyo reparto acordó la Junta General de socios, tienen naturaleza ganancial.
4. No pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad legal de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad ganancial, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma.
5. En los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común.

La Junta General ordinaria de accionistas puede denegar el reparto de los beneficios obtenidos y retenerlos íntegramente en su patrimonio, si existe un interés social que justifique dicho acuerdo y en ningún caso es posible denegar de forma injustificada e indefinidamente el reparto⁹³.

Nuestro Tribunal Supremo opta al negar el carácter ganancial a las reservas que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad por una concepción más económica y mercantilista que civil.

En primer lugar parte de la consideración del carácter ganancial de los dividendos, mientras que los beneficios destinados a reservas permanecen integrados en el patrimonio de la sociedad que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 del TRLSC) y no tienen la consideración de frutos como los dividendos, y por tanto, no tienen carácter ganancial atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1347.2 del Código civil.

Como refuerzo de tal argumentación, el Alto Tribunal señala que, las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. Además, la sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

Ciertamente en este marco de autonomía de la sociedad con respecto a sus socios, corresponde a la Junta General de accionistas decidir por un lado, acerca de la aprobación de las cuentas anuales y, por otro, la aplicación del resultado del ejercicio económico que, puede implicar entre otras decisiones el destino que se dará a los beneficios obtenidos, la constitución o no de reservas sociales o, en fin, el reparto de dividendos entre los socios. Ante la adopción de dichos acuerdos, el socio tiene como medidas de defensa, bien ejercitar el derecho de separación (art. 348 bis del TRLSC) o bien impugnar el acuerdo de la Junta General, si entiende que ha sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales.

Si bien, el cónyuge socio tiene un derecho abstracto sobre patrimonio ajeno que, opera cuando existe acuerdo de Junta que ordena el reparto de dividendos; las reservas, por el contrario, no pueden tener la consideración de frutos de un bien productivo y por tanto, gananciales, en cuando pertenece a la sociedad no a los socios, que están integradas en su patrimonio que, es distinto y separado del que corresponde a aquellos y sometidas a un régimen jurídico societario concreto. Reservas que puede ser voluntarias, legales o derivadas de una disposición estatutaria y que, pueden tener su justificación en la necesidad de autofinanciación, o para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios anteriores.

En este contexto, entiende la Sala que, resulta necesario afirmar que, las reservas son frutos de la sociedad obtenidos de la realización de su objeto social, mientras que los dividendos son frutos del socio, separados del patrimonio social y que generan un derecho concreto, no eventual o potencial a su perfección. De tal forma que, si la decisión social de reparto de dividendos se ha acordado vigente el régimen ganancial, los dividendos serán gananciales, aunque se perciban con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales. Se trata de un derecho de crédito nacido constante el régimen económico matrimonial de gananciales. Si el acuerdo de distribución de dividendos tiene lugar tras la disolución de gananciales, pierde su condición de fruto y su consideración de bien ganancial.

En refuerzo de su posición, se alude por el Tribunal Supremo a la gestión y transmisión del cónyuge socio, como titular privativo de las acciones o participaciones sociales. Así puede gestionarlas a su conveniencia, y enajenarlas sin consentimiento de su consorte. En este último caso, el fondo de reserva constituido se transmite con las acciones y participaciones sociales al adquirente. Por otra parte, en el cálculo del importe de tales acciones o participaciones sociales se tendrá en cuenta el balance de la sociedad del que forman parte los beneficios retenidos como reservas, sin que exista derecho alguno a la participación en el precio obtenido por la transmisión por parte del cónyuge del socio enajenante, pues, tal precio tendrá naturaleza privativa con arreglo al artículo 1346.3 del Código civil (principio de subrogación real). Tampoco intervendrá este en el caso de donación de las acciones o participaciones sociales, aunque también incorporen una suma destinada a reservas, pues, en ambos casos, las ganancias repartidas (reservas) forman parte de la cuota social. Si bien, la sentencia entiende que únicamente cuando se inviertan fondos gananciales en la sociedad podría entrar en juego el artículo 1360 del Código civil para hacer a la sociedad acreedora del aumento de valor de las acciones transmitidas.

Sobre tales bases, respecto a la posibilidad de aplicar el régimen legal específico previsto en los artículos 127 y siguientes del TRLSC, más en concreto el artículo 128, a la sociedad de gananciales y respecto a la situación del cónyuge casado bajo este régimen económico que sea titular privativo de acciones o participaciones sociales, afirma que ello no es posible entre otras razones porque:

el usufructo regulado en el TRLSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo de dominio, que se puede constituir por actos *inter vivos* o *mortis causa*, tanto a título oneroso como gratuito y que en las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirá por lo establecido en el título constitutivo, y, en su defecto, por lo previsto en el TRLSC y supletoriamente el Código civil. Por tanto, lo dispuesto en el artículo 128 del TRLSC respecto a las reservas que podrá percibir las a la finalización del usufructo el usufructuario, en concreto, el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas; o a la disolución de la sociedad mercantil, no se aplica analógicamente a la sociedad de gananciales en cuanto comunidad germánica o en mano común, y por consiguiente que, a la disolución de la sociedad de gananciales, el cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales sea deudor por el incremento del valor de estas respecto de unas reservas expresadas en el balance.

En todo caso, el usufructuario como el cónyuge socio titular de las acciones o participaciones sociales tienen derecho a los dividendos; y respecto de aquel resulta factible que en el título constitutivo se limitase el derecho a la percepción de dividendos de la manera pactada por las partes, en tanto en cuanto puede establecerse convencionalmente el contenido de tal derecho.

Por último, en el caso de sociedades familiares o controladas por un cónyuge como socio único o mayoritario que adopte durante varios ejercicios económicos y sin justificación aparente para ello acuerdos sociales en la que destina los beneficios a reservas y no al reparto de dividendos podría tal comportamiento del cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales considerarse fraudulento (incurso en fraude de ley —artículo 6.3 CC)— y determinar la aplicación del precepto que se pretende eludir (arts. 1347.2 y 1397.3 CC o, lo previsto expresamente en los arts. 1390 y 1391 del citado cuerpo legal), cuando se dan los presupuestos previstos en ambos.

Frente a tal posición adoptada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, están los partidarios de considerar que la sociedad legal de gananciales tienen un derecho de participación en las reservas societarias que se fundamenta en la consideración que los beneficios destinados a reservas son ganancias de la sociedad y como tales frutos pertenecientes al patrimonio común, siendo de aplicación por analogía, al concurrir identidad de razón, el tratamiento jurídico del artículo 128 del TRLSC. Asimismo, utilizan una interpretación al absurdo, según la cual, en el supuesto que uno de los cónyuges fuera usufructuario de acciones o participaciones sociales conforme al artículo 127 del TRLSC, los frutos devengados durante el matrimonio serían comunes según dispone el artículo 1349 del Código civil y la sociedad ganancial tendría derecho a la aplicación del artículo 128 del TRLSC que, no ostentaría cuando el otro cónyuge fuere titular exclusivo de las acciones o participaciones sociales y no un simple usufructuario. Lo que introduce una incoherencia en el sistema. Igualmente, se acude a la aplicación del artículo 1360 del Código civil, al reputar los beneficios destinados a reservas como incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa, expresión normativa que integraría a las sociedades mercantiles.

Recordemos que esta cuestión controvertida había generado posiciones enfrentadas en el seno de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales, resolviéndose ahora por nuestro Tribunal Supremo con esta Sentencia del Pleno

de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020, e inclinándose por la no inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales y, asimismo, en la no aplicación analógica de la regulación contenida en los artículos 127 y siguientes del TRLSC, más en concreto, del artículo 128.

Pese a la doctrina jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo en esta resolución del Pleno, no falta en nuestra doctrina quienes, consideran más razonable la posición mantenida por una parte de las Audiencias Provinciales, que considera que, la sociedad de gananciales ostenta un derecho de crédito por las reservas constituidas, mientras duró el matrimonio, frente al cónyuge titular privativo de las acciones o participaciones sociales. Así ALCOVER GARAU manifiesta al respecto que si bien «es obvio que usufructo y sociedad de gananciales no son lo mismo y, por tanto, no es de extrañar que la forma de constituir uno y otro no coincidan, como también es obvio que, debido a que son figuras distintas, en una puede jugar la autonomía de la voluntad de forma diferente a la otra». No es menos cierto que «a los efectos que interesan, en la sociedad de gananciales también hay una disgregación entre los bienes privativos y sus frutos: los bienes son de su titular; los frutos de la sociedad, o sea, que, cuando se liquida, forman parte de su activo. (...) Y si ello es así, se da sin duda alguna la identidad de razón para colmar, mediante la analogía de las normas del usufructo de acciones o de participaciones sociales, la laguna que en la regulación de la sociedad de gananciales se detecta en relación a quien le corresponde el aumento de valor de las acciones o de las participaciones sociales consecuencia de las reservas por beneficios». Además se pregunta «¿Qué razón hay para que en una figura le corresponda al usufructuario los dividendos y los incrementos y en la otra solo le corresponda a la sociedad los dividendos? Y la razón, es obvio, no se puede hablar en el análisis económico-jurídico que hace el Tribunal Supremo sobre la naturaleza de las reservas, porque el legislador en el artículo 128 ha optado por la tesis contraria a la que desarrolla el Tribunal Supremo en sede de usufructo». Por lo que concluye que «cabe la aplicación analógica de todo el contenido normativo del artículo 128 la sociedad de gananciales (finalización de usufructo, disolución de la sociedad y fijación del valor del aumento por experto independiente)»⁹⁴. En igual sentido, si bien, respecto a la regulación de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, se manifiesta MARTÍNEZ SANCHIZ al señalar que «las reservas voluntarias son frutos, lo son ontológicamente y así lo reconoce la norma cuando ordena el reembolso de las reservas gananciales transformadas en acciones gratuitas para el socio (...)». Aclarada esta cuestión se plantea el autor la integración del silencio del Código civil, para ello indica que «habrá que acudir a la regulación del usufructo de acciones o participaciones que (...) es la pauta a seguir en esta sede. La aplicación de esta normativa no solo obedece a evidentes razones de analogía, sino que responde a un imperativo lógico». Para ello nos invita a pensar en el siguiente caso «el consorte dispone de un usufructo vitalicio sobre las participaciones, cuando se disuelva —por muerte pongamos por caso— a la vez que la sociedad de gananciales, sus herederos podrán reclamar del nudo propietario la pertinente compensación, que tendrá naturaleza ganancial. Trasladémonos ahora al supuesto que el cónyuge fallecido tenga la propiedad de esas participaciones privativas, ¿van a tener peor condición los herederos que los de un usufructuario? La respuesta que, debe ser la misma cuando la sociedad se disuelve por obra del divorcio, solo puede ser negativa. Creo que el argumento es apodíctico y que admite réplica. La consecuencia es paladina, la disolución de la sociedad de gananciales, al igual que la extinción del usufructo y por causa que sea, también en caso de divorcio, da lugar a la compensación

de las reservas producidas durante el matrimonio». En consecuencia, concluye el autor que «la disolución de la sociedad de gananciales conlleva que, en la liquidación consiguiente, el socio deba reembolsar a su cónyuge por las reservas que, de haberse repartido, se habrían integrado en el consorcio matrimonial»⁹⁵. E, igualmente, para REBOLLEDO VARELA desde un punto de vista económico se pueda mantener que «las ganancias que obtiene una sociedad son siempre un fruto o rendimiento, por lo que la reinversión que se realiza destinando ganancias a reservas voluntarias (o a la adquisición de nuevos elementos patrimoniales de la sociedad) no impide que se siga conservando el carácter que tenía. Es decir, que las reservas a efecto de liquidación de la sociedad de gananciales, y aunque no hayan sido utilizadas ya antes de la disolución del régimen económico para una ampliación de capital con cargo a las mismas y aplicación del derecho de reembolso del artículo 1352 del Código civil, en cuanto se integran de manera principal con beneficios no repartidos no dejan de ser frutos de la sociedad y siempre deben considerarse gananciales (art. 1347.2 CC)»⁹⁶.

