



Roj: **STS 2502/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2502**

Id Cendoj: **28079119912020100016**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **28/07/2020**

Nº de Recurso: **3598/2017**

Nº de Resolución: **458/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 462/2017,**
STS 2502/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 458/2020

Fecha de sentencia: 28/07/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3598/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/07/2020

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE. SECCIÓN 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3598/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 458/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.



D. Francisco Marín Castán, presidente D. Antonio Salas Carceller D. Ignacio Sancho Gargallo D. Rafael Sarazá Jimena D. Eduardo Baena Ruiz D. Pedro José Vela Torres D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán D. José Luis Seoane Spiegelberg D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 28 de julio de 2020.

Esta sala ha visto en pleno el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Segundo , representado por la procuradora D.ª M.ª Paz Feijoo-Montenegro Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Gumersindo Fornos Vieitez, contra la sentencia n.º 259 dictada en fecha 30 de junio de 2017 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ourense en el recurso de apelación n.º 655/2016 dimanante de los autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales n.º 98/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Ourense. Ha sido parte recurrida D.ª Dolores , representada por el procurador D. Jorge Pérez Vivas y bajo la dirección letrada de D.ª Arántzazu Damas González.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.ª Dolores interpuso demanda de solicitud de liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales contra D. Segundo en la que solicitaba:

"a) Dicte resolución aprobando la liquidación propuesta por esta parte.

"b) Una vez aprobada tal liquidación, haga entrega a cada interesado de los bienes adjudicados y títulos de propiedad relativos a los mismos.

"c) Y, tras protocolizar tales adjudicaciones, acuerde expedir testimonio a esta representación del haber y adjudicaciones correspondientes a D.ª Dolores ".

2.- La demanda fue presentada el 21 de enero de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Ourense y fue registrada con el n.º 98/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Segundo se personó en el procedimiento y formuló oposición a las adjudicaciones efectuadas por el contador partidor.

4.- El 4 de octubre de 2016 se celebró una vista a la que concurrieron las partes y en la que quedó descartado un acuerdo entre las mismas.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Ourense dictó sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, con el siguiente fallo:

"Estimo parcialmente las oposiciones formuladas por la procuradora Sra. Feijoo en nombre y representación de D. Segundo , adjudicando a la Sra. Dolores la finca y vivienda sita en Turey y el ajuar y mobiliario de la misma por valor de 17.433,79 euros, y adjudicando al Sr. Segundo las participaciones sociales de la sociedad mercantil Xamons Martínez S.L. por valor de 17.433,79 euros.

"El restante de las participaciones sociales se venderá en pública **subasta** y se repartirá el resultado por mitad entre ambos litigantes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Dolores .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ourense, que lo tramitó con el número de rollo 655/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2017, con el siguiente fallo:

"Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Dolores , el procurador de los tribunales D. Francisco Pérez Pérez, contra la sentencia, de fecha 6 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de los de Ourense, en autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales, seguidos bajo el n.º 98/2015, rollo de apelación n.º 655/16, que se revoca y, en su lugar, se acuerda aprobar la partición de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales efectuada por el contador partidos designado en este procedimiento; todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento en costas".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*



1.- D. Segundo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue al amparo del art. 469.4.º LEC, por infracción del art. 24 CE y los arts. 376 y ss., sobre la práctica de la prueba, por valoración arbitraria e ilógica de la misma.

El recurso de casación se formula en dos motivos:

Primero.- Por infracción de los arts. 1061, 1062, 1406 y 1410 CC así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Segundo.- Por infracción de los arts. 216, 217, 348 y 786.2.3.º LEC, por aplicación indebida, en concordancia con el art. 15 CE y 5.1 LOPJ.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de febrero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"1.º- No admitir el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Segundo, contra la sentencia dictada, con fecha 30 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 655/2016, dimanante de los autos de liquidación de sociedad de gananciales n.º 98/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Ourense.

"2.º- Admitir el motivo primero del recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por dicha representación procesal".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2020, en que se suspendió y se acordó su pase a conocimiento del pleno de la sala para el día 15 de julio de 2020, en que ha tenido lugar. En la deliberación, votación y fallo no intervino el magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas por encontrarse con licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

El presente recurso tiene su origen en las discrepancias surgidas entre los cónyuges al liquidar la comunidad de gananciales acerca de la adjudicación de las participaciones de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano.

En primera instancia se acordó que las participaciones gananciales se vendieran en pública **subasta** y se repartiera lo obtenido por mitad entre ambos esposos. En segunda instancia se acordó que las participaciones gananciales se adjudicaran al marido con la obligación de pagar a la esposa el valor de la mitad, tal y como había sido propuesto por el contador partidor designado judicialmente.

Recorre el esposo y solicita que se vuelva a la solución acordada en la primera instancia. Su recurso va a ser desestimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. Tras la sentencia de divorcio que declaró disuelto el régimen económico matrimonial de gananciales existente entre los cónyuges, la esposa, Sra. Dolores, presentó en el juzgado solicitud de liquidación del régimen económico matrimonial. A su escrito acompañó un inventario y una propuesta de liquidación. En su propuesta, por lo que aquí interesa, solicitaba la adjudicación al Sr. Segundo de todas las participaciones gananciales de la sociedad Xamons Martínez S.L. por considerar que la interpretación jurisprudencial de los arts. 1061 y 1062 CC a los que se remite el art. 1410 CC exige llevar a cabo la división atendiendo a las circunstancias de cada caso y, en el presente, debía tenerse en cuenta que se trataba de las participaciones de una sociedad familiar, creada por los dos hermanos, únicos socios, que trabajaban personalmente en el negocio y la hacían funcionar por sus conocimientos personales del mercado, proveedores y clientes, sin que la Sra. Dolores tuviera ningún tipo de control, ni pudiera tenerlo si se le asignaban unas participaciones que, además, difícilmente podría vender por las razones expuestas, pues nadie pagaría su valor para entrar en una sociedad familiar controlada por los dos hermanos.



