

# Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales\*

## *The preferential allotment right of shares and other equity interests*

por

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ  
*Profesora Titular de Derecho civil*  
*Universidad de Valladolid*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad realizar unas reflexiones sobre el derecho de atribución preferente sobre acciones y participaciones sociales dentro de la partición de la comunidad postganancial, lo cual requiere justificar que este derecho puede tener tal objeto y concretar en qué condiciones existirá y podrá ser ejercitado. No obstante, para conseguir tal objetivo, se hace también preciso referirse a ciertas cuestiones de carácter más general pero que deben ser previamente resueltas porque determinarán el enfoque y las soluciones que podamos dar a los problemas inicialmente planteados. Por esta razón, en una primera parte se aborda el concepto, finalidad, requisitos subjetivos y objeto de la atribución preferente del artículo 1406.2 del Código Civil y, en una segunda, la atribución preferente de las acciones y participaciones sociales, distinguiendo entre tipos de sociedades.

---

\* Este estudio, cerrado el 15 de abril de 2015, es fruto del Proyecto de Investigación subvencionado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (referencia Tipo A, VA028A09), titulado: «La sucesión mortis causa de la empresa familiar en Castilla y León. Problemas que plantea», del cual la autora fue investigadora principal.

**ABSTRACT:** *This paper aims at raising some reflections concerning the preferential allotment right of shares and other equity interests, in the context of an after marriage community property separation. To do so, it shall be indeed required to justify the applicability of such a right for this object, together with those conditions under which the right happens to exist and therefore, could be exercised. Nevertheless, in order to reach this goal, it will be certainly needed to refer to certain broader issues that must be previously addressed, since they shall lead us to the kind of approach and solutions we can take in order to handle the initially raised problems. In these regards, the first part of the document focuses on the concept, purpose, subjective requirements and object of the preferential allotment as included in a. 1406, No. 2 del Código Civil (Spanish Civil Code) while on the second part, the focus shifts towards the preferential allotment of shares and/or other equity interests, stating the difference among the various types of societies legal forms.*

**PALABRAS CLAVE:** Sociedad de gananciales. Comunidad postganancial. Partición. Derecho de atribución preferente. Explotación. Cónyuge. Heredero. Sociedad. Acciones. Participaciones.

**KEY WORDS:** *Marriage community property. After marriage community property. Separation. Preferential allotment right. Enterprise. Spouse. Heir. Society. Shares. Equity interests.*

**SUMARIO:** I. EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD. 2. ASPECTO SUBJETIVO: LA GESTIÓN EFECTIVA: A) *Condición de cónyuge y oponibilidad de la cualidad de gestor: ¿puede ser titular del derecho de atribución preferente un heredero?* B) *Gestión efectiva de la explotación.* 3. ASPECTO OBJETIVO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA.—II. LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES COMO OBJETO DE DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE. 1. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES. 2. REFERENCIA ESPECÍFICA A LOS DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES: A) *Generalidades.* B) *Derecho de atribución preferente en las sociedades de personas:* a) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Colectiva. b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Comanditaria Simple. C) *Derecho de atribución preferente en las sociedades de capital:* a) Derecho de atribución preferente de las acciones de la Sociedad Anónima. b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad de Responsabilidad Limitada.—III. CONCLUSIONES.

## I. EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD

El derecho de atribución preferente podemos definirlo como modalidad de la partición de la comunidad postganancial (a la que se refieren los arts. 1406 y 1407 del Código Civil) que concede a su titular la facultad de concretar total o parcialmente el contenido de su lote, decidiendo la inclusión con preferencia en el mismo, de ciertos bienes de carácter ganancial con los que tiene una vinculación especial. Estamos, por tanto, en cuanto a su naturaleza, ante un derecho potestativo o de configuración jurídica (LACRUZ, 1989, 536; DE LOS MOZOS, 1984, 511; GARRIDO DE PALMA, 1985, 16 y 17; RAMS ALBESA, 1985, 1060 y sigs.) constitutivo de una excepción al principio de igualdad cualitativa de los lotes del artículo 1061 del Código Civil que resulta aplicable a la partición de la comunidad postganancial como consecuencia de la remisión del artículo 1410 del Código Civil a las normas sobre liquidación y partición de las herencias (MONTERO, 2014, 508). Por otra parte, el fin de estos derechos, según puso de manifiesto DÍEZ-PICAZO (1984, 1801) seguido después por la generalidad de la doctrina, es «satisfacer intereses personales o de afección que el ordenamiento jurídico considere dignos de tutela y que podrían verse gravemente lesionados con una partición que fuera formalmente igualitaria»<sup>1</sup>.

Pues bien, entre los bienes gananciales que un cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, está «la explotación que hubiera gestionado efectivamente», a la que se refiere el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil<sup>2</sup>, y en este caso, el fin del derecho de atribución preferente, es decir, el interés personal o de afección a proteger a que antes nos referíamos, será el interés del cónyuge en la continuación del ejercicio de la empresa o, dicho de otra manera (utilizando las palabras del propio art. 1406, núm. 2 del Código Civil), el interés en continuar dedicándose a la gestión efectiva de la explotación, lo que no es más que facilitarle continuar con su trabajo tal y como hasta entonces lo estaba haciendo (MORALEJA IMBERNÓN, 2006, 1670; RAGEL SÁNCHEZ, 2012, 1410)<sup>3</sup>. No obstante, otro interés que puede tenerse en cuenta a la hora de resolver los distintos problemas que se planteen, conforme a una interpretación de las normas adecuada a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 del Código Civil), es el de mantener la unidad indivisa de la explotación, pero creemos que este siempre ha de estar supeditado a la consecución del fin primeramente indicado que, en nuestra opinión, es el primordialmente perseguido por el legislador<sup>4</sup>, el cual ha atendido más a la situación personal del cónyuge concreto, que a los efectos que puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que exista una empresa

ganancial, en la economía general. Todo ello no obsta a que, muchas veces, la atribución preferente impida, de forma refleja, la división de la explotación.

## 2. ASPECTO SUBJETIVO: LA GESTIÓN EFECTIVA

### A) *Condición de cónyuge y oponibilidad de la cualidad de gestor: ¿puede ser titular del derecho de atribución preferente un heredero?*

El artículo 1406 del Código Civil exige expresamente que el titular del derecho de atribución preferente en cualquiera de los supuestos que detalla, sea uno de los esposos integrantes del matrimonio cuya sociedad de gananciales se está liquidando, concretamente, en el caso de su número 2, el que cumpla el requisito de gestionar y haber gestionado efectivamente la explotación. La preferencia en la adjudicación que determina el derecho de atribución preferente a favor de su titular, implica que solo uno de los esposos cumple el requisito exigido por cada número del precepto, pues solo se puede justificar la preferencia de uno frente al otro si uno puede oponer al otro que mientras él cumple tal requisito, el otro no. De este modo, tal falta de oponibilidad excluirá la existencia de derecho de atribución preferente alguno cuando los dos, en nuestro supuesto, gestionaran efectivamente la explotación en pie de igualdad (FONSECA, 1986, 117; DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 425 y 426). No obstante, en caso de que la disolución de la sociedad de gananciales se hubiese producido a causa del fallecimiento de uno de los dos esposos gestores o su muerte hubiera tenido lugar después de la disolución pero antes de que se hubiese llevado a cabo la liquidación, aunque los dos esposos se hubieran dedicado a la gestión efectiva de la explotación, el supérstite podrá ejercer su derecho de atribución preferente frente a los herederos del premuerto (DÍEZ-PICAZO, 1984, 1802; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 262; MARTÍNEZ SANCHIZ, 1986, 296; DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 426; PÉREZ GARCÍA, 2012, 1198)<sup>5</sup>. Además, si solo uno de los esposos era gestor efectivo y no el otro, el derecho de atribución preferente que podría haberle correspondido al primero no se transmite a sus herederos ya que el artículo 1406 del Código Civil exige que el adjudicatario preferente sea quien gestione (y haya gestionado) efectivamente la explotación, para que él mismo, y no otro, sea quien siga gestionándola, otorgándole así un carácter personalísimo que impide tal transmisión; aparte de esto, si la disolución tiene lugar por muerte del gestor, este no habrá llegado a adquirir tal derecho, con lo cual nada podrá transmitir.

Ahora bien, cabe que quien haya gestionado efectivamente la empresa haya sido un heredero, ya solo, ya junto con uno de los esposos, en cuyo caso se ha planteado si este heredero podría ser titular del derecho de atribución preferente. En nuestra opinión, común a buena parte de la doctrina (MARTÍNEZ

SANCHÍZ, 1986, 292 y 293; Díez-PICAZO, 1984, 1801; FONSECA, 1986, 18; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, 307 y 308; GARCÍA URBANO, 1993, 797; GUILLÉN CATALÁN, 2011, 1156; REBOLLEDO VARELA, 2013, 9937 y 9938; discutible lo considera Díez BALLESTEROS, 1997, 416 y 417, nota 73) ha de rechazarse que, incluso en estas circunstancias, los herederos puedan llegar a ser titulares de tal derecho, estimando nosotros que es así por tres razones: 1. El artículo 1406 del Código Civil solo se refiere a los cónyuges, sin mencionar a los herederos; 2. La finalidad del precepto es, como ya hemos dicho repetidamente, el mantenimiento del cónyuge beneficiario del derecho de atribución preferente en su ocupación al frente de la explotación, evitando que la disolución de la sociedad de gananciales de la que él ha sido titular, le afecte negativamente en este aspecto o lo haga lo menos posible; 3. Los derechos de atribución preferente suponen excepciones al principio de igualdad cualitativa de la partición que ha de guiar esta, según se desprende de la remisión del artículo 1410 del Código Civil al derecho de sucesiones y, por consiguiente, aunque pueden ser objeto de interpretación extensiva cuando así lo requiera el espíritu y el fin de la norma, no pueden ser aplicados analógicamente a otros supuestos distintos de los previstos.

No obstante, creemos que hay que distinguir entre varios supuestos pues en unos la solución parece más clara que en otros. Así, no hay duda respecto a la inexistencia de derecho de atribución preferente a favor del cónyuge no gestor pero futuro causante del hipotético heredero que gestione efectivamente la explotación, puesto que tal circunstancia ha de darse personalmente en quien pretende ser titular del derecho de atribución preferente. Tampoco la hay sobre la inexistencia de tal derecho en favor del futuro heredero que gestionó y gestiona efectivamente la explotación si aún vive su hipotético causante, dado que aquel no tiene ningún derecho a que se le atribuyan bienes comunes por no ser cotitular de los mismos y, por tanto, no ser sujeto de la partición. Sin embargo, la incertidumbre puede suscitarse más vivamente cuando la disolución de la sociedad de gananciales tiene lugar por muerte de un esposo<sup>6</sup>, causante del heredero gestor, siendo el viudo ajeno a la gestión de la sociedad, pues entonces el heredero gestor pasa a ser sujeto de las operaciones particionales. De este modo, encontramos autores que han defendido que en esos supuestos el heredero pueda ser titular del derecho de atribución preferente. Es el caso RAMS ALBESA (1985, 753, 756 a 758), según el cual los derechos de atribución preferente en general, como excepción al principio de igualdad cualitativa de la partición, solo deben interpretarse restrictivamente en cuanto a la exigencia del nexo entre sujeto y objeto atribuible, anterior y coetáneo a la partición, de modo que la estabilidad del adjudicatario dependa de la atribución, pero este rigor restrictivo no debe aplicarse ni a las personas reconocidas como posibles adjudicatarios, ni a las cosas susceptibles de atribución preferente, razón por la que los derechos de atribución preferente podrán extenderse tanto a los

herederos del cónyuge premuerto que cumplan los requisitos exigidos, como a los bienes que por su naturaleza o función jueguen el mismo papel que los que enumera el artículo 1406 del Código Civil; descarta este autor que puedan extenderse los derechos de atribución preferente a los herederos en los supuestos de los números 1 y 4, del artículo 1406 del Código Civil por su proyección personalista, pero en su opinión sí cabrá tal extensión en los supuestos de los números 2 y 4, de dimensión profesional, si bien para ello los herederos tienen que ser ellos mismos partíciparios (pues la atribución preferente es una operación particional), y no simples interesados en la partición, y el nexo que debe mediar entre atributivo y objeto debe darse en cabeza del partícipario a título propio<sup>7</sup>; con esta interpretación, continúa, se consigue favorecer la colaboración de los hijos mayores en el negocio o la hacienda consorcial y, además, es la concorde con el origen de la institución: posibilitar el mantenimiento de la función aglutinante de la familia que tiene la explotación agrícola familiar. Por nuestra parte hemos de decir que aunque esta tesis nos parece atractiva no nos termina de convencer pues, dejando al margen los supuestos de los números 1 y 4 del artículo 1406 del Código Civil, en los que, dado su objeto, el sujeto favorecido ha de ser necesariamente un esposo, pensamos que tratándose de la explotación ganancial o el local profesional, los requisitos exigidos por el artículo 1406 del Código Civil en sus números 2 y 3 sirven para justificar una preferencia para ser adjudicatario de dichos bienes solo cuando los dos sujetos que pueden pretender la inclusión en su lote son o han sido cónyuges; entonces, partiendo de que ambos tienen esta misma condición, lo que da a uno primacía sobre el otro es haber gestionado efectivamente la explotación o haber ejercido la profesión en el local. Frente a ello, cuando uno de los sujetos de la partición es un heredero y el otro un cónyuge, ya no partimos de dos sujetos de igual condición entre los que solo pueda discriminarse legalmente por razón de la actividad llevada a cabo, sino ante dos sujetos esencialmente diferentes (cónyuge / heredero), tanto desde el punto de vista de su condición personal (lo que es evidente), como desde la perspectiva patrimonial, puesto que uno ya era titular de la explotación ganancial junto con el causante, antes de su muerte y, además, participó, al menos a través de su titularidad sobre los bienes gananciales utilizados, en la fundación o adquisición y mantenimiento de la explotación ganancial, mientras que el otro, es decir, el heredero gestor, no; e igualmente, mientras que el esposo no gestor directamente hizo suyos, junto con el cónyuge gestor, los beneficios de la empresa (art. 1347, núm. 1 y 2 del Código Civil), el heredero por mucho que participara en la gestión de esta, habrá obtenido por ello una simple contraprestación por mediación de la voluntad del esposo gestor. Aparte de estas consideraciones, podemos alegar en favor de nuestra postura que la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la *sociedad limitada Nueva Empresa*, a pesar de dar nueva redacción a varios preceptos del Código Civil en sede de derecho de sucesiones, no aprovecha la modificación

del artículo 1406 del Código Civil, para extender el derecho de atribución preferente a los herederos. Y aún podemos añadir algo más significativo: esta Ley modifica el artículo 1056, p. 2 del Código Civil y sigue haciendo depender de la voluntad expresa del causante el que la explotación económica vaya a parar a determinados herederos, sin ofrecer a los que hubieran gestionado la empresa junto al testador ninguna preferencia para obtener la adjudicación de la misma<sup>8</sup>, lo que nos permite concluir que si cuando la explotación es privativa del causante no se concede derecho de atribución preferente alguno a los herederos que la gestionaron junto con él, con más razón no se podrá reconocer derecho de atribución preferente alguno a dichos herederos si la explotación o empresa es ganancial y, por tanto, pertenece y pertenecía también (antes de la muerte del esposo gestor fallecido) al otro cónyuge (supérstite) junto al difunto. Por otra parte, la alusión que hace RAMS ALBESA (1985, 758) a la finalidad propia del derecho de atribución preferente de aglutinar a la familia en torno a la explotación, como justificación de que el heredero pueda ser beneficiario del mismo, es válida para el Derecho francés, pero no para el Derecho español, además de que en el Derecho francés el derecho de atribución preferente nace como institución del Derecho de sucesiones con el fin de evitar la división de las explotaciones (arts. 831 y sigs. del Código Civil), y de ahí pasa al Derecho de familia (arts. 1476 y 1542 Código Civil), mientras que en el Código Civil español, los derechos de atribución preferente aparecen directamente en la regulación de la liquidación de la sociedad de gananciales y, por tanto, en el Derecho de familia, no en el de sucesiones, en el que no existen. Por último, podemos añadir la argumentación que realiza MARTÍNEZ SANCHIZ (1986, 292), según la cual «la extensión subjetiva a los herederos del premuerto, se revela excesiva al prolongar una opción, y las consecuencias de unos hechos más allá de sus contornos, porque, finalmente, la doble cualidad de colaborador y heredero, habrá dependido de la sola voluntad del cónyuge titular o dirigente de la explotación».

Todo ello pone de manifiesto que ni el espíritu y ni la finalidad de la norma (que tan solo pretende favorecer a quien tiene la condición de cónyuge y fue titular de la masa ganancial que se liquida, para que siga al frente de la explotación que ya le pertenecía), ni el criterio sistemático (derivado de poner en relación del artículo 1406 del Código Civil con el Derecho de sucesiones y, en particular, con el art. 1056, p. 2 del Código Civil), únicos que permitirían sostener una interpretación extensiva<sup>9</sup> de la misma, juegan a favor de reconocer el derecho de atribución preferente a los herederos, con lo que defender tal solución supondría una aplicación analógica del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, excluida para las normas excepcionales<sup>10</sup> (y esta, lo es) que, por tanto, no puede aceptarse.

