

2. DERECHO MERCANTIL

El ejercicio de los derechos de socio en los casos de participaciones sociales gananciales

The Exercise of Shareholder's Rights in Cases of Shares that Are Community Property

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de julio de 2014 se admite que el cónyuge del socio casado en gananciales se encuentra legitimado para solicitar del Registro Mercantil el nombramiento de un auditor, sin que se haya analizado la cuestión desde la general y natural ajenidad que para la correspondiente sociedad supone el carácter privativo o ganancial de la participación social.

ABSTRACT: *The Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 25 July 2014 admits that, when a shareholder is married under a community property regime, the shareholder's spouse is entitled to apply to the Business Registry to have an auditor appointed. The decision does not look at the question in terms of the fact that, for the company, whether the shares are owned as community property or not is generally (and naturally) a non-issue.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Ejercicio de derechos de socio. Sociedad de gananciales

KEY WORDS: *Corporate law. Exercise of shareholder's rights. Community property regime*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA POSICIÓN DE SOCIO EN LAS SOCIEDADES CERRADAS.—III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE SOCIO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de julio de 2014 trata un supuesto en que el cónyuge casado en gananciales solicita al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, el nombramiento

de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a un ejercicio social. Con carácter previo al pronunciamiento que da lugar a dicha cuestión de fondo, el Centro Directivo llega a la conclusión de que el hecho de que las participaciones sociales fueran adquiridas en estado de casado (en régimen de gananciales) por el socio correspondiente, supone sin más discusión la ganancialidad de las mismas. Por otro lado y en relación con la cuestión de fondo, la referida Resolución —tras afirmar el carácter de comunidad germánica de la sociedad de gananciales— entiende que la solicitud del nombramiento del auditor por parte del cónyuge del socio es un acto de administración y gestión de bienes gananciales que no queda excluido a favor de cualquiera de los cónyuges, sin que ello resulte contrario al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital ni a la normativa reguladora de la sociedad de gananciales.

Pues bien¹ la cuestión ha sido objeto de un rico debate en el blog del Profesor ALFARO en varias entradas, lo que ha provocado el tratamiento de la misma por nuestra parte, sin que tras ello podamos justificar la solución adoptada por el Centro Directivo.

II. EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA POSICIÓN DE SOCIO EN LAS SOCIEDADES CERRADAS

El tema, lejos de tener una respuesta clara en la doctrina, ha sido objeto de numerosas opiniones y matices, de ahí que sea difícil mantener —más allá de la postura que se adopte— como lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado y con tanta rotundidad el carácter ganancial de las participaciones sociales en cuestión.

Con carácter general², el elenco de los diferentes criterios a tener en cuenta en cuanto a la determinación de la ganancialidad o no de la participación social son los siguientes: a) el criterio temporal de la adquisición (serán privativos los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge en el momento de constitución de la sociedad de gananciales, *ex art.* 1346.1 del CC); b) el criterio de la onerosidad de la participación (serán privativos los bienes y derechos adquiridos por cada cónyuge después de comenzar la sociedad de gananciales, *ex art.* 1346.2 del CC); c) el criterio de la subrogación real (serán privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos, *ex art.* 1346.3 del CC y serán gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los cónyuges, *ex art.* 1347.3 del CC, aplicándose el art. 1354 del CC en cuanto al predicamento del pro indiviso ordinario, en caso de adquisiciones mixtas con bienes privativos y gananciales); d) el criterio que atiende a la previa titularidad en casos de derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita (serán las nuevas acciones, participaciones sociales u otros títulos suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, *ex art.* 1352 del CC³); y, f) la voluntaria atribución de ganancialidad (*ex art.* 1355 del CC).

Ahora bien, como decíamos, la naturaleza privativa o ganancial de la participación social ha sido objeto de un arduo debate doctrinal, siendo efectivamente el supuesto de acciones o participaciones sociales que consten a nombre de uno solo de los cónyuges frente a la sociedad en cuestión, el que mayor interés ofrece⁴.

Para unos autores, con base en el artículo 1346.5 del Código Civil (carácter privativo de los bienes y derechos inherentes a la persona y no los transmisibles

inter vivos), se defiende el carácter privativo o exclusivo de la participación social en las sociedades personalistas y en las sociedades capitalistas de las que se han conocido como sociedades cerradas⁵.

En este sentido, LACRUZ BERDEJO⁶ razonaba lo siguiente: «d) El carácter exclusivo de la participación en una sociedad de personas es compatible con el ingreso del *emolumentum* de la misma en la comunidad. Tal carácter exclusivo significa que ni el consorte ni sus sucesores podrán inmiserirse en la gestión de la sociedad. Por el contrario, los derechos pecuniarios atribuidos a la participación —derecho a los beneficios mientras dura la sociedad, derecho a una parte del fondo social a la disolución— pueden ingresar en el activo consorcial»⁷.

SERRANO GARCÍA (*vid. op. cit.*) considera al respecto que «La reforma del Código Civil de 1981, inspirándose en el Derecho civil aragonés, ha incluido en la enumeración de bienes privativos de cada uno de los cónyuges (los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles «*inter vivos*») (art. 1.346. 5.^º).

En este artículo tienen cabida no solo los bienes que se relacionan directamente con la personalidad humana de uno de los cónyuges o cuya intransmisibilidad deriva de la misma naturaleza del acto o del bien atribuido, sino también otros bienes en los que la relación con la persona de su titular se ha establecido desde fuera, legal o convencionalmente. Supuesto de hecho en el que, a semejanza de lo que sucede con las participaciones en sociedades personalistas puras y de responsabilidad limitada, hay que incluir también a las acciones de sociedades anónimas cerradas en las que las limitaciones impuestas a la libre transmisión de las acciones confieren un marcado carácter personal a la condición de socio, y ello aunque se hayan adquirido con cargo al patrimonio común y con la conformidad de ambos consortes. Como dice DE LA CÁMARA, las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales no se explican por sí mismas, sino que constituyen solamente la aplicación concreta de un principio general más amplio: la infungibilidad de la cualidad de socio».

PERDICES HUETOS⁸ considera que «las participaciones sociales vinculadas en cualquier modo a la persona del cónyuge adquirente tienen carácter privativo (art. 1346.5.^º CC), salvo que la sociedad haya consentido la adquisición a favor de ambos cónyuges, y por tanto, la inherencia personal a que se refiere tal artículo se pueda predicar de ambos. En consecuencia, si se ha verificado la adquisición de una participación social privativa con cargo a bienes gananciales, el consentimiento de un cónyuge a la adquisición adquiere una relevancia societaria, en el sentido de constituir una participación integral en la economía de la parte de socio; es decir, una subparticipación (art. 1699 CC). Eso permite, por un lado, preservar ante cualquier evento —muerte, disolución de la comunidad conyugal, etc.— la titularidad exclusiva de la participación y de la condición de socio en el adquirente —como es interés y deseo de la sociedad—; y, por otro, facilita la comunicación del contenido patrimonial de la participación al cónyuge subpartícipe —como creen y legítimamente esperan los cónyuges—. El cónyuge subpartícipe tiene así un derecho privativo frente al cónyuge socio a la mitad del resultado económico de esa sociedad interna (art. 1696 CC). Ese derecho se hará efectivo en el momento de la disolución de la subparticipación, que será el mismo de la sociedad de gananciales, salvo que la subparticipación se disuelva antes por transmisión de la participación vinculada o disolución total o parcial de la sociedad ganancial. Resulta, en fin, significativo que las opiniones doctrinales más recientes, aun de diverso signo, acaban convergiendo sobre soluciones que se afirman similares o análogas a la subparticipación»⁹.

Por otro lado, otros autores se decantan por la ganancialidad de las participaciones sociales¹⁰ por el hecho de su transmisibilidad, pese a las restricciones a la libre transmisibilidad que pudieran existir. Uno de los argumentos de mayor calado al efecto, viene por lo dispuesto en el artículo 469 del Código Civil, que niega la posibilidad de que se constituya un usufructo sobre derechos personalísimos e intransmisibles, naturaleza de la que no podrían gozar las participaciones sociales si efectivamente se permite el usufructo de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. De igual forma, se argumenta la posibilidad de que los artículos 1696 y 1699 del Código Civil prevén la posibilidad de transmisión de las cuotas sociales de la sociedad civil aunque con carácter limitado si no es con el consentimiento de la sociedad.