No obstante, a favor de la posición adoptada por el Pleno de la Sala de lo Civil en la Sentencia de 3 de febrero de 2020 se expresa, con anterioridad a esta resolución, MARTÍN MELÉNDEZ, tras advertir la existencia de una laguna legal en el artículo 1352 del Código civil, puesto que se olvida el supuesto de emisión de acciones con cargo a reservas, señala en cuanto a la emisión con cargo a beneficios que el citado artículo 1352 del Código civil «viene a establecer un derecho de crédito en favor de la sociedad por el valor nominal de las nuevas acciones, actualizado en el momento de hacerse efectivo no por el precio de cotización en bolsa, ni por el valor real de la acción cuando llegue el momento de pagar a la sociedad, sino por el importe actualizado de los beneficios empleados. A la misma solución se llega para el caso de emisión con cargo al crédito por dividendo». Por otra parte, indica que, el artículo 1352 no dice nada respecto de la emisión con cargo a reservas. Para la autora «estas proceden generalmente de beneficio obtenidos y no distribuidos a los accionistas, pero una vez incorporados a las mismas, pierden dicho carácter; para pasar a formar parte del patrimonio social. Por eso, no se puede considerar la emisión con cargo a reservas como una emisión con cargo a dividendos». A ello añade que «el Código civil no establece derecho de reembolso para caso de emisión de acciones con cargo a reservas, porque se considera que estas no son fruto al que tenga derecho la sociedad de gananciales; a esta solo puede corresponderle los dividendos que se repartan, siendo la Junta quien decidirá cuando los beneficios tendrán ese destino o se incorpora a reservas». Si bien, lo expuesto, se muestra partidaria del establecimiento en el Código civil de una norma similar al artículo 68.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 128 del TRLSC) en la sociedad de gananciales, aunque advierte que «la misma encontraría el inconveniente que, en principio, los créditos de la sociedad contra un cónyuge se liquidan una vez disuelta la sociedad de gananciales, lo cual puede hacer muy complicado averiguar qué parte de las reservas corresponderían a la sociedad de gananciales por proceder de beneficios producidos durante su vigencia»⁹⁷.

Y, tras la citada sentencia, se pronuncia favorablemente a la doctrina fijada en la misma, MELLADO RODRÍGUEZ que, después de señalar que, nos encontramos ante una sentencia que surge por un tema civil y que se resuelve con principios mercantiles (el carácter de las reservas sociales), indica que «estamos ante una sentencia que unifica el criterio de las Audiencias Provinciales (lo cual es de agradecer), que resuelve el vacío legal existente y que tendrá una gran aplicación práctica». Y asimismo que, «la importancia de la resolución comentada

va a venir en los casos de disoluciones matrimoniales. Es frecuente que uno de los cónyuges, autónomo, ejerza su profesión a través de una sociedad limitada, bien como socio único o en una sociedad familiar y que la propiedad de esas participaciones sea privativa por haberse constituido la sociedad o adquirido las participaciones, antes del matrimonio, o por haberlas adquirido, constante matrimonio, por vía de herencia o donación. Ante la disolución contenciosa de la sociedad de gananciales surgirá el problema de la valoración de esas participaciones, y en concreto de si se consideran los beneficios, destinados a constituir reservas sociales, como gananciales o privativos. La sentencia comentada da la pauta para resolver el conflicto. "*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*"»⁹⁸.

En este contexto, en relación con la cuestión controvertida sobre el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges, y, por lo tanto si, una vez disuelta la comunidad ganancial, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o partícipe por las ganancias sociales no repartidas, es claro que, existe un vacío legal en nuestro artículo 1352 del Código civil. No se duda que son privativas las acciones o participaciones sociales que corresponden a uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir como establecen los artículos 1446.1 y 1352 del Código civil, solo, si para el ejercicio del derecho de suscripción, se utilizasen bienes gananciales o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, como señala el último párrafo del citado artículo 1352 del Código civil. Pero estas normas no resuelven la cuestión controvertida y, que ha dado lugar a discrepancia de criterio en el seno de nuestras Audiencias Provinciales. Por otra parte, el Tribunal Supremo señala que, las sociedades de capital son ante todo, personas jurídicas y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí. En este marco de la autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la Junta General decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico y por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución en reserva o el reparto de dividendos. Las reservas no se pueden, pues, identificar sin más como frutos de los rendimientos de un bien productivo y como tales gananciales, en tanto en cuanto pertenece a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio separado y distinto del correspondiente a los socios y sometidas a un concreto régimen jurídico societario. Asimismo, las reservas que tienen su origen en el resultado positivo de un ejercicio económico son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social. Los dividendos, por el contrario, sí son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social y generen un derecho concreto, no eventual o potencial, a su percepción. Y se inclina por la tesis que niega el carácter ganancial a las reservas que, permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad, con la particularidad de la existencia de fraude. En fin, concluye nuestro Tribunal Supremo, como doctrina jurisprudencial, unificando el criterio de las Audiencias Provinciales y optando por una postura más mercantilista y económica que civil lo siguiente: a) Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren

la condición de bienes gananciales; b) Los dividendos, cuyo reparto acordó la Junta General de socios, tiene naturaleza ganancial; c) No pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad legal de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad ganancial, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma; d) En los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrá reputar gananciales, y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común.

A esto hay que añadir que, nuestro Tribunal Supremo considera que a la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común, no se puede aplicar analógicamente la regulación específica sobre el usufructo de acciones o participaciones sociales de los artículos 127 y siguientes del TRLSC, en concreto del artículo 128, y por consiguiente considerar que, a la disolución de la sociedad, el cónyuge socio sea deudor por el incremento del valor de las acciones o participaciones sociales respecto de una reservas expresada en el balance. Todo ello pese al reconocimiento de una laguna legal en el artículo 1352 del Código civil.

Resuelta un hecho claro que en el supuesto que uno de los cónyuges fuera usufructuario de acciones o participaciones sociales conforme al artículo 127 del TRLSC, los frutos devengados durante el matrimonio sería comunes según establece el artículo 1349 del Código civil y la sociedad de gananciales tendría derecho a la aplicación del artículos 128 del TRLSC que, no se ostentaría cuando el otro cónyuge fuera titular exclusivo de las acciones o participaciones sociales y no un simple usufructuario.

Por otra parte, como define LINACERO DE LA FUENTE la analogía consiste «en resolver un caso no regulado normativamente mediante la aplicación de un principio que informa otra disposición legal reguladora de una cosa distinto pero semejante»; y requiere, como precisa, asimismo esta autora de los siguientes requisitos: «1. Que nos encontremos ante un caso no regulado normativamente; 2. Que exista una norma reguladora de un supuesto distinto; y 3. Que entre el caso previsto y el no previsto en la ley exista similitud o identidad sustancial»⁹⁹. En todo caso, hay que distinguir entre analogía *legis* que supone aplicar una norma jurídica concreta; y analogía *iuris* que se obtiene por aplicación de los principios generales del Derecho.

Estaríamos en este supuesto ante una analogía *legis*. La propia exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de ley, el texto articulado del título preliminar se refiere a ella como «(...) la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica. Esta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extendible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto». Lo cierto es que, el Tribunal Supremo reconoce el vacío normativo existente al respecto, al no hallarse contemplado expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinado a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el Código civil. A nuestro entender se dan los requisitos de la analogía que, hemos expuestos en líneas precedentes, como método de integración del ordenamiento jurídico, llenando o completando las lagunas legales. Una normativa similar la tenemos en el artículo 128 del TRLSC por lo que

podía resultar aplicable. Si bien, nuestro Tribunal Supremo niega expresamente dicha aplicación analógica, pues, señala que, no existe similitud o identificación sustancial, pues, el usufructo regulado en el TRLSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo del dominio que, se puede constituir por acto *inter vivos* o *mortis causa*, tanto a título oneroso como gratuito y las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirán por lo establecido en el título constitutivo y en su defecto, por lo previsto en el TRLSC y supletoriamente el Código civil. Por lo que, no considera aplicable la regulación del TRLSC relativa al usufructo de acciones y participaciones sociales a la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común. Sin embargo, atendiendo a la frecuencia de la constitución de sociedades familiares o controlada por uno de los cónyuges como socio único o mayoritario pueden adoptarse acuerdos sociales que durante varios ejercicios económicos los beneficios se destinen a reservas sociales en lugar de al reparto de dividendos, perjudicando con ello al socio minoritario, nuestro Tribunal Supremo califica este comportamiento como fraudulento y exige la aplicación del precepto que se pretende eludir. En este caso, sin embargo, la Sala sí acude a la jurisprudencia societaria relativa al usufructo. No se entiende que en este caso, sí se advierta cierta similitud o identidad sustancial, cuando hubiera bastado con remitirse para sancionar tal comportamiento a lo regulado en los artículos 1390 y 1391 del Código civil. Todo ello sin perjuicio de aplicar o no la doctrina del levantamiento del velo para el caso de sociedades personalistas —dependiendo de si existe o no confusión entre el patrimonio del socio y de la sociedad de la que forma parte—¹⁰⁰.

En todo caso, aunque como indica la doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal de no aplicabilidad de la norma mercantil del artículo 128 del TRLSC, si se debería, en nuestra opinión, regular expresamente esta situación, pues, como reconoce el propio Tribunal Supremo, en las sociedades familiares o controladas por un cónyuge, como socio único o mayoritario, se puede perjudicar al cónyuge no socio o socio minoritario y a la propia sociedad de gananciales, cuando se adoptan acuerdos sociales durante uno o varios ejercicios económicos, en que, como hemos señalado, los beneficios se destinen a reservas y no al reparto de dividendos que, serían frutos de bienes privativos y pertenecientes a la sociedad de gananciales. Estaríamos ante comportamientos abusivos, fraudulentos que determinarían la aplicación del artículo 6.3 del Código civil y la norma que se pretende eludir y, lo previsto en los artículos 1390 y 1391 del Código civil si el cónyuge que hubiera obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor de la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto; o ejercitar la acción rescisoria cuando el tercer adquirente hubiera procedido de mala fe.

Si se da estos supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales, incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común. En cierta forma, el Tribunal Supremo, reconoce que pudieran esos beneficios destinados a reservas sociales considerarse gananciales; si bien, en un caso concreto, como es, la existencia de un comportamiento abusivo, fraudulento del cónyuge socio.

Ciertamente, es frecuente la existencia de este tipo de sociedades familiares, pues, casi todas las PYMES españolas, que representan el 90% del tejido empresarial junto a los autónomos (empresarios individuales), tienen tal consideración.

En fin, nos parece oportuno señalar que, la constitución de fondos de reserva responde a decisiones autónomas adoptadas por las sociedades de capital; si

bien, en otras ocasiones vienen normativamente impuestas, en el caso de reservas legales o derivadas de una disposición de los estatutos asociales que, lo exijan expresamente. Por tanto, las reservas pueden ser voluntarias, legales o estatutarias. Y, asimismo, puede hallarse justificada su constitución por la necesidad de autofinanciación, ante las dificultades de encontrar financiación externa, o asegurar un colchón de solvencia frente a los acreedores sociales, o para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios económicos anteriores. En estos casos existe un interés justificado en destinar los beneficios a reservas y no proceder a su reparto por ejemplo, en forma de dividendos, y que se adopten acuerdos en tal sentido por la Junta General de acciones o de socios, y entendible que el cónyuge socio vote a favor de su adopción.