Por consiguiente, en nuestra opinión solo los cónyuges pueden llegar a ser titulares del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del

Código Civil y, ante ello, la forma de conseguir soluciones óptimas para todos los implicados, distintas de las derivadas de la letra de la ley, es prever estas situaciones en los protocolos familiares (DOMÍNGUEZ REYES, 2013, 203 y sigs.) o en capitulaciones matrimoniales, ordenando la sucesión en la empresa familiar en el primer caso o pactando los cónyuges entre sí la inclusión de la explotación en el lote de uno de ellos y de otros bienes en el del otro, en el segundo. Fuera de esta vía, si quiere reconocerse un derecho de atribución preferente a favor del heredero gestor de la explotación ganancial en la liquidación de la sociedad de gananciales, habrá que esperar a que el legislador así lo establezca.

### *B) Gestión efectiva de la explotación*

La reforma operada por la Ley 7/2003 en el precepto que estudiamos, sustituyó la expresión «que hubiera llevado con su trabajo», por «que gestione efectivamente», mucho más clara y rotunda. La primera, derivada de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, fue interpretada en el mismo sentido en que estaba redactado el artículo 58.2 de la Compilación de Aragón, antecedente del artículo 1406 del Código Civil. Por tanto, «llevar con su trabajo» significaba «dirigir», y dado que quien tiene el derecho a la dirección de la empresa es el empresario, varios autores (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 38 y 39; LÓPEZ SÁNCHEZ, 1983, 594; Díez-PICAZO, 1984, 1802; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 259 y 261. Contra: RAMS ALBESA, 1985, 785 y 786), entendieron que para poder ser titular del derecho de atribución preferente sobre la explotación ganancial, lo que el Código Civil reclamaba era que el esposo interesado fuera empresario. Pues bien, nosotros no creemos que pueda llegarse a esta conclusión, ya tomemos en consideración el concepto económico de empresario, ya su concepto jurídico, y ya partamos de la redacción anterior («que hubiera llevado con su trabajo»), o lo hagamos desde la actual («que gestione efectivamente») del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil.

Efectivamente, desde el punto de vista económico, empresario es «la persona que organiza la empresa, la dirige ejerciendo una función de autoridad sobre los que trabajan en ella y *asume los riesgos* que esa actividad implica, derivados en gran medida del hecho de que los bienes o servicios que produzca la empresa tengan aceptación o no en el mercado» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 98), mientras que al titular del derecho de atribución preferente lo único que se le exige es que organice y dirija la explotación, no que asuma personalmente los riesgos derivados de esa actividad. Desde el punto de vista jurídico, cabe decir algo parecido: empresario es «la persona física o jurídica (surgida normalmente de la constitución de una sociedad) titular de esa empresa, precisamente porque esa persona (natural o jurídica) es titular del



patrimonio con el que puede *responder del cumplimiento de las deudas* surgidas en el ejercicio de la actividad empresarial» o, más exactamente, «la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los medios precisos para la producción o cambio de bienes o servicios para el mercado» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 100 y 102). Si tenemos en cuenta las notas características del concepto jurídico de empresario: actividad de organización, actividad profesional y actuación en nombre propio, resultará que el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, exige expresamente solo la primera, e implícitamente, la segunda, pero no la tercera. Veamos:

- En cuanto a la actividad de organización, será titular del derecho de atribución preferente el cónyuge que organice y haya organizado los elementos personales y materiales necesarios para la producción de bienes y servicios, con vistas a la consecución de unos objetivos dentro del mercado, fijados por él (aisladamente o junto con otros), para lo cual determinará las relaciones que ha de tener la empresa con otras empresas o con terceros en general, o en otras palabras, decidirá lo que será la política de la empresa; esto es lo que exige expresamente el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil cuando hoy habla de «gestión» y antes de «llevar con su trabajo»<sup>11</sup>. Se trata, por tanto, de dirigir la empresa, no de un trabajo personal sin más en la misma (REBOLLEDO VARELA, 2013, 9939), sin que ni siquiera baste el haber participado en su constitución<sup>12</sup>. De forma muy clara lo explica REYES LÓPEZ (2004, 177) cuando, refiriéndose a la expresión «hubiera llevado con su trabajo» de la redacción anterior, dice que equivale a dirigir la empresa y «hay que entender que dirige cuando asume las funciones de coordinación con los demás sectores empresariales en la fijación de la política económica-empresarial; la planifica, estableciendo un orden para el futuro desarrollo de la empresa y la organiza y controla según las dimensiones de la empresa»<sup>13</sup>.
- Por lo que afecta a que la gestión efectiva ha de constituir una actividad profesional en el esposo que pretende ser titular del derecho de atribución preferente (RAMS ALBESA, J. / MORENO MARTÍNEZ, 2005, 691), es un requisito que se deriva del mismo fin de la atribución preferente que estudiamos: si de lo que se trata es de que el esposo que se dedica a la gestión empresarial no se vea afectado por la disolución del régimen de gananciales o por los avatares del matrimonio y pueda mantener su profesión, tal actividad ha de desarrollarla profesionalmente. Esto significa que ha de tratarse de una ocupación constante o, como dice el artículo 1 CCO, habitual, lo que implica que no cabrá derecho de atribución preferente si el esposo lleva a cabo tareas ocasionales, y

ha de constituir su ocupación principal (RAMS ALBESA, 1985, 788)<sup>14</sup>, puesto que la de gestionar la explotación ha de ser su profesión, sin perjuicio de que pueda tener otras ocupaciones secundarias<sup>15</sup>.

- Por lo que se refiere a la actuación en nombre propio, no lo requiere el precepto estudiado expresamente, ni puede deducirse de su finalidad. Solo se exige la realización efectiva y profesional de la actividad de gestión, y siendo ello perfectamente separable de la responsabilidad o la actuación en nombre propio, la cual no se menciona, ha de concluirse que no es exigencia del precepto. El esposo que (por figurar a su nombre la licencia fiscal, o la inscripción mercantil u otros documentos de carácter administrativo) aparezca como titular formal de la empresa ganancial, en los casos de empresa individual, será quien, frente a terceros, asumirá la responsabilidad de las deudas derivadas del ejercicio de la actividad empresarial, sea o no él quien gestione efectivamente la explotación, pero no por ello será titular del derecho de atribución preferente. El ser titular formal de la empresa puede ser un indicio de que se gestiona la misma, pero solo eso: el titular del derecho de atribución preferente será quien se pruebe que gestiona efectivamente, sea o no formalmente el cónyuge empresario. No obstante, hay que tener en cuenta que, siendo la empresa individual ganancial, aunque figure como titular formal un solo cónyuge y este no sea quien la gestione, el esposo gestor también, en cierto modo, asume el riesgo derivado de la empresa puesto que, aunque en principio no responda de las deudas de la misma con sus bienes privativos, responderán los bienes gananciales, conforme al artículo 1365, núm. 1 del Código Civil y además estas deudas serán carga de la sociedad, de acuerdo con el artículo 1362, núm. 2 del Código Civil. En el caso de empresa social, el empresario será la propia sociedad en cuanto persona jurídica, y la responsabilidad por las deudas de esta podrá llegar a afectar al patrimonio de los socios según el tipo de sociedad de que se trate, siendo de gran importancia resaltar que el no requerirse la condición de empresario para ser titular del derecho de atribución preferente, es precisamente lo que permite plantearse si este puede alcanzar o no a las acciones o participaciones sociales, pues de no ser así tendríamos que excluir de antemano esta posibilidad.

A corroborar estas conclusiones contribuye el adverbio «efectivamente» utilizado por la nueva redacción del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil: lo que se requiere es la realidad de la gestión, lo que, a su vez, implica que si el titular formal de la empresa no la gestiona *de facto*, por muy titular que sea, no tendrá el derecho de atribución preferente sobre la misma<sup>16</sup>. Esto no quiere decir que el esposo empresario que pretenda ser titular del derecho de atribución preferente no pueda servirse de colaboradores, sino que, aunque se

sirva de ellos, debe seguir ocupándose de la dirección y gestión de la empresa, cogestionándola (REBOLLEDO VARELA, 2013, 9940). Pues bien, esta afirmación ha de mantenerse incluso en los casos en que el empresario formal haya nombrado a un tercero factor o apoderado general (también llamado, director general), siempre que, como hemos dicho, mantenga su labor de dirección y control de la explotación. El factor es definido en el artículo 283 CCO como «el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario», sobreentendiéndose, en principio, que el factor está autorizado para el ejercicio de todos los actos que normalmente conciernen al negocio. Cabe que el esposo del titular formal de la empresa haya sido nombrado por este, apoderado con los más amplios poderes o que, tratándose de una empresa con forma social, aun siendo uno de los esposos administrador o miembro del consejo de administración (representación orgánica), el otro sea designado director general (representación voluntaria); si esto ocurre habrá que estar al caso concreto para ver hasta qué punto el empresario formal o el administrador, siguen gestionando y dirigiendo la empresa sin desentenderse de ello, para decidir si cumple o no el requisito de la gestión efectiva del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, puesto que si se produce un abandono, desentendimiento o dejadez en sus funciones por aquellos a favor del esposo, podrá ser este último el titular del derecho de atribución aunque no fuera el empresario formal. Se ha dicho (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 40; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 261; MARTÍNEZ SANCHIZ, 1986, 295)<sup>17</sup>, en contra de que el esposo nombrado apoderado general por el cónyuge titular formal de la empresa pueda ser titular del derecho de atribución preferente, que el objetivo del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es evitar que como consecuencia de la liquidación ocurra algo que constante la sociedad conyugal no podría depender de la voluntad del otro cónyuge o de un tercero, mientras que durante la sociedad el cónyuge empresario hubiera podido revocar el poder de su cónyuge factor o apoderado general, con lo que este vería paralizada su actividad. Frente a ello, nosotros no creemos que durante la sociedad de gananciales el cónyuge titular formal pueda por su simple voluntad, retirar el poder a su esposo, puesto que, conforme al artículo 1375 del Código Civil, para esto se requeriría la actuación conjunta de ambos cónyuges. Por otra parte, si de la colaboración resulta que la empresa es cogestionada por los dos esposos, no habrá derecho de atribución preferente a favor de ninguno de ellos<sup>18</sup>. Si la empresa está constituida por varias explotaciones y el esposo no empresario formal ha sido nombrado factor para dirigir una explotación concreta, la cuestión será más problemática, si bien creemos defendible, puesto que en nuestra opinión el derecho de atribución preferente no ha recaer necesariamente en estos casos sobre toda la empresa, que el cónyuge factor designado para dirigir una explotación específica pueda

llegar a ser titular de un derecho de atribución preferente sobre la misma, teniendo en cuenta el criterio que acabamos de exponer<sup>19</sup>. Lógicamente, si quien ha gestionado efectivamente la empresa no ha sido ninguno de los esposos, sino un tercero, ninguno de los cónyuges (ni siquiera el que, en su caso, fuera único titular formal) tendrá derecho de atribución preferente sobre ella, por no reunir el requisito exigido.

En cuanto al momento en que se ha de haber gestionado efectivamente la explotación, del texto del precepto se desprende que ha haberse dado con anterioridad a la disolución, mantenerse en ese momento y continuar en el de la partición, sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que también se da este requisito cuando al menos se prueba que la gestión se ha ejercitado durante la comunidad postganancial<sup>20</sup>. Ahora bien, si la actividad gestora no va a continuar tras la atribución, parece justificado pensar que no cabrá derecho de atribución preferente, dada la finalidad de esta (REBOLLEDO VARELA, 2013, 9940).

### 3. ASPECTO OBJETIVO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA

El objeto del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es «la explotación económica». Antes de la reforma de la Ley 7/2003, de 1 de abril, el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil se refería a «la explotación agrícola, comercial o industrial», no obstante, la doctrina (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 35; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 258) dio a esta enumeración carácter meramente ejemplificativo y, teniendo en cuenta tales consideraciones, la redacción actual dejó claro que cualquier tipo de empresa puede ser atribuida preferentemente. Por otro lado, como es obvio, para poder ser objeto de atribución preferente, la explotación ha de ser ganancial, puesto que estamos tratando de la partición de la comunidad postganancial, y en el caso de que pertenezca a la sociedad de gananciales solo una parte de ella, sobre la misma también podrá ejercitarse tal derecho, incluso aunque en el resto fuera privativa de uno de los esposos, sin que este tenga, por solo esta razón, preferencia alguna (REBOLLEDO, 2013, 9948).

Ahora bien, ¿cuál es el sentido que ha de darse al término «explotación»? Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta que el Código Civil utiliza en otros preceptos incluidos en la regulación de la sociedad de gananciales, términos que, al menos en una primera aproximación, tienen un significado cercano al de explotación y con los que pretende designar unidades económicas<sup>21</sup>. Así: «establecimiento o explotación» (art. 1346, núm. 8 del Código Civil); «Las Empresas y establecimientos» y «La Empresa o establecimiento» (art. 1347, núm. 5); «explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa» (art. 1360); «establecimientos mercantiles» (art. 1389). De la falta de precisión y propiedad con que el Código utiliza estos términos al equiparlos utilizando

la partícula «o» (salvo en el art. 1347, núm. 5 del Código Civil, primera frase), no cabe más que deducir que no los ha empleado en un sentido técnico y que con ellos se ha referido a un mismo concepto. No obstante, de la primera parte del artículo 1347, núm. 5 del Código Civil en la que se usa la partícula copulativa «y», podría deducirse que «Empresa» y «establecimiento» se refieren a conceptos distintos, sin embargo, el empleo en su segunda parte de la partícula «o» llevaría a no poder decantarnos por una u otra solución con base en dicho precepto (como entiende DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 67).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, creemos que el precepto que más claridad puede aportar para determinar qué ha de entenderse por la «explotación» del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, es el artículo 1360 del mismo cuerpo legal, que utiliza este término junto al de «establecimiento mercantil» y equipara ambos a «empresa», con lo que el problema se traslada a la concreción del significado con el que el legislador ha empleado esta palabra («empresa»). Y es que, en efecto, desde hace tiempo se viene manteniendo un debate por la doctrina mercantilista sobre el propio concepto de empresa<sup>22</sup>, el cual tiene su origen en la falta de un estatuto jurídico unitario sobre la misma y ha dado lugar al mantenimiento de posiciones muy diferentes<sup>23</sup>. En general, podemos distinguir dos grandes corrientes al respecto:

- Según una de ellas, la denominada «organicista», encabezada en España por GARRIGUES (1962, 144 y 145), «la empresa es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho»; o lo que es lo mismo, «es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico». Frente a la empresa, se configura el establecimiento como la base física de esta, «como lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil» (GARRIGUES, 1962, 169 y 170); se trataría del «local» o «tienda» a que se refiere el artículo 85 CCO o, tal y como establecía el artículo 2.1 de la Ley 7/1996, de la Ley *de Ordenación del Comercio Minorista*, en su redacción proveniente de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de «los locales y construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinadas al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma continuada o en días o temporadas determinadas o, ya en su versión derivada de la Ley 3/2014, de 13 de marzo, «toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual».
- Según la otra postura, a cuyo frente se encuentra URÍA, en la empresa es preciso distinguir dos aspectos: subjetivo y objetivo. Desde el primer punto de vista, la empresa se configura como la actividad del empresario

o, más concretamente, como «el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios». Desde el segundo, la empresa se identifica con el establecimiento mercantil, entendido este como «un conjunto de bienes y de servicios» coordinados por el empresario «y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa» (entendida, en esta definición, en su aspecto subjetivo); a este concepto se le asignan diversos nombres, tales como: negocio, establecimiento comercial o industrial, casa de comercio, tienda, industria, hacienda, explotación... y, como puede observarse, tiene un contenido mucho más amplio que el de simple local en cuanto inmueble de la postura anterior, el cual es simplemente una parte del negocio (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 270).

Siguiendo esta segunda postura, que es la mayoritaria, y las distinciones que la misma plantea, es obvio que si la explotación ha de poder ser calificada de ganancial o privativa y, en el primer caso, llegar a ser objeto de atribución preferencial, no podemos entender por tal la empresa en sentido subjetivo, puesto que la actividad propia del empresario (o, en su caso, por las razones que ya expusimos anteriormente, gestor empresarial) no puede ser adjudicada a él mismo, ni a su cónyuge. Lo que puede atribuirse preferentemente ha de ser, por consiguiente, el conjunto de elementos de valor económico de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad, es decir, la empresa en sentido objetivo. Pero, no solo se desprende esta conclusión del propio sentido de la atribución preferente, sino también del artículo 1346, núm. 8 del Código Civil, cuando habla de instrumentos que sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación, lo que pone de manifiesto, además, que la palabra «establecimiento» no se utiliza en el sentido de simple base física de la empresa; lo mismo ocurre con el artículo 1389 del Código Civil, en el que se distingue la disposición de inmuebles, por un lado, y de establecimientos mercantiles, por otro; o con el mismo artículo 1406 del Código Civil, que diferencia, en sus números 3 y 4, entre la atribución preferente de la explotación y la del local. De todo ello se deduce que establecimiento mercantil no es equiparable a local de negocio (bien inmueble) y que establecimiento se equipara a explotación y ambos a empresa en sentido objetivo. Pero además, hay que tener en cuenta que, tras la reforma del Código Civil operada por la Ley de 24 de abril de 1958, ya se planteó qué había que entender por «establecimientos mercantiles» a la luz de su nuevo artículo 1413 del Código Civil, referido a las facultades de disposición del marido sobre «bienes inmuebles y establecimientos mercantiles», para lo que dicho precepto requería consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial; concretamente, se trataba entonces de aclarar si por «establecimiento mercantil» había que entender el local o la

empresa en sentido objetivo<sup>24</sup>, concluyendo la RDGRN de 23 de octubre de 1959<sup>25</sup> que había que decantarse por este último significado, dado que si no, se produciría una reiteración con relación a los «bienes inmuebles», postura que fue recogida posteriormente por la STS de 12 de julio de 1983<sup>26</sup>. Pues bien, en nuestra opinión, hay que suponer que el legislador conocía este debate y que cuando utilizó todos estos términos en la reforma de 13 de mayo de 1981 lo hizo con el sentido por el que se habían decantado la Dirección General y el Tribunal Supremo, es decir como empresa en sentido objetivo. Por otra parte, otro argumento a favor de considerar el término «explotación», como empresa en sentido objetivo (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 32), lo encontramos en la Ley 49/1981 de 24 de diciembre, *del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes*, ya que su legislador fue el mismo que el de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y concibió en su artículo 1, a) a las explotaciones agrarias como unidades empresariales, y que su artículo 2 consideró la explotación como empresa en sentido objetivo, al definir la explotación familiar agraria como «conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria». Esta Ley, que modificó la *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario* (cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero), fue derogada por la Disposición Derogatoria única de la Ley 19/1995, de 4 de julio, *de Modernización de Explotaciones Agrarias*<sup>27</sup>, la cual nuevamente define la explotación agraria haciendo hincapié en su aspecto objetivo.