GIMÉNEZ DUART¹¹, defiende la tesis de la ganancialidad desde la perspectiva de que la titularidad material es ganancial, mientras que la formal (ejercicio de los derechos de socio) es privativa, al expresar que: «En cambio, en una pequeña sociedad la acción como valor puede ser lo de menos, ya que prevalece el aspecto obligacional o relación personal entre los socios (indiferente en la gran sociedad anónima). En tal supuesto, la acción ya no es objeto directo de la comunidad: en caso de divorcio ya no tiene sentido considerar la acción en comunidad y adjudicarla, por ejemplo, al consorte (lo que en el caso de las acciones de la Telefónica hubiera resultado indiferente). La acción en una pequeña compañía implica un entramado de obligaciones derivadas del contrato social, por lo que, aun habiendo sido suscrita con fondos gananciales, su titularidad plena (formal y material) corresponde al socio y al consorte el derecho a exigir la correspondiente compensación en la liquidación. Ello tampoco significa que la acción tenga carácter privativo, si así fuera y el precio de suscripción hubiera sido 100, el cónyuge suscriptor debería reembolsar a la masa al tiempo de la liquidación los 100 (actualizados), independientemente de que el valor del título fuera entonces de 10 o de 1000. En cambio, en nuestro caso, la acción en sí tiene carácter ganancial, y su valor de realización también lo es, por lo que la sociedad de gananciales sufrirá o se aprovechará de las disminuciones o aumentos de valor, a diferencia de lo que ocurriría siendo privativa. Lo cual, insisto, no es obstáculo a que el titular pleno de las acciones sea el suscriptor (hay aquí una disociación entre ganancialidad y titularidad), y que la adjudicación al otro cónyuge en la liquidación de los gananciales tenga carácter traslativo, lo que justificará, en su caso, el ejercicio del derecho de adquisición preferente por los consocios, caso de haber algún pacto de sindicación».

BEAUS CODES¹², opinaba que: «la ganancialidad de determinadas participaciones sociales cuando la aportación del socio sea ganancial resulta de lo dispuesto por el artículo 1347 del Código Civil, que considera gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, si bien el artículo 1352 excluye de la ganancialidad determinados títulos sociales adquiridos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, sin perjuicio de determinados abonos. La cuestión es saber cuáles son las consecuencias de tal calificación.

Dada esta regulación legal, no creemos viable, en nuestro Derecho, el distinguir entre una parte privativa en la participación —la cualidad de socio— y otra ganancial, su contenido económico, pero tampoco el que, la ganancialidad implique que, forzosamente, sean socios siempre ambos cónyuges».

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹³, se expresa sobre la ganancialidad de las acciones y las participaciones sociales del siguiente modo, al comentar el artículo 1346.5 del Código Civil: «No hay duda de que este artículo no entra en juego cuando la propia ley prevea la transmisibilidad, más o menos condicionada:

arrendamiento de local de negocio (puesto que cabe el traspaso: STS 26-II-81 y STC 159/89, 6-X); acciones de sociedades anónimas, y participaciones de sociedades limitadas; concesiones administrativas (que, porque son, en principio, transmisibles, son también hipotecables: art. 107.6 LH). Pero, en cambio, si hay cuestión cuando la ley no prevé la transmisibilidad, sino que, por el contrario, aparece impedida la transmisión; esto es lo que, en principio, ocurre con toda posición contractual que comporte conjuntamente derechos y obligaciones (cfr. art. 1205). Mas ha de observarse que el impedimento no es absoluto: cabe la transmisión con el consentimiento de la otra parte. Como —según hemos dicho— procede una interpretación restrictiva del artículo 1346.5.^o, nos inclinamos por considerar que tienen ganancial —cuando así proceda por las demás reglas— el derecho del arrendatario o del socio que aporta solo capital, aunque uno u otro derecho aparezcan constituidos únicamente a nombre de uno de los cónyuges (cfr. art. 1385).

GARDAEZÁBAL DEL RÍO¹⁴, también se decanta por la ganancialidad, al afirmar lo siguiente: «Este último es nuestro parecer. Pero, en todo caso, es preciso deslindar una cuestión: afirmar la ganancialidad de la participación social no significa que se equipare a todos los efectos a cualquier otro bien ganancial que exista en el matrimonio, lo que llevaría a aplicar de manera estricta el régimen de cogestión y a reconocer a ambos cónyuges la condición de socios».

En nuestra opinión, tanto las participaciones sociales como las acciones de una sociedad anónima que hayan sido adquiridas por uno de los cónyuges casado en régimen de gananciales pueden tener cabida excepcionalmente en el supuesto de hecho del artículo 1346.5 del Código Civil, cuando exista una especial consideración de la cualidad de socio respecto del cónyuge correspondiente, lo cual no ha de venir dado por la sola existencia legal o convencional de restricciones a la libre transmisibilidad, sino que se necesitará normalmente y de forma conjunta a dichas restricciones a la libre intransmisibilidad, una intransmisibilidad especial derivada de la vinculación de la acción o participación social a la persona, lo cual no será frecuente en la práctica. Así, si el primer supuesto de hecho del artículo 1346.5 del Código Civil es diferente, ya que trata efectivamente de bienes y derechos inherentes a la persona (vgr. derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual), no es menos cierto que la norma se destina también a los bienes y derechos no transmisibles *inter vivos*, y es en este segundo caso, donde podría entenderse la ubicación propuesta, siempre y cuando exista dicha especial vinculación o carácter *intuitu personae* en la voluntad de la formación del contrato social con el cónyuge titular frente a la sociedad de las acciones o participaciones sociales¹⁵ y según creemos, como requisito esencial y adicional a la posible existencia de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, que aunque ayudan a configurar esa especial vinculación, no las consideramos por sí solas suficientes. En este sentido¹⁶, coincidimos en que puede sostenerse que el mero pacto de intransmisibilidad no conlleva una sustracción absoluta a la transmisibilidad de la acción o participación social, si efectivamente, no existe oposición del resto de consocios al fenómeno transmisible, es decir, que pese al pacto existente *ex artículo* 1112 del Código Civil, ello no impide su posterior transmisión en el referido caso.

Siendo así y siempre teniendo presente en que la interpretación de este artículo 1346.5 del Código Civil ha de tener un carácter restrictivo, dado que como efectivamente se ha sostenido, supone una excepción a uno de los principios rectores del régimen económico matrimonial ganancial como es el principio de subrogación real, no podemos concluir que el pacto de intransmisibilidad de la

acción o participación social suponga por sí solo una vinculación de tal grado que configure el carácter de «*no transmisible inter vivos*» a los efectos de aplicación del meritorio artículo 1346.5 del Código Civil, ya que entendemos que para la misma se requiere un adicional reforzamiento del carácter *intuitu personae* de las mismas cuando de por sí normalmente ya exista el pacto de intransmisibilidad citado, lo cual ha de verificarse en la voluntad de la formación del contrato social con el cónyuge titular frente a la sociedad de las acciones o participaciones sociales. Un ejemplo, de dicho reforzamiento sería el establecimiento de prestaciones accesorias a realizar por el cónyuge titular de dichas acciones que supusieran la necesaria práctica de las mismas en función de las características personalísimas del cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales (ej. prestaciones efectuadas por la condición estrictamente profesional del socio).

Esta conclusión supone cohonestar la mercantilidad del problema considerando el carácter *intuitu personae* de las sociedades cerradas con pactos de intransmisibilidad con el aspecto económico matrimonial de la cuestión que requiere —como hemos dicho— que la misma sea interpretada de forma restrictiva, dado el carácter no absoluto de los efectos del pacto de intransmisibilidad que se podría enervar en casos de no oposición de sus beneficiarios en el momento transmisible.

Para el alcance de la anterior conclusión, entendemos que puede coadyuvar —*a sensu contrario*— el entendimiento de la validez de las cláusulas de libre transmisibilidad de las cuotas sociales, en sociedades eminentemente cerradas como son las sociedades mercantiles personalistas y las sociedades civiles. Es decir, si pese al inicial rechazo legal a dicha libre transmisibilidad en los referidos casos puede sostenerse que el mismo es susceptible de ser objeto de modificación en función de la aplicación al caso de la autonomía de la voluntad de las partes, ello ha de suponer por tanto que esa intransmisibilidad *inter vivos* que requiere el artículo 1346.5 del Código Civil haya de tener el carácter reforzado que anteriormente propugnábamos y no descansar su aplicación meramente en la existencia del pacto de intransmisibilidad.

De esta forma, ya nos manifestábamos sobre la validez de las cláusulas de libre transmisibilidad de las cuotas sociales, en sociedades eminentemente cerradas como son las sociedades mercantiles personalistas y las sociedades civiles, cuando en su día abordamos el tratamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007 (*RI* 2007, 9046)¹⁷. En el ámbito de la sociedad colectiva el principio general es el contrario a la transmisibilidad de la condición de socio, salvo consentimiento del resto de los socios, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 del Código de Comercio¹⁸.