No obstante, esta doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo en la resolución analizada en líneas precedentes, en sentencia también del Pleno de la Sala de lo Civil de este mismo Alto Tribunal, de 28 de julio de 2020¹⁰¹, sin embargo, se protege la situación del cónyuge minoritario ajeno a la familia en un caso de liquidación de la sociedad de gananciales y de una sociedad limitada de carácter familiar, llevando a cabo para ello una interpretación flexible de los artículos 1061 y 1062 del Código civil. Al respecto establece que «a la vista de los hechos probados debemos partir de los datos que singulariza el supuesto litigioso, en el que el activo está integrado por una parcela y las 92 participaciones sociales. Estas participaciones suponen el 46% de la sociedad Xamons Martínez S.L. que, según se ha declarado probado, es una sociedad familiar «incluida su llevanza y gestión, desempeñada siempre por los dos hermanos» (el exmarido y su hermano). Ha sido probado o no discutido que otras 92 participaciones, 45% del capital social, pertenecen al hermano del exmarido y el resto de participaciones (8%) son privativas del exmarido». El exmarido junto a su hermano se dedican profesionalmente a la empresa, siendo ellos quienes la hacen funcionar por sus especiales conocimientos, experiencia y relaciones. Con tal base fáctica, entiende la Sala que «atribuir a la Sra. Dolores un paquete minoritario de participaciones y convertirla en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado sería castigarla a una especie de vinculación perpetua, pues resulta difícil imaginar que un tercero quisiera adquirir esas participaciones en tales condiciones. Tal solución, en definitiva, no solo dejaría la puerta abierta a numerosos conflictos, sino que incumpliría la propia finalidad de la liquidación, que no es otra que la de poner fin a las situaciones de indivisión no deseadas». Asimismo, considera que «la otra alternativa propuesta por el Sr. Segundo, la venta en pública subasta de todas las participaciones sociales gananciales, en la situación fáctica descrita, hace igualmente ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta. Al escaso interés que puede despertar la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos (pues no hay que olvidar el porcentaje privativo del recurrente) debe sumarse que, aunque no existan restricciones estatutarias a la transmisión de las participaciones, la subasta no podría eludir la aplicación de las disposiciones legales sobre transmisión de las participaciones sociales, lo que aún puede desalentar más a los terceros a interesarse por tal adquisición. En definitiva, el resultado más que probable ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios y por una cantidad muy inferior a la que se han valorado». Por otra parte, manifiesta la Sala que «no son atendibles las alegaciones del recurrente que no dispone de dinero para compensar a la Sra. Dolores por el valor de la mitad de las participaciones gananciales». Además procede señalar que «por un lado, en la aplicación del criterio de la “posible

igualdad” en los lotes (art. 1060 CC) no puede prescindirse de la naturaleza de los bienes y de las circunstancias concurrentes. En el caso, las consecuencias de una subasta que se acordara para lograr la igualdad formal afectarían de manera muy diferente, de una parte, a quien, tras el divorcio quede fuera de la empresa familiar y, de otra, a quien es socio administrador y desempeña en ella su trabajo personal; y por otro, el artículo 1062 del Código civil exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se adjudica el bien, debe existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero». Por ello, concluye la sentencia que «no puede esgrimirse la ausencia de liquidez actual frente a la alternativa de una subasta que, por las razones expuestas, conduciría a un prolongación de la indivisión o, en última instancia, a una adquisición de las participaciones por un valor muy inferior al fijado por el contador partidario designado judicialmente en contra de la finalidad perseguida por los artículos 1060 y 1061 del Código civil». En consecuencia, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida.

Ahora bien, a esta resolución se presentó voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis SEOANE SPIEGELBERG, al que se adherieron los Excmos. Sres. Magistrados D. Ignacio SANCHO GARGALLO y D. Juan María DÍAZ FRAILE. En primer lugar, los magistrados discrepantes consideran que se genera un precedente innecesario y contraproducente en las liquidaciones de las sociedades legales de gananciales, en los supuestos muy frecuentes en que la actividad de uno de los cónyuges se lleva a efecto por medio de una sociedad mercantil y en los que las acciones o participaciones sociales son gananciales, sí se impone la forzosa adquisición de las mismas al cónyuge que gestiona el objeto social, con obligada compensación de su valor al otro cónyuge y se le niega además la posibilidad de optar por la venta en pública subasta». En segundo lugar, señala que, «igualmente se abre un frente en la interpretación del artículo 1062 del Código civil, que permite obligar a un copartícipe en una herencia, comunidad de bienes o liquidación de un régimen económico matrimonial a soportar la adquisición forzosa de un bien inventariado de naturaleza indivisible, negándole la posibilidad legal de solicitar su venta, sin constatación de una situación de abuso del derecho por su parte». Por último, manifiestan que «el contador no puede imponer una adquisición forzosa del copartícipe de la comunidad en liquidación, además en el presente caso del bien con creces de mayor valor del haber común en contra de su expresa y justificada oposición, a modo de una especie de expropiación forzosa a la inversa en el ámbito del derecho privado, que limite y cercene su libertad de decisión y gestión patrimonial, siendo la libertad un valor superior de nuestro ordenamiento jurídicos (arts. 1 y 10.1 de la CE)».

Aunque por razones de espacio esta sentencia será objeto de un tratamiento más exhaustivo en otro estudio, nos parece oportuno señalar que, en ella se resuelven cuestiones relativas a la posición de un socio minoritario en una liquidación de la sociedad de gananciales, donde uno de los bienes del activo son participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada de carácter familiar en que son socios el exmarido y un hermano. Con el objeto de proteger al posible socio minoritario, primero se parte de una interpretación flexible que realiza la Sala de lo Civil respecto de los criterios recogidos en los artículos 1061 y 1062 del Código civil cuya aplicación está en función de la entidad objetiva de los bienes que se van a dividir en cada caso. La posible igualdad de los lotes (art. 1061 CC), como muestra el artículo 1062 del citado cuerpo legal, solo juega cuando los bienes sean divisibles o no desmerezcan mucho en su división. A continuación, se pone de manifiesto que, la exigencia de acudir a la venta en pública subasta cuando

lo pida uno de los partícipes por ser la cosa indivisible o desmerecer mucho por su división requiere como expresa el artículo 1062.2 del Código civil que, la venta se haga con la admisión de licitadores extraños. Ahora bien, para la Sala no resulta razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes, cuando dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado. Por ello lo que, importa para el Tribunal Supremo es que, el valor en venta de unas participaciones de una sociedad como las que nos ocupa, que no tengan correspondencia con su valor nominal, perjudicaría a quien, como consecuencia del divorcio, va a salir de la empresa familiar. De ahí que, atendiendo al escaso interés que puede despertar en un tercero la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos, y, asimismo, que ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable para la adquisición, acabaría siendo realizada por los propios socios y por una cantidad muy inferior a su valoración. Lo que determina que, la solución propuesta por el contador partidor y aprobada por la Audiencia Provincial sería la más razonable. Así, por una parte, la igualdad de lotes a que se refiere el artículo 1061 del Código civil no es matemática o absoluta sino relativa, una recomendación, porque en cada caso hay que valorar las particulares condiciones de los bienes que integran el caudal y de los partícipes e interesados en la partición; y por otra que, el artículo 1062 permite atribuir a uno de los partícipes los bienes compensando al otro en dinero o con otros bienes. Ciertamente, que, el contador partidor designado judicialmente pueda imponer al exmarido socio la adquisición forzosa de la mitad de las participaciones sociales que se adjudiquen a su exesposa, aun desconociendo su capacidad económica para ello que, es negada expresamente por el exmarido, supone un cambio de jurisprudencia en la interpretación del artículo 1062 del Código civil. Además, se puede considerar que, este acto que realiza el contador partidor, se sale de sus atribuciones particionales —dividir los bienes del activo inventariado— y, responde más a un acto de disposición, facultad de la que este carece, al imponer la adquisición forzosa de un bien común al exmarido, pese a ser su voluntad contraria a ello que, ha exteriorizado expresamente. Todo ello unido a la posible falta de capacidad económica del exmarido-recurrente y a sus eventuales dificultades de financiación. No obstante, también es cierto que, dejar a la esposa como socia minoritaria en una sociedad controlada por su exmarido y ex cuñado, sería obligarla a una especie de vinculación perpetua y sin poder de decisión. En todo caso, me parece razonable la propuesta realizada por los magistrados firmantes del voto particular sobre la posibilidad en subasta pública de señalar un precio fijo límite de adquisición y determinar las concretas condiciones de venta encaminadas a la obtención de un precio satisfactorio para las partes.

Ahora bien, en este contexto, parece resolver en sentido contrario a la nueva doctrina jurisprudencial sobre los beneficios no repartidos constante la sociedad de gananciales establecida en la Sentencia de 3 de febrero de 2020, en un caso que, se puede considerar en apariencia idéntico, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2020¹⁰²; aunque hay un matiz que, claramente justifica el trato diferencial que, se da a las reservas sociales en ambas resoluciones. Se trata del reconocimiento de un crédito ganancial por la adjudicación a los cónyuges de participaciones sociales privativas con cargo a reservas. El procedimiento se inició por escrito de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, disuelta por Sentencia de divorcio de 22 de octubre de 2009, dando lugar a los autos de liquidación del régimen económico matrimonial. Cada cónyuge era titular de una parte del ca-

pital social de una entidad mercantil y el resto del capital social tenía carácter ganancial. Sin embargo, la participación mayoritaria era la privativa de uno de los dos cónyuges. Vigente la sociedad de gananciales, la sociedad mercantil llevó a cabo varios aumentos de capital con cargo a reservas (en concreto tres operaciones, dos de ellas mediante la emisión de nuevas participaciones y una tercera mediante el aumento de valor de las participaciones existentes). Las nuevas participaciones sociales fueron asignadas a la sociedad de gananciales y a los litigantes en proporción al porcentaje que les correspondía en la titularidad del capital social. La cuestión controvertida es si procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales el crédito derivado de esa adjudicación a los cónyuges de participaciones sociales privativas con cargo a reservas. Pues bien, la Sala recuerda que «el aumento de capital social es aquella operación societaria que, además de incrementar la cuantía de dicho capital supone una correlativa modificación estatutaria, en tanto en cuanto su montante económico constituye una mención necesaria en los estatutos sociales, con la correlativa indicación de las concretas participaciones o acciones en que se divide, valor nominal de las mismas y su numeración (art. 23 d) de la Ley de Sociedades de Capital). El incremento del capital social se puede realizar a través de distintos procedimientos técnicos, bien sea por creación o emisión de nuevas participaciones o acciones, o mediante la elevación del valor nominal de las ya existentes (art. 295.1 de la LSC). El contravalor, que respalda dicho aumento, puede verificarse a través de aportaciones económicas dinerarias (art. 299 de la LSC), no dinerarias (art. 300 de la LSC), tener como contrapartidas activos ya existentes en el patrimonio social como beneficios o reservas (arts. 295.2 y 303 de la LSC); o llevarse a efecto, igualmente, por el mecanismo de compensación de créditos (art. 301 de la LSC) y, en las sociedades anónimas, además, por medio de la conversión de obligaciones en acciones (arts. 303 y 414 a 418 de la LSC). En este caso, no ofrece duda que, el incremento del capital social se llevó a efecto por una doble vía, la emisión de nuevas participaciones sociales y el incremento del valor nominal de las mismas. Igualmente, no se discute que la aportación de fondos, para cubrir el incremento del capital social y correlativa emisión de las nuevas participaciones sociales, se llevó a efecto a cargo de reservas». Asimismo, la Sala indica que, el derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones sociales no opera cuando el aumento del capital social se lleva a efecto con recursos propios de la sociedad mercantil como son las reservas societarias, disfrutando, en tal caso, los socios del derecho de asignación gratuita de los nuevos títulos. Por su parte, el artículo 1352.2 del Código civil establece que, si para el pago de la suscripción preferente se utilizaren fondos comunes, o se emitieran acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, siendo este último el caso de autos, en que para proceder al aumento del capital social, vigente la sociedad ganancial, se emitieron nuevas participaciones, que fueron adjudicadas tanto a la sociedad ganancial, como a cada uno de los consortes privativamente. Por consiguiente, concluye el Alto Tribunal que «se generó un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales, en tanto en cuanto las reservas, que encierran beneficios no repartidos, fueron aplicadas a adjudicar a los cónyuges participaciones de su exclusiva titularidad; mientras que, por el contrario, las reservas destinadas a la emisión y adjudicación de participaciones gananciales no generan ningún derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal, al convertirse precisamente en bienes de aquella naturaleza, que será objeto del oportuno reparto en las operaciones liquidatorias, sin generar ningún derecho de crédito de la sociedad de gananciales».