Sin embargo, decir que la empresa a la que se refieren los preceptos del Código Civil reguladores de la sociedad de gananciales —y entre ellos, el artículo 1406, núm. 2, con el término «explotación»— es la empresa en sentido objetivo, no es suficiente. Es preciso algo más. Así, RAMS ALBESA (1989, 782), considera que la explotación ha de constituir una unidad económica autónoma, es decir, diferenciada del resto del patrimonio consorcial, por ser gestionada separadamente como conjunto, bastando para ello con que tenga una contabilidad separada (las pérdidas y ganancias serán de la empresa, no del patrimonio ganancial) y diferenciable en cuanto *universitas*, como si fuera un patrimonio separado integrado por todos los elementos que le están afectos y no por los que no tengan el mismo fin económico. Igualmente, PÉREZ GARCÍA (2012, 1197), seguido de REBOLLEDO VARELA (2013, 9939), considera que la expresión «explotación económica» del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, ha de interpretarse de forma amplia, incluyendo «todas las unidades económicas susceptibles de ser gestionadas de forma separada respecto del resto del patrimonio ganancial»<sup>28</sup>. En un sentido semejante a este se explica PEÑA BERNALDO DE QUIROS (1991a, 644), al estimar que el conjunto de bienes adscritos al oficio o la profesión, debe haber alcanzado la categoría de «unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas», tal y como esta-

blecía el artículo 3 de la *Ley de Arrendamientos Urbanos* de 1964. En conclusión, podemos decir que la empresa o explotación ha de constituir una unidad económica y de gestión, o bien, cuando está constituida por varias porciones de terreno o inmuebles, la unidad orgánica a que aluden los artículos 8.2 LH y 44 RH, que frente al concepto de finca material, recogen el concepto de finca funcional, permitiendo, tal y como declara la RDGRN de 23 de abril de 2005, «la inscripción como una sola finca de porciones físicamente independientes, pero entre las que existe una relación de dependencia funcional u orgánica que justifica su tratamiento jurídico unitario»<sup>29</sup>.

Lo que acabamos de apuntar nos lleva a poner de manifiesto que no hay que perder nunca de vista que esta empresa en sentido objetivo es una entidad dinámica, capaz de producir, como consecuencia de la actividad de quien la gestione, bienes y servicios. Tal actividad es, ante todo, una actividad organizadora, y tal organización, que se establece en aras de la consecución de un determinado fin económico, es precisamente la que da unidad a todo el conjunto de bienes que la constituyen al dirigirlos a un destino común, quedando convertidos así en partes integrantes de ese nuevo ente que es la empresa (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 272).

Pero, siendo esto así, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la empresa? ¿Es un bien diferente de la diversidad de elementos que la componen o es un simple conjunto de elementos que no pierden su individualidad por el hecho de estar agrupados y que, por consiguiente, no constituyen un bien distinto y superior a todos ellos, siendo su unidad puramente formal<sup>30</sup>? Pues bien, en lo que al tema que tratamos afecta, puede decirse que está claro que el legislador de 1981 consideró a la empresa, establecimiento o explotación como un bien unitario, tal y como lo ha entendido la doctrina (EGEA IBÁÑEZ, 1982, 1293; LÓPEZ SÁNCHEZ, 1983, 588; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, 1991b, 678; RAMS ALBESA, 1985, 767)<sup>31</sup> y la jurisprudencia<sup>32</sup>. Así se desprende de la asignación a la misma, como un todo, de naturaleza ganancial o privativa. En efecto, los artículos 1346, núm. 8, 1347, núm. 5 (en cuanto se refieren a ella expresamente, aunque utilizando distintos términos) y el 1354 del Código Civil, atribuyen a la empresa como bien unitario (y no a cada uno de los elementos que la forman), carácter privativo, ganancial o mixto (es decir, en parte ganancial y en parte privativo); concepción unitaria que además se manifiesta (más allá de su constitución o adquisición), en el régimen de las mejoras o incrementos patrimoniales realizados en la empresa cuando proceden de un patrimonio conyugal diferente de aquel al que esta pertenece, dado que el principio de la accesión impone la incorporación de la mejora o incremento en la empresa y, por tanto, la extensión a aquellos, en cuanto quedan en ella englobados, del mismo carácter o naturaleza de esta (arts. 1359 y 1360 del Código Civil). Por otro lado, la consideración de la empresa como bien distinto de los elementos que la componen, es decir, como un todo, se deduce además del artículo 1346, núm.



8 del Código Civil, que tras establecer que son privativos «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio» de cada cónyuge, introduce la salvedad de que «estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común»; el hecho de que los nuevos bienes adquiridos para la empresa sean definidos como «partes integrantes» (art. 1348, núm. 8 del Código Civil) o, más claramente aún, «incrementos» (art. 1360 del Código Civil) de la misma, deja de manifiesto esta idea. Igualmente, puede citarse el propio artículo 1406, núm. 2 del Código Civil al configurarla (en cuanto sinónimo de explotación) como posible objeto de atribución preferente. Por tanto, a los efectos de la sociedad de gananciales y, fundamentalmente, a los efectos de su calificación como ganancial o privativa, la empresa constituye una *universitas* (DÍEZ-PICAZO, 1984, 1802; TORRALBA SORIANO, 1984, 1607; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, 1991.<sup>a</sup>, 648; GARCÍA CANTERO, 1995, 89; DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 44 y sigs.; MILLÁN SALAS, 1994, 240)<sup>33</sup>, un todo unitario, si bien, a otros efectos, ello no impide que cada bien mantenga su propio régimen jurídico (GIRÓN TENA, 1981, 301 y sigs.)<sup>34</sup> (así, por ejemplo, si algún elemento era arrendado, la transmisión de la empresa como un todo que lo engloba, deberá reunir los requisitos necesarios, según la legislación arrendaticia, para la transmisión del arrendamiento en ese caso).

Por tanto, desde la perspectiva del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, en nuestra opinión por empresa y explotación habrá que entender el conjunto organizado de bienes y relaciones materiales e inmateriales dotados de valor económico y objeto de una gestión propia y separada respecto del resto del patrimonio al que pertenece, constitutivos a su vez de un solo bien unitario calificable en su conjunto como ganancial, privativo o mixto, del que se sirve el empresario para ejercer su actividad de tal, es decir, una actividad económica planificada cuyo fin sea intervenir en el mercado de bienes o servicios con el ánimo de obtener una ganancia (constituyendo esto último, la empresa como actividad organizadora o empresa en sentido subjetivo).

No obstante, tal y como señala GARRIDO DE PALMA (1985, 32), en puridad de conceptos, no cabe afirmar absolutamente la equivalencia entre explotación y empresa en sentido objetivo, pues hay empresas que disponen solo de una explotación y otras que cuentan con varias. La empresa es una unidad económica y la explotación es una organización técnica. En este sentido, se habla de explotación para aludir a las diversas unidades técnicas de actividad productiva o comercial que operan bajo la gestión y directrices generales de una empresa. Por tanto, para que varias explotaciones constituyan una empresa, lo importante es que formen, tal y como subraya el autor citado seguido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, 258 y 259), una verdadera unidad económica y de gestión, bien por producir el mismo artículo, bien por producir artículos que se complementan; si no existe esta unidad estaremos, no ante una sola empresa, sino ante varias empresas independientes. Ante todo ello, es necesario plantearse

si cabe el ejercicio del derecho de atribución preferente no sobre toda la empresa sino sobre alguna o algunas de sus explotaciones. En nuestra opinión, siguiendo en este punto a GARRIDO DE PALMA, no cabe duda de que en el caso de que las explotaciones constituyan verdaderas empresas independientes cabrá el ejercicio sobre una o varias de ellas (por ejemplo, si una misma empresa produce en tres explotaciones distintas, motos, pianos y electrodomésticos). El problema se plantea cuando esto no es así (por ejemplo, una misma empresa está constituida por una explotación en la que se fabrican piezas y otra en la que se montan esas piezas para formar el producto de que se trate). Los autores apuntados, en estos casos no se decantan por la respuesta positiva, ni la negativa. Nosotros creemos que, dado el límite cuantitativo que se desprende del 1406 del Código Civil para nuestro caso (al que no se aplica el art. 1407 del Código Civil), habría que diferenciar si la totalidad de la empresa cabe o no en el lote del esposo en el que se reúnen los requisitos para ser titular del derecho de atribución preferente. Si cabe, entonces estimamos que no podrá exigir que se le atribuya solo una de las explotaciones, pues aunque el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, habla de «explotación», ya hemos visto que por tal ha de entenderse «empresa» y de este modo se consiguen los dos objetivos de la norma: el primordial, la continuidad del esposo en la ocupación a la que venía dedicándose durante la sociedad de gananciales y el secundario y reflejo del mantenimiento de la unidad de la empresa. Ahora bien, en los casos en los que la empresa con todas sus explotaciones, exceda del valor del lote del esposo que podría ser beneficiario, dado que la finalidad del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es, principalmente y antes que el mantenimiento de la unidad de la empresa, que el esposo que la gestionaba efectivamente pueda seguir con esa misma ocupación, podría atenderse a si la empresa es indivisible o no lo es, en el sentido de que la atribución separada de una o varias de las explotaciones suponga o no un importante desmerecimiento de la empresa como unidad constituida por las restantes o impida que la empresa originaria pueda continuar funcionando sin la explotación sustraída (art. 1062 del Código Civil); es decir, habrá que atender a la viabilidad económica de las unidades empresariales resultantes de la división para determinar si cabe esta. Si la empresa fuera divisible, entonces el cónyuge que la gestionó efectivamente, podrá solicitar la atribución de la explotación que quepa en su lote, de modo que así se conseguiría el fin fundamentalmente perseguido por la norma (que el esposo adjudicatario pueda mantener la misma actividad que antes de la disolución de la sociedad de gananciales), pudiendo seguir funcionando el resto de la empresa como nueva unidad, adjudicándose la al otro esposo o sus herederos. Si las explotaciones que constituyen la empresa desmerecieran mucho por la separación de alguna o algunas de ellas, entonces, creemos que el esposo gestor podrá exigir que se le atribuya la cuota del total de la empresa que quepa en su lote. Fuera como fuere, de *lege ferenda* sería aconsejable incluir expresamente en el Código Civil

una regulación para casos como el planteado, si bien dejando al juez un margen para decidir si cabe o no la atribución preferente, apreciando hasta qué punto las explotaciones restantes se ven afectadas con la sustracción de las elegidas por el beneficiario, si son viables o, incluso, teniendo en cuenta si los resultados de la atribución son equitativos para todos los implicados.

Lo que acabamos de decir para las explotaciones es aplicable, con más razón, a las sucursales, establecimientos secundarios de la empresa que gozan de autonomía organizativa respecto de esta, aunque tengan cierto grado de dependencia. Destaca MARTÍNEZ SANCHIZ (1986, 304) que para que estemos ante una verdadera sucursal se requiere: una instalación material distinta, una clientela propia, una persona al frente (factor) y que se destine a la misma actividad que la empresa matriz. El derecho de atribución preferente podrá, por tanto, ejercerse sobre una sucursal de la empresa por parte del esposo que la estuviera gestionando efectivamente, siendo la divisibilidad de la empresa —en el sentido antes expresado—, el supuesto más probable en estos casos.

En cuanto al término «establecimiento», a veces se utiliza, no como empresa, sino en un sentido más restringido similar al de la explotación como unidad técnica aplicado al «almacén» o «tienda abierta al público» a que se refieren los artículos 85 a 87 CCO. Desde este punto de vista, varios establecimientos podrán constituir una empresa en los mismos términos que vimos cuando hablamos de las explotaciones en general<sup>35</sup>. Otras veces, como ya hemos visto, dichas palabras se usan con el significado de sede física de la empresa<sup>36</sup>.

Por último, hay que plantearse también si la «Empresa» (con mayúsculas) a la que se refiere el artículo 1347, núm. 5 del Código Civil es diferente de la «empresa» en general (con minúsculas) a que se refieren otros preceptos (art. 1056, p. 2 del Código Civil o 1360 del Código Civil), cuestión a la que, siguiendo a DÍEZ BALLESTEROS (1997, 63 y sigs.), estimamos que ha de responderse negativamente, pues la utilización de la mayúscula se debe a un error al transcribir la única enmienda realizada al artículo 1347, núm. 5 del Proyecto de 14 de septiembre de 1979, ya que ni en la citada enmienda (la número 324, presentada por el Grupo Socialista), ni en el citado proyecto, ni en el anterior de 4 de octubre de 1978, aparecía.

## II. LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES COMO OBJETO DE DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

### 1. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1406, NÚM. 2 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

Las siguiente líneas las dedicaremos a esclarecer si, en caso de que la empresa tenga forma social, puede ser objeto de atribución preferente, no ya la

explotación con sus elementos de todo tipo —puesto que esta pertenece, no a la sociedad de gananciales, sino a la persona jurídica que constituye la sociedad a considerar—, sino las participaciones o acciones sociales cuando estas son de carácter ganancial pero figura como socio solo uno de los esposos<sup>37</sup>.

Se trata de un problema sobre el que no existe unanimidad en la doctrina, puesto que en ella encontramos posiciones contrapuestas. Así, GARRIDO DE PALMA (1985, 49), seguido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, 259), MARTÍNEZ SANCHIZ (1986, 297) o RIVERA FERNÁNDEZ (2010, 2566) ha negado, con carácter general, que quepa derecho de atribución preferente sobre las acciones o participaciones sociales porque, ante el silencio del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, falta la identidad de razón que podría justificar su aplicación analógica en estos casos y porque el cónyuge socio puede conseguir quedarse con las participaciones por otros mecanismos. Frente a ello, otros autores, tales como CADARSO PALAU (1993, 165), al que sigue REYES LÓPEZ (2005, 135), entienden, que cabe la aplicación analógica del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones sociales, dada la aproximación de «la situación de aquellas personas casadas que han inscrito su actividad empresarial en el cuadro de una estructura societaria a la de aquellas otras que, simplemente, ejercen la misma actividad a título individual»; y en la misma línea, pero limitando la aplicación analógica al caso de que la mayoría de las acciones o participaciones de la sociedad sean gananciales, se sitúa REVERTE NAVARRO (2004, 112), pues según él «la mayoría de las empresas de una mínima entidad están constituidas como sociedades, con lo que si no se admitiera que el artículo 1406, núm. 2 se aplica también a las acciones y participaciones, casi no tendría aplicación. Además, no hay diferencia real entre que un cónyuge regente, como empresario individual una tienda de verduras y frutas... o que el negocio se haya constituido en sociedad de responsabilidad limitada (quizá unipersonal) que de hecho, es gestionada por el mismo cónyuge»; y, para REBOLLEDO VARELA (2013, 9947), la aplicabilidad del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones ha de defenderse con base en las reglas de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil). Por su parte, RAMS ALBESA (1985, 789 y sigs.) entiende que para resolver si existe o no en el caso concreto derecho de atribución preferente, es preciso analizar hasta qué punto la creación de la sociedad impide o no que la empresa sea llevada con el trabajo del cónyuge (utilizando la expresión del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil antes de la reforma de 2003) o rompe la relación personal con la cosa que requiere el derecho que estudiamos; la presencia de una persona jurídica interpuesta debe impedir, en principio, la atribución preferente, pero cabrá esta si siguen existiendo las condiciones de pertenencia de la explotación a la masa ganancial y llevanza con su trabajo por el cónyuge atributario; para que quepa derecho de atribución preferente se requiere que «la sociedad sea tan solo una especie de «veste» que recubre una realidad económica concreta: la de

la gestión fructífera de la explotación sola o en conjunto con otras, y que les preste funciones accesorias a ella: limitación de responsabilidad, facilidades de crédito, mayor o mejor posición comercial como oferentes o como adquirentes, etc., pues si la sociedad tiene una estructura organizativa más compleja que la que requiere este fin limitado, la gestión es una parte pequeña en el volumen de operaciones o las finalidades efectivamente perseguidas superan el estrecho margen que ofrece la explotación, habrá que negar de plano el derecho de atribución» (RAMS ALBESA, 1985, 792)<sup>38</sup>.