En la comparecencia ante el letrado de la administración de Justicia, el Sr. Segundo mostró su discrepancia acerca de la valoración de las participaciones reflejada en el informe aportado por la Sra. Dolores y elaborado por una empresa de auditoría. Además, manifestó que la única opción viable era adjudicar por mitad las participaciones sociales gananciales, lo que representaría para cada uno de ellos un 23% del capital social.

Ante la falta de acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 810 LEC, se procedió al nombramiento de contador partidor y continuó la tramitación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en los arts. 785 y siguientes LEC.

2. En el inventario de bienes gananciales elaborado por el contador designado se incluyeron una finca en Turey, con su ajuar y 92 participaciones sociales de Xamons Martínez SL. La vivienda familiar ya había sido excluida en el inventario aprobado judicialmente al ser calificada como privativa con el argumento de que había sido construida sobre solar privativo. Por lo que se refiere al ajuar de la vivienda familiar, incluido en el inventario aprobado judicialmente de manera previa a la liquidación, fue finalmente distribuido de mutuo acuerdo por las partes, por lo ya no se incluyó en las operaciones divisorias elaboradas por el contador.

En el cuaderno se propuso: i) la adjudicación al Sr. Segundo de las 92 participaciones sociales (que representaban el 46% del capital de la sociedad), valoradas en 314.123,33 euros, con la obligación de abonar a la Sra. Dolores 148.344,77 euros; ii) la adjudicación a la Sra. Dolores de la finca de Turey, con la vivienda y su ajuar, valorados en total en 17.433,79 euros.

3. La Sra. Dolores formuló oposición a las operaciones divisorias y solicitó que se incluyeran en el pasivo las provisiones de fondo abonadas exclusivamente por ella con el fin de pagar tanto al contador partidor como al perito designado por el juzgado para que valorara las particiones. Además, para el caso de que el Sr. Segundo se opusiera a la propuesta de división, mostró su disconformidad con la valoración asignada por el contador a las participaciones, que no coincidía con la fijada por el perito nombrado por el juzgado.

El Sr. Segundo formuló oposición a las operaciones divisorias contenidas en el cuaderno y solicitó que las participaciones se repartieran por mitad o que se vendieran en pública **subasta**. Esto último es lo que hizo el juzgado.

4. En primer lugar, el juzgado razonó que había que descartar la primera alternativa propuesta por el Sr. Segundo de repartir las participaciones por mitad:

"[P]orque en la práctica sería la atribución de papel mojado, habida cuenta de que se trata de un negocio de carácter familiar, gestionado por el demandado y su hermano, siendo ambos socios administradores con facultades para tomar decisiones que afecten a la valoración de las acciones y a distribución de beneficios así como la adquisición de bienes para dicha empresa, sin que hasta el momento, y ni tan siquiera durante los años que lleva durante el proceso judicial desde la presentación de la demanda de divorcio, se ha dado cuenta a la Sra. Dolores, ha participado en decisión alguna, ha tenido conocimiento de rendiciones de cuenta,..., lo que hace presumible que no se cuente con ella en el futuro, por el tipo de negocio del que estamos hablando. Ello en la práctica hace que sea ilógico que se le atribuyan a ella las acciones en exclusiva o en una parte o mitad de las mismas".

En segundo lugar, el juzgado consideró que la propuesta del contador tampoco se podía aceptar porque no respetaba la igualdad de lotes (art. 1410 CC) y entendió que, a pesar de que las participaciones son divisibles, lo procedente en el caso era aprobar su venta en pública **subasta** (art. 1062 CC).

El juzgado decidió adjudicar a la Sra. Dolores la finca de Turey con su vivienda y ajuar por un valor total de 17.433,79 euros, al Sr. Segundo unas participaciones sociales por igual valor, y ordenó que el resto de las participaciones se vendieran en pública **subasta** y se repartiera lo obtenido por mitad entre ambos.

5. La Sra. Dolores interpuso recurso de apelación por el que solicitó la revocación de la sentencia del juzgado y la aprobación de las operaciones divisorias realizadas por el contador partidor, si bien con la atribución del valor fijado con anterioridad por el perito judicial.

En el recurso alegó: falta de motivación de la sentencia acerca del valor dado a las participaciones; incongruencia respecto a la adjudicación al Sr. Segundo de la cantidad de 17.433,79 euros en participaciones; vulneración de los artículos 1061, 1410 y 1406 CC, puesto que la única alternativa posible en atención a las circunstancias consiste en atribuir al demandado la totalidad de las participaciones sociales, ya que es el administrador de la sociedad, es propietario privativo de otras participaciones y desempeña su actividad profesional, junto con su hermano, a través de la sociedad; infracción de la doctrina de los actos propios, pues las participaciones sociales las adquirió el Sr. Segundo para la sociedad conyugal al acordar una ampliación de capital, por lo que su negativa a la adjudicación de todas las participaciones es incoherente con su comportamiento, al haber creado él mismo esa situación; vulneración del art. 1062 CC, pues la pública



subasta puede solicitarse cuando el bien es indivisible, lo que no ocurre en este caso; la jurisprudencia sobre **subasta** se refiere a inmuebles, que pueden ser adquiridos fácilmente por un tercero o por uno de los cónyuges, pero es improcedente en el caso, pues generaría un enriquecimiento injusto del demandado y una efectiva minusvaloración de las participaciones.