Efectivamente, el Tribunal Supremo estima el recurso y advierte que ello no supone infracción de la doctrina de la citada Sentencia del Pleno de 3 de febrero de 2020, en la que, como bien sabemos, se determina el carácter no ganancial de las cantidades existentes destinadas a reservas al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, mientras que, en este caso, se utilizaron para la creación y atribución de títulos privativos a los cónyuges vigente dicho régimen económico matrimonial. Estamos ante un caso en que el resultado ha sido aplicado, por lo que la reserva no ha quedado pendiente de repartir, sino que la sociedad ha decidido aplicarla en una concreta adjudicación de participaciones sociales o en el aumento del valor de estas. Por tanto, se cumple la regla del artículo 1352 párrafo segundo del Código civil y se genera un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales y a cargo del cónyuge titular de las participaciones privativas.

VI. LA EJECUCIÓN POR UN CÓNYUGE DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DE ACTOS FRAUDULENTOS

El artículo 1390 del Código civil regula las consecuencias que se derivan de los actos de disposición o de administración realizado por uno de los cónyuges, obteniendo un beneficio o lucro exclusivo para él, u ocasionando dolosamente un daño para la sociedad. Este precepto guarda relación con la responsabilidad de los cónyuges como administradores o gestores de la sociedad de gananciales, aunque en este supuesto operemos sobre la base de un acto de gestión individual de gananciales. En todo caso, aunque cada cónyuge está legitimado para disponer o administrar bienes propios, esto no impide que, pueda aplicarse el artículo 1390 del Código civil, si se da el supuesto de hecho previsto en la citada norma; al igual que, si no impugnándose el acto realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando resulta preceptivo (art. 1322 CC), pueda, asimismo, acudirse a lo dispuesto en el artículo 1390 del Código civil para obtener la íntegra reparación del daño¹⁰³.

Ahora bien, partimos de un acto de administración o disposición de uno solo de los cónyuges que, puede tener lugar tanto en los casos en que la propia Ley autorice a realizar tales actos en caso de gestión individual de bienes gananciales; o en el caso de gestión conjunta de tales bienes, se actúa sin el consentimiento del otro cónyuge¹⁰⁴. El nivel de diligencia implica el deber de comportarse *ex bona fide* como administrador¹⁰⁵; aunque no faltan autores, que entienden que, una mínima diligencia exigible se traduce en una responsabilidad cuando el cónyuge administrador incurra en culpa grave o lata y no en culpa leve¹⁰⁶.

Por otra parte, aunque se parte de la realización de actos de disposición o administración de bienes gananciales, la doctrina se ha planteado la aplicabilidad del citado artículo 1390 del Código civil también a los supuestos de adquisición de bienes por uno de los cónyuges con dinero ganancial previsto en el artículo 1384 del mencionado cuerpo legal, dando una respuesta afirmativa, si dicho acto adquisitivo supone la obtención de un lucro o beneficio exclusivo del cónyuge disponente, o causa dolosamente un daño a la sociedad de gananciales¹⁰⁷.

Como hemos indicado, el supuesto de hecho sobre el que descansa el citado precepto es doble, por un lado, que ha de tratarse de la obtención de un beneficio o lucro exclusivo por uno de los cónyuges y ninguno para la sociedad de gananciales, operando sobre actos de disposición y administración de bienes gananciales.

En este supuesto, lo que se sanciona no es el lucro o beneficio logrado por un cónyuge, sino que lo gane para él mismo, se aproveche de él exclusivamente y no lo entregue o lo comunique a la sociedad —sin que sea necesario un comportamiento doloso del cónyuge administrador—, cuando se está administrando o disponiendo de bienes gananciales¹⁰⁸; y por otro, la causación dolosa de un daño a la sociedad de gananciales que, ha de probarse por el consorte perjudicado¹⁰⁹. No se incluye para una parte de la doctrina ni la culpa grave ni la negligencia; en todo caso, esta última, puede determinar la disolución de la sociedad de gananciales, cuando uno de los consortes la solicite judicialmente ante la realización por sí solo del otro cónyuge «de actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad» (art. 1393.2 CC) y, asimismo, se trate de un comportamiento del cónyuge reiterado¹¹⁰. Si bien, no faltan quienes entienden que, se debe poner el artículo 1390 en relación con el artículo 1366 del Código civil¹¹¹; o que la culpa grave, al equipararse al dolo, acaso se pueda incluir en el artículo 1390 del Código civil¹¹².

Asimismo, excepcionalmente, se puede considerar la inclusión en el tenor literal del artículo 1390 del supuesto concreto de una administración individual negligente de bienes privativos por el cónyuge titular de los mismos que, impiden la eventual entrada de ingresos en la sociedad de gananciales y que formen parte de su activo¹¹³. En todo caso, el daño puede afectar a un bien, como a los intereses del consorcio¹¹⁴.

En este contexto, la consecuencia jurídica que se deriva del citado artículo 1390 es que teniendo lugar cualquiera de los dos supuestos expuestos, el cónyuge actuante se convierte en deudor de la sociedad por su importe. Se trata de una obligación pecuniaria que consiste en el caso de lucro exclusivo en el enriquecimiento derivado del mismo, y en el caso de daño doloso a la sociedad de gananciales en la valoración económica de tal daño. Estamos, en todo caso, como dispone la doctrina mayoritaria, de una deuda de valor que, alcanza al daño emergente no al lucro cesante y, la misma podrá ser exigida o por el otro cónyuge, o eventualmente, por los acreedores de la sociedad de gananciales¹¹⁵.

Normalmente, se exigirá el cumplimiento de esta obligación pecuniaria y, en consecuencia, se procederá a la reclamación contra el cónyuge causante del daño o que se ha beneficiado del lucro exclusivamente en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; aunque parece no haber inconveniente de solicitarse antes de tal momento con el objeto de evitar un daño aún mayor para la sociedad de gananciales¹¹⁶.

De todas formas, la operatividad del artículo 1390 del Código civil tiene lugar, aunque el cónyuge perjudicado no impugne, cuando proceda, la eficacia del acto¹¹⁷. Por tanto, si el acto no se impugna o se ratifica, ello no impide al cónyuge perjudicado, exigir del cónyuge actuante el importe del lucro obtenido o del daño causado¹¹⁸.

Por otra parte, el artículo 1391 del Código civil remite al artículo 1390 y se refiere al supuesto que uno de los cónyuges hubiera realizado un acto en fraude de su consorte donde si, además, el adquirente hubiera procedido de mala fe, el acto será rescindible¹¹⁹. Supone la entrada de un tercero que ha actuado de manera cómplice con el cónyuge disponente con el objetivo de defraudar los derechos de su consorte¹²⁰. El artículo 1391 del Código civil opera sobre actos fraudulentos, no sobre actos dolosos y abusivos, que son los que sanciona el artículo 1390 del mismo cuerpo legal¹²¹.

Además de los supuestos previstos en el citado artículo 1390 —lucro exclusiva para el cónyuge o actos dolosos causante de daños para la sociedad— se incluyen

los casos de actuación individual sin necesitar el consentimiento del otro cónyuge, siempre que se trata de actos de disposición o administración fraudulentos y un tercero que opera de mala fe¹²².

Ciertamente, como precisa ATIENZA NAVARRO «debe haber una intención fraudulenta que busque perjudicar los intereses del otro cónyuge, y producir una ventaja para el que actúa, para un tercero, o incluso podría no haber ventaja»¹²³.

Ahora bien, existiendo fraude el cónyuge perjudicado puede optar por ejercer la acción de rescisión que, en este caso no opera como remedio subsidiario contra el tercero o el cónyuge actuante; o por no impugnar el acto y aplicar el artículo 1390 del Código civil exigiendo a este último el importe del lucro exclusivo o del daño dolosamente causado a la sociedad¹²⁴.

No obstante, como acertadamente señala REBOLLEDO VARELA el cónyuge perjudicado puede sostener dos pretensiones acumulables con el objeto de conseguir un resarcimiento integral de los derechos de aquel en la sociedad de gananciales: frente al tercero instar la rescisión por fraude y contra el cónyuge el artículo 1390 del Código civil¹²⁵. Esencialmente, el cónyuge perjudicado tiene un doble remedio: el del artículo 1390 del Código civil; y, además, la acción rescisoria¹²⁶.

Sobre tales bases, conviene precisar que, estamos ante actos fraudulentos realizados por uno de los cónyuges sobre bienes gananciales; de ahí que, resulten aplicables los artículos 1390 y 1391 y la acción rescisoria para estos supuestos exclusivamente¹²⁷. Esta acción rescisoria se regirá por las reglas de los artículos 1290 y siguientes del Código civil.

De tratarse de actos de disposición sobre bienes privativos, salvo que se trate de vivienda y ajuar familiar (art. 1320 CC), no será rescindible aunque el tercero sea de mala fe, pero se podrá operar por la vía del artículo 1390 del Código civil.

Se parte del tercero de mala fe, esto es que, haya actuado *consilium fraudis* —con conocimiento que causa fraude a los derechos del consorte y es cómplice en el fraude— y, si bien, se indica en el artículo 1391 que se trata de tercero adquirente, cabe para la doctrina que, tal precepto se aplique también cuando el tercero sea disponente¹²⁸.

En todo caso, la doctrina mayoritaria afirma que, si el acto es a título gratuito, será posible la rescisión aunque el tercero hubiera procedido de buena fe (art. 1378 CC)¹²⁹.

En este contexto, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2020 hace referencia a los supuestos de comportamiento fraudulento del cónyuge titular de las acciones y participaciones sociales y a su tratamiento específico. Al respecto dispone que «en sociedades familiares o controladas por un cónyuge, como socio único (art. 12 de la LSC) o mayoritario pueden adoptarse acuerdos sociales con la aviesa finalidad de que los beneficios de uno o varios ejercicio económicos, se destinen a reservas, para hurtar el derecho a la percepción de dichas ganancias que, en concepto de frutos de bienes privativos, corresponderán a la comunidad de gananciales de la que participa el cónyuge no titular.