Con cautelas sobre la admisión de la referida cláusula, GIRÓN TENA¹⁹ abordó el problema del siguiente modo: «...La dificultad se había venido reduciendo a la validez de una cláusula de transmisibilidad libre. Y el problema se ha planteado en un doble aspecto: como de incompatibilidad con la configuración legal del tipo —aspecto político-jurídico— y como —aspecto dogmático— de necesidad de una oportunidad de examen de las condiciones personales del que adquiere, que permita dar por existente un convenio de ingreso de nuevo socio, que forma parte de la compleja figura que es la transmisión. Ha habido una corta y reciente evolución doctrinal-susceptible, por lo general de su argumentación, de recepción en nuestro país, en el sentido de superación de las objeciones, sobre la base de que lo único que escapa a la libertad contractual es la protección de terceros y, por tanto, respetándose la responsabilidad frente a estos, en lo demás, no hay por qué restringir la libertad negocial de los socios, ya que, en ese marco el «in-

tuitu personae» viene dado en el interés de los mismos. Ahora bien, conviene dar toda su importancia aquí, como en el caso de ingreso de nuevo socio, al deber de fidelidad del eventual transmitente, que debe obligar a ceñir la transmisión a persona adecuada a la Sociedad.

Por el contrario, con absoluta flexibilidad para la sociedad colectiva, se pronuncia PAZ-ARES²⁰ al respecto diciendo que: «El requisito del consentimiento unánime, por otra parte, está a disposición de las partes. En efecto, el contrato social puede regular a su antojo esta materia, estableciendo cláusulas mayoritarias, cláusulas de aprobación por los administradores, cláusulas de libre transmisibilidad entre determinado círculo de personas (por ejemplo, entre descendientes y ascendientes) e incluso, abiertamente, consagrando la más absoluta libertad de transmisión, aunque sobre esta última posibilidad la doctrina manifiesta ciertas dudas (v. STS de 8 de octubre de 1968). Las dudas suelen fundarse en la incompatibilidad de la libre transmisibilidad con la estructura personalista del tipo. Pero el *intuitu personae*, en la medida en que opera para la protección de las partes, no puede elevarse a la categoría de derecho necesario. Mientras se garantice la debida protección de los terceros, el principio de autonomía privada no tiene por qué sufrir limitaciones». A idéntica conclusión llega también PAZ-ARES para la sociedad civil, admitiendo pues la validez de la cláusula de libre transmisibilidad, aunque añadiendo —de forma muy interesante— como límite a la misma el deber de fidelidad del socio, al expresar que: «...Otra cosa es que no pueda abusarse de la posibilidad de la libre transmisibilidad reconocida contractualmente para perjudicar a la sociedad. El deber de fidelidad lo impide. De ahí no puede deducirse, sin embargo, que el deber de fidelidad obliga a «ceñir la transmisión a la persona adecuada a la sociedad (GIRÓN, 1976, 602)»²¹.

Por otra parte y en el campo de la sociedad civil, destaca la opinión de CAPILLA RONCERO²² cuando dice que: «...Desde mi punto de vista la respuesta adecuada a la admisibilidad de pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales, precisa distinguir dos órdenes de cuestiones. De una parte, procede analizar la admisibilidad de semejantes pactos desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad en sentido estricto. De otra, conviene analizarlos desde la óptica de su adecuación a la estructura legal de la relación social, recogida en el Código Civil. Así, a la pregunta de si sería ilegal un pacto semejante, la respuesta, con bastante seguridad, ha de ser negativa. En primer lugar, porque ninguna norma prohíbe la validez de esos pactos de manera expresa. En segundo lugar, porque el *intuitu personae*, carácter de la relación social, protege en realidad el interés de los consocios, permitiéndoles liberarse de los vínculos sociales cuando se produce una alteración personal; pero al tratarse de la protección de intereses privados, no parece que pueda aducirse nada en contra de la renuncia anticipada de los propios interesados o, mejor, a que esa situación, prevista como normal en la relación social, no se corresponda, sin embargo, en algún caso concreto con los intereses de las partes, pudiendo estas en consecuencia alterar el diseño legislativo. Finalmente, el propio legislador contempla la posibilidad de excepciones a la rigidez del juego de las consecuencias del *intuitu personae*, en la medida en que consiente pactos de continuación de la sociedad, con los herederos del difunto en el artículo 1704. Por ello, la opinión dominante se inclina por afirmar la validez de los pactos tendentes a autorizar a cada socio para transmitir su participación social a extraños, sin necesidad del consentimiento de los consocios. Diferente es, sin embargo, el enfoque del tema, si se analiza desde la perspectiva de la acomodación de un pacto semejante a la estructura de la sociedad civil, tal y como se encuentra legalmente configurada. En efecto, la presencia de un pacto de libre

transmisibilidad de la participación social presupone la total relajación del *intuitu personae*, siendo harto problemático que pueda afirmarse la coexistencia de semejante relajación puntual con el conjunto de preceptos que presuponen dicho *intuitu personae* entre los socios. Por ello, en presencia de un pacto semejante, ha de partirse de la base del carácter general de la regla contraria a los mismos en las sociedades civiles y habrá de armonizarse con la vigencia de los preceptos que tienen por presupuesto la preexistencia de esa particular relevancia de las condiciones personales de los socios. En la duda, como consecuencia del choque con la configuración legal de la relación social, parece, en consecuencia, preferible restringir la admisibilidad de semejantes pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales, recabando, si es posible, algún medio de control de la idoneidad del nuevo socio. Ahora, si se pacta claramente, tampoco parece haber argumento basado en normas imperativas que impida la validez de semejante pacto. Pacto que, por otra parte, en la práctica es difícilmente imaginable, cuando una sociedad civil se trata, puesto que el ordenamiento jurídico ofrece figuras sociales que incorporan esa libre transmisibilidad, junto a otras ventajas más adecuadas para el desempeño de actividades de cierta envergadura».

Tanto para sociedades capitalistas como para sociedades personalistas, admitiendo la regulación convencional del supuesto por parte de los socios se pronuncia PERDICES HUETOS²³ al mantener lo siguiente: «... c) El extremo más superior, que deroga absolutamente la noción de *intuitu* es la libre transmisibilidad de los derechos de participación social. De algún modo, cabría decir que en ciertos tipos sociales, la Ley presume la irrelevancia de los sujetos y determina que, salvo que otra cosa se diga, ni la sociedad ni los socios ni ningún otro sujeto tiene interés alguno en impedir la libre sustitución de socios. Presunción típica en las sociedades de capital, es igualmente posible su establecimiento convencional en las sociedades de personas (art. 1255 CC). Como se puede apreciar, la diversidad de las reglas típicas de transmisión entre las sociedades de personas y las de capital solo presentan la ya repetida inversión de la relación regla-excepción, que no pasa de ser una mera anticipación legal de la razonable voluntad de las partes. En consecuencia, como ya se indicó, estas podrán, de acuerdo con su conveniencia, modificar en mayor o menor medida esa relación, acercando a moldes capitalistas las sociedades de personas y viceversa, verificando una regresión de las sociedades corporativas hacia moldes basados en la gestión estrecha y el *intuitu personae*».

En nuestra opinión y en términos genéricos también aceptamos la validez de la cláusula estatutaria de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en la sociedad colectiva y en la sociedad civil, con la cautela no de tener una obligatoria consideración de las circunstancias subjetivas del adquirente, sino de ponderar que pese a dicha autorización estatutaria la transmisión no suponga un perjuicio para la sociedad y por tanto una infracción del deber de fidelidad por parte del socio transmitente. Por ello, como premisa general, entendemos válida la referida cláusula estatutaria atendiendo a la naturaleza jurídica de la posición de socio y del cambio de la posición de socio en las sociedades de personas, no debiendo suponer el *intuitu personae* una merma de dicho pacto contractual.

III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE SOCIO

Si bien el carácter ganancial o privativo de las acciones o participaciones sociales en los términos antes expuestos, no deja de ser una cuestión controvertida

y susceptible de diversas opiniones, no ocurre lo mismo con el tema concerniente al ejercicio de los derechos de socio, aún en el caso, en que la acción, participación o cuota social merezca la calificación ganancial y para el caso problemático consistente en que solo uno de los cónyuges aparece como cónyuge suscriptor de dichas acciones o participaciones sociales.

SERRANO MONFORTE opinaba que «la calificación de un bien dentro de la economía del matrimonio no puede tener un valor absoluto. Y no puede tenerlo porque la situación jurídica o derecho calificado esta tan en íntima relación con la persona del titular que no puede disociarse la titularidad y el derecho sin afectar profundamente al régimen jurídico del derecho calificado. En estos casos, la calificación del derecho en el régimen económico del matrimonio solo tiene un valor relativo, como lo tiene la calificación ganancial de la participación de un socio en una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada. El valor económico de la acción será ganancial a todos los efectos; pero la cualidad de socio que la acción incorpora, solo puede predicarse de su titular»²⁴.