Por nuestra parte, creemos que no cabe aplicación analógica del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, puesto que estamos ante una norma excepcional que se aparta del principio de igualdad cualitativa que debe presidir la configuración de los lotes en la partición del patrimonio ganancial (arts. 1410 y 1061 del Código Civil), pero sí es posible una interpretación extensiva que lleve a la misma conclusión, puesto que entendemos que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil), resulta que esta dice menos de lo que debería y a la «explotación económica» han de unirse las acciones y participaciones gananciales. En efecto, estas, además de expresar el vínculo derivado del contrato de sociedad, la medida de la aportación a la misma y una parte alícuota de su capital, materializan los derechos que los socios (en nuestro caso, personas físicas: los cónyuges) pueden tener respecto a la explotación de tipo social<sup>39</sup> y entre ellos puede estar, el de poder gestionarla. De este modo, si antes dijimos que la explotación puede definirse como el conjunto de elementos de valor económico de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad, de modo que en la empresa individual su adjudicación permitirá al esposo gestor continuar con su profesión, motivo por lo que se establece el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, muchas veces, la titularidad de las acciones y participaciones sociales será lo que permitirá que el cónyuge gestor siga desarrollando su actividad gestora en la empresa social y, por ello, igualmente deberán serle adjudicadas preferentemente si lo solicita. Y es que, verdaderamente, el fin de la norma es más mantener al cónyuge en su actividad profesional que adjudicarle la propiedad de la empresa: lo que persigue es atribuirle un poder sobre ella que le permita seguir gestionándola, ya sea este la propiedad de la misma, ya otras titularidades respecto a ella que le conduzcan al mismo objetivo (acciones y participaciones). A corroborar esta tesis contribuye otro argumento, cual es el reconocimiento legislativo de las sociedades unipersonales (arts. 12 y sigs. de la *Ley de Sociedades de Capital*), que pueden constituirse originariamente como tales y a través de las que el empresario individual no busca otra cosa que limitar su responsabilidad al patrimonio afecto al ejercicio de la empresa o patrimonio mercantil, dejando a salvo el resto de sus bienes (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 664), gestionando *de facto* la empresa como si él fuera su titular y esta no tuviera forma social, no habiendo diferencia en cuanto a su actividad respecto a si la empresa fuera

individual; pues bien, si no admitiéramos el derecho de atribución preferente sobre las acciones y participaciones sociales, ni siquiera estas empresas fundadas y gestionadas por uno de los esposos, podrían ser atribuidas preferentemente a este, sino que correrían la suerte de cualquier bien ganancial ajeno al artículo 1406 del Código Civil<sup>40</sup>.

Ahora bien, defendida la extensión del objeto del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones de la empresa con forma social, hay que tener en cuenta que, tal y como ya vimos más atrás, tal derecho de atribución preferente solo cabrá cuando dichas acciones o participaciones sean gananciales, el esposo que lo pretenda haya gestionado efectivamente la sociedad y con la adjudicación preferente se persiga el mismo objetivo que con la atribución de la empresa no social, es decir, posibilitar el mantenimiento del cónyuge en el ejercicio de su profesión empresarial (RAGEL SÁNCHEZ, 2012, 1412) y, solo en un segundo término, la conservación de la explotación. Pero, además, han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Que es preciso distinguir entre tipos de sociedades.
2. Que, aunque las participaciones o acciones sean gananciales, para la sociedad el único titular de las mismas es el socio<sup>41</sup>, razón por la que desde su punto de vista, la adjudicación al cónyuge no socio es una transmisión, aunque desde la perspectiva de la sociedad de gananciales y su liquidación, la partición no sea un acto traslativo, sino declarativo y especificativo de derechos<sup>42</sup>.
3. Que solo podemos plantearnos si cabe derecho de atribución preferente cuando la acción o la participación o, en general, la posición de socio es transmisible. Si no lo es, el esposo socio podrá seguir siéndolo (salvo que la causa de disolución de la sociedad de gananciales haya sido su muerte, claro está), pero no porque tenga ningún derecho de atribución preferente, sino como consecuencia de esa intransmisibilidad. A este respecto, será además necesario distinguir entre la transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa*.
4. Que si se da la transmisibilidad, el derecho de atribución preferente solo podrá existir a favor del cónyuge socio si este era administrador, si gestionaba efectivamente la empresa social, tal y como exige el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, pero cuando sea posible que la administración pueda ser llevada por un no socio y, por tanto, el ejercicio de tal actividad no esté vinculado a dicha condición (tal y como ocurre en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, artículo 212.2 Ley de *Sociedades de Capital*), habrá que plantearse qué ocurre si el esposo no socio es administrador y, si es el cónyuge socio quien es administrador, distinguir entre si es retribuido por su actividad gestora o no, pues en este último caso es lógico pensar que si es administrador

y desarrolla su trabajo de gestión gratuitamente, será precisamente por ser socio, lo cual justificaría el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge socio administrador, pues de otro modo, lo más probable será que deje de ser administrador al dejar de ser socio.

5. Que, como ya justificamos, el derecho de atribución preferente no es transmisible a los herederos del esposo que cumplía los requisitos exigidos por el artículo 1406 del Código Civil, y tampoco puede darse en los herederos que gestionaron con él, razón por la que solo nos lo podemos plantear a favor de los cónyuges.
6. Que antes de llevar a cabo la partición de la herencia del esposo difunto casado en régimen de gananciales es preciso determinar qué bienes o derechos la componen, para lo que previamente ha de realizarse la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, de la que resultará qué bienes y derechos gananciales quedarán incluidos en su lote y, por consiguiente, formarán parte de su herencia<sup>43</sup>.

## 2. REFERENCIA ESPECÍFICA A LOS DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES

### A) *Generalidades*

Antes de entrar a ver cuándo cabe el derecho de atribución preferente sobre las acciones y participaciones de las distintas sociedades, es preciso diferenciar, a grandes rasgos, entre sociedades personalistas y sociedades de capital, recordando que en las sociedades de personas, la condición de socio tiene carácter personal y no puede transmitirse *inter vivos* sin el consentimiento de todos los socios y la transmisión *mortis causa* puede llegar a ser motivo de la disolución de la sociedad; frente a ello, en las sociedades de capital la condición de socio en principio es transmisible, si bien pueden existir limitaciones a la libre disponibilidad. Desde el punto de vista de la gestión social, en las sociedades de personas la administración corresponde a los socios, mientras que en las sociedades de capital, la administración se lleva por un órgano que puede estar constituido por una o varias personas que pueden ser socios o no (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 329; PAZ-ARES, 2012a, 341 y sigs.). Pues bien, dentro de las sociedades de personas, nos referiremos a la sociedad colectiva y a la sociedad comanditaria simple; de entre las sociedades de capital abordaremos el tema en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad anónima<sup>44</sup>.

Puede llamar la atención que, dada la escasa utilización que, en la práctica, se hace de la sociedad colectiva y de la sociedad comanditaria debido a la responsabilidad ilimitada de todos o parte de sus socios, les dediquemos también a ellas unas líneas, sin embargo, encontramos dos razones que justifican su

tratamiento en este trabajo junto al de las sociedades de capital. Primera: que lo que aquí concluyamos será de aplicación a esas pocas sociedades colectivas o comanditarias simples que todavía siguen existiendo; segunda y más importante: que lo que aquí digamos igualmente será aplicable a esas otras entidades que ejercen su actividad empresarial sin acogerse ni a la figura del empresario individual, ni a la de la sociedad legalmente constituida, sino adoptando una forma intermedia entre una y otra, cuales son las sociedades irregulares y las comunidades de bienes. En efecto, a las sociedades irregulares les resultan aplicables las normas de la sociedad colectiva conforme al artículo 39.1 de la Ley de Sociedades de Capital y, de las llamadas comunidades de bienes para empresa<sup>45</sup>, cabría decir lo mismo, puesto que realmente son sociedades irregulares (FERNÁNDEZ DE BILBAO, 2011, 57)<sup>46</sup>.

### *B) Derecho de atribución preferente en las sociedades de personas*

#### *a) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Colectiva*

La sociedad colectiva puede definirse como «sociedad personalista que desarrolla una actividad mercantil bajo una razón social, con la particularidad de que del cumplimiento de las deudas sociales responden de forma subsidiaria todos los socios personal, ilimitada y solidariamente» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 338; de forma similar PAZ-ARES, 2012b, 360) (arts. 122 y sigs. CCO). En la sociedad colectiva, solamente el cónyuge socio puede cumplir el requisito de haber gestionado efectivamente la explotación (art. 1406, núm. 2 del Código Civil), puesto que la administración corresponde a todos los socios, salvo pacto de encomendársela a alguno o algunos de ellos (art. 299 RRM). Distingamos:

1. Si la disolución de la sociedad de gananciales fue por causa distinta de la muerte del cónyuge socio, la adjudicación de la posición de socio al esposo del socio sería un caso de transmisión *inter vivos*, la cual no cabe sin el consentimiento de todos los socios y sin que quepa pacto en contra (art. 212 RRM). Por tanto, en principio la posición de socio es intransmisible, lo que hace que no pueda entrar en juego derecho de atribución preferente alguno y el cónyuge socio haya de ser necesariamente adjudicatario de la participación en la sociedad sin necesidad de aquel. Ahora bien, cabría pensar en la posibilidad de que se cumpliera el requisito de la unanimidad, en cuyo caso ello implicaría que también el cónyuge socio habría dado su consentimiento, lo que significaría que no tiene interés en seguir siendo socio y, por consiguiente, aunque tuviera derecho de atribución preferente como administrador, no lo ejercitaría;



en estas condiciones, la posición de socio en la partición podría ir a parar a uno u otro cónyuge según las reglas generales. Incluso si se pensara que el dar su consentimiento es para el esposo socio un acto debido cuando se trata de liquidar la sociedad de gananciales, de modo que pudiera acudir al juez para que lo diera en su lugar en caso de negativa, el esposo socio, una vez hecha transmisible la participación por haberse conseguido el consentimiento de todos a la transmisión, tendría un derecho de atribución preferente en cuanto administrador que le llevaría a mantenerse como socio, razón por lo que la que la vía de acudir al Juez en estos casos carecería de sentido. Lo que hemos dicho respecto al cónyuge no socio, es extensible a los herederos de este (del esposo no socio) cuando la causa de disolución de la sociedad de gananciales haya sido su muerte.

2. Si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo por causa la muerte del cónyuge socio, en principio esta producirá la extinción de la sociedad colectiva (art. 222, 1.º CCO), en cuyo caso, lo que hubiera correspondido al cónyuge socio en la liquidación de esta, será ganancial y respecto a ello no cabrá derecho de atribución preferente alguno pues ya no estaríamos ante ninguno de los supuestos del artículo 1406 del Código Civil. No obstante, cabe que en la escritura constitutiva se haya pactado la continuación de la sociedad colectiva con los herederos del socio difunto o la continuación entre los sobrevivientes (art. 222, 1.º CCO): A) En el primer supuesto, estando los herederos (o alguno de ellos) interesados en convertirse en socios<sup>47</sup>, la participación ganancial en la sociedad deberá incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales en el lote correspondiente en la misma a estos, a los cuales pasará la posición de socio sin que juegue el derecho de atribución preferente y, una vez que la posición de socio se encuentra en el patrimonio hereditario del difunto, se adjudicará a todos o a quien se determine dentro de la partición hereditaria; si se estima que la expresión «herederos» comprende al cónyuge sobreviviente<sup>48</sup> y este también está interesado, dado que no puede ser administrador, tampoco tendrá un derecho de atribución preferente, razón por la que la adjudicación de la participación social en la liquidación de la sociedad de gananciales al lote de uno (viudo) u otros (herederos) se realizará de acuerdo con las reglas generales, pudiéndose, en última instancia, a falta de acuerdo, acudir al juez para que decida lo más conveniente; lógicamente, si ni herederos ni cónyuge están interesados en adquirir la condición de socio, se podrá solicitar que se liquide la cuota correspondiente al cónyuge socio fallecido, la cual ingresará en la masa ganancial y se repartirá según las reglas generales. B) En el caso de continuación de la sociedad con los sobrevivientes, será ganancial la cuota del haber social que correspondiera al cónyuge socio difunto en función de la aportación ganancial realizada, según balance llevado a cabo el día de la muerte del socio (MADRID PARRA, 2010, 373) y sobre la cual no existirá derecho de atribución preferente alguno.

b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Comanditaria Simple

Por lo que se refiere a la sociedad comanditaria simple, se trata de una «sociedad de tipo personalista que ejercita una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales y cuyo nombre ha de servir para formar la razón social, y de los socios comanditarios cuya responsabilidad es limitada y no pueden intervenir en la gestión de la sociedad» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 351; similarmente PAZ-ARES, 2012b, 376). Por consiguiente, solo si el cónyuge socio lo es colectivo, puede participar en la gestión y cumplir el requisito para un hipotético derecho de atribución preferente, no si es comanditario (art. 148, p. 4 CCO)<sup>49</sup>, razón por la que no nos referiremos al caso de que el esposo socio fuera solo comanditario. Partiendo de aquí:

1. Si la disolución de la sociedad de gananciales fue por causa distinta de la muerte del cónyuge socio, la adjudicación de la posición de socio al esposo del socio sería un caso de transmisión *inter vivos*, la cual no cabe sin el consentimiento de todos los socios colectivos y, respecto a los socios comanditarios, se estará a lo que disponga la escritura (art. 212, 1.º y 2.º RRM), entendiéndose que su consentimiento es también necesario salvo disposición en contra. En este punto estimamos que podemos repetir, *mutatis mutandi*, lo que dijimos para el cónyuge socio de una sociedad colectiva<sup>50</sup>.

2. Si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo por causa la muerte del cónyuge socio colectivo, también podrá traerse aquí lo señalado a propósito de la sociedad colectiva<sup>51</sup>.

C) *Derecho de atribución preferente en las sociedades de capital*

a) Derecho de atribución preferente de las acciones de la Sociedad Anónima

Pasando a la sociedad anónima, antes de tratar las posibilidades de que exista un derecho de atribución preferente a favor de alguno de los esposos, recordaremos, aunque sea muy ligeramente, algunos aspectos que tendrán trascendencia a la hora de dar una solución al problema que nos planteamos. Pues bien, la sociedad anónima puede definirse como «tipo de sociedad mercantil cuyo capital, que como mínimo ha de ser de 60.000 euros, está dividido en acciones y en la que únicamente responde su patrimonio del cumplimiento de las deudas sociales» (arts. 1.3 y 4.2 *Ley de Sociedades de Capital*) (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 329; IGLESIAS / GARCÍA DE ENTERRÍA, 2012a, 382). Pueden ser: cerradas (sociedades familiares

o de pocos socios), en las que suelen ser relevantes las características personales de los socios, los estatutos establecen cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de las acciones<sup>52</sup> y la junta general es efectivamente el órgano soberano de la sociedad; y abiertas, constituidas por un número elevado de socios, en las que las acciones son libremente transmisibles y se refuerza el poder de los administradores, produciéndose una división entre propiedad y control de la sociedad y una disminución del poder efectivo de la junta general. Además, las sociedades anónimas (como las de responsabilidad limitada) pueden ser unipersonales, aplicándoseles las especialidades del capítulo III, del Título I de la *Ley de Sociedades de Capital*.

Por otra parte, las sociedades anónimas, como sociedades de capital, tienen una organización corporativa que les permite desarrollar su actividad y que está constituida por la junta general y el órgano de administración. En cuanto a la primera, está formada por los socios que, por la mayoría legal o estatutariamente establecida, decidirán en los asuntos propios de su competencia (art. 159.1 LSC)<sup>53</sup> y (al igual que ocurre en la sociedad de responsabilidad limitada) podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin limitar el poder de representación correspondiente a los administradores (art. 161 LSC)<sup>54</sup>. En cuanto a los administradores, son nombrados por la junta general y, salvo disposición contraria en los estatutos (art. 212.2 LSC), no es necesario que sean socios, razón por la que, tal y como declaró la STS de 13 de abril de 2000<sup>55</sup>, la pérdida de la cualidad de accionista no conllevará la de administrador. Les corresponde tanto la gestión en sentido estricto, dirigida al desarrollo del objetivo social<sup>56</sup>, como la representación de la sociedad (art. 233 LSC). El cargo de administrador será gratuito, salvo que los estatutos establezcan una retribución, la cual puede consistir en una participación en los beneficios o en una remuneración fijada para cada ejercicio por la junta general conforme a lo previsto en los estatutos (art. 217 LSC) y que, en la sociedad anónima, puede sustanciarse en la entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas (art. 219 LSC). El cargo de administrador en la sociedad anónima tiene una duración limitada que fijarán los estatutos, no pudiendo exceder de seis años, si bien cabe la reelección una o varias veces, por plazos de la misma duración máxima (art. 221 LSC). Con carácter general, establece el artículo 210.1 LSC que la administración puede confiarse a un solo administrador, a varios para que actúen conjunta o solidariamente o a un consejo de administración, sin embargo, tratándose de una sociedad anónima, el artículo 210.2 LSC determina que si los administradores son dos, actuarán mancomunadamente y si son más, constituirán consejo de administración. En este último caso, no solo cabe el nombramiento de los administradores por acuerdo mayoritario de la junta, sino que también (a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada) cabe del nombramiento por cooptación (art. 244 LSC)<sup>57</sup> y acudir al sistema

de representación proporcional (art. 243 LSC), que posibilita que los socios minoritarios agrupados puedan también conseguir un número de representantes en el consejo proporcional al número de acciones de que son titulares<sup>58</sup>, sistema este que funciona sobre todo en sociedades de pocos socios, pues cuando se trata de grandes sociedades, se produce un gran absentismo entre los accionistas y las minorías organizadas pueden dominar la sociedad, no interesándoles el sistema de representación proporcional. El consejo toma sus decisiones por mayoría (art. 248 LSC), pero, si los estatutos no dicen otra cosa y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, podrá designar de entre sus miembros una comisión delegada o ejecutiva o uno o más consejeros delegados (art. 249.1 LSC), en los que puede delegar buena parte de sus funciones<sup>59</sup>, si bien el consejo vigilará la actuación de los delegados y no perderá las facultades delegadas (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 515 y 520).