Un comportamiento de tal clase, en atención a las circunstancias concurrentes, podría ser considerado en fraude de ley (art. 6.4 CC) y determinará la aplicación del precepto que se pretendiera eludir (arts. 1347.2 y 1397.3 CC)». Refiriéndose al usufructo y a su posible aplicación a este supuesto por su cierta similitud manifiesta precisamente que «la jurisprudencia societaria, contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1974, de 16 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5887) y de 28 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 4070), ha re-

conocido que el derecho del usufructuario no podría quedar vacío de contenido por el abuso de derecho del nudo propietario y ello aun cuando la decisión de aplicar los beneficios a reservas favoreciera los intereses sociales y la acción del usufructuario se fundara bien en la prohibición de enriquecimiento injusto, bien en el artículo 1258 del Código civil o bien en su artículo 1256. En definitiva, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 125/2012, de 20 de marzo (*RJ* 2012, 5126), en cuanto a la jurisprudencia, no cabe duda que su sentido general es que el derecho de usufructo no queda vacío de contenido, en perjuicio del usufructuario por la doble circunstancia que la sociedad, merced al voto del nudo propietario, acuerde no distribuir dividendos y, al mismo tiempo, no haya compensación alguna en favor del usufructuario a la finalización del usufructo».

Por tanto, aplicando ahora sí por la Sala «esta jurisprudencia que rige en materia de usufructo de acciones y participaciones sociales»; indica que en esta línea «no puede ampararse la actuación fraudulenta del cónyuge titular directamente encaminada a evitar el reparto de dividendos, con la intención que no se integren en el haber común de la sociedad de gananciales en la que participa el otro cónyuge, como integrante o copartcipe de la misma (art. 1344 CC)».

Si bien, además de esta doctrina jurisprudencial procede, además, la aplicación de lo normado en los artículos 1390 y 1391 del Código civil.

Es por lo que entre sus conclusiones dispone que «en los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común». En este caso, los beneficios o reservas no repartidas para el Tribunal Supremo, igual que, sucede con el usufructo de acciones o participaciones sociales, se consideran gananciales¹³⁰.

Efectivamente, si se trata de una sociedad familiar y uno de los cónyuges tiene mayoría social para conformar en un determinado sentido la voluntad de la sociedad; si adopta de forma continua que, no se repartan beneficios, reinvirtiéndolos en la sociedad o destinándolos a reservas sociales, y se prueba la existencia de una intencionalidad o ánimo de fraude en el cónyuge socio mayoritario, o no existe justificación para el no reparto, los beneficios no repartidos se consideran gananciales y se incluyen en el activo de la liquidación de la sociedad de gananciales¹³¹.

En fin, como hemos expuesto en líneas precedentes, se puede solicitar la acción de rescaramiento prevista en el artículo 1390 del Código civil; o solicitar la rescisión de actos lesivos realizados en fraude del otro cónyuge (art. 1391 CC); pedir la disolución de la sociedad de gananciales; o incluso, pedir en cualquier momento por el cónyuge afectado por la administración llevada a cabo por uno de uno de los cónyuges respecto de los bienes que se encuentren bajo su poder, se transforme en un administración conjunta o cogestión¹³².

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 2011.

- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2011.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2020.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 28 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2021.
- RDGRN de 16 de abril de 2003.
- RDGRN de 25 de noviembre de 2004.
- RDGRN de 15 de junio de 2009.
- RDGRN de 19 de junio de 2010.
- RDGRN de 17 de agosto de 2010.
- SAP de Palencia, de 9 de julio de 1998.
- SAP de Palencia, sección Única, de 20 de marzo de 2000.
- SAP de Madrid, sección 22.^a, de 18 de noviembre de 2002.
- SAP de Cantabria, sección 3.^a, de 25 de febrero de 2003.
- SAP de Sevilla, sección 5.^a, de 31 de octubre de 2003.
- SAP de Valencia, sección 10.^a, de 17 de junio de 2004.
- SAP de Islas Baleares, sección 3.^a, de 21 de abril de 2005.
- SAP de Islas Baleares, sección 3.^a, de 29 de abril de 2005.
- SAP de Valladolid, sección 3.^a, de 20 de octubre de 2005.
- SAP de Jaén, sección 3.^a, de 28 de abril de 2006.
- SAP de A Coruña, sección 5.^a, de 5 de mayo de 2006.
- SAP de Ávila, sección 1.^a, de 17 de abril de 2007.
- SAP de Cádiz, sección 5.^a, de 19 de septiembre de 2007.
- SAP de Salamanca, sección 1.^a, de 28 de diciembre de 2007.
- SAP de Guadalajara, sección 1.^a, 23 de enero de 2008.
- SAP de Murcia, sección 4.^a, de 22 de febrero de 2011.
- SAP de Pontevedra, sección 3.^a, de 17 de diciembre de 2012.
- SAP de Pontevedra, sección 3.^a, de 4 de marzo de 2013.
- SAP de Valencia, sección 10.^a, de 7 de mayo de 2013.
- SAP de Madrid, sección 21.^a, de 17 de diciembre de 2013.
- SAP de Guipúzcoa, sección 3.^a, de 11 de febrero de 2014.
- SAP de Palencia, sección 1.^a, de 4 de mayo de 2017.
- SAP de Asturias, sección 6.^a, de 15 de septiembre de 2017.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (2002). La contradicción entre los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas relativos al usufructo de acciones, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid: Mc Graw Hill.
- (2020). Las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 158/2020, de 3 de febrero), *Revista de Derecho de Sociedades*, número 59, mayo-agosto, 335-344.
- ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario a los artículos 1381, 1390 y 1391 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

- DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1352, 1360, 1390 y 1391 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.^o, Madrid: Edersa.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2002). El condominio y el usufructo. Comentario a los artículos 35 y 36 de la Ley de Sociedades Limitadas, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw-Hill.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. En: Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.^o, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario a los artículos 127 y 128 de la Ley de Sociedades de Capital. En: P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dirs.) y I. Ballester Azpitarte (coord.), *Tratado de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Bechetrit (dir.), E. Olmedo Peralta y A.F. Galacho Abolafio (coord.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedad de capital*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018). El derecho de separación previsto en el artículo 348 bis LSC en caso de acciones y participaciones sociales en usufructo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 152, octubre-diciembre, 129-163.
- HIJAS CID, E. (2020). Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 73, junio de 2020, 301-312.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons.
- LECIÑERA IBARRA, A. Concepto legal del usufructo. En: A. Leciñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (2020). Dividendo y usufructo de acciones. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (dirs.) y P. Márquez Lobillo y M.^a T. Otero Cobos-Zofia Bednarz (coords), *Derechos de Sociedades. Los derechos del socio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid: McGraw Hill.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5.^a ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova.

- MARTÍNEZ SANCHEZ, J.Á. (2009). Reservas contables y sociedad de gananciales, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 52, diciembre, 11-37.
- MELLADO RODRÍGUEZ, M. (2020). Comentario a la STS 158/2020, de 3 de febrero. Carácter privativo de las reservas sociales, *El Notario del siglo XXI*, número 91/92, mayo-agosto, 192-196.
- MUÑOZ DELGADO, C. (2018). *Copropiedad de participaciones sociales y acciones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo. En: R. Uría; A. Menéndez Menéndez y, M. Olivencia Ruiz (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV, vol. 3.º, Madrid: Civitas.
- PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario a los artículos 1352, 1390 y 1391 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario a los artículos 1360 y 1381 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- (1993). Comentario al artículo 1345 del Código civil, *Comentarios del Código civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013). Comentario a los artículos 1344, 1352, 1360 y 1381 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales. En: A. Lecñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario a los artículos 1352 y 1360 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 3.ª ed., Madrid: La Ley.

NOTAS

¹ *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2009 (RJ 2009, 337095).

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 225.

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales, *op. cit.*, 251. Para Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006).

Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos, 157 la idea de ganancia o beneficio «es esencialmente contable: ganancia es lo que queda después de detraer los gastos a que se halla sujeta la sociedad; LACRUZ BERDEJO J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, 151, por su parte, indica que «ganancias o beneficio como expresión de un resultado económico final, pero durante el matrimonio la masa común está formada, no por el exceso de capital actual sobre el capital inicial de los cónyuges, sino por las adquisiciones hechas con fondos cuyo origen privativo no se puede demostrar y por los frutos, sea de los bienes de los cónyuges, sea de su actividad». Además este autor indica que «el concepto de ganancia se suele hacer presente cuando a la disolución de la comunidad, la masa de gananciales ha de liquidarse», 154. Asimismo, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons, 182, indica al respecto que, las ganancias o beneficios que se obtienen durante la convivencia matrimonial «se comparten por mitad por ambos cónyuges, pero no cabe reparto alguno hasta el momento de la disolución de la sociedad de gananciales». En fin, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.º, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 327, entiende que «la acepción de «ganancias» se hace referencia al activo neto partible entre los cónyuges después de la liquidación de la sociedad de gananciales».

⁴ GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 311-312, destacando que «esta noción es admitida si no de forma expresa, sí al menos implícita también por quienes se declaran partidarios del régimen de comunidad» (...). En realidad, añaden «los obstáculos que impiden el reconocimiento actual de la sociedad de gananciales como forma específica de sociedad civil, son principalmente de origen histórico y doctrinal, centrados los primeros en el arrastre que suponen las concepciones tradicionales, hoy inservibles por haberse modificado los postulados en que asentaban y, en relación con lo anterior, de orden dogmático, relacionados con el difícil reconocimiento y juego de la sociedad civil en su auténtica configuración, significado y efectos y con el significado de la comunidad y sus efectos jurídicos».

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales, *op. cit.*, 253; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 158; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 183; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1344 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 9498. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967 (*RJ* 1967, 1871); y, de 8 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 1488); y las Resoluciones de la DGRN de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 8154); de 19 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 3758); y, de 17 de agosto de 2010 (*RJ* 2010, 5009).

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 728.

⁷ Se trata de entidades sin personalidad jurídica a que se refieren los artículos 6 y 7 de la LEC cuya representación y defensa corresponde a cualquiera de los cónyuges (art. 1385.2 del Código civil, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.*, 710.

⁸ GARDEAZABAL DEL RÍO F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 323; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 167; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.*, 729.

⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 1345 del Código civil, *Comentarios del Código civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 637; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.*, 730. En esta línea, el artículo 197.3 del Código Foral aragonés cuando dispone que «en cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de os derechos adquiridos por terceros». Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3420). En contra, la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 4035).

¹⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 3293).

¹¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561) señala que, el artículo 1353 del Código civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por tercero a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el citado artículo: a) Que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) Que el donante no haya establecido lo contrario; 3. Que se trate de una presunción que admite prueba en contrario; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, de 29 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113349); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 20 de octubre de 2005 (*JUR* 2006, 143747); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 28 de diciembre de 2007 (*AC* 2008, 1905); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.^a, 23 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 208477); de la misma Audiencia y sección, de 28 de febrero de 2008 (*AC* 2008, 1867); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, sección 3.^a, de 4 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 126153).

¹² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección Única, de 20 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 3629) vivienda en la que ha convivido el matrimonio adquirido por la actora exclusivamente con dinero privativo procedente de la indemnización percibida por el fallecimiento de su hijo no matrimonial y no reconocido por el demandado. Además, hay ausencia de declaración conjunta de ambos cónyuges atribuyendo el carácter ganancial al piso litigioso.

¹³ *RJ* 2020, 123.

¹⁴ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 9561; del mismo autor, (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 83; GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 352; MUÑOZ DELGADO, C. (2018). *Copropiedad de participaciones sociales y acciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 241.

¹⁵ GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 353.