BLANQUER UBEROS²⁵, pensaba en relación con el ejercicio de los derechos de socio en la sociedad de responsabilidad limitada que: «Hay que reconocer que es discutible que sea preferible esta construcción a la que explica el fenómeno de la SRL partiendo de la anónima. Pero es, al menos en la misma medida, razonable admitir que es una explicación válida. En cualquier caso parece defendible la conclusión de que el partícipe es socio en cuanto a su individualidad personal, y de que la calificación de las partes sociales como gananciales no puede obligar a los otros socios a reconocer como socio al cónyuge no partícipe, aunque este puede exigir la efectividad de todas las consecuencias de la calificación». A la misma conclusión, llegaría para la sociedad anónima cerrada, cuando decía lo siguiente: «Podría alegarse que el hecho de calificarse las acciones como gananciales determina que son del marido y de la mujer, en comunidad, y como consecuencia que son accionistas los dos. A mi juicio esta afirmación no se ha demostrado y lo que parece más demostrable, según me he esforzado en exponer, es la construcción contraria. Una vez más hay que afirmar que así sería adquiriendo marido y mujer conjuntamente, lo que pueden hacer si quieren, pero que, por hipótesis, no han hecho. Volvamos al caso: la mujer es accionista, y el marido pretende ejercitar los derechos políticos asistiendo a la Junta General, invocando para ello que las acciones están suscritas a nombre de su mujer, que son gananciales, que él es administrador de la sociedad de gananciales, que como tal desea realizar el acto de administración de ejercitar el correspondiente derecho de voto. A mi juicio sería impecable una contestación del órgano correspondiente del siguiente tenor: Que el socio es la mujer, que solo ella puede ejercer el derecho de voto, que de no desear ejercerlo personalmente puede usar el mecanismo del apoderamiento».

SERRANO GARCÍA²⁶, en relación con el supuesto más problemático de acciones gananciales a nombre de uno de los cónyuges, razona lo siguiente: «Supongamos que las acciones nominativas son gananciales y que figuran a nombre de uno de los cónyuges. Pese a su condición de bienes gananciales, la administración corresponde al cónyuge adquirente y, si se trata de títulos valores, también su disposición. Si no son títulos valores, la administración es del cónyuge titular, pero para la disposición necesitará el consentimiento del otro (...).

El cónyuge que haya suscrito las acciones tiene la administración, el carácter de socio y a él corresponderán los derechos políticos (RRDGRN de 16 de marzo de 1959, 4 de noviembre de 1969 y 5 de julio 1982), aunque las acciones tengan la condición de gananciales. La validez y eficacia de los actos de administración y, en su caso, disposición, realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren

las acciones es meramente externa, pues internamente procederá el oportuno reembolso si la operación no contó con el consenso del cónyuge no socio. Es una norma de protección de terceros, que no establece facultades absolutas en el cónyuge titular, sino que, en la relación interna, está en conexión con el principio de gestión conjunta de los bienes gananciales. Por ello, serán de aplicación, en su caso, los artículos 1390, 1391 y 1393.2.º; además el otro cónyuge podrá solicitar judicialmente se ponga fin a la administración separada, instando su comunicación al amparo de los artículos 1375 y 1376. Por supuesto, la administración y disposición de las acciones se transferirá, por ministerio de la ley o por decisión judicial, al otro cónyuge cuando se den los supuestos previstos en los artículos 1387 y 1388 del Código Civil».

BEAUS CODES²⁷, entendía que «La cualidad de socio que es —como dice Girón Tena siguiendo a De Castro—, una relación jurídica de carácter corporativo, aunque con una parte fundamental de índole patrimonial en las sociedades de capital y que carece de carácter corporativo, siendo una simple manera de expresar la relación contractual originaria que subsiste durante la vida social, sin perjuicio de su aspecto organizador, en las sociedades de personas, la tiene, a nuestro juicio, siempre el cónyuge que se asocia; así lo ha reconocido nuestra Dirección General, entre otras en su última Resolución de 5 de julio de 1982, en que, tratando una cuestión anterior a la reforma, afirma que «no aparece alterado el régimen de gananciales por el hecho de que la esposa ostente la cualidad de socio y pueda ejercer los derechos derivados de esta condición».

GARDEAZÁBAL DEL RÍO²⁸, opinaba que «...afirmar la ganancialidad de la participación no significa que se equipare a todos los efectos a cualquier otro bien ganancial que exista en el matrimonio, lo que llevaría a aplicar de manera estricta el régimen de cogestión y reconocer a ambos cónyuges la condición de socios. La ganancialidad de la participación tiene relevancia en el ámbito puramente interconyugal, entre los cónyuges, y en el externo, lo que justifica la posibilidad de agresión por terceros, de conformidad con las reglas generales sobre responsabilidad de los bienes gananciales —esto pone de relieve la diferencia con el régimen de participación en las ganancias, en el que, si bien existe un derecho a participar en las ganancias obtenidas por el consorte durante la vigencia del régimen, no existe posibilidad de agredir los bienes del cónyuge deudor, y entre ellos, las participaciones sociales—. En cambio, frente a la sociedad, es indiferente la naturaleza ganancial o privativa de la participación social: esto lo demuestra el que solo cuando estatutariamente se ha tenido en cuenta el carácter de la participación adquiere relevancia; por ejemplo, cuando se ha establecido la aplicación de la cláusula restrictiva en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales; pero cuando falta esa previsión el cónyuge debe ser considerado como un extraño».

De nuevo entendemos acertado el criterio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁹, cuando ubica la respuesta al problema del ejercicio de los derechos de socios de acciones o participaciones gananciales en sede de aplicación del artículo 1385 del Código Civil, que expresamente prevé lo siguiente: «*Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos. Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción*». Así dicho autor cuando interpreta el párrafo primero del artículo 1385 del Código Civil y trata sobre los actos que puede realizar el cónyuge a cuyo nombre están constituidos los créditos, afirma lo siguiente: «...Según el tipo de crédito, puede haber, además, facultades específicas (derechos políticos y económicos del socio,

derecho de retracto del arrendatario, etc.) cuyo ejercicio corresponde al mismo cónyuge; así, pues, corresponde al cónyuge socio el derecho de voto, aunque el acto social sea dispositivo».

No podríamos compartir que a la ubicación de la referida respuesta pudiera oponerse la literalidad del artículo 1385.1 del Código Civil cuando se refiere a «derechos de crédito» en función de la naturaleza jurídica de las acciones o participaciones sociales, como relación jurídica de cooperación.

Así, en relación con la naturaleza jurídica de las acciones y participaciones sociales, recordamos que la doctrina clásica como GIRÓN TENA³⁰ ha caracterizado la relación socio-sociedad en las sociedades de personas no como un simple derecho subjetivo sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de FEDERICO DE CASTRO³¹, ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no solo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio en una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo³².

Es decir, la literalidad del artículo 1385.1 del Código Civil («derechos de crédito») nos haría conceptualizarlo dogmáticamente como derechos subjetivos relativos, que como no podemos olvidar son una tipología de la categoría general de los derechos subjetivos en función con la relación jurídica básica de la que derivan, como por ejemplo, el caracterizado en el artículo 1696 del Código Civil en cuanto a la posibilidad que tiene el socio de la sociedad civil un tercero en su cuota social, aunque este tercero no ingresará en la sociedad civil sin el consentimiento unánime de los socios.

Ahora bien, si hemos de interpretar el artículo 1385.1 de Código Civil no es menos cierto que hemos de hacerlo conforme al espíritu y finalidad del mismo, que no puede ser otro que entender que la existencia de un derecho de crédito subjetivo no puede desligarse de la relación jurídica básica de la que deriva, sino que está mediatisado por su existencia, así y por el hecho de que la relación jurídica se estipuló con un tercero, el carácter ganancial del crédito no puede impedir su ejercicio individualizado por parte del cónyuge titular del mismo.

De esta forma, en la relación jurídica socio-sociedad no solo hay derechos subjetivos (por ejemplo, derechos de crédito), sino facultades (posibilidad de actuación del socio) que forman parte del contenido general de dicha relación jurídica e incluso poderes jurídicos (posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica). Es dentro de las facultades donde consideramos que puede encontrarse la posibilidad del accionista o socio minoritario de solicitar el nombramiento del auditor al Registro Mercantil, en los términos y condiciones que al efecto prevé la Ley de Sociedades de Capital y a los que hace referencia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ahora nos ocupa.