Por otra parte, es también de gran interés a los efectos del objeto de nuestro estudio, tener en cuenta la distinción tradicional que, dentro de las sociedades cotizadas, se hace entre accionistas empresarios y accionistas inversores-ahorradores. Los primeros, interesados en el control de la sociedad e implicados directamente en su administración, suelen concertar pactos de sindicación con el fin de influir en la dirección de la sociedad, lo que normalmente implica condicionamientos en la negociación de sus acciones (así, únicamente podrán ser enajenadas a otro participante en el sindicato). Frente a ellos, los segundos, muy minoritarios, tienen como único objetivo rentabilizar su inversión y su protección se lleva a cabo, sobre todo, desde la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio). Ante ello, es evidente que solo podremos reconocer un derecho de atribución preferente sobre las acciones sociales gananciales, si el cónyuge socio pertenece al primer tipo de accionistas, nunca si lo es al segundo<sup>60</sup>.

Hechas estas consideraciones de carácter general, pasemos ya a tratar del problema que nos ocupa, distinguiendo como hicimos con las sociedades personalistas, según la causa de disolución de la sociedad de gananciales, pero teniendo en cuenta dos cosas: a) Que, puesto que para ser administrador en principio no se requiere ser socio, puede ser que el esposo no socio haya gestionado, solo o junto con otros, la vida de la sociedad o que, incluso, ambos esposos hayan sido administradores, aunque solo uno tuviera la condición de socio. Por este motivo, dedicaremos un punto (el punto 3) al caso de que ambos cónyuges hayan gestionado la sociedad, refiriéndose los puntos 1 y 2 al supuesto en el que solo uno de ellos fuera administrador; b) Que cuando hablamos de cónyuge administrador nos referimos a un cónyuge que ha gestionado efectivamente la empresa (tal y como exige el art. 1406, núm. 2 del Código Civil), ya sea como simple administrador (único o mancomunado), como miembro del consejo de administración (si son tres o más los administradores, art. 210. 2 LSC), o como delegado de este; por eso, cuando uno de los esposos pertenece al consejo de

administración y hay delegación, para que pudiera existir un derecho de atribución preferente a su favor, habría que comenzar por determinar si, en ese caso concreto, ese cónyuge sigue gestionando efectivamente la empresa, ya por ser él delegado, ya por continuar de algún modo con la gestión a pesar de esa delegación; lo mismo cabe decir si existe director general. Veamos:

1. Disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta de la muerte del cónyuge socio:

a) Por causa diferente al fallecimiento del cónyuge no socio: Ya sabemos que, en principio, las acciones son libremente transmisibles razón por la que podrán incluirse en el lote de uno u otro esposo. Si uno de ellos gestionaba la sociedad en el momento de la disolución del régimen, conforme al tenor literal del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, debería corresponderle un derecho de atribución preferente independientemente de que fuera socio o no, pero esta desvinculación de la cualidad de socio y, por tanto, de la titularidad de las acciones que, salvo pacto en los estatutos, se da respecto al nombramiento y mantenimiento en el cargo de administrador, hace que la finalidad perseguida por el derecho de atribución preferente que estudiamos (la permanencia del cónyuge que gestionaba efectivamente la sociedad en su profesión) no justifique su existencia (la del derecho de atribución preferente) con la salvedad de lo que diremos en el punto 4 sobre los paquetes de control; ahora bien, si el cónyuge socio ostenta el cargo de administrador y este es gratuito, creemos razonable pensar que era administrador por ser socio y, a pesar de la desvinculación a la que nos referíamos más arriba, podría estar justificada la atribución preferente de las acciones a su favor. Si el cargo de administrador requiriese ser titular de acciones de la sociedad, creemos que debe afirmarse el derecho de atribución preferente a favor del esposo socio y administrador. Podría alegarse en contra de la existencia de derecho de atribución preferente que el cargo de administrador no es por tiempo indefinido, lo que chocaría con el carácter permanente de la atribución de las acciones en la partición de la sociedad de gananciales, frente a lo que cabe oponer que, como hemos visto, cabe y de hecho es frecuente, la reelección, y que reconocer un derecho de atribución preferente al cónyuge socio administrador, al fin y al cabo es la forma de conseguir, al menos provisionalmente, la finalidad principal del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, es decir, que el cónyuge gestor mantenga su profesión. Si se trata de una sociedad anónima cerrada, con restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones<sup>61</sup>, habría que ver hasta qué punto el cónyuge no socio podría cumplir los requisitos exigidos para la transmisión; si los cumple podrá plantearse la posibilidad de existencia de un derecho de atribución preferente a favor de uno de los esposos, concretamente del que hubiera gestionado la sociedad, si es que alguno de ellos lo hizo; nuevamente deberemos plantearnos aquí, además, si el cargo de administrador está o no

vinculado a la condición de socio, de modo que en este último caso (salvo que el cónyuge socio sea administrador y no esté retribuido por ello) no cabría derecho de adquisición preferente a favor del administrador puesto que podría seguir ejerciendo tal cargo aunque las acciones se atribuyeran al otro. Si el esposo no socio no cumple los requisitos exigidos por las cláusulas estatutarias para la transmisibilidad, las acciones deberán ser atribuidas en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge socio, independientemente de que fuera o no administrador, e independientemente de que lo fuera o no el otro esposo, si es que se da el caso. Si la cláusula que restringe la libre transmisibilidad de las acciones consiste en otorgar un derecho de adquisición preferente a la sociedad o a alguno de los socios, pensamos que (salvo que se sepa de alguna manera que ni sociedad ni ninguno de los socios va a ejercer ese derecho), lo más aconsejable sería la atribución al cónyuge socio, ya que: si el no socio era administrador, eso quiere decir que no requeriría la atribución de las acciones para mantenerse en su cargo; si el socio era administrador y se exigía para ejercer dicho cargo ser titular de acciones de la sociedad, tendría derecho de atribución preferente, con lo que las acciones permanecerían en su titularidad, y si el cónyuge socio era administrador pero no se requería ser socio para gestionar la sociedad, el dar la posibilidad de que el esposo no administrador pueda, igual que el que lo es, ser adjudicatario de las acciones puede suponer que, al ejercer su derecho de adquisición preferente la sociedad o alguno de los socios, las acciones no fueran ni para uno, ni para otro esposo, y terminaran saliendo del patrimonio «familiar»<sup>62</sup>; no obstante, no desconocemos que es posible que existan desavenencias entre los cónyuges al liquidar la sociedad de gananciales y que estas pueden llevar al esposo no socio a preferir esto último, antes de que sea el otro quien se quede con las acciones.

b) Disolución de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge no socio: En este supuesto, si el otro esposo era administrador y socio, cabe decir lo mismo que hemos dicho en el apartado a), sustituyendo al esposo no socio por sus herederos, pues aunque la disolución del régimen de gananciales haya concluido por la muerte del esposo no socio, la adjudicación de las acciones a los herederos del esposo no socio fallecido no es para la sociedad anónima una transmisión *mortis causa*, al no tener por causa la muerte del cónyuge socio. Si el no socio fallecido era administrador y no lo era el cónyuge superviviente socio, los herederos del primero en ningún caso podrán tener derecho de atribución preferente sobre las acciones gananciales en la liquidación del régimen económico matrimonial, por un lado porque el derecho de atribución preferente del artículo 1406 del Código Civil no se hereda, por otro porque ni siquiera el fallecido hubiera tenido derecho de atribución preferente por no estar vinculada la administración a la titularidad de las acciones y tampoco lo tendrá el socio no administrador, precisamente por no serlo, si bien, al igual que dijimos líneas atrás en el apartado a), en casos de sociedad cerrada, puede ser aconsejable

no promover las posibilidad de transmisión de las acciones y dejar estas en poder del supérstite que venía siendo socio. Lógicamente, si el único heredero del cónyuge no socio era precisamente el esposo socio, en cualquier caso las acciones permanecerán en el poder de este, ya no solo como titular formal, sino también como único titular material de las mismas.

2. Cuando la causa de disolución de la sociedad de gananciales fue la muerte del cónyuge socio, si las acciones eran libremente transmisibles y el cónyuge socio fallecido era administrador, no siéndolo el esposo sobreviviente, las acciones podrán adjudicarse en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge viudo o a los herederos del premuerto sin derecho de atribución preferente a favor de ninguno de ellos y, por tanto, según las reglas generales. Si el viudo no socio era administrador de la sociedad anónima, carecerá de derecho de atribución preferente porque no lo necesita para mantener su cargo, razón por la que podrán adjudicarse las acciones a este o a los herederos del fallecido según las reglas generales. Si existían cláusulas restrictivas de la transmisibilidad establecidas en los estatutos (art. 124.1 LSC), la sociedad anónima, para evitar que las acciones pasen al viudo o a los herederos, podrá presentar «un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción...» (art. 124.2 LSC), y si no lo hace, ni viudo, ni herederos tendrán (de acuerdo con lo apuntado más arriba) derecho de atribución preferente. Si el viudo era el único heredero del cónyuge socio fallecido y no existen disposiciones estatutarias limitativas de la transmisibilidad de las acciones, él pasará a ser titular formal y material de estas, y en el caso de existencia de dichas disposiciones la sociedad podrá presentar un adquirente u ofrecerse a adquirirlas ella misma conforme al artículo 124.2 LSC, en cuyo caso el viudo adquirirá la cantidad correspondiente en sustitución de las acciones.

3. Si los dos esposos son administradores y solo uno socio, disuelta la sociedad viviendo ambos, ninguno de los dos tendrá derecho de adquisición preferente, no solo porque el propio supuesto implica que el cargo de administrador no está vinculado a la titularidad de las acciones, sino también porque, cuando ambos esposos gestionan efectivamente la explotación ninguno de ellos tiene derecho de atribución preferente. Si los dos eran administradores siendo solo uno socio y fallece el cónyuge no socio, tendríamos que repetir lo que dijimos más atrás para el caso de fallecimiento del cónyuge no socio y no administrador y supervivencia del cónyuge socio administrador (punto 1, apartado b), pues los herederos del administrador premuerto nunca podrían heredar un hipotético derecho de atribución preferente. Si quien fallece es el cónyuge socio y sobrevive el no socio, sería trasladable aquí lo que dijimos para el caso de fallecimiento del cónyuge socio y supervivencia del cónyuge no socio administrador (punto 2).

4. Si las acciones gananciales de las que es titular formal uno solo de los esposos constituyen un paquete de control, de modo que, aunque este esposo socio no ocupe un cargo de administrador, de hecho tenga poder para dirigir la vida de la sociedad, es opinión doctrinal generalizada, seguida incluso por autores que niegan que quepa derecho de atribución preferente cuando la empresa tiene forma social<sup>63</sup>, que dicho cónyuge tendrá un derecho de atribución preferente de las acciones gananciales. Se vuelven a unir en este caso titularidad y control de la sociedad.

b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Para pasar a tratar la cuestión en la sociedad de responsabilidad limitada, empezaremos por su definición, conforme al artículo 1.2 LSC, como «sociedad mercantil de capitales, de carácter cerrado, con un capital mínimo de 3.000 euros, dividido en participaciones sociales y cuyos socios no responderán de las deudas sociales» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 607). Las participaciones sociales, como las acciones de la sociedad anónima, son «partes alícuotas indivisibles y acumulables del capital social» (art. 90 LSC) pero, a diferencia de las acciones, «no podrán estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores» (a) 92.2 LSC) y, aunque son transmisibles, lo son con fuertes limitaciones fundadas en la tendencia a la estabilidad de las personas de los socios, dado que en estas sociedades tiene gran importancia el *intuitus personae*. Concretamente, y en cuanto a nosotros interesa, conforme al artículo 107.1 LSC, la transmisión voluntaria *inter vivos* será libre cuando se realice entre socios, o a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente; en los demás casos, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en la *Ley de Sociedades de Capital*. El régimen de la transmisión *mortis causa* se recoge en el artículo 110 LSC, conforme al cual «la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio», pero «los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado...»<sup>64</sup>.

La organización de la sociedad de responsabilidad limitada, como la de la sociedad anónima, responde al principio de organización corporativa, de modo que nos encontraremos con una junta de socios y un órgano de administración. Las competencias de la junta en principio son las mismas que las de la junta



general de la sociedad anónima (arts. 160 y 161 LSC), pero además, en la sociedad de responsabilidad limitada, la junta general podrá acordar anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores (art. 162.1 LSC).

La administración de la sociedad de responsabilidad limitada se regula en la *Ley de Sociedades de Capital* junto a la de la sociedad anónima (Título VI, arts. 209 y sigs. LSC), estableciendo, en su caso, las especialidades concretas de una u otra. Caben, por tanto, en la sociedad de responsabilidad limitada las formas de organizar la administración enumeradas por el artículo 210.1 LSC: administrador único, varios administradores que actúen solidariamente o de forma conjunta o consejo de administración, siendo posible en la sociedad de responsabilidad limitada que los estatutos atribuyan a la junta general la facultad de alterar la forma de administración determinada en ellos sin necesidad de modificación estatutaria, bastando con que el acuerdo de la junta conste en escritura pública (arts. 210.3 y 4 LSC). Como otra peculiaridad frente a la sociedad anónima, el consejo de administración en la de responsabilidad limitada, no podrá tener más de doce miembros (art. 242.2 LSC) y cabrá que más de dos administradores actúen conjuntamente sin que sea necesario que constituyan consejo de administración (art. 210.2 LSC). Los administradores no será necesario que tengan la condición de socio, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, y serán nombrados por la junta de socios, salvo que estén designados en la escritura pública de constitución de la sociedad (arts. 212.2 y 214 LSC), no cabiendo los sistemas de nombramiento por cooptación y de representación proporcional, reservados para la anónima (arts. 243 y 244 LSC). Como en la anónima, el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario fijando el sistema de retribución (art. 217.1 LSC) y cuando este tenga por base una participación en los beneficios, en la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos deberán concretar la participación o el porcentaje máximo de la misma, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios (arts. 218.1 y 2 LSC). Tal y como establece el artículo 221.1 LSC, a diferencia de los administradores de la sociedad anónima, los «de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por periodos de igual duración». Como en la sociedad anónima, corresponde a los administradores de la de responsabilidad limitada, la representación de esta (art. 233 LSC), con alguna especialidad respecto a la anónima cuando hubiera más de dos administradores conjuntos (art. 233.2.c LSC).