¹⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 1982 (*RJ* 1982, 3428) establece que «(...) en cuanto a los beneficios es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que “fructifiquen”, y desde luego incluíbles en el número tercero del artículo 1401 del Código civil» (en la actualidad art. 1347.2 CC).

¹⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, de 17 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 36577).

¹⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9656). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 17 de junio de 2004 (*JUR* 2005, 1994) inclusión en el activo del inventario en la liquidación de la sociedad de gananciales, pues, se trata de acciones adquiridas por esposa con cargo a gananciales. En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, de 21 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 114224).

¹⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 19 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 60395); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.^a, de 16 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 76772).

²⁰ En todo caso, REBOLLEDO VARELA Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 31 precisa que «la ganancialidad de las empresas y establecimientos mercantiles que, recoge el artículo 1347 del Código civil, o en su caso, los adquiridos a un tercero, solo es predicable respecto de empresas individuales, que no reúnan forma societaria con personalidad jurídica propia. En este supuesto, la sociedad creada, en sí misma, así como la propia empresa de la que la sociedad es propietaria, no es ni ganancial ni privativa, calificación que solo es aplicable a las acciones o participaciones sociales de las que sean titulares los cónyuges (individual o conjuntamente),

dependiendo de la naturaleza de los fondos utilizados para la adquisición y, además, de las consecuencias específicas que, en su caso, deriven del artículo 1352 del Código civil».

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2311) señala al respecto que «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta General el que decide el reparto del dividendo que, hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma de pago». En el mismo sentido, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3521).

²² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, de 9 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1543); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 31454) carácter privativo de las acciones suscritas en ampliación de capital, pues la suscripción tuvo lugar disuelta la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 31 de octubre de 2003 (*JUR* 2003, 272266) no cabe reclamar como gananciales los frutos, rentas e intereses que procedan de bienes privativos, pues aquellos se produjeron después de la disolución de la sociedad legal; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 22 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 158662) fecha del acuerdo de reparto o distribución de dividendos por Junta de accionistas en un momento anterior a la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque el abono sea posterior, existe un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales.

²³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 191.

²⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 940.

²⁵ En esta línea, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 9563; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 164; PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 659.

²⁶ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 84; en el mismo sentido, GARDEA-ZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 352.

²⁷ En este sentido, SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 941; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 85. Por su parte, HIJAS CID, E. (2020). Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 73, junio de 2020, 304 señala que «el valor del derecho de suscripción preferente (y, por ende, su precio de venta) no es otra cosa que la diferencia entre el valor real de las acciones y su valor nominal, que puede deberse a la existencia de reservas en la sociedad».

²⁸ PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 659.

²⁹ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 940.

Para Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 165, es por su valor bursátil; y, para DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 227, el desembolso consistirá en el valor nominal de las nuevas acciones.

Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5555).

³⁰ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 9564; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil,

op. cit., 940; PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 658; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, op. cit., 257; GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 354-355, añade el supuesto que «la sociedad acuerde que el crédito que ostentan los socios por beneficios que la Junta General ha acordado distribuir sea satisfecho con acciones de la sociedad; este último caso debe ser tratado como uno más de desembolso de las acciones con fondos comunes». Asimismo, manifiestan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 165-166, que «las ampliaciones con “cargos a beneficios” es una idea vaga que, creemos no significa otra cosa que la ampliación con cargo a reservas sociales, cuando proceden de beneficios obtenidos por la sociedad y que ni fueron repartidos en su día a los accionistas por acuerdo de sus órganos sociales sino que se contabilizaron como reservas. Por ampliación de capital con cargo a ellas las lleva la sociedad a la cuenta de capital, aumentándolo y de ahí la necesidad de atribuir las nuevas acciones representativas de tal aumento a los accionistas, que se hacen privativas del propietario de las antiguas, pero ha de reembolsar el valor “satisfecho”». Y añaden «(...) las acciones se dan al accionista por llevar a la cuenta de capital social las reservas se pueden estimarse como un modo de mantener su posición en la sociedad en cuanto a su participación en el capital. Los beneficios vendrían cuando perciba dividendos por esas acciones que, desde luego serían gananciales por aplicación de las reglas generales».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 1982 (RJ 1982, 3428) dispone que «los “beneficios” es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo) pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que “fructifiquen” y desde luego incluibles en el número 3 del artículo 1401 del Código civil (en su versión anterior), mientras que por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es criterio que no pueden considerarse frutos o rendimiento del capital, como a veces se sostuvo y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron según establece la nueva redacción del artículo 1352 del Código civil, siendo privativos si dicho capital tenía ese carácter». Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, de 28 de mayo de 2008 (JUR 2008, 274806) emisión de acciones con cargo a beneficios: derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales. Aplicación del artículo 1352 del Código civil.

³¹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1360 del Código civil, op. cit., 9623; del mismo autor, (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 101-102 y 103 precisa que «contextualizado en relación con una explotación o empresa, comprende no solo el concreto elemento material que se incorpora, sino también la plusvalía que ello supone en el conjunto de la empresa».

Para DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 281-282, manifiesta que «los supuestos de aplicación de este precepto esquemáticamente ordenados son los siguientes: a) Explotación o empresa privativa, bien que existiera antes del comienzo de la comunidad, bien que se haya constituido después con este carácter; b) Que la aportación sea común, puesto que la aportación privativa efectuada por el cónyuge que no sea titular de la explotación o empresa dará lugar a un derecho de reembolso, pero no a la aplicación de este precepto; c) Que la aportación común, cuando consista en dinero (o caudales comunes), se efectúe después que la explotación o empresa venga desarrollando su actividad regirá el artículo 1347.5; d) Que la aportación común, cuando consista en la actividad (trabajo o industria) del otro cónyuge, se tenga en cuenta cualquier a que sea el momento en que esta tengan lugar; e) Que el gasto o la actividad no vengán impuestos como una carga de la propia sociedad de gananciales (art. 1362.4 CC)».

³² SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1360 del Código civil, op. cit., 959.

³³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 193.

³⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid: McGraw Hill, 484 dispone en este sentido que «poniendo en relación el artículo 1360 con el artículo 1359, podemos deducir que por incremento patrimonial ha de estimarse todo aumento de valor derivado de la inversión de fondos privativos o gananciales o de la aplicación del trabajo de cualquiera de los cónyuges en el establecimiento. Por tanto, las fuentes de ese incrementos patrimonial son dos: el trabajo y el dinero». Si bien «hay que tener en cuenta que la aplicación del trabajo de uno de los cónyuges solo tendrá trascendencia a efectos de este precepto, si la empresa que resulta incrementada por esta causa, es privativa, puesto que el fruto de la industria de los esposos es siempre ganancial».

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 263. Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, *op. cit.*, 484-485 manifiesta al respecto que «para el correcto entendimiento del artículo 1360 del Código civil, el presupuesto de hecho en el que el mismo será de aplicación es doble: 1. Que una empresa o establecimiento de carácter ganancial sufra, una vez fundada, un incremento patrimonial generado por la inversión de fondos privativos (supuesto en que la remisión al art. 1359, habrá de entenderse realizada a su primer párrafo); 2. Que, una vez fundada, una empresa de naturaleza privativa, experimente un incremento patrimonial originado por la inversión de fondos gananciales o por la aplicación de la actividad de cualquiera de los cónyuges (caso en el que la remisión del artículo 1359, se entenderá realizada a su párrafo segundo)». *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª, de 11 de junio de 2001 (AC 2001, 1433).

³⁶ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 9624; del mismo autor, (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 106; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 959; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova, 1500.

³⁷ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 9624.

³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 679.

³⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 202.

⁴⁰ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1381 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 1013; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 279.

Por su parte, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 533-534 entienden por actos de administración «los que se dirigen a la obtención de los rendimientos ordinarios que el bien es susceptible de producir y a su conservación y por actos de disposición «aquellos que sobrepasen el contenido de las facultades anteriores y afecten a la esencia o a la existencia del bien»».

⁴¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 202.

⁴² REBOLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 9757; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1381 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 732; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 1014 que precisa que «cuando las ganancias se traduzca en dinero, el cónyuge que las perciba estará legitimado por el artículo 1384 del Código civil para disponer de ellas individualmente».

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 224.

- ⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 280.
- ⁴⁵ REBOLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 9759.
- ⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 224.
- ⁴⁷ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 1015.
- ⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 279-280.
- ⁴⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 3.^a ed., Madrid: La Ley, 332.
- ⁵⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Bechetril (dir.), E. Olmedo Peralta y A.F. Galacho Abolafio (coord.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedad de capital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 193 y 197.
- ⁵¹ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales. En: A. Leciñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley, 832.
- ⁵² LECIÑERA IBARRA, A. Concepto legal del usufructo. En: A. Leciñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley, 53 y 63-64.
- ⁵³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 198.
- ⁵⁴ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 831.
- ⁵⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. En: Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 1015 y 1018-1019. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 1982 (LA LEY 26814-NS/0000).
- ⁵⁶ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. En: P. Prendes Carril y A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dirs.) y I. Ballester Azpitarte (coord.), *Tratado de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 738.
- ⁵⁷ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 848; GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1019-1020.
- ⁵⁸ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 841; GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 736 también distingue entre relaciones internas (las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario) y relaciones externas (las relaciones entre usufructuario/nudo propietario y la sociedad). Por su parte, señala, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2709) que «en el usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas: a) Las externas, que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos del socio que, por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad, pueden ser reguladas en sus estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que pudiera contener al respeto el título constitutivo del usufructo; b) Las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario que, estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos». En la misma línea, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1144).
- ⁵⁹ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1016 dispone, asimismo que «los usufructos de constitución legal son eficaces entre las partes (nudo propietario y usufructuario) frente a la sociedad, deberá satisfacer los requisitos previstos en el Texto Refundido»; GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 739 quien señala

que, la constitución *mortis causa* se puede producir por diversas vías: por formar parte del patrimonio hereditario; o por ser objeto de un legado genérico —legado de todas las acciones y participaciones sin distinguir— o concreto —legado de unas concretas acciones o participaciones de una sociedad familiar—.

⁶⁰ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 852-853.

⁶¹ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 853; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2002). El condominio y el usufructo. Comentario a los artículos 35 y 36 de la Ley de Sociedades Limitadas, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw-Hill, 3429.

⁶² PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo. En: R. Uría; A. Menéndez Menéndez y, M. Olivencia Ruiz (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV, vol. 3.º, Madrid: Civitas, 56-57; GARCÍA CANTERO, G. (1952). Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas, *Anuario de Derecho Civil*, 987-988.

⁶³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 200; GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1017.

⁶⁴ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 200-201.

⁶⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1017; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 201.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 832-835.

⁶⁷ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 215.

⁶⁸ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 737.

⁶⁹ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 869.

⁷⁰ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5761); y de 7 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3521).