Si como decía DE CASTRO³³ las facultades carecen de independencia por estar siempre basadas y unidas a una situación jurídica principal al igual que el derecho subjetivo del socio sobre su cuota³⁴, no podemos por menos que concluir que dicho grado de caracterización de influencia o dependencia que imprime el contrato de sociedad al derecho subjetivo de socio (en su vertiente de derecho de crédito) ha de ser igualmente predictable en cuanto a las facultades de las que

cuenta el socio. Por ello, a si dicha relación jurídica creada por el contrato de sociedad le es ajena el ejercicio del derecho subjetivo («de crédito») por parte del cónyuge del socio, igualmente le ha de ser ajena el ejercicio de la facultad (nombramiento del auditor por socio) que pretendiese ejercitar el cónyuge del socio, en función de la aplicación al caso del artículo 1385.1 del Código Civil³⁵.

Pues bien, en el plano interno de las relaciones entre los cónyuges puede por tanto afirmarse que por mor de la aplicación del artículo 1385.1 del Código Civil no puede sino sostenerse que el ejercicio de los derechos de socio correspondientes a las acciones o participaciones sociales de carácter ganancial ha de predicarse solo del cónyuge a cuyo nombre se encuentre dichas acciones o participaciones sociales, es decir y generalmente, a favor del cónyuge inscrito como accionista o socio en el libro registro correspondiente, ya que la sociedad solo reputará accionista o socio a quien se halle inscrito en el mismo (arts. 104.2 y 116.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No está de más recordar que durante la sociedad de gananciales, existe el principio de cogestión previsto en el artículo 1375 del Código Civil por el cual *«la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes»*, y precisamente es la regulación del artículo 1385.1 del Código Civil a la que antes habíamos acudido, una de las referidas excepciones al principio de cogestión establecido en el artículo 1375 del Código Civil.

Por tanto, en los casos en que se haya procedido a la inscripción en el libro registro de acciones o participaciones sociales en favor de uno solo de los cónyuges casados en gananciales o en el título de adquisición de las mismas se verifique que ha tenido lugar solo por uno de los cónyuges expresando o no la ganancialidad de las acciones o participaciones sociales adquiridas, es decir, adquiriendo para su sociedad de gananciales, el ejercicio de los derechos de socio con todas las facultades inherentes a los mismos ha de recaer exclusivamente en el citado titular y no el cónyuge del mismo, por aplicación de lo previsto en el artículo 1385.1 del Código Civil.

Ahora bien, la cuestión puede tornarse diferente en aquellos supuestos en que la adquisición de las acciones o participaciones sociales gananciales se haya efectuado por ambos cónyuges conjuntamente o la inscripción de las mismas se hubiera realizado en el libro registro de acciones o participaciones sociales en favor de ambos cónyuges, casos, en que deberíamos observar lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, al igual que para las situaciones conocidas como de comunidad postganancial, que expresamente prevé lo siguiente: *«En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones»*.

Sin embargo, la Resolución del Centro Directivo que tratamos, aún sin plantearse las anteriores consideraciones, no encuentra justificación tampoco al debate propuesto mediante la aplicación del referido artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, explicando a su juicio que dado el carácter de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, esta tiene una naturaleza diferente a la copropiedad romana a la que —a juicio del Centro Directivo— se refiere el mencionado artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

La anterior reflexión de la Dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a ser errónea, incluso por volver a dar por sentado cuestiones

que han sido objeto de debate doctrinal, como es el carácter de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, aunque parece ser esta la línea dominante en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia³⁶, frente a aquella postura que efectivamente ha mantenido el acercamiento de la misma al contrato de sociedad civil. No es este el lugar para detenernos sobre dicha polémica, aunque baste decir que para ambas opiniones —como no podía ser de otra forma— surge una titularidad conjunta o cotitularidad del acervo ganancial para ambos cónyuges, por lo que en su correspondiente plano resulta por tanto igualmente aplicable al caso el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital³⁷. Por otro lado (de nuevo en relación con el derogado art. 66 de la Ley de Sociedades Anónimas, coincidente con el vigente art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital), también para otro caso de cotitularidad como es el de la comunidad hereditaria se ha defendido también con carácter jurisprudencial la obligatoria designación de representante para el ejercicio de los derechos de socio, por mayoría de cuotas o intereses, por aplicación de lo previsto en el artículo 398 del Código Civil³⁸, aunque dicho sistema de elección de representante no resulte aplicable a nuestro juicio a la sociedad de gananciales vigente en los citados casos de adquisición o inscripción efectuada por o en favor de uno solo de los cónyuges, por la facultad de actuación unilateral del cónyuge a cuyo nombre se encuentren las acciones o participaciones sociales, en función de la aplicación del artículo 1385.1 del Código Civil; es decir, dicho representante ha de ser el cónyuge titular quien será aquel a cuyo nombre se haya realizado la inscripción de su titularidad en el correspondiente Libro Registro, supliéndose dicha inscripción por la presentación del título de adquisición del cónyuge correspondiente (otro problema sería la eficacia probatoria o no de dicho título adquisitivo, generalmente, en función de su naturaleza pública o privada, o de su oponibilidad de hecho), y debiendo quedar reservada pues la designación del representante de la sociedad de gananciales en los supuestos que decíamos, es decir, para los casos de adquisición conjunta o inscripción en el libro registro en favor de ambos cónyuges, así como en los supuestos de comunidad postganancial.

No obstante lo anterior y para los referidos casos donde hemos defendido la necesidad de designación del representante conyugal, restaría valorar lo que podría ocurrir en aquellos supuestos donde se ha venido consintiendo por parte de la sociedad una falta de designación de representante por parte de los cónyuges, a los efectos del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, ¿podría en estos supuestos negarse la legitimación de uno de los cónyuges para el ejercicio de las facultades inherentes a la condición de socio de las mismas, tales como la solicitud de designación de auditor por parte del Registro Mercantil? Este interesante supuesto, nos viene analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial La Coruña (Sección 4.^a) núm. 111/2010 de 11 de marzo (JUR 2010, 196533), que razona al respecto lo siguiente:

«Pues bien, en el presente caso, concurren las particularidades siguientes, que lo hacen singular. Los cónyuges se encuentran primero judicialmente separados, y posteriormente divorciados. Por imperativo legal del artículo 102 del Código Civil quedan legalmente revocados los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera conferido al otro una vez admitida la demanda de separación o divorcio. Igualmente, por mor del artículo 1392.1.^º y 3.^º del referido Código, la sociedad legal de gananciales concluyó «ope legis» cuando se disuelva el matrimonio o se decrete judicialmente la separación. Las mercantiles no pueden lealmente alegar el desconocimiento de las revocaciones de los poderes cuando el marido ocupa cargos

representativos en las mentadas personas jurídicas. No consta que los comuneros hubieran procedido a la designación de representante a los efectos de los artículos 66 LSA y 35 LSRL después de la admisión a trámite y dictado de las sentencias matrimoniales firmes, ni tampoco a tal efecto fueron requeridos por la sociedad. No se han explicitado, la única prueba propuesta fue la documental, ni acreditado actos concluyentes de la promovente, de los que quepa deducir un apoderamiento de tal clase a favor del que fue su marido tras las sentencias matrimoniales, es más en tal tesitura la atribución de dicha representación no cabe inferirla sin significativos elementos de juicio que la avalen y que desde luego no nos constan. En este caso, subyace un conflicto entre la doble condición del Sr. Remigio como representante de la sociedad y litigante en la liquidación de su sociedad legal de gananciales, en el que el conocimiento de la situación patrimonial de la entidad es trascendente.

Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del artículo 398 III del Código Civil, y, en el supuesto litigioso analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El artículo 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto».

A nuestro juicio, la solución que ofrece la antedicha sentencia de la Audiencia Provincial nos parece correcta, siempre que partamos efectivamente de la peculiaridad de su supuesto de hecho, a saber, sociedad que se opone a que el cónyuge cotitular en situación de comunidad postganancial puede efectuar la designación de auditor al Registro Mercantil, evidentemente, en los casos autorizados por la Ley.

Entendemos que en el anterior caso analizado por la referida sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, existen dos argumentos importantes para sostener la solución ofrecida: el primero, en la situación de comunidad postganancial (donde ya no pueden resultar aplicables las normas de la sociedad de gananciales, vgr. el art. 1385.1 del CC), la cotitularidad de nuevo supone la co-gestión y ante la falta de acuerdo la autoridad judicial puede decidir al respecto, en función de la aplicación del artículo 398.3 del Código Civil; el segundo, el propio principio general de la buena fe *ex* artículo 7 del Código Civil, cuando efectivamente la sociedad ha resultado condescendiente con la falta de designación de representante en este caso.