6. El Sr. Segundo se opuso al recurso solicitando la confirmación de la sentencia del juzgado.

Alegó que él no gestionaba ninguna explotación económica que perteneciese a la sociedad de gananciales, ya que las participaciones gananciales solo representaban el 46% del capital social, por lo que no era aplicable el art. 1406 CC; que no existía dinero ganancial y no había quedado probado que él tuviera liquidez por lo que, salvo que encuentre alguna persona que le compre las participaciones, para pagar a la esposa sería preciso su embargo, de modo que acabarían siendo de ella; que no se respetaba la igualdad de lotes que exige el art. 1061 CC.

7. La Audiencia estima el recurso de apelación de la Sra. Dolores en el único extremo de aprobar la partición de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales efectuada por el contador partidor. Mantiene la valoración de las participaciones realizada por el contador y rechaza la inclusión en el pasivo de los gastos abonados por la esposa con el argumento de que se trataba de una cuestión nueva no solicitada con anterioridad.

Por lo que interesa a efectos del presente recurso de casación la Audiencia, en primer lugar, parte de las siguientes consideraciones generales: la facultad del art. 1406 CC ha de ser interpretada de acuerdo con los preceptos que regulan la partición; el art. 1410 CC se remite a las reglas sobre liquidación y partición de la herencia, por lo que debe acudir a los arts. 1061 y 1062 CC; la jurisprudencia ha interpretado que la igualdad de lotes a que se refiere el art. 1061 CC no es matemática o absoluta sino una recomendación, porque en cada caso hay que valorar las particulares condiciones de los bienes que integran el caudal y de los partícipes e interesados en la partición; el art. 1062 CC permite atribuir a uno de los partícipes los bienes, compensando al otro en dinero o con otros bienes; en el caso, el haber de la sociedad de gananciales se integra prácticamente en exclusiva por el valor de la participación del 46% en la sociedad que explota el negocio.

A continuación, respecto del asunto litigioso, razona:

"Ciertamente que no consta que en los estatutos de la citada sociedad, integrada exclusivamente por el Sr. Segundo y su hermano, exista prohibición o limitación de transmisión de participaciones, ni tampoco, aun cuando existiera, ello impediría la atribución a la Sra. Dolores de la mitad, dada la naturaleza indiscutidamente ganancial que ostentaban, pero, al ser el Sr. Segundo el que, junto con su hermano, administraba y explotaba el negocio en exclusiva, constituyendo su medio de vida y profesión, está justificada su atribución al mismo según se ha hecho en el cuaderno elaborado por el contador partidor, con apoyo en el art. 1406.2 CC".

"Decisión que también se justifica en atención al grave desmerecimiento o perjuicio del bien que se divide; las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad, que puede ser física o jurídica, de un bien, así como la existencia o no de un desmerecimiento por su división, son conceptos valorativos deducibles de los datos y hechos que se hubieran acreditado; en este supuesto el contador partidor ha ponderado todas las circunstancias concurrentes, justificando, con un razonamiento lógico y coherente, la necesidad de que todas las participaciones gananciales correspondientes a la mercantil Xamons Martínez SL, sean atribuidas a uno solo de los cónyuges, el Sr. Segundo por ser el que únicamente se dedicó al mismo y, por tanto, la persona que ofrece mayor garantía para su continuidad y desarrollo y quien por ello ha de ser preferido para la adjudicación de las acciones.

"Es verdad que aquí no se trata de repartir el negocio de venta de jamones cuya titularidad ostenta la mercantil Xamons Martínez SL, que tiene personalidad jurídica propia y distinta de los socios que la integran, sino de distribuir y adjudicar las participaciones de esta mercantil pertenecientes a la sociedad de gananciales. Sin embargo, no cabe disociar o valorar separadamente ambas circunstancias dada la estrecha e íntima relación existente entre ellas evidenciada por el carácter absolutamente familiar, tanto de la propia sociedad compuesta únicamente por el matrimonio formado por los litigantes y el matrimonio formado por el hermano del demandado, como del propio negocio, incluida su llevanza y gestión, desempeñada siempre por los dos hermanos.

"La posibilidad de adjudicar a la Sra. Dolores la mitad de las participaciones podría incidir de forma muy negativa en la marcha del negocio y podría generar problemas en su desenvolvimiento, al poseer la gran mayoría de las participaciones el Sr. Segundo y su hermano, por lo que, tratándose de una empresa familiar, ninguna intervención tendría la esposa, con un porcentaje de un 23% en el funcionamiento de la misma, reparto de beneficios, etc. El contador partidor, cumpliendo el principio conocido como de continuidad del bien, debe garantizar la continuidad del negocio y de la sociedad creada a tal fin, y esto no puede conseguirse mediante una igualitaria distribución entre ambos cónyuges de las acciones, que de llevarse a efecto muy posiblemente



provocaría una paralización de la actividad mercantil y el riesgo de la pérdida del bien, que acarrearía un daño patrimonial irreparable a los socios y a terceros; se trata de una sociedad mercantil en la que el Sr. Segundo y su hermano desarrollan su actividad profesional, siendo ellos los que realmente lo hacen funcionar por sus personales conocimientos, experiencia y relaciones, que no podía funcionar igualmente en manos de terceras personas.