⁷¹ *Vid.*, SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). «Usufructo de acciones y participaciones sociales», *op. cit.*, 875. Sin embargo, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). El derecho de separación previsto en el artículo 348 bis LSC en caso de acciones y participaciones sociales en usufructo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 152, octubre-diciembre, 154-155 y 158 no comparte la idea general de que es preciso también que deba recabarse el consentimiento simultáneo del usufructuario, pues «si el usufructo no puede lo menos (disponer de la acción o participación para transmitir) no debe poder lo más (decidir de cancelación). La contemplación del interés del otro como criterio para el ejercicio de los derechos derivados de las acciones y participaciones usufructuadas, al existir un interés común de nudo propietario y usufructuario sobre las mismas, no alcanza hasta ese extremo, puesto que la concurrencia de ambos sobre las acciones o participaciones no puede considerarse *homogénea*». Y añade que «en caso de ejercicio en tiempo del derecho de separación por el socio y puesto que conlleva la disolución parcial del vínculo societario, habrá que procede a la liquidación de usufructo en los términos previstos en el artículo 128 de la LSC para la disolución de la sociedad constante el usufructo».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2020 (LA LEY 17935/2020) fija como doctrina que el derecho de separación de los socios por falta de distribución de dividendos, no requiere que hubiese votado a favor de dicha distribución. La controversia planteada consiste en determinar si el derecho de separación que, asiste a los socios por la falta de distribución de dividendos exige que, los mismos hubiesen votado a favor de dicha distribución. El Tribunal Supremo responde negativamente

a la cuestión planteada y confirma la estimación de la demanda el derecho de los socios demandantes a separarse de la sociedad por no proceder al reparto de dividendos. Alega la entidad demandante la infracción del artículo 348 bis de la LSC. Sobre tales bases, manifiesta la Sala que pese a la literalidad del artículo 348 bis de la LSC en su versión original, no se trata tanto que, los socios voten a favor de que se distribuyan los dividendos como que voten en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos. Pese a la literalidad del precepto, el Tribunal Supremo considera que no exigía que debiera haber existido un voto expreso favorable a dicha distribución por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación. Entre otras cosas, porque quien redacta el orden del día de las Juntas de socios, con carácter general es el órgano de administración que, puede no incluir una mención específica a la distribución de dividendos y hacer solo una mención genérica a la aplicación del resultado, como ocurrió en este caso. La *ratio* del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la Junta General de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Es decir, es un instrumento del minoritario frente a lo que la Sentencia 873/2011, de 7 de diciembre (La Ley 281251/2011) llamó gráficamente «el imperio despótico de la mayoría». Y para el ejercicio del derecho, la ley establece unos requisitos entre los cuales se encuentra que, el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata frente que vote a favor de que se distribuyan los dividendos, como de que vote en contra que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendo. En este caso, los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo que se aplicara a dividendos. Por lo que, cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad expresa de los socios en la Junta General que, el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es lo que con mayor o peor redacción, se refería la versión original del artículo 348 bis de la LSC y que corrobora la actual redacción del precepto al decir «la Junta General no acordará la distribución como dividendo».

Con respecto al momento en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercido el derecho de separación, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2021 (LA LEY 32/2021) indica que «el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde, cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación». Y, asimismo, esta resolución manifiesta en cuanto a la concursabilidad del crédito dimanante del derecho de separación del socio que «(...) A efectos concursales la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es igual a la del socio de la sociedad liquidada. Y ello porque el derecho del socio que ha ejercido el derecho de separación nace cuando la sociedad recibe la comunicación del ejercicio del derecho, mientras que, el del socio que no ha ejercido el derecho de separación no surge hasta que se liquide la sociedad. Como consecuencia de esta diferencia, si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración del concurso, el crédito del socio separado es concursal».

⁷² DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 21 y 77, señala al respecto que «el derecho abstracto al dividendo es un derecho subjetivo de carácter patrimonial, aunque sin contenido concreto, una llamada a participar en las ganancias sociales». A ello añade que «el dividendo es la parte del beneficio social repartible que la Junta General acuerde distribuir entre los accionistas». En fin indica que «el derecho al dividendo es el que «corresponde al accionista a participar periódicamente, generalmente de forma anual, del beneficio obtenido por la sociedad». *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5761); y, 15 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1144) dispone en esta línea que «el usufructo solamente implica el derecho al dividendo (art. 127.1 de la LSC) y no atribuye ni la titularidad en el capital social que, sigue correspondiendo al nudo propietario («cualidad de socio», según el propio precepto) ni al funcionamiento de los órganos sociales».

Con carácter general, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2002 (*RJ* 2020, 2311) señala que «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta General el que decide el reparto del dividendo que, hace surgir el derecho de crédito del accionista,

como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma de pago». Asimismo, la Sentencia del mismo Alto Tribunal y Sala, de 7 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3521) refiriéndose a la Sentencia 788/1996, de 10 de octubre manifiesta que «el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta en el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta», citando, asimismo, la Sentencia 25/1997, de 19 de marzo indica que «siendo indudable el derecho del accionista de una Sociedad Anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo que, es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta General de Accionistas; y, por último, aludiendo a la Sentencia 60/2020, de 30 de enero «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta General el que decide el reparto del dividendo que, hace surgir el derecho del crédito del accionista como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma de pago».

⁷³ PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo, *op. cit.*, 63-64.

⁷⁴ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 880.

⁷⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1021-1022.

MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (2020). Dividendo y usufructo de acciones. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (dirs.) y P. Márquez Lobillo y M.^a T. Otero Cobos-Zofia Bednarz (coords), *Derechos de Sociedades. Los derechos del socio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 271, considera que, cuando se trata de dividendos acordados «es el usufructuario el que tiene derecho a ellos en todo caso, es decir, aunque sea un reparto de reservas anteriores o aunque sea con cargo a beneficios que han sido extraordinarios o atípicos».

⁷⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, *op. cit.*, 22 y 27, entiende por derecho al beneficio «el que corresponde al accionista de participar en las ganancias sociales, sin que la sociedad pueda destinar estas a una finalidad que no sea su reparto entre los socios». Y añade que «dentro del concepto económico del beneficio suele distinguirse entre: a) Un concepto directo conforme al cual el beneficio «constituye el excedente de los ingresos obtenidos durante ese periodo sobre los gastos ocasionados durante el mismo»; b) Otro indirecto para el que supere «el incremento de valor del capital neto existente al principio del periodo que ha tenido —independientemente de nuevas aportaciones o restituciones de capital o revalorizaciones extraordinarias de componentes del capital preexistente— durante el ejercicio por la gestión y las atribuciones realizadas de valor». Esta forma de determinación del beneficio permite conocer a cuánto asciende, pero no de donde procede, el resultado del balance». Asimismo, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 88-89, las reservas sociales y voluntarias en general «se constituyen con lo que hubieran sido los beneficios obtenido por la sociedad, si se hubieran acordado en Junta su reparto entre socios y no incorporado al patrimonio social y que de haber obtenido la condición de dividendos serían calificados de frutos y por tanto, de bienes o fondos gananciales (art. 1347.2 CC)». A lo que añade que «si el aumento de capital se ha realizado con cargo a reservas, la consideración que, en realidad, no hay desembolso, sino mero ajuste contable entre diferentes partidas, tal consideración ha permitido sostener que para la cuantificación del derecho de reembolso debe tenerse en cuenta solamente el valor nominal de las nuevas acciones o participaciones, debidamente actualizado al momento en que se haga efectivo, sin tener en cuenta el incremento del valor de los títulos ni, en consecuencia, el valor real de la acción o participación o de su cotización en el momento de la ampliación».

⁷⁷ En esta línea, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 210.

⁷⁸ Precisa, GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). «Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, 1025 que «tales beneficios acumulados por la sociedad (vía

reserva) son, en las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, fondos pertenecientes a este invertidos en la sociedad durante la vigencia del usufructo».

Por su parte, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1144) que el artículo 128 se trata de una regla de liquidación que determina las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, no entre el usufructuario y la sociedad».

⁷⁹ PANTALEÓN PRIETO, F. (1999). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo, *op. cit.*, 92-93; SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 888.

Por su parte, para GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1027 la mención de «beneficios propios de la explotación de la sociedad» «excluye los beneficios extraordinarios o atípicos y la remisión a las reservas significa exclusión de las denominadas reservas ocultas o plusvalías». En el mismo sentido, GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 746.

⁸⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 324. Asimismo precisa que «también corresponde percibir este incremento, si la sociedad se disuelve durante el usufructo (pero también aunque no lo diga el precepto, si el nudo propietario ejercita un derecho de separación, o si se produce una reducción de capital con devolución de las aportaciones, supuestos ambos en los que se extinguen las participaciones o acciones, y se liquida la relación con el socio)».

⁸¹ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1025, si bien añade que «la finalidad del precepto es doble: por un lado, conservar la base de capital del usufructo y por otro, que el usufructuario perciba los frutos capitalizados durante la vigencia del usufructo»; VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 325.

⁸² GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1030-1031.

⁸³ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1032.

⁸⁴ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 753. Sin embargo, VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 326-327 señala que «aunque la Ley no lo diga expresamente, si el capital se aumentaría con cargo a beneficios o reservas constituidas antes de constituirse el usufructo, entonces el usufructuario no tendría derechos ni por la venta ni respecto de las nuevas acciones asignadas».

⁸⁵ ALCOVER GARAU, G. (2002). La contradicción entre los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas relativos al usufructo de acciones, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid: Mc Graw Hill, 1097.

⁸⁶ Se excluye como señala GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1033 «el derecho de preferencia en el caso de aumento de capital por «conversión» de las obligaciones en acciones (art. 304.2)».

⁸⁷ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital» *op. cit.*, 754 precisa que «en caso que se enajenen los derechos o se proceda a la amortización de las obligaciones, el usufructo se extenderá sobre los importes obtenidos en la enajenación (art. 129.2 en relación con el art. 129.6 LSC)».

⁸⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 327.

⁸⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 328.

⁹⁰ *JUR* 2014, 63764. En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3.ª, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 157666); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 28 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 230837); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.ª, de 5 de mayo de 2006 (*JUR* 2007, 135015); de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª, de 17 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 305024); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 7 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 232480);

de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.ª, de 11 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 233130); y, la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 15 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 246978).

⁹¹ *JUR* 2017, 147093. En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 14 de marzo de 2011 (*JUR* 2014, 178899); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 17 de enero de 2012 (*JUR* 2014, 144991); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 9 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 58268); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 61023); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 123122); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 19 de octubre de 2018 (*JUR* 2019, 1586); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 23 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 240773) aplica la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020.

⁹² Los *antecedentes relevantes de la sentencia* son los siguientes: D.ª. Delfina y D. Marcial contrajeron matrimonio, ambos en segundas nupcias, el 6 de marzo de 2004, bajo el régimen económico matrimonial de gananciales. D. Marcial falleció en Madrid el 30 de enero de 2015, sin haber efectuado testamento y sin descendencia común con D.ª. Delfina. D. Marcial estuvo casado, en primeras nupcias con D.ª. Camino de quien se encontraba divorciado desde el 3 de diciembre de 2003. De este matrimonio nacieron y viven dos hijos, D. Víctor y D. Sergio únicos herederos *ab intestato* de su padre y partes litigantes en este proceso. El régimen económico matrimonial de D. Marcial y D.ª. Delfina se encuentra disuelto *mortis causa* de acuerdo con lo establecido en los artículos 85 y 1392 del Código civil, desde el día del óbito de D. Marcial. Se halla pendiente de división el patrimonio hereditario de dicho causante, lo que exige que, con carácter previo, se lleve a efecto la liquidación de la sociedad legal de gananciales constituida con su segunda esposa. El causante ostentaba una participación directa del 32,02% sobre el accionariado de Pallart S.A., a su vez, esta sociedad ostentaba participación en las sociedades Rafael Regalos S.L., Detalle Arropal S.L., Trofeos Pallart S.L., Cogeneración Cjhariades S.L., Pallart Bcn S.L., y trofeos Pallarte Barcelona S.L. También era socio de la entidad Turicerán S.L. Los demandados no niegan la existencia de reservas, sino su inclusión en el haber ganancial. En el incidente de inclusión y exclusión de bienes, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Palencia, de 9 de diciembre de 2016 acogió la pretensión de D.ª. Delfina consistente en la inclusión en el activo de la sociedad legal de gananciales de los beneficios sociales imputados a reservas. Al resolver el recurso de apelación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2017 revocó parcialmente la resolución del Juzgado de Primera Instancia, para establecer que en relación al activo de la sociedad de gananciales formada en su día por don Marcial y doña Mercedes a que se refiere la sentencia excluida debe excluirse la partida 7 del activo de la sociedad de gananciales sobre derecho de crédito por el porcentaje de los beneficios destinados a reservas; y así también que en relación al derecho de crédito a que se refiere la partida 2 del acto que ostenta la referida sociedad con otros tres titulares de cuenta corriente del Banco Popular a que dicha partida se refiere, el periodo de devengo del mismo lo será desde el día 4 de julio de 2008 hasta el día de su completo pago. Fallecida también D.ª. Delfina, durante la sustanciación del procedimiento, sus herederos interpusieron recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º y se estructura en un motivo único, en el que de denuncia la infracción del artículo 1347.2 del Código civil (aunque en el encabezamiento del recurso aparece citado el art. 1341.2 CC se trata de un mero error de transcripción que, des deduce de lo expuesto en el desarrollo del motivo en el que ya se cita correctamente el art. 1347.2 CC). Dicho precepto se pone en relación con los artículos 1381 y 1397.3 del Código civil. Se invoca la existencia de interés casacional, en la modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, citándose al respecto las sentencias 69/1982, de 15 de junio (*RJ* 1982, 3428), y 277/2003, de 24 de marzo (*RJ* 2003,2917). En el desarrollo del recurso se citan además los artículos 1344, 1347, 1361, 471 y 3564, 1352 y 1359 del Código civil. La parte recurrente alega, en síntesis, que las reservas voluntarias constituyen una cuenta del pasivo de la sociedad que integra los beneficios no distribuidos de los socios que, representan, en consecuencia, un incremento patrimonial, un aumento del valor del patrimonio social distinto de las llamadas plusvalías. Considera