En cierto modo, una conducta tal y contraria por parte de la sociedad ignorando la obligatoriedad de nombramiento de representante conyugal en los casos en que así fuera necesario, impediría a nuestro juicio el rechazo social a la legitimación que propugnare uno de los cónyuges so pena de incurrir en una conducta vedada por la regla del «Tu quoque», es decir, aquella que impide la invocación de una regla jurídica por quien la despreció, lo que significaría una actuación vedada por el artículo 7 del Código Civil³⁹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BLANQUER UBEROS (1985). Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, T. XIX. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 14 de marzo de 1970.
- BEAUS CODES (1985). Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 25 de noviembre de 1982. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXVI.
- CADARSO PALAU (1993). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Ed. Tecnos.
- CAPILLA RONCERO (1986). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXI, Vol. 1.º. Artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO (1985). *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1969). La mujer casada y el derecho de sociedades, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 227.
- (1989). Actos de disposición sobre bienes gananciales. *Estudios en Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Tomo II.
- DÍEZ-PICAZO (1981). *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Editorial Tecnos, Vol. III.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1996). *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital. Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo I. Madrid.
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO (2002). *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Vol. 2.º, Consejo General del Notariado, Civitas.
- GIMÉNEZ DUART (1987). La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXVIII.
- GIRÓN TENA (1976). *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias. Madrid.
- LACRUZ BERDEJO (1984). *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch.
- MASSAGUER (1994). La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada. *Revista General del Derecho*, diciembre.
- MIQUEL GONZÁLEZ (1993). *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.
- MONJE BALMASEDA (2008). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales. Derecho de Sociedades*. Congreso Unijés, 2007, Tomo II.
- PAZ-ARES (1993). *La responsabilidad del socio colectivo*, Ed. Civitas, Madrid.
- (1993). *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.
- (1999). *Curso de Derecho Mercantil, I*. Civitas.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1993). *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.
- PERDICES HUETOS (1997). *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas.
- POLO DÍEZ (1992). *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital, ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid.

- RAMS ALBESA (1992). *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos.
- REDONDO TRIGO (2008). Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 709.
- SERRANO GARCÍA. Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988). *Anuario de Derecho Civil*, 1989, Vol. III.
- SERRANO MONFORTE (1967). Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967. *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 105-106.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 17 de abril de 1967 (*RJ* 1967/1871)
- STS de 8 de octubre de 1968
- STS de 24 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/2917)
- STS de 19 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/9046)
- STS de 4 de julio de 1988 (*RJ* 1988/5555)
- SAP de Badajoz (Sección 2.^a) núm. 346/2010 de 8 noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 35350)
- SAP de La Coruña (Sección 4.^a) núm. 111/2010 de 11 de marzo (*JUR* 2010, 196533)
- SAP de Madrid (Sección 28.^a) núm. 88/2012 de 13 marzo de 2012 (*AC* 2012, 763)
- RDGRN de 25 de julio de 2014

NOTAS

¹ ÁLFARO AGUILA-REAL: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/sociedad-de-gananciales-y-ejercicio-de.html>; <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/09/mas-sobre-el-ejercicio-de-derechos-de.html>; <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/09/mas-sobre-sociedad-de-gananciales-y.html>.

² Vid. MONJE BALMASEDA (2008). «Sociedad de gananciales y participaciones sociales», en *Derecho de Sociedades. Congreso Unijés, 2007*, Tomo II, pp. 225-237.

³ Sobre este particular, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2917).

⁴ SERRANO GARCÍA. Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988). *Anuario de Derecho Civil*, 1989, Vol. III, p. 1033 opina lo siguiente: «Lo decisivo para determinar el sistema de administración y disposición de las acciones de persona casada, el régimen de los derechos de adquisición preferente, la responsabilidad de las acciones frente a acreedores del cónyuge titular y del consorcio, así como para decidir cómo deben computarse en la liquidación de la sociedad de gananciales, es su calificación como bienes exclusivamente privativos del cónyuge titular, como bienes exclusivamente comunes pese a ser administrados individualmente por el cónyuge socio o, por último, como bienes privativos en cuanto a la condición personal de socio, pero comunes en cuanto a su valor económico».

⁵ No obstante, en cuanto a la clásica distinción entre sociedades abiertas y cerradas, cabe recordar que la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, donde puede observarse solo como una de las diferencias tradicionalmente esgrimidas por la doctrina para distinguir a la sociedad anónima de la sociedad de responsabilidad limitada, es decir, el carácter abierto de aquella frente al carácter cerrado de esta, lo es solo en el «plano teórico». El propio legislador reconoce que esa distinción

tipológica entre sociedades abiertas y cerradas no es absoluta y que el modelo legal no se corresponde con la realidad ya que la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas (salvo, obviamente las cotizadas), contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. Además, el legislador conviene en expresar que más que establecer una diferencia tipológica en cuanto a sociedad anónima vs. sociedad de responsabilidad limitada, la contraposición de formas sociales ha de realizarse desde el carácter cotizado o no de la sociedad, ya que en ellas, en función de la propia esencia de los mercados de capitales es donde realmente puede defenderse una intervención pública en la vida económica para garantizar entre otras cosas, la protección del inversor. Ha existido acuerdo en permitir la utilización de la sociedad anónima configurada con las características de una sociedad de responsabilidad limitada cerrada. *Vid.* por ejemplo, MASSAGUER, La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada». *Revista General del Derecho*, diciembre, 1994, 12963; POLO DÍEZ, *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital, ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992, p. 160; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital». *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I. Madrid, 1996, p. 7).

⁶ LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, 1984, pp. 415 y 416. *Vid.*, asimismo, RAMS ALBESA. *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, 1992, p. 94; PAZ-ARES. *La responsabilidad del socio colectivo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 78 y sigs.

⁷ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, se refiere esta postura de la siguiente forma: «En general, la tesis que se expone resulta criticada por artificial en cuanto supone la disgregación del contenido de la posición de socio en una parte no patrimonial y otra patrimonial, siendo difícil precisar el contenido de la primera. Además, no explica suficientemente la transmisibilidad de la condición de socio, en los casos en que la muerte del socio no determina la extinción de la sociedad (arts. 1.704 CC y 222.1 CCom.)», en *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia, Volumen 2.º*, Consejo General del Notariado, Civitas, 2002, pp. 58 y 59.

⁸ PERDICES HUETOS. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, p. 290.

⁹ GARDEAZÁBAL DEL RÍO [*vid.*, *op. cit.*, pp. 58 y 59, nota (59)] se hace eco de la postura de PERDICES HUETOS, mostrando su crítica al decir que: «Pensamos que este dato no es del todo exacto, pues la constitución de la sociedad mediante la aportación en metálico puede realizarse sin que el cónyuge del socio tenga siquiera conocimiento de aquel hecho —la práctica así lo acredita—, y el consentimiento exigido para las aportaciones *in natura* se explica más como un requisito necesario para la validez del acto dispositivo que como una voluntad de formar parte del negocio jurídico (asentimiento). El socio que se limita a prestar su consentimiento para que el cónyuge entre en una sociedad no tiene voluntad expresa ni implícita de admitir el estatuto ni, por tanto, quedar afectado por el mismo».

¹⁰ En este sentido, *vid.*, BLANQUER UBEROS. «Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, T. XIX, 1985, pp. 242 y sigs. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 14 de marzo de 1970; CADARSO PALAU. *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Ed. Tecnos, 1993, pp. 48 y sigs.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. Actos de disposición sobre bienes gananciales, en *Estudios en Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Tomo II, pp. 180-181.

¹¹ GIMÉNEZ DUART. La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXVIII, 1987.

¹² BEAUS CODES. Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 25 de noviembre de 1982. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXVI, 1985.

¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 642.

¹⁴ *Vid. op. cit.*, p. 60.

¹⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*op. cit.*, p. 641) afirmó con acierto que: «Creo que este segundo término del precepto debe ser objeto, conforme a su ratio y por excepcionar,

en su caso, el principio de subrogación real, de una interpretación restrictiva. No se refiere la Ley a cualquier restricción de la transmisibilidad de los derechos (p. ej., géneros estancados, o la establecida en el art. 1494, o la prohibición de disponer inserta en una compra de bienes muebles a plazos), sino solo a la intransmisibilidad determinada por la especial vinculación del bien o derecho con la persona. Tal es el caso, de aquellos bienes o derechos subjetivos que surgen, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, en virtud de contratos, concesiones u otros actos otorgados en razón de las circunstancias personalísimas que concurren en un sujeto y que confieran situaciones de poder intransferibles (contrata del artista, fichaje del futbolista, derechos del socio industrial, etc.). (...). La doctrina incluye en el artículo 1346.5.¹⁶ los diferentes derechos patrimoniales que un cónyuge puede adquirir con carácter de no transmisible, sin hacer excepción, en favor del principio de subrogación real, con los que, habiéndose adquirido a costa del caudal común, si tienen carácter de no transmisible es por la voluntad directa del cónyuge favorecido (sería otra la cuestión si ambos cónyuges hubieran atribuido al derecho carácter privativo: v. com. art. 1355): derechos de uso y habitación comprados con dinero ganancial (art. 525) y que pudieron configurarse como transmisibles (art. 523); servidumbres personales configuradas como personalísimas (art. 594); adquisición, por precio, de pensiones en beneficio solo de la propia persona del constituyente (art. 336); constitución de cualquier crédito con el carácter de intransmisible (art. 1112) etc.».