Hecho este acercamiento general a las sociedades de responsabilidad limitada, veamos los distintos supuestos con los que podemos encontrarnos a la hora de decidir si cabe o no derecho de atribución preferente a favor de alguno de los esposos, teniendo en cuenta que seguiremos el mismo esquema que utilizamos

al tratar del tema en las sociedades anónimas, de modo que en los puntos 1 y 2, solo uno de los cónyuges fue administrador, en el 3, lo fueron los dos y en el 4, nos referiremos al caso de existencia de paquete de control. Veamos entonces:

1. Disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta a la muerte del cónyuge socio:

a) Disolución por causa distinta a la muerte del cónyuge no socio: En este caso, la adjudicación de las participaciones al cónyuge no socio supondría una transmisión *inter vivos* que, como hemos visto (art. 107.1 LSC), aunque puede estar limitada para otros supuestos, cuando se realiza a favor del cónyuge (cual es el caso), ascendientes o descendientes del socio, es libre, con lo que se da el requisito para que podamos plantearnos la existencia de derecho de atribución preferente que es la libre transmisibilidad de las participaciones. Al igual que ocurría en la sociedad anónima, puesto que en principio no se requiere ser socio para ser administrador, si atendemos a la finalidad fundamental del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil (que el cónyuge que gestionaba la sociedad pueda mantenerse en su profesión), resultará que para que se consiga esta no es necesario que las participaciones sean adjudicadas al cónyuge socio administrador, razón por la que, salvo que ejerciera tal función gratuitamente y podamos pensar que el desempeño de la misma se debe a su condición de socio, no estaría justificada la existencia de un derecho de atribución preferente de las participaciones a su favor. Ahora bien, si para mantener el cargo de administrador se requiere ser socio, el esposo socio administrador tendrá un derecho de atribución preferente de las participaciones con cuyo ejercicio podrá asegurar el mantenimiento en su profesión, sin que quepa aquí hacer objeciones derivadas de que el cargo de administrador se asigne por un plazo de tiempo determinado, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima, en la de responsabilidad limitada el nombramiento es por tiempo indefinido. Si el cónyuge socio no fue administrador (y tampoco el no socio) entonces no existirá derecho de atribución preferente a favor de ninguno de los esposos y la adjudicación de las participaciones en un lote u otro se hará de acuerdo con las reglas generales.

b) Si la disolución de la sociedad fue por muerte del cónyuge no socio y el socio era administrador, cabrá repetir aquí lo que dijimos en el apartado a) para el caso en que el socio fuera administrador, distinguiendo entre si para ser administrador es necesario o no ser socio y sustituyendo al cónyuge no socio por sus herederos siempre que estos fueran descendientes o ascendientes del cónyuge socio (art. 107.1 LSC); ahora bien, si el heredero o herederos del premuerto son otras personas distintas a los descendientes o ascendientes del socio, cabe que existan límites a la transmisibilidad de las participaciones de modo que si se trata, por ejemplo, de exigir ciertos requisitos a los posibles adquirentes y los herederos no los cumplen, la participaciones tendrán que quedar en manos

del cónyuge socio, independientemente de que su cargo de administrador esté vinculado a la condición de socio o no, y si se trata de que existe en esos casos un derecho de adquisición preferente de las participaciones a favor de los otros socios o de la sociedad, aun no estando vinculado el cargo de administrador a la condición de socio y, por tanto, no teniendo el viudo derecho de atribución preferente, sea recomendable —antes de exponerse a que las participaciones no sean ni para los herederos, ni para el viudo—, que las participaciones sean adjudicadas en la liquidación, sin más, al cónyuge viudo socio y administrador. Si el cónyuge socio no era administrador y sí lo era el cónyuge no socio fallecido, los herederos del cónyuge fallecido no tendrán por ello derecho de atribución preferente de las participaciones y el cónyuge socio, tampoco, debiéndose dar por repetido aquí lo que acabamos de decir respecto a la distinción entre el supuesto de que los herederos del esposo no socio fallecido sean descendientes o ascendientes del socio, y el caso de que no lo sean. Lógicamente, si el único heredero del esposo premuerto no socio, era su viudo y socio, a este le corresponderían las participaciones en todo caso (art. 107.1 LSC).

2. Cuando la causa de disolución de la sociedad de gananciales fue la muerte del cónyuge socio, si las participaciones eran libremente transmisibles y el fallecido era administrador, no siéndolo el esposo sobreviviente, las participaciones podrán adjudicarse en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge viudo o a los herederos del cónyuge socio premuerto sin derecho de atribución preferente a favor de ninguno de ellos y, por tanto, según las reglas generales. Si el viudo no socio era administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, carecerá de derecho de atribución preferente porque no lo necesita para mantener su cargo, razón por la que podrán adjudicarse las participaciones a este o a los herederos del socio fallecido según las reglas generales. Si en los estatutos se había establecido, tal y como permite el artículo 110 LSC, un derecho de adquisición preferente de las participaciones a favor de los socios o de la sociedad, estos podrán ejercitarlo, caso en el que ingresará en la masa a dividir la cantidad abonada conforme al citado precepto. Si el único heredero del cónyuge socio fallecido era el viudo, a él corresponderán las participaciones, salvo el caso de existencia en los estatutos de un derecho de adquisición preferente a favor de los socios sobrevivientes o la sociedad, y ejercicio por estos del mismo en las condiciones ya vistas. Si los dos esposos son administradores y solo uno socio, disuelta la sociedad viviendo ambos, ninguno de los dos tendrá derecho de adquisición preferente, no solo porque el propio supuesto implica que el cargo de administrador no está vinculado a la titularidad de las acciones, sino también porque cuando ambos esposos gestionan efectivamente la explotación ninguno de ellos tiene derecho de atribución preferente. Si los dos eran administradores siendo solo uno socio y falleciera el cónyuge no socio, puesto que no se requeriría ser socio

para ser administrador, el viudo no tendría derecho de atribución preferente (salvo que su administración fuera gratuita) y los herederos del premuerto o socio, tampoco. Si quien fallece es el cónyuge socio y sobrevive el no socio, sería trasladable aquí lo que dijimos para el caso de fallecimiento del cónyuge socio y supervivencia del cónyuge no socio administrador (segundo caso de este punto 2): carecerá de derecho de atribución preferente porque no lo necesita para mantener su cargo.

3. Si los dos esposos son administradores y solo uno socio, disuelta la sociedad viviendo ambos, no podrá haber límite alguno a la libre transmisibilidad de las participaciones por ser un cónyuge el posible adquirente de las mismas (art. 107.1 LSC), sin embargo ninguno de los dos tendrá derecho de atribución preferente sobre las participaciones por iguales razones, salvo que el socio no cobrara retribución alguna y pudiera razonablemente estimarse que su cargo de administrador lo detenta por ser socio. Si los dos eran administradores siendo solo uno socio y fallece el cónyuge no socio, tendríamos que repetir lo que dijimos más atrás para el caso de fallecimiento del cónyuge no socio y no administrador y supervivencia del cónyuge socio administrador (punto 1, apartado b), pues los herederos del administrador premuerto nunca podrían heredar un hipotético derecho de atribución preferente. Si quien fallece es el cónyuge administrador socio y sobrevive el cónyuge administrador no socio, sería trasladable aquí lo que dijimos para el caso de fallecimiento del cónyuge socio y supervivencia del cónyuge no socio administrador (punto 2).

4. Respecto al paquete de control de participaciones sociales, cabe repetir aquí lo que dijimos al tratar de las acciones de la sociedad anónima.

### III. CONCLUSIONES

I. El fin perseguido por el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es el de proteger el interés personal del cónyuge que venía gestionando efectivamente la explotación en continuar dedicándose a tal actividad, lo que de forma refleja supondrá en ocasiones evitar la división de aquella. Sin embargo, esto último no es un fin del precepto, dado que el legislador ha atendido más a la situación personal del cónyuge concreto, que a los efectos que puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que exista una empresa ganancial, en la economía general.

II. La preferencia en la adjudicación que determina el derecho de atribución preferente a favor de su titular, implica que solo uno de los esposos cumple el requisito exigido por cada número del precepto, pues solo se puede justificar la preferencia de uno frente al otro si uno puede oponer al otro que mientras él cumple tal requisito, el otro no.

III. El derecho de atribución preferente no se transmite a los herederos y ni siquiera lo ostenta el heredero que hubiera gestionado, solo o junto al cónyuge fallecido, la explotación.

IV. Será titular del derecho de atribución preferente el cónyuge que organice y haya organizado los elementos personales y materiales necesarios para la producción de bienes y servicios, con vistas a la consecución de unos objetivos dentro del mercado, fijados por él (aisladamente o junto con otros), para lo cual determinará las relaciones que ha de tener la empresa con otras empresas o con terceros en general, o en otras palabras, decidirá lo que será la política de la empresa. No se requerirá ser empresario, pero sí que se ejerza la actividad descrita (gestión efectiva) profesionalmente, que la haya ejercido en el pasado, la ejerce en el presente y piense continuar con ella en el futuro.

V. El objeto del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es la empresa, entendiendo por tal el conjunto organizado de bienes y relaciones materiales e inmateriales dotados de valor económico y objeto de una gestión propia y separada respecto del resto del patrimonio al que pertenece, constitutivos a su vez de un solo bien unitario calificable en su conjunto como ganancial, privativo o mixto, del que se sirve el empresario para ejercer su actividad de tal, es decir, una actividad económica planificada cuyo fin sea intervenir en el mercado de bienes o servicios con el ánimo de obtener una ganancia.

VI. Si una empresa (unidad económica) está constituida por varias explotaciones (unidades técnicas) habrá que diferenciar si la totalidad de la empresa cabe o no en el lote del esposo en el que se reúnen los requisitos para ser titular del derecho de atribución preferente: si cabe, entonces el esposo gestor no podrá exigir que se le atribuya solo una de las explotaciones, sino que si ejerce su derecho de atribución preferente le serán adjudicadas todas las que forman la empresa; en los casos en los que la empresa con todas sus explotaciones, exceda del valor del lote del esposo que podría ser beneficiario, habrá que atender a la viabilidad económica de las unidades empresariales resultantes de la división, para determinar si se le adjudican las explotaciones que quepan en su lote o la cuota de la empresa que no exceda de este.

VII. Las acciones y participaciones de la empresa con forma social pueden ser también objeto de atribución preferente con base en una interpretación extensiva del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, pero tal derecho solo cabrá cuando dichas acciones o participaciones sean gananciales, transmisibles, el esposo que lo pretenda (sea o no socio) haya gestionado efectivamente la sociedad y con la adjudicación preferente se persiga posibilitar el mantenimiento del cónyuge en el ejercicio de su profesión empresarial y, solo en un segundo término, la conservación de la explotación. Además, habrá que tener en cuenta el tipo de sociedad y la causa de disolución de la sociedad de gananciales.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- RDGRN de 23 de octubre de 1959, *RJ* 1959, 3516
- STS de 24 de marzo de 1981, *RJ* 1981, 1073
- STS de 13 de diciembre de 1982, *RJ* 1982, 9033
- RDGRN de 20 de marzo de 1986, *RJ* 1986, 1562
- STS de 12 de julio de 1983, *RJ* 1983, 4217
- STS de 21 de julio de 1986, *RJ* 1986, 3788
- STS de 20 de diciembre de 1986, *RJ* 1986, 7755
- STS de 4 de julio de 1988, *RA* 1988, 5555
- STS de 5 de abril de 1989, *RJ* 1989, 2993
- STS de 21 de mayo de 1990, *RJ* 1990, 3827
- STS de 8 de octubre de 1990, *RJ* 1990, 7482
- STS de 5 de marzo de 1991, *RJ* 1991, 1718
- STS de 29 de mayo de 1991, *RJ* 1991, 3943
- STS de 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 841
- STS de 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 842
- STS de 17 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 1258
- RDGRN de 28 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 2881
- STS de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4391
- STS de 20 de octubre de 1992, *RJ* 1992, 8089
- STS de 10 de junio de 1993, *RJ* 1993, 5403
- STS de 18 de junio de 1993, *RJ* 1993, 4685
- STS de 28 de septiembre de 1993, *RJ* 1993, 6657
- STSJ de Navarra, de 1 de diciembre de 1993, *RJ* 1993, 10093
- SAP de Valladolid, de 28 de marzo de 1995, *AC* 1995, 411
- STS de 25 de febrero de 1997, *RJ* 1997, 1328
- STS de 13 de octubre de 1998, *RJ* 1998, 8252
- STS de 30 de diciembre de 1998, *RJ* 1998, 9763
- STS de 11 de octubre de 1999, *RJ* 1999, 7324
- STS de 13 de abril de 2000, *RJ* 2000, 1829
- RDGRN de 18 de abril de 2000, *RJ* 2000, 5817
- STS de 11 de mayo de 2000, *RJ* 2000, 3926
- STS de 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346
- STS de 28 de junio de 2001, *RJ* 2002, 1463
- RDGRN de 8 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 3481
- STS de 21 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 2605
- RDGRN de 6 de febrero de 2008, *RJ* 2008, 637
- STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970
- RDGRN de 22 de mayo de 2009, BOE-A-2009-10008
- RDGRN de 2 de junio de 2009, *RJ* 2009, 3012
- SAP de Barcelona, de 10 de febrero de 2009, *AC* 2009, 718

- SAP de Asturias (Sección 7.<sup>a</sup>), de 20 mayo de 2009, *JUR* 2009, 303011
- SAP de Cuenca (Sección 1.<sup>a</sup>), de 30 de junio de 2009, *JUR* 2009, 31855
- RDGRN de 9 de noviembre de 2009, *RJ* 2009, 78
- SAP de Murcia, de 10 de junio de 2011, *AC* 2011, 266398
- RDRN de 10 de diciembre de 2012, *RJ* 2013, 714
- SAP de Palencia (Sección 1.<sup>a</sup>), de 20 de mayo de 2013, *JUR* 2013, 197380
- SAP de Cantabria (Sección 4.<sup>a</sup>), de 27 de mayo de 2013, *JUR* 2014, 32192
- SAP de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>), de 13 de marzo de 2013, *JUR* 2013, 173628
- RDGRN de 14 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 4846
- RDGRN de 26 de marzo de 2014, *JUR* 2014, 2376

## BIBLIOGRAFÍA

- BROSETA PONT, M. (1985). *Manual de Derecho mercantil*. Madrid: Tecnos.
- CADARSO PALAU, J. (1993). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*. Madrid: Tecnos.
- CANO ZAMORANO, L. (2014). La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 703-730.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Artículo 1406. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 1801-1802.
- DÍEZ BALLESTEROS, J. (1997). *La empresa individual en el régimen de gananciales*. Madrid: Montecorvo.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). Artículo 8. En: A. Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, pp. 82-98.
- DOMÍNGUEZ REYES, J. F. (2013). El legado de empresa familiar (Primera parte). *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 85, 149-219.
- EGEA IBÁÑEZ, R. (1982). La empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 58, 1281-1308.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2011). «Comunidades de bienes» y «Sociedades civiles» para empresa. La sociedad irregular. *JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 10, núm. 22, 55-131.
- FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (I Parte). *Revista de Derecho Privado*, enero, 8-46.
- (1986b). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (II Parte). *Revista de Derecho Privado*, febrero, 107-131.
- GARCÍA CANTERO, G. (1995). Empresa familiar y sociedad de gananciales. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la IIMP*. Madrid: Civitas, pp. 83-96.
- GARCÍA URBANO, J. M. (1993). Artículo 1406. En: *Comentario al Código Civil*, II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 796-799.

- GARCÍA RUBIO, M. P. (2002). *Introducción al Derecho civil*. Barcelona: Cálamo.
- GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los arts. 1406 y 1407 del Código Civil)*. Madrid: Reus.
- GARRIDO DE PALMA, V. M. (2004). Los nuevos artículos 831 y 1056, 2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones. En: J. M. González Porras y F. P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. I. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 2021-2029.
- GARRIGUES, J. (1962). *Curso de Derecho mercantil*, I. Madrid.
- GIRÓN TENA, J. (1981). Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa. En: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Madrid: EDESA, pp. 281-306.
- GUILLÉN CATALÁN, R. (2011). Artículo 1406. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. III, Libro IV, Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)*. Madrid: Civitas-Thomson-Reuters, pp. 1155-1158.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2009). La sucesión en la explotación agraria. *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 9, 337-346.
- IGLESIAS, J. L. / GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2012a). Las sociedades de capital. Aspectos básicos. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 379-395.
- (2012b). Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (I). En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 417-438.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1989). *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, fasc. 2.º. Barcelona: Bosch.
- LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-83.
- LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I*, vol. 2.º, III, *Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, pp. 27-38.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13 de mayo de 1981. *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 585-617.
- MADRID PARRA, A. (2010). Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I*, vol. 2.º, III, *Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, pp. 369-388.
- MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J. (2010). Artículo 1903. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, pp. 2055-2062.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid: Mc. Graw-Hill.
- MARTÍN MORÓN, M. T. (2014). Concepto de comunidad. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 33-58.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2005). La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coords.), *El patri-*



- monio familiar, profesional y empresarial. *Sus protocolos*, T. IV. Barcelona: Bosch, pp. 305-357.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 7-240.
- MILLÁN SALAS, F. (1994). La empresa y la sociedad de gananciales. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 235-249.
- MONTERO AROCA, J. (2014). *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORALEJA IMBERNÓN, M., (2006). Sección 5.<sup>a</sup>. De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Artículos 1392 a 1410. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, pp. 1656-1674.
- MOZOS, J. L. DE LOS (1984). Artículos 1404 a 1407. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVIII, vol. 2.º, *Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*. Madrid: EDSA, pp. 497-514.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (2010). *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias. Supuestos prácticos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAZ-ARES, C. (2012a). Las sociedades mercantiles. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 341-358.
- (2012b). La sociedad colectiva y la sociedad comanditaria. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 359-378.
- PENA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de familia*. Madrid: Universidad Complutense.
- (1991a). Artículo 1346. En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 637-644.
- (1991b). Artículo 1360. En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 678-679.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008). Capítulo 4.º. La aplicación de las normas jurídicas. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado, Derecho de la Persona*. Madrid: Colex, pp. 131-184.
- PÉREZ GARCÍA, M. J. (2012). Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, pp. 1165-1204.
- RAGEL SÁNCHEZ, F. (2011). La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia, vol. III, Los regímenes económicos matrimoniales (I), Disposiciones generales. La vivienda familiar. Capitulaciones familiares. La sociedad de gananciales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 1241-1498.
- RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza) (I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568, 727-835.
- (1985b). Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza) (II). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, 927-1070.