que las reservas voluntarias forman parte de los frutos y ganancias del patrimonio privativo que conforme al artículo 1381 del Código civil se integran en la sociedad de gananciales, lo que se traduce en un reembolso a cargo del cónyuge participante en la sociedad mercantil en el caso que no sea posible la distribución de tales beneficios —reservas— por haberse transformado en capital conforme al artículo 1352 del Código civil.

⁹³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, op. cit., 116.

⁹⁴ ALCOVER GARAU, G. (2020). Las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 158/2020, de 3 de febrero), *Revista de Derecho de Sociedades*, número 59, mayo-agosto, 338-339; del mismo autor (1994). La sustitución fideicomisaria de acciones y los sistemas de protección del socio frente al aumento del capital social con emisión de nuevas acciones. En: A. Alonso Ureba, J. Duque Domínguez, G. Esteban Velasco y F. Sánchez Calero (coords.), *Derecho de sociedades anónimas*, II Capital y acciones, vol. 2, Madrid: Civitas, 946-947.

⁹⁵ MARTÍNEZ SANCHEZ, J.Á. (2009). Reservas contables y sociedad de gananciales, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 52, diciembre, 26.

⁹⁶ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 119.

En esta línea, DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, op. cit., 114-116 reconoce no solo un derecho abstracto al reparto de las ganancias sociales, sino un derecho concreto al reparto anual. Si bien existe un acuerdo unánime relativo a que «la junta ordinaria solo puede denegar el reparto de los beneficios obtenidos y retenerlos íntegramente en su patrimonio, si existe un motivo de interés social que justifique dicho acuerdo y que en ningún caso le es posible denegar injustificada e indefinidamente el reparto (...). Mientras que unos autores hablan de los límites de la libertad de la junta en aplicación de los resultados, otros lo hacen de las limitaciones al derecho del socio al dividendo».

⁹⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 301, 303 y 305. En esta línea, BEAUS CODES, A. (1985). «Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, Madrid: Edersa, 261.

⁹⁸ MELLADO RODRÍGUEZ, M. (2020). Comentario a la STS 158/2020, de 3 de febrero. Carácter privativo de las reservas sociales, *El Notario del siglo XXI*, número 91/92, mayo-agosto, 195-196.

⁹⁹ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirante Lo Blanch, 148-149.

¹⁰⁰ *Id.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 566) que manifiesta que «debe señalarse que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial (art. 7.1 CC). En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción de fraude de ley (arts. 7.2 y 6.4 CC) viene a resaltar el fundamento primario expuesto, en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores insitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuren el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión»; de 28 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4724) señala que, el levantamiento del velo requiere un análisis de las circunstancias que pongan en existencia el abuso de la personalidad de la sociedad; y, de 14 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5811).

¹⁰¹ LA LEY 90745/2020.

¹⁰² *RJ* 2020, 2269.

¹⁰³ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9796.

¹⁰⁴ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044.

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1779.

¹⁰⁶ DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 y 1391 del Código civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 537; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233.

¹⁰⁷ ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9798.

¹⁰⁸ PRETEL SERRANO, J.J., Comentario al artículo 1390 del Código civil, En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 756; por su parte, DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 y 1391 del Código civil, op. cit., 542, señala que «el dolo es la intención dañosa o perjudicial, o cuando menos la conciencia que actuando de una manera determinada se va a producir un daño, no basta un comportamiento meramente culposo». Para LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233, lucro exclusivo es «por ejemplo, un cónyuge, mediante su gestión de los bienes gananciales, aun hecha sin intención de perjudicar a estos, ha conseguido que las ventajas de una urbanización reviertan fundamentalmente en una finca heredada por él, y en mucho menos grado en las otras parcelas contiguas que compró la comunidad conyugal. Será deudor a la comunidad del exceso con que se ha lucrado su patrimonio. Igualmente, lo será si ha invertido ingresos de su profesión en mejorar sus propias fincas, cuyo caso se halla ya previsto en el artículo 1359.2».

¹⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 187-188, añade que es evidente que en ambos casos «el cónyuge no actúa de acuerdo con los intereses sociales»; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233, manifiesta que «no es preciso que el dolo o intención se dirija a la causación de un daño, basta que se quiera la realización de la acción dañosa que se sabe que lo es»; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 205, manifiesta al respecto que «mientras el beneficio o lucro exclusivo para el cónyuge agente del que se ve privado el otro cónyuge, por considerarse que semejante resultado, supone un enriquecimiento injusto» y daño doloso inferido a la sociedad de gananciales «supone el injustificado deterioro patrimonial de los bienes gananciales, mediante la asunción de deudas o gastos caprichosos y que en modo alguno puedan considerarse cargas de la sociedad (juego, vicios varios, etc.)». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 13 de mayo de 2002 (*JUR* 2004, 34509).

¹¹⁰ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9797; ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044-1045; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 188; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, op. cit., 284; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 206 a su entender la interpretación doctrinal que exige reiteración «beneficia en exceso al cónyuge ventajista (valga la calificación) y, por tanto, debería revisarse».

¹¹¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 278.

¹¹² LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233.

¹¹³ En esta línea, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9799.

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 188.

¹¹⁵ ATIENZA NAVARRO M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044-1046; REBOLLEDO VARELA Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9799; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, op. cit., 243; PRETEL SERRANO, J.J., Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 757.

¹¹⁶ En este sentido, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *op. cit.*, 9799-9800; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *op. cit.*, 1046.

¹¹⁷ PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *op. cit.*, 756 señala que «se dice que nos encontramos ante el caso de actuación de un cónyuge sin consentimiento del otro cuando sea necesario; si el acto es a título oneroso cabe la impugnación (anulabilidad) pero el Código civil obliga a ello y dado que por el no ejercicio de la acción el acto queda purificado de los vicios que adoleciera, más bien parece que el precepto se refiere a los actos gratuitos», sin embargo para el autor «el artículo 1390 juega independientemente del artículo 1322 de tal manera que, si el otro cónyuge no impugna cuando proceda la eficacia del acto y este queda sanado, el acto será válido y se habrán producido los efectos que le sean propios». Para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 205 «la ley considera que las cartas quedan echadas y que, en todo caso, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge perjudicado puede instar el correspondiente reintegro en favor de la masa ganancial».

¹¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 284.

¹¹⁹ Para DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 a 1391 del Código civil, *op. cit.*, 543-544 el fraude «puede consistir en la ocultación de los beneficios para invertirlos o gastarlos de forma irregular; como el mantenimiento de una relación adulterina o beneficiar con ellos a otra persona ajena al consorcio o también dando lugar a que se produzca una disminución injustificada de ingresos o ganancias, o del propio patrimonio ganancial, tal y como lo venía entendiendo tradicionalmente la jurisprudencia». Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 205 los actos fraudulentos respecto del consorte no actuante «cuyos intereses se ven perjudicados por la actuación del cónyuge contratante, que oculta beneficios o ganancias, enajena bienes gananciales a bajo precio, etc.».

¹²⁰ En esta línea, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 233.

¹²¹ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 188.

¹²² PRETEL SERRANO, J.J. (1991). «Comentario al artículo 1391 del Código civil», *op. cit.*, 757-758 señala que «el fraude puede cometerse, reteniendo y ocultando beneficios para invertirlos o gastarlos en finalidades inconfesables, como comisión de un delito, mantenimiento de relaciones adulterinas, etc., bien dando lugar a que se produzca una disminución injustificada de ingresos o ganancias, pues se va más allá de la idea de un beneficio o lucro exclusivo; como ejemplos, pueden citarse (además de los anteriores) los de venta de un bien ganancial o bajo precio, compra (o reserva) de usufructuario en favor propio, pues aunque el usufructo tenga carácter ganancial, el carácter vitalicio sitúa mejor a un cónyuge respecto del otro, arrendamiento con renta mínima, venta de una Proción de acciones para transferir al adquirente la mayoría que tiene la sociedad de gananciales, etc.».

¹²³ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 1048-1049.

¹²⁴ RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos, 235-236.

¹²⁵ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 9802.

¹²⁶ En esta línea, PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 758; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 233.

¹²⁷ Como precisa, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 284 «si el acto fraudulento ha tenido como consecuencia la obtención de un beneficio exclusiva para el cónyuge actuante o la causación dolosa de un daño a la sociedad, dicho cónyuge será deudor de la sociedad por el importe del lucro o del beneficio, pero además el acto podrá ser rescindible, si el tercer adquirente obro de mala fe».

¹²⁸ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 1049; DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 a 1391 del Código civil, *op. cit.*, 544.

En todo caso, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 205 el *consilium fraudis* determina «cumulativamente («además»), la ineficacia del acto transmisivo realizado por el cónyuge actuante».

¹²⁹ PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1391 del Código civil, op. cit., 758; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, op. cit., 1049.

¹³⁰ Para HIJAS CID, E. (2020). Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020, op. cit., 310 representa quizá un contrasentido esta argumentación de nuestro Tribunal Supremo «acudir al símil del usufructo de acciones en este caso, cuando ha establecido una frontera clara entre usufructo y ganancialidad de las acciones en el fundamento del derecho anterior. Dice el Alto Tribunal que es jurisprudencia consolidada que el derecho de usufructo no puede quedar vacío de contenido por el abuso del nudo propietario, votando sistemáticamente a favor de la constitución de reservas (y ello aunque se favorezca los intereses sociales), pudiendo la pretensión del usufructuario basarse en la prohibición del enriquecimiento sin causa, así como en la vulneración de los artículos 1256 y 1258 del Código civil». Y añade «Habría bastado que, como hace a continuación la sentencia, apoye su excepción en los anteriores citados artículos 1390 y 1391 del Código civil que, sancionan los daños a la sociedad de gananciales por los actos unilaterales (fraudulentos o no) realizado por uno solo de los cónyuges».

¹³¹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 123.

¹³² ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, op. cit., 1047.