¹⁶ PERDICES HUETOS, (*op. cit.*, pp. 43 y 44 pese a decantarse por el carácter privativo de las participaciones vinculadas —*vid. op. cit.* p. 290—) trata el pacto de intransmisibilidad razonando lo siguiente: «El extremo inferior lo constituye la prohibición de transmisión de las participaciones sociales. Aunque tiene una sede específica en este trabajo (v. infra 17 III), no estará de más en este lugar una breve referencia a lo que significa la intransmisibilidad negocial. Con la misma, las partes no convierten el derecho en un bien fuera del comercio, aunque se cree un derecho de crédito intransmisible, el titular del mismo podrá transmitirlo contando para ello con el consentimiento del deudor. Precisamente por tener un origen negocial, esa intransmisibilidad es perfectamente removible, puntual o permanente. En consecuencia, el caso de una participación intransmisible en una sociedad limitada (art. 30.3 LSRL) no será diverso del caso de una participación en una sociedad colectiva o civil (arts. 143 CCom y 1696 CC); esa participación podrá siempre transmitirse con el consentimiento de todos los socios (v., la significativa RDGRN 14-III-1957, Ar. 1514, que afirmó que una cláusula de autorización a favor de todos los socios suponía la intransmisibilidad de la participación). La intransmisibilidad negocial de un derecho de participación es solo el grado máximo de vinculación que el ordenamiento puede reconocer a los particulares; a saber, una cláusula de autorización a favor del resto de socios individualmente considerados. Se trata, pues, del supuesto clásico del artículo 1.112 del Código Civil: aunque las partes establezcan la intransmisibilidad del derecho, si uno desea transmitir y el otro u otros no se oponen, no hay razón para impedirlo; es más, ese es precisamente el contenido de esa intransmisibilidad negocial».

¹⁷ REDONDO TRIGO. «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 709, 2008, 2201-2226.

¹⁸ Así, la tradicional Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1968 dispuso que: «Para que los derechos adquiridos a virtud de una obligación, sean transmisibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil, es menester no solo que pertenezcan privativamente a su titular, sino también que la modificación subjetiva que esta figura jurídica supone no esté prohibida por ningún precepto legal, como los artículos 151, 525, 1458 y 1459 del expresado Código, o por una estipulación expresamente pactada por los contratantes, o se oponga a la propia naturaleza del derecho discutido, cual sucede, por ejemplo, con los derivados de la patria potestad, filiación, derecho al nombre y, en general, con los de índole meramente personal, entre los que deben incluirse los relativos a la cualidad de socio de las entidades comprendidas en el título VIII del libro IV del texto legal citado, dado que en ellas, a diferencia de lo que ocurre con las de tipo capitalista, juega el principio «intuitu personae» respecto a sus componentes, de tal suerte que sus condiciones morales, sicológicas y patrimoniales, constituyen un requisito diferencial y característico de estas sociedades, al extremo de

no poder ingresar en ellas ni subrogarse en los derechos que de las mismas dimanan sin el consentimiento de los otros contratantes como se infiere de los artículos 1680, 1696 y 1700, núm. 3 de la repetida Ley sustantiva y declaran las sentencias de esta Sala de 5 de noviembre de 1915 y 18 de noviembre de 1927...».

¹⁹ GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias. Madrid, 1976, pp. 601 y 602.

²⁰ PAZ-ARES. *Curso de Derecho Mercantil*, I. Civitas, 1999, p. 648.

²¹ PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, p. 1472.

²² CAPILLA RONCERO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXI, Vol. 1.º. Artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1986, pp. 494 y 495.

²³ *Vid. op. cit.*, p. 45.

De gran interés resulta la nota número 53 de la p. 45 de la citada obra realizada por PERDICES HUETOS al respecto: «(53) Se admite entre nosotros la cláusula de libre transmisibilidad de las participaciones en sociedades de personas por PAZ-ARES, *Com. Cod. Civ.*, t. II, artículo 1.669, p. 1472; A. OLAVARIA TÉLLEZ, «*Singularidad negocial de las propiedades especiales y de los derechos de crédito y de participación social no representados documentalmente*», en *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos valores y sobre relaciones jurídicas especiales* [G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.)], Madrid, 1992, pp. 19 y sigs., pp. 40-42; con dudas sobre la admisibilidad de un consentimiento previo e incondicionado a alteraciones subjetivas de la sociedad, v., GIRÓN, en *Estudios Garrigues*, t. I, pp. 152-153; *id. Derecho de Sociedades*, pp. 601 y 602; por su lado, Capilla, *Comentarios al Código Civil*, t. XXI, pp. 494-495, no lo considera ilegal pero sí incompatible con el tipo de la sociedad civil. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Atipicidad*, pp. 365-366, indica cómo este pacto resulta desde los planteamientos tradicionales contrario a la estructura jurídica del tipo de las sociedades de personas, si bien en pp. 381 y sigs., afirma que es razonable no fundamentar la invalidez de la cláusula de libre transmisibilidad en atención al juego del *intuitus...*».

²⁴ SERRANO MONFORTE. Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967. *Revista de Derecho Mercantil*, 1967, núms. 105-106, 212-216.

²⁵ *Vid. op. cit.*,

²⁶ *Vid. op. cit.*, pp. 1035 y 1036.

²⁷ *Vid. op. cit.*,

²⁸ *Vid. op. cit.*, p. 60.

²⁹ *Vid. op. cit.*, p. 741.

³⁰ GIRON TENA. *Op. cit.*, pp. 283 y sigs.

³¹ DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, 1985, pp. 556 y 560, definía el concepto de relación jurídica y exemplificaba la que ejercitan los socios de una persona jurídica del siguiente modo: «Puede decirse conforme a lo indicado, que relación jurídica es la «situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico» (...) c) Relaciones jurídicas de cooperación social; dentro de ellas, se pueden distinguir las sociales o relaciones resultantes de la situación de las personas como miembros de una persona jurídica...».

³² En contra, PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, p. 1471.

³³ *Vid. op. cit.*, p. 602.

³⁴ *Vid. op. cit.*, p. 578.

³⁵ Sin embargo, cabe apreciar el criterio contrario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967 (*RJ* 1967, 1871) y en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5555), donde se rechazó la aplicación de la cláusula restrictiva a la libre transmisibilidad en los casos de liquidación de la sociedad de ganancias al considerarse que como ambos cónyuges eran copropietarios frente a la sociedad, la liquidación de la sociedad de ganancias no suponía un acto de enajenación sino de adjudicación específica. Para las críticas a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. La mujer casada y el derecho de sociedades, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 227, 1969,

pp. 192 y sigs.; y, DÍEZ-PICAZO. *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Editorial Tecnos, 1981, Vol. III, pp. 104 y sigs.

³⁶ *Vid.* para un mayor detalle al respecto, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 25 y sigs.

³⁷ Así y pese a no plantearse las relaciones jurídicas antes expuestas para la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (aunque en relación con el derogado artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas) puede citarse, como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.^a) núm. 346/2010 de 8 noviembre de 2010 (JUR 2011, 35350), razonando al respecto lo siguiente: «*Dicho lo anterior debe decirse también que, conforme al artículo 66 de la LSA, (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206). En los supuestos de copropiedad o de otras cotitularidades, los copropietarios habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, porque las acciones son indivisibles. En el estado de cosas que concurre, el Tribunal entiende que esta regla es aplicable al caso de que la titularidad corresponda a la sociedad legal de gananciales, y que en el presente supuesto, que así ocurre, el ejercicio de los derechos de socio han venido siendo ejercitados, al menos de facto, por el esposo. Así pues, conforme a todo ello, a la demandante, a la esposa, no le corresponde ejercitar los derechos que le puedan corresponder en la calidad de miembro de la Sociedad Ganancial. Ello no supone dejarla huérfana de protección por cuanto que a través de la propia sociedad de gananciales, y el marido a la postre podría verse obligado a la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de las irregularidades en el hacer social que hubiera consentido o facilitado».*