- (1989). La empresa en la sociedad de gananciales. En: *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, pp. 715-729.
- RAMS ALBESA, J. / MORENO MARTÍNEZ, J. A. (2005). *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*. Madrid: Dykinson.
- REBOLLEDO VARELA, A. (2013). Artículo 1406. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T.VII (arts. 1265 a 1484)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 9937-9948.
- REVERTE NAVARRO, A. (2004). *Sucesión «mortis causa» en la empresa y sucesión legitimaria (Notas al nuevo artículo 1056, II del Código Civil)*. Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.
- REYES LÓPEZ, M. J. (2004). Economía del matrimonio y empresa familiar. En: M. J. Reyes López (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, (Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 11). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 97-190.
- (2005). El patrimonio del empresario familiar individual. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*. Barcelona; Boch, pp. 95-154.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. (2010). Artículo 1406. En: M. Pasquau Liaño (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada, T. II (arts. 1088 a 1976)*. Granada: Comares, pp. 2566-2567.
- (2008). Recorrido práctico sobre el activo de la sociedad legal de gananciales. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 40, 23-125.
- SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2002). Tema 6. La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado, T. IV, Familia*, vol. 2.º. Madrid: Civitas, pp. 204-275.
- TORRALBA SORIANO, V. (1984). Artículo 1347. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*. Madrid: Tecnos, pp. 1602-1613.
- TORRES GARCÍA, T. F. (1975). Arrendamientos rústicos que versan sobre cosas que no son fincas ni fincas rústicas. *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 54, 1078-1090.
- (2008). Una aproximación al artículo 1056.II Código Civil. (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa). En: J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor D. Manuel Cuadrado Iglesias, T. II*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Registradores de España, pp. 1653-1671.
- TORRES GARCÍA, T. F. / DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2005). El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (Coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación, T. II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*. Barcelona: Bosch, pp. 767-833.
- URÍA, R. (1989). *Derecho mercantil*. Madrid: Pons.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2006). Gobierno corporativo. En: C. Alonso Ledesma (Dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid: Iustel, pp. 666-671.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.*, también: STS de 30 de diciembre de 1998, *RJ* 1998, 9763.

<sup>2</sup> La redacción actual del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil procede de la Disposición Final 1.3 de la Ley número 7/2003, de 1 de abril, *de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, y resulta más clara que la anterior que, procedente la Ley de 13 de mayo de 1981, se refería a «la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo».

<sup>3</sup> En la jurisprudencia menor, muy clara respecto a esto (aunque el reparto que hace de las acciones sea discutible) resulta la SAP de Palencia (Sección 1.ª), de 20 de mayo de 2013, *JUR* 2013, 197380: «...si a día de hoy Fabel Maquinaria Industrial ha venido funcionando a satisfacción en el tráfico mercantil gestionada por el esposo la igualdad perseguida se podría truncar de aprobarse definitivamente la distribución de las acciones tal como lo hace la Contadora (241/259), pues podría darse el caso que quién ha desempeñado el cargo de administrador en esa sociedad los últimos veinte años perdiera su puesto de trabajo y esto si supondría un grave desequilibrio no compensable con los 8.345,70 euros que recibiría de más por las 9 acciones que recibiría de menos, y puesto que interés común a ambos contendientes debe ser que dicha sociedad siga funcionando como hasta ahora, que esto se consiga dependerá en mayor medida de que continúe como administrador el que mejor conoce los entresijos de la empresa y esto a día de hoy solo se puede garantizar distribuyendo las 500 acciones de la sociedad al 50% y se compense a la Sra. Agueda en lo que pudiera resultar perjudicada, solución que ya apuntó la juzgadora y en esta alzada se confirma».

<sup>4</sup> Mantenemos, por tanto, de una postura semejante a la de RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza) (I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568, 765 y 768; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 294; o FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (I Parte). *Revista de Derecho Privado*, 25 y 26, que consideran que ambos son fines perseguidos por el artículo, pero que el principal es el mantenimiento del cónyuge en su actividad. Otros autores, hablan de ambas finalidades sin considerar una de ellas como principal, por ejemplo: GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil)*. Madrid: Reus, p. 30; Díez BALLESTEROS, J. (1997) *La empresa individual en el régimen de gananciales*. Madrid: Montecorvo, p. 401; GARCÍA URBANO, J. M. (1993). Artículo 1406. En: *Comentario al Código Civil*, II. Madrid: Ministerio de Justicia (p. 198); FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (I Parte). *Revista de Derecho Privado*, enero, *op. cit.*, p. 114. Otros, solo reconocen como finalidad la del mantenimiento del esposo gestor en su actividad, como MORALEJA IMBERNÓN, M. (2006). Sección 5.ª. De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Artículos 1392 a 1410. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, p. 1670. Por su parte, si bien refiriéndose únicamente al derecho de adjudicación preferente aragonés del artículo 85.2.c de la Ley 2/2003, de las Cortes de Aragón, *de régimen económico matrimonial y viudedad*, MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2005). La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV. Barcelona: Bosch, p. 322, solo reconoce como finalidad la conservación de la empresa con independencia de los avatares del matrimonio.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha declarado que la conservación de la empresa como unidad económica es el fundamento del derecho potestativo del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, en STS 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4391.

<sup>5</sup> Por su parte, FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes..., *op. cit.*, 18, 116 y 117, piensa que si la explotación fue llevada por los dos esposos y uno fallece, el viudo no

tendrá derecho de atribución preferente, puesto que el artículo está pensando en el caso en el que solo uno de los cónyuges haya dirigido la empresa, sin embargo, critica que el viudo no pueda ejercer el derecho que estudiamos frente a los herederos del fallecido.

<sup>6</sup> Lo mismo ocurriría si la muerte tuviera lugar durante la comunidad postganancial, habiéndose disuelto la sociedad de gananciales por otra causa.

<sup>7</sup> Por su parte, NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (2010). *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias. Supuestos prácticos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch p. 290, refiriéndose a la explotación agrícola, entiende que tendrían derecho de atribución preferente los herederos colaboradores con el cónyuge adjudicatario.

<sup>8</sup> Sobre el artículo 1056, p. 2 del Código Civil puede consultarse: TORRES GARCÍA, T. F. (2008). Una aproximación al artículo 1056.II Código Civil. (Posible sucesión mortis causa de la empresa). En: J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor D. Manuel Cuadrado Iglesias*, T. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Registradores de España, pp. 1653 y sigs.; TORRES GARCÍA, T. F. / DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2005). El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación, T. II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*. Barcelona: Bosch (pp. 813 y sigs.); GARRIDO DE PALMA, V. M. (2004). Los nuevos artículos 831 y 1056, 2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones. En: J. M. González Porras y F. P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. I. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 2021-2029.

<sup>9</sup> La cual —frente a la opinión de RAMS— sí cabe en las normas excepcionales, como pone de manifiesto entre la doctrina, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M. P. (2002). *Introducción al Derecho civil*. Barcelona: Cálamo. pp. 149 y sigs. Ahora bien, recogiendo las palabras de PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008). Capítulo 4.º. La aplicación de las normas jurídicas. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado, Derecho de la Persona*. Madrid: Colex, p. 137, «en cuanto la interpretación correctora [restrictiva o extensiva] implica la aplicación de una norma otorgándole un significado diferente al que se deriva de su sentido literal, ello solo puede llevarse a cabo fundamentando dicha solución, bien en un canon de interpretación que revista carácter normativo —canon sistemático—, o bien en algún elemento de interpretación al que la ley otorgue preferencia respecto de la literalidad de la norma —el espíritu y finalidad...—», lo que no ocurre en nuestro caso.

<sup>10</sup> *Id.*, al respecto PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008). Capítulo 4.º. La aplicación de las normas jurídicas., *op. cit.*, p. 135.

<sup>11</sup> *Id.*, SAP Asturias (Sección 4.ª), 11 de julio de 2006, JUR 2006, 245853, según la cual: «Es cierto que doña Daniela desempeñaba allí trabajos como administrativa, ocupándose de la contabilidad, pero estos no implican la identificación con el negocio propia de quien ejerce la actividad empresarial, quien contrata y negocia con los clientes con los que mantiene una relación personal, y, por tanto, quien se encuentra más capacitado y con mejores condiciones para continuar al frente de la empresa. Además, esta es la pauta legal expresada en el artículo 1406.2 del Código Civil, al establecer que el cónyuge que gestione efectivamente una explotación económica tiene derecho preferente a que se incluya en su haber; sin que pueda confundirse esa gestión con los trabajos administrativos o contables que llevaba la esposa». No obstante, esta sentencia impone la atribución al marido, olvidando que el derecho de atribución preferente constituye una facultad que puede ejercerse o no por su titular.

<sup>12</sup> *Id.*, STS de 9 de mayo de 2008, RJ 2008, 2970.

<sup>13</sup> Recientemente, PÉREZ GARCÍA, M. J. (2012). Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters (p. 1197), ha entendido también que el artículo 1406, núm. 2 CCO no exige que el cónyuge sea empresario sino «que haya realizado el trabajo organizativo y de dirección de la explotación económica o del negocio»; igualmente, RAMS ALBESA, J. / MORENO MARTÍNEZ, J. A. (2005). *El régimen económico del matrimonio (Comentarios*

al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial). Madrid: Dykinson, p. 691.

<sup>14</sup> Por su parte, PÉREZ GARCÍA, M. J. (2012). Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, *op. cit.*, p. 1197, no se pronuncia sobre este punto, diciendo simplemente que la gestión efectiva de la explotación por un cónyuge es «compatible con la realización de otra actividad u oficio».

<sup>15</sup> *Vid.*: SAP de Cantabria (Sección 4.ª), de 27 de mayo de 2013, *JUR* 2014, 32192, según la cual: «la simple titularidad de una tercera parte de la mitad indivisa del local y del negocio, unido al hecho de que la apelante no ejerza directa y continuamente las labores propias de quien explota, impiden tenerla como titular de un derecho de adquisición preferente. El tercer argumento de la apelante (que trae causa del hecho de «colaborar en el negocio») no puede ser atendido, porque «colaborar» no es «gestionar efectivamente», condición que difícilmente puede darse en quien, como ella, no explota de modo real, efectivo, directo y continuo el negocio, ni actualmente (lo explotan los arrendatarios), ni tampoco antes», razones estas por las que se atribuye la explotación al marido.

<sup>16</sup> *Vid.*, STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970, que entiende que la mujer tiene derecho de atribución preferente sobre la mitad ganancial de la explotación (comunidad de bienes) fundada por el marido y uno de los hijos, por ser ella la que lo gestionaba efectivamente junto con el hijo.

<sup>17</sup> No obstante, estos tres autores terminan admitiendo que en caso de absentismo del esposo titular formal de la empresa podría reconocerse el derecho de atribución preferente en el cónyuge apoderado general o aplicar la misma solución que cuando ambos gestionan la explotación.

<sup>18</sup> No obstante, GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). La disolución de la sociedad conyugal..., *op. cit.*, p. 45, cree que cuando sea posible, habrá que respetar los intereses empresariales de los dos: p. ej.: atribuyendo la empresa en proindiviso ordinario.

<sup>19</sup> Contra: MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público..., *op. cit.*, 296, según el cual no cabe ejercicio parcial y compartido del derecho de atribución preferente, debido a su indivisibilidad y, en esos casos, ha de acudirse al criterio de la oponibilidad: «la función auxiliar del que dirige la explotación frente al que lleva toda la empresa, evidencia que solo este último deberá ser el único titular». Por su parte, GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). La disolución de la sociedad conyugal..., *op. cit.*, p. 46, entiende que si uno de los cónyuges es el empresario y lleva la empresa con su trabajo y el otro lleva una explotación, este será el auxiliar de aquel, con lo que el auxiliar no tendría derecho de atribución preferente; ahora bien, si se admite que el titular de la empresa con varias explotaciones puede utilizar el derecho de atribución preferente parcialmente el empresario podría ejercerlo sobre toda la empresa salvo la explotación llevada por su consorte; añade que si los dos son empresarios y cada uno lleva distintas explotaciones, cabrían en teoría distintas soluciones: negárselo a los dos, admitir que cada uno pueda ejercerlo sobre la explotación que llevaba, permitir que uno lo ejerza sobre toda la empresa... Pero cree que habrá que resolver en el caso concreto, teniendo en cuenta los distintos intereses en juego.

<sup>20</sup> *Vid.*: STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970, de la que se desprende, además, que la efectividad de la gestión debe probarse en la instancia.

<sup>21</sup> Fuera de la regulación de los regímenes económicos matrimoniales, dentro de la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1903 CCO, en su párrafo 4.º, se expresa de forma similar, al referirse a la de «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes», habiéndose interpretado que «establecimiento o empresa» equivale a «explotación económica». *Vid.*, en este sentido: MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J. (2010). Artículo 1903. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, p. 2059.

<sup>22</sup> *Vid.*, sobre los problemas existentes para dar un concepto de empresa: GIRÓN TENA, J. (1981). Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa. En:

*Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Madrid: EDERSA, pp. 281 y sigs.

<sup>23</sup> Ya tratamos de esta cuestión en: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid: Mc.Graw-Hill, pp. 481 y sigs.

<sup>24</sup> *Vid.*, un panorama de las posturas doctrinales que hubo al respecto en: DÍEZ BALLES-TEROS, J. (1997). *La empresa individual...*, *op. cit.*, pp. 69 y sigs.

<sup>25</sup> *RJ* 1959, 3516.

<sup>26</sup> *RJ* 1983, 4217.

<sup>27</sup> Tal y como señala GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2009). La sucesión en la explotación agraria. *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 9, 338, esta ley «queda... como legislación básica, y por tanto, susceptible de ser desarrollada por las Comunidades Autónomas con competencia en materias agrícolas. Particularmente destaca en este sentido lo dispuesto en el artículo 23 apartado 2.º cuando atribuye a las Comunidades Autónomas facultades para la determinación de la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en cada municipio o comarca de su ámbito territorial. En segundo lugar, la Ley 19/95 es de plena aplicación en el territorio nacional, en todo lo relativo al régimen de las unidades mínimas de cultivo y su determinación, pero muy especialmente, en lo referente a la transmisión de la explotación y su inscripción registral».

<sup>28</sup> SAP de Asturias (Sección 7.ª), de 20 de mayo de 2009, *JUR* 2009, 303011: «Cierto es que, según se refleja en el informe de valoración de dicha finca, emitido por el perito D. Miguel, D.ª Eva María viene criando gallinas, conejos y ovejas, y tiene un huerto en el que cultiva distintas especies vegetales (tomates, patatas, lechugas, etc.), pero de ahí no se puede extraer la conclusión de que D.ª Eva María venga explotando negocio o empresa agropecuaria alguna, pues no consta que obtenga ningún rendimiento de dicha actividad».

<sup>29</sup> La RDGRN de 23 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 5367) continúa diciendo: «...el propio Centro Directivo ha estimado que la constitución de la finca funcional exige la observancia de dos requisitos: la declaración de voluntad del interesado en orden a que se constituya la finca única y el establecimiento de cuál sea esa relación de dependencia que es la base del trato unitario, no siendo suficiente la mera decisión del propietario (en este sentido, las resoluciones de 24 de mayo de 1895 y 29 de octubre de 1947 [*RJ* 1948, 621]). Igualmente, *vid.*, RDGRN de 14 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 4846, sobre acreditación de la unidad orgánica o funcional en caso de una explotación agrícola».

Sobre el concepto de finca funcional, *vid.*: DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). Artículo 8. En: A. Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, pp. 86 y sigs.; TORRES GARCÍA, T. F. (1975). Arrendamientos rústicos que versan sobre cosas que no son fincas ni fincas rústicas. *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 54, pp. 1080 y sigs.

<sup>30</sup> *Vid.*, sobre las distintas teorías existentes en relación con la naturaleza de la empresa: GARRIGUES, J. (1962). *Curso de Derecho mercantil*, I. Madrid, pp. 138 y sigs.; BROSETA PONT, M. (1985). *Manual de Derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, pp. 95 y 96; URÍA, R. (1989). *Derecho mercantil*. Madrid: Pons, *op. cit.*, pp. 40 y 41. Más recientemente, considerándola como un bien unitario: SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi., p. 101, al afirmar que la empresa, como tal, en sentido objetivo puede ser objeto de tráfico jurídico.

En la jurisprudencia, a favor de considerarla como un todo susceptible de ser transmitido unitariamente: STS de 24 de marzo de 1981, *RJ* 1981, 1073; STS de 20 de diciembre de 1986, *RJ* 1986, 7755; STS de 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 842; STS de 21 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 2605; SAP de Barcelona, de 10 de febrero de 2009, *AC* 2009, 718; SAP de Valladolid, de 28 de marzo de 1995, *AC* 1995, 411; STSJ de Navarra, de 1 de diciembre de 1993, *RJ* 1993, 10093; SAP de Murcia, de 10 de junio de 2011, *AC* 2011, 266398

<sup>31</sup> Concretamente, señala RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación..., *op. cit.*, 767: «La unidad formal no está en la esencia y naturaleza del derecho de atribución; su raíz hay que encontrarla en la unidad material por destinación de las cosas a una concreta actividad cuya contemplación por la norma da lugar al nacimiento del derecho». En la doctrina mercantilista puede verse: SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). Instituciones de Derecho mercantil, *op. cit.*, pp. 101 y 272, al afirmar que la empresa, como tal, en sentido objetivo puede ser objeto de tráfico jurídico como tal empresa. No obstante, *vid.*, sobre las dificultades para considerar a la empresa como objeto de tráfico jurídico, dada la variedad y disparidad técnico-jurídica de los elementos que la componen: GIRÓN TENA, J. (1981). Sobre las características generales..., *op. cit.*, pp. 301 y sigs.