"De esta forma, pese a la estructura formal de la entidad societaria, se trata más bien de un negocio mercantil en el que la división de las participaciones supondría un desmerecimiento del valor de las asignadas a la Sra. Dolores por quedar la actividad comercial, de manera formal y fáctica, en manos del marido sin capacidad efectiva de intervención en la toma de decisiones importantes, lo que hace pues equiparable la situación a la prevista en el art. 1062 CC, que posibilita que se adjudique la cosa, en este caso la totalidad de las participaciones, al Sr. Segundo para que continúe en la actividad comercial de la mercantil. La adjudicación al Sr. Segundo de la totalidad de las participaciones provoca necesariamente que el mismo haya de compensar a la esposa, con su propio dinero, al no existir en el haber partible metálico para compensar la diferencia; tal posibilidad la autoriza el art. 1062 CC, aunque también puntualiza que basta que uno de los herederos pida su venta en pública **subasta** y con admisión de licitadores extraños para que así se haga. De forma generalizada la jurisprudencia ha venido manteniendo que la adjudicación de un bien a uno de los partícipes con compensación a los demás en metálico solo es una solución viable cuando en la herencia se incluye dinero líquido en cuantía suficiente para el pago, o el adjudicatario admita compensar a los demás con su propio peculio y, además, ninguno de los condueños haya pedido la venta en pública **subasta**.

"En este caso el demandado no ha admitido la compensación y ha aceptado la venta en pública **subasta** decretada en la resolución apelada, pero tal solución no se considera justa ni adecuada para la liquidación de la sociedad de gananciales; sería prácticamente imposible que una tercera persona adquiriese un paquete de participaciones minoritario de una sociedad mercantil que es exclusivamente familiar, en el que los dos hermanos tendrían la mayoría, por lo que únicamente sería factible que uno o el otro pujasen en esa **subasta**, en la que adquirirían las participaciones por un valor muy inferior al que se estableció por el contador partidor, burlando así los derechos que a la Sra. Dolores le corresponden, a la que debe atribuirse la mitad del valor del negocio calculado al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal".

8. El Sr. Segundo interpone recursos por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal

1. Motivo y razones.

En el único motivo del recurso, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia infracción de los arts. 376 y ss. LEC y del art. 24 CE, por entender que la sentencia recurrida ha llevado a cabo una valoración de la prueba arbitraria e ilógica.

En su desarrollo denuncia, en primer lugar, infracción del art. 376 LEC en cuanto a la valoración de los testigos. Argumenta que la sentencia incurre en una interpretación arbitraria al aceptar el argumento del contador sobre la dificultad de que un tercero pueda estar interesado en concurrir a la **subasta** de las participaciones. Añade que el Sr. Segundo no gestiona ninguna explotación económica que perteneciese a la sociedad de gananciales, pues las participaciones gananciales solo representan el 46% de la sociedad limitada. Concluye que ni ha pedido ni desea que se le adjudiquen las participaciones y que, por aplicación de los arts. 1410, 1061, 1062 CC, procede confirmar la sentencia del juzgado.

En segundo lugar, denuncia errónea valoración conjunta de todas las pruebas que obran en el procedimiento, porque la propuesta del contador no preserva la igualdad en los lotes ni cumple el art. 786.2.3.º LEC, dado que no se liquidan los bienes ni se dividen, sino que se genera una deuda, para cuyo pago no tiene liquidez.

En tercer lugar, denuncia infracción del art. 24 CE y de los principios de oralidad e inmediación que, según alega, se daría en la decisión del juzgado, de la que, según dice, la Audiencia solo podría apartarse si mediaran errores graves que, en el caso, no se dan.

Por las razones que se exponen a continuación el recurso va a ser desestimado.

2. Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

El recurso adolece de una gran confusión en su exposición, acumula la denuncia de distintas infracciones y cita de manera conjunta preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil y preceptos del Código civil. Esto último obedece a que el recurso mezcla cuestiones procesales con otras sustantivas que se refieren al fondo y son ajenas al objeto del recurso por infracción procesal. De hecho, coinciden con las que se plantean en el recurso de casación.



En primer lugar, hay que observar que la revisión de la forma en la que puede llevarse a cabo la adjudicación de las participaciones sociales gananciales y la valoración de si la propuesta aprobada por la Audiencia infringe o no las normas civiles invocadas por el recurrente es una cuestión jurídica referida a la correcta o incorrecta aplicación de tales normas sustantivas y no afecta a la valoración de la prueba para la determinación de los hechos probados sobre los que parten las valoraciones jurídicas. Tampoco afecta a la valoración de la prueba decidir, si fuera el caso, si el art. 1406 CC es aplicable cuando las participaciones gananciales representan solo un porcentaje del capital de la sociedad.

Por otra parte, si atendemos a las denuncias de infracciones procesales a las que, de forma entremezclada, se alude en el motivo, el mismo debe ser igualmente desestimado. Ni el contador designado es un testigo, ni al asumir el criterio del contador la sentencia recurrida está valorando erróneamente su informe y su declaración. De nuevo, con esta argumentación lo que cuestiona el recurrente es la correcta aplicación de normas sustantivas, lo que es propio del recurso de casación.