³⁸ Sumamente descriptivo resulta al respecto, lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) núm. 88/2012 de 13 marzo (AC 2012, 763), que razona lo siguiente: «*Al hilo de lo anterior, la herencia yacente o comunidad hereditaria es un todo (herencia germana). De este modo, todos los herederos son dueños, con titularidad indivisa de todos los bienes existentes en la herencia yacente, y este es el fundamento esencial para que no se le pueda negar la condición de accionista a la comunidad hereditaria. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6780) , que declaró: "La comunidad, que en el presente caso era la accionista de la sociedad anónima demandada, era una comunidad hereditaria formada por los coherederos, del primitivo accionista, en que no se ha practicado la partición. Cuya comunidad implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero, como el demandante, no es titular de acciones, sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así, el accionista no es el coheredero, sino la comunidad. Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que estas forman parte de la misma (sentencia de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4378) [RJ 1992, 4378])"». Siguiendo esta línea jurisprudencial, también cabe citar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2011, que dispuso lo siguiente: "Por lo tanto, en supuestos como el que nos ocupa la cualidad de socio no concurre en ninguno de los miembros de la comunidad hereditaria sino en la comunidad misma". En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007, 264557) , que manifestó: "Precisamente por lo señalado, procede finalmente desestimar el último de los motivos impugnatorios defendidos por la parte apelante ya que sin duda quien debe comparecer en calidad de socio es quien ostenta esa calidad y ella le corresponden en la situación transitoria de que se trata a la herencia yacente y no a cada uno de los herederos que vierten sus expectativas sobre ese patrimonio».*

(...) Ahora bien, a los efectos aquí debatidos, ello se traduce en un determinado y específico régimen de copropiedad, en el que, a efectos de representación en una Junta de la sociedad, o para que pueda ejercer los derechos propios del socio, esa comunidad hereditaria deberá nombrar un representante legal porque así lo exige el artículo 66.2 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), que dispone:

«2. Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuántas obligaciones se deriven de la condición de accionista».

Con anterioridad hemos dicho que, aunque la comunidad hereditaria posee características propias de la comunidad germana, la doctrina también admite, en el ejercicio de determinados

derechos de los comuneros relacionados con la masa hereditaria, que se apliquen las normas propias de la comunidad de bienes, previstas en el artículo 392 del Código Civil y siguientes. De este modo, la comunidad hereditaria también adquiere características propias de una comunidad romana, tal y como comprobaremos inmediatamente. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1973, que dispuso lo siguiente: «con su natural repercusión en orden a la legalidad de los acuerdos adoptados con base en la representación de tales acciones, criterio que no puede por menos de ser compartido por esta Sala, porque según el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) EDL 1989/15265, que aunque se refiere al caso de pertenecer una acción a varias personas es igualmente aplicable cuando la indivisión se da no en una, sino en cualquier otro número de acciones, la copropiedad cesa un especial supuesto de separación entre titularidad de las acciones y legitimidad, para el ejercicio de los derechos de socio y en la citada acta notarial se dice con nítida claridad, que, se atribuye la representación de las acciones,»en orden al ejercicio del derecho de voto en Juntas generales de accionistas, así ordinarias como extraordinarias, y para asistencia a las demás» todo lo cual está poniendo de manifiesto que la distribución operada no es un acto de dominio, sino de administración, para cuya validez no se precisa de la unanimidad, siendo suficiente el acuerdo de los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Civil EDL 1889/1, y esa circunstancia es la que aquí concurre, toda vez que la distribución de las acciones de que se trata fue llevada a cabo por tres partícipes que representan un 60 por 100 del valor de las mismas, razones, las expuestas, que determinan la desestimación del segundo motivo».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982 (RJ 1982, 3415) , que declaró: «Que en los motivos 9.º y 10, a través siempre del núm. 1.º del artículo 1692 de la LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), se acusa respectivamente la infracción por violación de los artículos 661 y 398, párr. 1.º, ambos del Código Civil, volviendo a incidir los recurrentes en supuestos defectos de la representación que fue designada para las acciones relictas al fallecer don Severiano, y tratando de desviar el caso contemplado, que se halla previsto especialmente en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 40), a la regulación de otros casos distintos concebidos de forma general por el legislador, como los referidos en los artículos 1020 del Código Civil y 1068 de la LECiv, y sin tener en cuenta, por un lado, que nada obsta a que los recurrentes como herederos de su padre fallecido le sucedan en todos sus derechos y obligaciones, conforme al invocado artículo 661 del Código Civil, y que, por otro lado, la representación que haya de ejercitarse los derechos de socio en las acciones de sociedad anónima que formaron parte del caudal relicito se manifieste conforme a la ley, tal como resulta se efectuó, para evitar, como declaró la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1960 (RJ 1960, 1682) (RJ 1960, 1682), que la comunidad societaria quedará inerte y paralizada su actividad en hipótesis, como la que aconteció entre los litigantes, de disconformidad o desacuerdo de los que la forman; habiendo de regir entonces el artículo 398, párr. 1.º, del citado Código Civil, que no fue infringido en la sentencia recurrida y cuya pertinente aplicación en defecto de alcance de las normas especiales, es causa de la desestimación de los motivos expresados, últimos del recurso, con lo que decae totalmente el mismo».

Esta corriente doctrinal ha sido seguida por esta Sala, en la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2011 (JUR 2011, 144564) , que manifestó: «Pues bien, en ausencia de normas específicas de las que los integrantes de la comunidad hereditaria pudieran haberse dotado voluntariamente para la designación de la persona que hubiere de ejercitarse los derechos de socio inherentes a las participaciones incluidas en el caudal relicito, es admitido desde antaño por la jurisprudencia que tal designación debe de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses de acuerdo con el criterio al efecto establecido por el artículo 398 del Código Civil «En el mismo sentido, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 9 de diciembre de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de mayo de 2010 (JUR 2010, 252410) , la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de marzo de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de mayo de 2009 (AC 2009, 1083) .

Entre los derechos que posee el comunero hereditario, se enumeran los actos de administración o gestión, que en algunos casos, pueden exigir la unanimidad por parte de los herederos,

como la designación de un administrador del caudal hereditario. Sin embargo, para los meros actos de administración, gestión y mero disfrute de la comunidad hereditaria, tales como la designación de un representante con un cometido específico, como la representación de los copropietarios en una Junta General de socios, regirá lo establecido en el artículo 398 del Código Civil, en virtud del cual, se necesitará el acuerdo de la mayoría. Tal y como aclara el precepto, no se trata de una mayoría por persona, sino una mayoría de intereses económicos o de capital. En este sentido, lo decidido por la mayoría de intereses será obligatorio para todos los restantes miembros de la comunidad hereditaria. En este sentido es altamente ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 9 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 54549) , que sostuvo: «En línea con lo razonado en la sentencia de esta misma Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11/3/2010, cabe que tal representación resulte por virtud de la ley o por decisión judicial o negocio jurídico, pero en otro caso su designación deberá de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses, como resulta de la aplicación del artículo 398 del Código Civil (STS de 19/4/1960 y 14/5/1973), o como señala la RDGRN de 17/3/1986, «esta designación queda sujeta a las reglas de la comunidad respectiva, sin que haya razón para entender que la LSA se interfiere, a tales efectos, en el régimen interno de tal comunidad, pues normalmente serán los copropietarios los que, conforme al régimen de la copropiedad, harán la designación de la persona que ha de ejercitar los derechos sociales, pero las reglas ordinarias de la copropiedad deben dejar paso, tratándose de otros tipos de comunidad, a sus disposiciones especiales». En definitiva, el representante será designado por los comuneros según el régimen interno de su comunidad, y, en su defecto, resulta de aplicación el citado artículo 398, en materia de comunidad de bienes, que determina la adopción de acuerdos por mayoría de los partícipes según su cuota o participación de intereses en la comunidad. Es indiscutible el interés de cualquier comunero en participar en la designación del representante común, con la posibilidad incluso de acudir a tales efectos a la vía judicial por aplicación del artículo 398 en su apartado tercero. El representante así designado habrá de estar debidamente apoderado para el ejercicio de los derechos que los socios ostenten frente a la sociedad, que no requiera unanimidad de los poderdantes. Lo que se pretende es que, en las relaciones externas, todo funcione, en interés de la sociedad, como si de un solo socio se tratase. En idéntico sentido, caben citar las ya mencionadas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2011 (JUR 2011, 252410), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de mayo de 2009 (AC 2009, 1083), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de marzo de 2007 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 17 de octubre de 1995».

³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 55, explica del siguiente modo la regla del «tu quoque»: «la regla conocida con las palabras «tu quoque» está emparentada con el aforismo «*nemo auditur sua turpitudinens allegans*». Significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que las desprecia. Existe una contradicción, como en la prohibición del *nemo venire contra factum propium*, pero no consiste tanto en la conducta, como en los criterios valorativos de la misma que utiliza el sujeto que actúa para juzgarse y juzgar a los demás. Un caso significativo en nuestra jurisprudencia es de la STS de 6 de febrero de 1987 en el que el socio nombra, para la junta de accionistas, un representante que no reúne la condición exigida por los estatutos de ser socio; posteriormente el socio representado invoca la norma estatutaria para demandar la nulidad de los acuerdos. También parece un caso semejante el de quien niega a su socio legitimación para la participación en la sociedad alegando que este le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS de 24 de septiembre de 1987)....».