<sup>32</sup> Por ejemplo: STS de 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346, en la que, tratándose de una óptica constituida durante la sociedad de gananciales, se le atribuyó carácter ganancial «al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos —entre ellos bienes o cosas materiales— que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente». *Vid.*, también: STS de 13 diciembre de 1982, *RJ* 1982, 9033; STS 5 de abril de 1989, *RJ* 1989, 2993; STS 29 de mayo 1991, *RJ* 1991, 3943; STS 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 841; STS 20 de octubre de 1992, *RJ* 1992, 8089; STS 10 de junio de 1993, *RJ* 1993, 5403; STS 18 de junio de 1993, *RJ* 1993, 4685; STS 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346.

<sup>33</sup> Igualmente la jurisprudencia considera que la empresa es un todo unitario a los efectos de la sociedad de gananciales. Así: STS de 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346, considera que la óptica creada durante la sociedad de gananciales tiene naturaleza ganancial, «al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos —entre ellos bienes o cosas materiales que la integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente».

<sup>34</sup> En este sentido se expresa la RDGRN de 20 de marzo de 1986, *RJ* 1986, 1562, según la cual: «Considerando que aun cuando el establecimiento mercantil como conjunto de elementos de diversa índole organizados y dispuestos para el desarrollo de una actividad de este tipo, puede considerarse —como asimismo señala el recurrente— como una unidad con vida propia e independiente, tal unificación no puede llegar al extremo de afirmar el nacimiento de un objeto jurídico nuevo, de modo que la titularidad que recaiga sobre el mismo haga desaparecer las titularidades sobre cada uno de los elementos que lo integran, pues esta titularidad sigue subsistiendo y solamente se produce una modalización de su régimen jurídico de cada una de ellas en aras de la necesidad del mantenimiento de aquella unidad, y así es como hay que entender los artículos 39-1.º y 51 —este último en redacción anterior a la Ley de 21 de mayo de 1985 y por ello la compraventa de inmuebles que puedan pertenecer a una explotación, aunque pueda calificarse de acto comercial superando el obstáculo que supone el artículo 325 del Código de Comercio, su mercantilidad —como declaró la Resolución de 13 de diciembre de 1985— sería puramente teórica, dada su absoluta falta de regulación legal en el Código de Comercio, y la propia exposición de motivos así lo reconoce al indicar que se sujetará a las formalidades establecidas en las leyes especiales sobre adquisición y transmisión de la propiedad territorial».

<sup>35</sup> En este sentido, STS de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4391, considera aplicable el artículo 1406 CCO a los tres establecimientos dedicados a la venta al por menor de electrodomésticos por entender que constituyan una unidad económica.

<sup>36</sup> Rechazando este significado para el caso: STS de 12 de julio de 1983, *RJ* 1983, 4217.

<sup>37</sup> En Aragón, según el artículo 267.2.d del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas*), «Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes: ... d) Las acciones, participaciones o

partes de sociedad adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones legales o pactadas para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forma parte del órgano de administración de la sociedad». Este artículo (antiguo art. 85.2, d de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de *Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*) ha sido valorado muy positivamente por la doctrina. Así, MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2005). La sucesión de la empresa familiar..., *op. cit.*, p. 323, (refiriéndose al art. 85.2.d citado) entiende que este precepto supone el reconocimiento de la realidad actual en la que buena parte de las empresas familiares tienen forma de sociedad mercantil, resuelve las dudas que en el Código Civil provoca la falta de un artículo semejante (el art. 1406 CCO no lo trata), y además la duda de qué sucede si el valor de la empresa excede del haber del cónyuge adjudicatario (cuestión no abordada tampoco por el art. 1407 CCO).

<sup>38</sup> Añade RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación..., *op. cit.*, 793, esta interesante observación: «La gestión de la explotación agrícola, comercial o industrial de dimensión familiar, es decir, de tamaño y magnitud económica media o pequeña, es en más del noventa por ciento de los casos el fin primero y último del hecho asociativo mercantil, que se refugia así, unas veces, de los efectos potencialmente ruinosos que lleva consigo en estos tiempos de crisis la responsabilidad patrimonial universal, acantonándola por la interposición de una sociedad anónima o limitada a la explotación de que se trate; otras, evitando que los rendimientos del negocio familiar se sumen sin más a los profesionales obtenidos por uno o ambos cónyuges y alcancen un montante tal que los agresivos tipos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dejen a la explotación falta de los recursos y reservas que su continuidad y buena marcha requiere. Negar, en estos abundantes supuestos, el derecho de atribución a favor del cónyuge gestor... sería tanto como otorgar el derecho a los gestores poco avisados, cuando no necios, y negarlo para los prudentes, para aquellos que se sirven de las armas que les presta el ordenamiento jurídico para la más conveniente defensa de sus intereses».

<sup>39</sup> *Vid.*: IGLESIAS, J. L. / GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2012b). Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (I). En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 420 y 421, señalan que la acción y participación reflejan «un derecho subjetivo de naturaleza compleja, pues atribuye a su titular una posición jurídica —la condición de socio— con un determinado contenido patrimonial y personal que puede ser objeto de negocios jurídicos (compraventa, prenda, etc.)». El artículo 93 LSC enumera los derechos del socio.

<sup>40</sup> La jurisprudencia aplica el artículo 1406, núm. 2 CCO a las acciones y participaciones sociales sin plantearse mayor problema. *Vid.*: SAP de Palencia (Sección 1.ª), de 20 de mayo de 2013, *JUR* 2013, 197380, que atribuye preferentemente las acciones gananciales de la sociedad anónima al marido administrador de la misma durante los últimos veinte años; SAP de Barcelona (Sección 18.ª), de 13 de marzo de 2013, *JUR* 2013, 173628, que atribuye todas las participaciones gananciales en una sociedad limitada y atribución de una comunidad de bienes para empresa al marido administrador; SAP de Cuenca (Sección 1.ª), de 30 de junio de 2009, *JUR* 2009, 31855, que atribuye preferentemente todas las participaciones gananciales en la sociedad limitada al marido administrador, incluso aunque la ley que regula ese tipo de sociedades laborales establezca un número máximo de participaciones por socio porque «la circunstancia de que la ley reguladora de esta clase de mercantiles establezca, como criterio general, un límite respecto al número máximo de participaciones que puede reunir un socio ... no es óbice, en absoluto para que si, como consecuencia de una liquidación de la sociedad de gananciales, de la disolución de cualquier otra comunidad de bienes, de una transmisión *mortis causa*, etc., algún socio viniera en titular de un porcentaje de las participaciones sociales superior al legalmente establecido, la propia ley contemple mecanismos para restablecer el equilibrio en las participaciones o acomodar, si así se optara por ello, la mercantil a una forma social diversa»; STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970, atribuye preferentemente una comunidad de bienes para empresa.

<sup>41</sup> *Vid.*, en este sentido el artículo 104. 2 de la *Ley de Sociedades de Capital* que, refiriéndose a la sociedad de responsabilidad limitada, dice: «La sociedad solo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro [Libro Registro de socios]».



<sup>42</sup> Así lo han establecido, en sede de partición hereditaria: STS de 21 de julio de 1986, *RJ* 1986, 3788; STS de 13 de octubre de 1998, *RJ* 1998, 8252; STS de 21 de mayo de 1990, *RJ* 1990, 3827; STS de 5 marzo de 1991, *RJ* 1991, 1718; STS de 28 de junio de 2001, *RJ* 2002, 1463; RDGRN de 22 de mayo de 2009, BOE-A-2009-10008. En materia de partición de la comunidad postganancial, pueden verse: STS de 8 de octubre de 1990, *RJ* 1990, 7482; STS de 17 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 1258; STS de 28 de septiembre de 1993, *RJ* 1993, 6657; STS de 25 de febrero 1997, *RJ* 1997, 1328; STS de 11 de octubre de 1999, *RJ* 1999, 7324; STS de 11 de mayo de 2000, *RJ* 2000, 3926; RDGRN de 28 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 2881; RDGRN de 1 de diciembre de 1998, *RJ* 1998, 10484; RDGRN de 6 de febrero de 2008, *RJ* 2008, 637; RDGRN de 2 de junio de 2009, *RJ* 2009, 3012; RDGRN de 9 de noviembre de 2009, *RJ* 2009, 78; RDGRN de 10 de diciembre de 2012, *RJ* 2013, 714; RDGRN de 26 de marzo de 2014, *JUR* 2014, 2376.

<sup>43</sup> *Vid.*, RDGRN de 26 de marzo de 2014, *JUR* 2014, 2376.

<sup>44</sup> El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* derogó, a través de su Disposición derogatoria única: la sección 4.<sup>a</sup> del título I del libro II (arts. 151 a 157) del CCO de 1885, relativa a la sociedad en comandita simple; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, *de Sociedades de Responsabilidad Limitada* y el título X (arts. 111 a 117) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, *del Mercado de Valores*, relativo a las sociedades cotizadas, con excepción de los apartados 2 y 3 del artículo 114 y los artículos 116 y 116 bis. La Ley *de Sociedades de Capital*, a su vez, ha sido modificada en varias ocasiones, habiendo sido de especial calado la operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, *de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas* y la que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.

<sup>45</sup> Llamadas así por primera vez en el artículo 57.2 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados*, tal y como señala FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2011). «Comunidades de bienes» y «Sociedades civiles» para empresa. La sociedad irregular. *JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 10, núm. 2, 57.

<sup>46</sup> *Vid.*, sobre las diferencias entre sociedad y comunidad: LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-83; MARTÍN MORÓN, M. T. (2014). Concepto de comunidad. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 54 y sigs.; CANO ZAMORANO, L. (2014). La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 703-730.

<sup>47</sup> Tal y como señala MADRID PARRA, A. (2010). Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I*, vol. 2.º, III, *Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, *op. cit.*, (372), refiriéndose al pacto de continuación con los herederos, «a pesar de lo dispuesto en el artículo 1257 del CCO, no basta la existencia de este pacto en el contrato de sociedad para que el heredero adquiera la condición de socio tras la muerte del causante. El heredero ha de aceptar esta estipulación, que constituye para él un derecho y una carga (responderá como socio colectivo, solidaria e ilimitadamente, de las deudas sociales, aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario)», citando a continuación la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1959.

<sup>48</sup> Opinión que nos parece acertada y que defiende, por ejemplo: REYES LÓPEZ, M. J. (2005). El patrimonio del empresario familiar individual. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*. Barcelona; Boch

(135), argumentando que carecería de sentido eliminar a quien ya ostentaba un derecho sobre la participación social (el viudo) y admitir a los herederos que solo lo adquieren por muerte del causante.

<sup>49</sup> No obstante, el socio comanditario podrá llevar a cabo actos de administración con simple alcance interno, si así lo estableciera la escritura, lo que parece confirmado por el artículo 210, 3.º RRM. *Vid.*: SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil*, *op. cit.*, p. 356; LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I*, vol. 2.º, III, *Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, (36).

<sup>50</sup> En cuanto a la transmisión de la posición de socio comanditario, se aplican las mismas reglas que a los socios colectivos. En este sentido: LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple, *op. cit.*, p. 37. No obstante, en ningún caso el socio comanditario podrá llegar a tener un derecho de atribución preferente dado que no puede ser administrador.

<sup>51</sup> La muerte del socio comanditario, a pesar del silencio al respecto del artículo 222 CCO, se entiende que conlleva la disolución de la sociedad comanditaria simple, salvo pacto, en la escritura, de continuación con los herederos o con los socios sobrevivientes.

<sup>52</sup> Por ejemplo: derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios o de la sociedad; necesidad de autorización de la transmisión por la sociedad —concretamente por los administradores, aunque cabe pacto de que la acuerde la junta general (art. 123.3, p. 2 LSC)—, siempre que en los estatutos se determine las causas por las que se podrá denegar la autorización (art. 123.3, p. 1 LSC); establecimiento de ciertas condiciones o requisitos que ha de cumplir el adquirente... En cuanto a las restricciones a la transmisibilidad de las acciones *mortis causa*, igualmente deberán estar establecidas en los estatutos (art. 124.1 LSC) y para evitar la transmisión «la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción...» (art. 124.2 LSC).

<sup>53</sup> Según el artículo 160 LSC: «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos. c) La modificación de los estatutos sociales. d) El aumento y la reducción del capital social. e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente. f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero. h) La disolución de la sociedad. i) La aprobación del balance final de liquidación. j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos».

<sup>54</sup> Artículo referido inicialmente a las sociedades de responsabilidad limitada, pero que tras su modificación por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se refiere también a las sociedades anónimas.

<sup>55</sup> *RJ* 2000, 1829.

<sup>56</sup> Tal y como ponen de manifiesto, LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple, *op. cit.*, p. 245, les corresponden a los administradores, además de las facultades que les atribuye la ley (convocatoria de la junta, formulación de las cuentas anuales y del informe de gestión y su depósito en el Registro Mercantil), «todas las facultades de dirección, control y mando necesarias para el funcionamiento de la sociedad».

<sup>57</sup> Dice el artículo 244 LSC: «En la sociedad anónima si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el

consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general».

<sup>58</sup> Dice el artículo 243 LSC: «1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. 2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo».

<sup>59</sup> El artículo 249.bis LSC, procedente de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, establece las facultades que nunca podrán ser objeto de delegación.

<sup>60</sup> *Vid.*, sobre los problemas que genera en las sociedades cotizadas la disociación entre propiedad y poder y sus posibles remedios a través de controles internos y externos: VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2006). Gobierno corporativo. En: C. Alonso Ledesma (Dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid: Iustel, pp. 666-671.

<sup>61</sup> Lo cual solo cabe cuando se trata de acciones nominativas y siempre que dichas limitaciones estén recogidas expresamente en los estatutos (art. 123.1 LSC).

Bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la STS de 4 de julio de 1988, RA 1988, 5555, declaró, en un supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta al fallecimiento de uno de los esposos, que si las acciones son gananciales, aunque solo un cónyuge sea socio, la adjudicación al no socio no constituye transmisión a los efectos de aplicar una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones (en el caso, se trataba de un derecho de retracto a favor de la sociedad anónima).

<sup>62</sup> Sin embargo, frente a lo que acabamos de decir en el texto, bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5555), en un caso en que existían limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones y, más concretamente, se establecía un derecho de retracto a favor de la sociedad anónima en caso de transmisión de acciones ordinarias *inter vivos* a favor de extraños, y se adjudicaron en la liquidación de la sociedad de gananciales la mitad de las acciones de naturaleza ganancial a la esposa no titular formal de las mismas, ante la intención de la sociedad anónima de ejercer el derecho de retracto, declara: «este Tribunal Supremo ya estableció en su sentencia de 17 de abril de 1967 (RJ 1967, 1871)... “que la cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque este no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de administrador de la sociedad legal de gananciales a que aquellas pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada a favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial, que son los supuestos contemplados en los estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no solo del marido como se pretende en el recurso, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo sobre dichas acciones en cuanto bienes muebles... de que no puede ser privada con abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales, «*intuitu personae*», derivadas de la restricción pactada, que servirá, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto a futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados”; quiere decirse con lo expuesto que admitido el carácter ganancial de las acciones, cosa no negada por la Audiencia ni por la sociedad recurrente, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal que alega la sentencia de instancia».

<sup>63</sup> Así, GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). La disolución de la sociedad conyugal..., *op. cit.*, pp. 51 y 52, apoya la aplicación del artículo 1406, núm. 2 CCO en estos casos con los siguientes argumentos: «Importancia que la conservación del «poder de dirección» o de «control» (paquete mayoritario —en términos absolutos o relativos— de acciones o

participaciones de una empresa social) puede tener para la vida de la empresa misma, para el cónyuge socio e incluso para la familia...— el término «llevar con su trabajo» [se refiere a la dicción del artículo 1406, núm. 2 antes de la reforma de la Ley 7/2003]... puede equivaler a dirigir. Y el socio titular de participaciones dominantes de una empresa social tiene el poder de dirección...— El velo jurídico de la forma social no debe impedir que lleguemos hasta la realidad que encubre. — En relación con el artículo 1056, 2.º del Código Civil [se refiere a su redacción anterior a la reforma de la Ley 7 /2003]... muchos autores... mantienen idéntica solución». También, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2002). Tema 6. La sociedad de ganancias. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado, T. IV, Familia*, vol. 2.º. Madrid: Civitas, p. 259; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público..., *op. cit.*, 298.

Por nuestra parte, no creemos muy coherente admitir el derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales en este caso y no en todos los demás, puesto que el objeto de atribución en todos ellos es el mismo (acciones y participaciones sociales) y no la empresa o explotación en sentido estricto.

<sup>64</sup> Sobre ello, *vid.*, RDGRN de 18 de abril de 2000, *RJ* 2000, 5817: «En nuestro sistema legal, la transmisibilidad *inter vivos* de participaciones sociales es esencialmente limitada, de modo que la transmisión de las mismas está sujeta a las restricciones establecidas por disposición legal o estatutaria (con las salvedades prevenidas en la misma Ley —cfr. arts. 29, 30 y 31 [LSRL]—). En cambio, tratándose de transmisión *mortis causa*, el principio general es el de libertad —la adquisición de alguna participación “confiere al heredero o legatario la condición de socio”, *ex art.* 32.1—, si bien se permite que los estatutos establezcan en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido —art. 32.2—, de suerte que se respeta el fenómeno sucesorio, dejando a la autonomía de la voluntad de los socios la posibilidad de introducir restricciones estatutarias que no entorpezcan la adquisición de las participaciones por fallecimiento de un socio ni la vida de la sociedad».

*(Trabajo recibido el 15-4-2015 y aceptado  
para su publicación el 6-5-2015)*