En realidad, como ha quedado dicho, bajo la apariencia de denuncia de errores procesales, la parte lo que está planteando es la cuestión jurídica de si la partición aprobada infringe los preceptos sustantivos, de modo que lo que se impugna son las razones de fondo que ha tenido en cuenta la Audiencia, de acuerdo con el cuaderno elaborado por el contador partidor designado en el procedimiento, para rechazar la petición del recurrente de que las participaciones sean subastadas.

Finalmente, contra lo que se afirma en el recurso, es obvio que no hay infracción procesal porque al conocer de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación la Audiencia explicita unas razones diferentes a las que tuvo en cuenta el juzgado. Como establece el art. 456 LEC, "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación".

Por todo lo expuesto, el motivo, y con él el recurso por infracción procesal, se desestima.

TERCERO.- Recurso de casación

1. Motivo y razones.

En el único motivo admitido se denuncia infracción de los arts. 1061, 1062, 1406 y 1410 CC y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta. El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3.º LEC y, para justificar el interés casacional, cita las sentencias 737/2016, de 21 de diciembre, y 104/1998, de 16 de febrero.

En su desarrollo sostiene, en síntesis, que la sentencia recurrida infringe el art. 1061 CC, al que se remite el art. 1410 CC, porque aprueba las operaciones divisorias del cuaderno particional a pesar de no existir igualdad en los lotes. Añade que es perfectamente factible la venta de las participaciones a través de pública **subasta**, solución que conforme al art. 1062.II CC es la que procede cuando lo pide uno de los partícipes, tal y como ordenó la sentencia de primera instancia, cuya confirmación solicita.

2. Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

2.1. Admisibilidad del recurso.

Debemos dar respuesta en primer lugar al óbice de inadmisibilidad planteado por la recurrida para rechazarlo.

Es cierto que las sentencias que se citan en el recurso para justificar el interés casacional se refieren a supuestos diferentes al litigioso. En el recurso que dio lugar a la sentencia 737/2016, de 21 de diciembre, lo que se cuestionaba era la valoración de una vivienda de protección oficial propiedad de los esposos en atención a su posible descalificación como vivienda protegida. Por su parte, la sentencia 104/1998, de 16 de febrero, confirmó la de instancia que había acordado la adjudicación al esposo de la vivienda familiar, con la correspondiente compensación económica a la esposa, y rechazó la pretensión de ella de que se dividiera en régimen de propiedad horizontal y se le adjudicara la propiedad del piso que había ocupado desde la separación, por ser indivisible.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de esta sala que distingue entre causas absolutas y causas relativas de inadmisibilidad, procede entrar en la cuestión jurídica planteada cuando el recurso, a pesar de adolecer de una técnica casacional mejorable, plantea con claridad la cuestión jurídica controvertida y justifica mínimamente el interés casacional, con cita adecuada de las normas aplicables, de forma que la parte recurrida puede oponerse al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y el tribunal puede abordar las cuestiones jurídicas planteadas (entre otras, sentencias 2/2017, de 10 de enero, y 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio).



Esto es lo que sucede en el caso, en el que el recurrente, con cita de los arts. 1410, 1061 y 1062 CC, plantea la exigencia de que se ordene la venta en pública **subasta** en todos los casos en que una de las partes lo pida como vía para solucionar la situación de indivisión. Así planteada la cuestión jurídica, la recurrida se ha podido oponer explicando las razones por las que considera que la sentencia de la Audiencia no infringe los preceptos invocados ni la doctrina de esta sala.

Procede por ello entrar en el fondo del asunto, lo que hacemos a continuación.

2.2. Cuestión jurídica planteada.

Hay que comenzar advirtiendo que, pese a la mención que se hace del art. 1406.2 CC en el encabezamiento del recurso, en su desarrollo no se explica la forma en que se ha infringido esta norma, lo que resulta lógico porque, propiamente, la solución de la sentencia recurrida no resulta de su aplicación.

Precisamente porque el Sr. Segundo no exige la atribución preferente de las participaciones al amparo del art. 1406.2 CC -que establece el derecho de un cónyuge a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde este alcance, la explotación económica que gestione efectivamente-, no es preciso valorar en qué circunstancias puede ejercerse tal facultad cuando la explotación económica tiene forma social o cuando solo es ganancial una cuota de la empresa, como sucede en el caso.

En realidad la sentencia recurrida, si bien es cierto que contemplando la posibilidad prevista en el art. 1406 CC, acude para resolver el recurso de apelación a las normas sobre partición y liquidación de la herencia, en especial a lo dispuesto en los arts. 1061 y 1062 CC, en atención a la remisión contenida en el art. 1410 CC a tal conjunto normativo.

La cuestión jurídica que se plantea, por tanto, es si la atribución al Sr. Segundo de las participaciones sociales es contraria a estos preceptos y a la jurisprudencia que los interpreta.

2.3. Marco normativo y su interpretación jurisprudencial.

i) Esta sala ha venido manteniendo una interpretación flexible de los criterios recogidos en los arts. 1061 y 1062 CC, cuya aplicación está en función de la entidad objetiva de los bienes que se van a dividir en cada caso. La posible igualdad de lotes (art. 1061 CC), como muestra el art. 1062 CC, solo juega cuando los bienes sean divisibles o no desmerezcan mucho en su división.

Por esta razón, el pago con bienes de distinta naturaleza no supone necesariamente infracción del art. 1061 CC, como recuerda la sentencia 77/2013, de 14 de febrero, que cita las sentencias 219/2005, de 15 de marzo, 883/2000, de 6 octubre, 1115/2004, de 25 noviembre, 845/2005, de 2 noviembre, 1234/2007, de 28 noviembre, y 379/2011, de 26 mayo, entre otras.

En el presente caso, la controversia se produce con ocasión de la liquidación de una sociedad de gananciales tras una disolución matrimonial, por lo que no se impone la aplicación taxativa de reglas que, en sede de sucesiones, conectan con la naturaleza jurídica de la legítima y su consistencia cualitativa (lo que, por lo demás, no impide al testador que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital imponer al adjudicatario el pago a los demás en metálico no hereditario, en los términos del art. 1056.II CC).

ii) En el ámbito de la liquidación de gananciales el problema se ha suscitado sobre todo con la vivienda familiar, porque en muchas ocasiones constituye, cuando no el único, sí el bien de mayor valor del activo.

Para la vivienda familiar, como recuerda la sentencia 54/2017, de 27 de enero, la adjudicación del uso a uno de los esposos hasta la liquidación no comporta que deba adjudicársele contra su voluntad en propiedad con abono en metálico al otro, por ser factible proceder a su venta y repartir el dinero ente ambos. Ello no ha impedido que, excepcionalmente, con apoyo en el primer párrafo del art. 1062 CC, esta sala haya confirmado la sentencia que, en atención a las circunstancias del caso, adjudicó a uno la vivienda familiar con compensación en dinero u otros bienes al otro (sentencias 630/1993, de 14 de junio, y 104/1998, de 16 de febrero, citada por el recurrente), o que adjudicó a la esposa el inmueble que constituía su residencia, con compensación al marido por el exceso de valor respecto del piso que se le adjudicó a él.

iii) Para un supuesto más próximo al que da lugar al presente recurso de casación, la sentencia 219/1995, de 15 de marzo, desestimó que hubiera infracción del art. 1061 CC en la adjudicación al marido de las acciones de un negocio familiar formado y desempañado por él y su familia, así como de los inmuebles cuya propiedad compartía él con su familia, con compensación en dinero para la esposa.

Razonó la sentencia que, en el caso,



"[N]os encontramos en una partición derivada de separación conyugal contenciosa; y siguiendo tensas relaciones entre los litigantes, (por lo que) parece la única solución razonable y lógica, dado que comparte la propiedad de los mismos con su padre y hermana respectivamente, por lo que adjudicar cualquiera de estas mitades indivisas de inmuebles a la esposa, sería muy probablemente abocar a futuros litigios, (...) y si, como dijo la sentencia de 15 julio 1985 el párrafo 2 del artículo 3 del CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa".

iv) La exigencia de acudir a la venta en pública **subasta** cuando lo pida uno de los partícipes por ser la cosa indivisible o desmerecer mucho por su división requiere, como expresa el art. 1062.II CC, que la venta se haga con la admisión de licitadores extraños.

Al decir de García Goyena -en su comentario al art. 909 del proyecto de 1851, que introducía la venta frente al arbitrio que se reconocía en el derecho anterior al juez para adjudicar las fincas por entero a uno de los coherederos-, la licitación se justifica "porque no lastima el derecho de ninguno y tiende al beneficio de todos"; y la admisión de licitadores extraños "porque sin esto sería muy triste la condición del coheredero pobre". Se trataba, en definitiva, en el sistema introducido en ese momento en el Código, en el que bastaba la mayoría para acordar la partición, de evitar que el partícipe con una cuota mayoritaria o el más fuerte económicamente pudiera abusar de los demás, comprando su parte por menos de lo que podría obtenerse en el mercado.

v) La venta en pública **subasta** como medio para lograr la igualdad entre los partícipes mediante el reparto del dinero obtenido persigue, en definitiva, que pueda obtenerse el mejor precio, lo que queda garantizado mediante la concurrencia de licitadores extraños.

Por tanto, no resultará razonable acordar la **subasta**, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado. Esta idea es relevante, por lo que se dirá más adelante, en atención a las circunstancias fácticas del presente litigio, en el que se trata de la liquidación de las participaciones de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano.

El hecho de que las participaciones sociales sean embargables no contradice este razonamiento. La STC 182/2011, de 21 de noviembre, a efectos de la aplicación analógica de las normas de la **subasta** en el procedimiento de apremio, declaró que la liquidación de un bien matrimonial (en el caso, un inmueble) no puede asimilarse sin más a la ejecución dirigida a satisfacer a un acreedor, porque en ese ámbito el sacrificio de la desvalorización del bien se justifica como último remedio para no seguir prolongando una espera que el acreedor sufre por responsabilidad del deudor, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la división de un bien del que son cotitulares los dos esposos. Por lo que aquí importa, que el valor en venta de las participaciones de una sociedad como la que nos ocupa no tenga correspondencia con su valor nominal perjudicaría a quien, como consecuencia del divorcio, va a salir de la empresa familiar, tal como explicamos a continuación.

vi) Puesto que es relevante a efectos de los argumentos utilizados por la sentencia recurrida, por lo que se refiere a la forma en que, en caso de acordarse, debería llevarse a cabo la **subasta**, y su régimen jurídico, debe tenerse en cuenta lo siguiente.

A falta de acuerdo entre los interesados, queda excluido el expediente de **subasta** voluntaria regulado en los arts. 108 a 111 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV) en el que, por lo demás, de manera coherente con su carácter voluntario, terminada la **subasta**, procede el sobreseimiento si no hay ningún postor que cubra el mínimo fijado por el solicitante (en defecto de acuerdo, si son varios, el tasado conforme a precio de mercado, por aplicación supletoria de la Ley de enjuiciamiento civil) o no aprueban la postura que no cubra el precio mínimo (art. 111. 6 y 7 LJV).

Salvo que la resolución judicial que ordene la **subasta** establezca otra cosa o las partes acuerden otro sistema alternativo de realización, a falta de una regulación expresa, la aplicación supletoria del art. 635 LEC exige que la realización de las participaciones sociales se lleve a cabo a través de notario.

La regulación del expediente de **subasta** notarial [arts. 72 a 77 de la Ley del Notariado (LN), redactados por la LJV] contiene unas normas propias. Así, se exige la fijación de una valoración como tipo de la licitación (a falta de acuerdo, mediante perito designado notarialmente), por debajo del cual no se admitirán posturas (art. 74.3 LN); para el supuesto de fracaso de la **subasta** no se contempla la adjudicación al acreedor o, en su caso, a quien solicite la **subasta**, por lo que si están interesados deberán concurrir pujando; si no concurre ningún postor se declara desierta la **subasta** y se acuerda el cierre del expediente (art. 75.2.III LN), con el consiguiente mantenimiento de la situación de indivisión.



Esta solución legal está justificada cuando se trata de una **subasta** voluntaria, pero no cuando la **subasta** deba ejecutarse para llevar a cabo una liquidación ordenada judicialmente, como sucedería en la hipótesis que da lugar al presente recurso de casación si se ordenara la **subasta**. Para estos supuestos debe tenerse presente que, de acuerdo con el art. 72.1 LN, la regulación contenida en los arts. 72 a 77 LN es supletoria de las normas que en su caso establezcan que la venta se haga ante notario, lo que sucede tratándose de una **subasta** acordada por el juez al amparo de una norma legal (cfr. arts. 1062 CC y 635 LEC).

Por esta razón, para evitar la situación de indivisión a que conduciría el fracaso de la **subasta**, procedería la aplicación supletoria de las normas reguladoras del apremio, lo que permitiría una adjudicación por el 30 por 100 del valor de tasación (arts. 635 y 651 LEC).

Debe tenerse en cuenta, por último, que aunque no existan cláusulas estatutarias que limiten la transmisibilidad de las participaciones sociales, la Ley de sociedades de capital restringe su libre transmisión voluntaria "inter vivos" (art. 107 LSC) y su transmisión forzosa (art. 109 LSC), permitiendo en última instancia que los socios o la sociedad adquieran las participaciones mediante la aceptación de las condiciones de la **subasta**.

2.4. Aplicación al caso.

i) A la vista de los hechos probados debemos partir de los datos que singularizan el supuesto litigioso, en el que el activo está integrado por una parcela (valorada, con el ajuar de la casa que contiene, en 17.433,79 euros) y las 92 participaciones sociales (valoradas en 314.123,33 euros). Estas participaciones suponen el 46% de la sociedad Xamons Martínez S.L. que, según se ha declarado probado, es una sociedad familiar "incluida su llevanza y gestión, desempeñada siempre por los dos hermanos" (el exmarido y su hermano). Ha sido probado o no discutido que otras 92 participaciones, 46% del capital social, pertenecen al hermano del exmarido (según se dice, casado) y el resto de las participaciones (8%) son privativas del exmarido.

Es relevante asimismo la situación fáctica descrita por la sentencia recurrida, conforme a la cual, la organización de la empresa bajo forma societaria, con personalidad jurídica propia, es compatible con la realidad de que la administración, gestión y explotación se realiza por el exmarido junto con su hermano, y que ambos se dedican profesionalmente a la empresa, siendo ellos los que la hacen funcionar por sus especiales conocimientos, experiencia y relaciones.

ii) Frente a la sentencia que adjudica al Sr. Segundo las participaciones gananciales y le impone que abone a la Sra. Dolores la mitad de su valor (descontando lo que vale la parcela mencionada, que se le atribuye a ella), el Sr. Segundo solicita que se anule la sentencia y se confirme la sentencia del juzgado, que acordó la **subasta** de las participaciones.

Aunque el esposo, en su comparecencia ante el letrado de la administración de Justicia, solicitó inicialmente la adjudicación por mitad de las participaciones gananciales, en su escrito de oposición a las operaciones divisorias practicadas por el contador designado judicialmente manifestó que no se opondría a la venta en pública **subasta**, y esta es la petición que mantiene en la actualidad.

Puesto que nadie solicita la adjudicación por mitad de las participaciones gananciales, sería incongruente que esta sala adoptara una decisión en tal sentido que, por lo demás, de forma razonable fue descartada en la instancia.

iii) El juzgado acordó la **subasta** a pesar de considerar que las participaciones eran divisibles. Ciertamente las participaciones sociales no son indivisibles, pero atribuir a la Sra. Dolores participaciones que supongan un 23% del capital le haría quedar en minoría en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado, de modo que un paquete minoritario que no permite ninguna influencia en las decisiones sociales desmerece mucho en su valor. La Audiencia afirmó que, aunque no constaba la existencia de limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones (y no se ha cuestionado esta afirmación), compartía el criterio del juzgado.

En efecto, atribuir a la Sra. Dolores un paquete minoritario de participaciones y convertirla en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado sería castigarla a una especie de vinculación perpetua, pues resulta difícil imaginar que un tercero quisiera adquirir esas participaciones en tales condiciones. Tal solución, en definitiva, no solo dejaría la puerta abierta a numerosos conflictos, sino que incumpliría la propia finalidad de la liquidación, que no es otra que la de poner fin a las situaciones de indivisión no deseadas.

iv) Esta sala considera que la otra alternativa propuesta por el Sr. Segundo , la venta en pública **subasta** de todas las participaciones sociales gananciales, en la situación fáctica descrita, hace igualmente ilusoria la concurrencia de terceros a la **subasta**.

Al escaso interés que puede despertar la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos (pues no hay que olvidar el porcentaje privativo del recurrente) debe sumarse que, aunque no existan restricciones estatutarias a la transmisión de las participaciones, la **subasta**



no podría eludir la aplicación de las disposiciones legales sobre transmisión de las participaciones sociales, lo que aún puede desalentar más a los terceros a interesarse por tal adquisición.

En definitiva, el resultado más que probable ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios y por una cantidad muy inferior a la que se han valorado, de acuerdo con lo expuesto en el apartado 2.3 de este fundamento jurídico.

De ahí que, en atención a la singularidad de los bienes que deben liquidarse, la solución propuesta por el contador y aprobada por la Audiencia no es contraria a ninguno de los preceptos invocados por el recurrente.

En la aplicación del criterio de la "posible igualdad" en los lotes (art. 1060 CC) no puede prescindirse de la naturaleza de los bienes y de las circunstancias concurrentes. En el caso, por lo dicho, las consecuencias de una **subasta** que se acordara para lograr la igualdad formal afectarían de manera muy diferente, de una parte, a quien, tras el divorcio, queda fuera de la empresa familiar y, de otra, a quien es socio administrador y desempeña en ella su trabajo personal.

v) Frente a este razonamiento no son atendibles las alegaciones del recurrente de que no dispone de dinero para compensar a la Sra. Dolores por el valor de la mitad de las participaciones gananciales.

El art. 1062 CC no exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se adjudica el bien deba existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero.

Por ello, no puede esgrimirse la ausencia de liquidez actual frente a la alternativa de una **subasta** que, por las razones expuestas, conduciría a una prolongación de la indivisión o, en última instancia, a una adquisición de las participaciones por un valor muy inferior al fijado por el contador partidor designado judicialmente, en contra de la finalidad perseguida por los arts. 1060 y 1061 CC.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas

La desestimación de los recursos comporta la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Segundo contra la sentencia dictada, con fecha 30 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 655/2016, que confirmamos.

2.º- Imponer al recurrente las costas del recurso por infracción procesal y las del recurso de casación y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Seoane Spiegelberg, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Ignacio Sancho Gargallo y D. Juan María Díaz Fraile a la sentencia del pleno.

Con el mayor respeto y consideración al criterio mayoritario, discrepo del mismo con base en los argumentos siguientes:

1.- Objeto del proceso y marco normativo.-

1. La finalidad del procedimiento de liquidación del patrimonio ganancial consiste en convertir la cuota abstracta que corresponde a los litigantes sobre el totum ganancial en bienes concretos y determinados cuya propiedad exclusiva adquieran al concluir las operaciones liquidatorias, las cuales se encuentran sometidas a un específico marco normativo que las rige y condiciona, y que, por lo tanto, debe de ser observado.

2. La disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales se encuentra regulada en los arts. 1392 y siguientes del Código Civil (en adelante CC). El reparto de los bienes comunes debe ser por mitad entre los cónyuges conforme disponen los arts. 1344 y 1404 de dicho texto legal. En la ejecución de las operaciones



particionales es de aplicación, con carácter supletorio, en lo que no se encuentre expresamente previsto, con respecto a la formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás, lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, según dispone, con remisión en bloque, el art. 1410 del CC.

3. En consecuencia, la adjudicación de los bienes entre los integrantes de la sociedad ganancial está sujeta a lo dispuesto en el art. 1061 del CC, que recoge el principio de igualdad o de equivalencia cualitativa en la formación de lotes, según, el cual: "en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie".

4. Aunque la sala en ocasiones se ha expresado sobre el carácter orientativo o facultativo de la regla de la equivalencia material, que impone el referido art. 1061 del CC, este precepto no debe dejar de interpretarse en sus justos términos, pues también hemos declarado que, cuando no se respeta el criterio igualitario, concurre una causa de nulidad, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la ley (sentencias 1115/2004, de 25 noviembre; 845/2005, de 2 de noviembre, ambas citadas por la sentencia 164/2020, de 11 de marzo, y 1093/2006, de 7 de noviembre).

5. En este sentido, podemos referirnos a una imperatividad relativa, de modo que, en los supuestos en que no existan bienes de la misma naturaleza, calidad y especie, que posibiliten la adjudicación igualitaria, pero que permitan la partición heterogénea, la atribución de bienes de distinta clase, evitando la indeseable proindivisión, es perfectamente factible en derecho, pues la igualdad, que impone el art. 1061 del CC, sólo es observable en tanto cuanto sea posible.

6. Ahora bien, de dicha jurisprudencia no puede obtenerse tampoco la falsa conclusión de que el contador tenga las manos libres para prescindir, de forma absoluta y sin justificación, de lo establecido en tal precepto, privándole de cualquier clase de significado y eficacia normativa, salvo que, en la partición de la herencia, el causante, dentro de sus amplias facultades legales, le dispense de su aplicación, lo que no es el caso. En este sentido, señala la sentencia 399/2012, de 15 de junio, en la interpretación de la igualdad cualitativa proclamada por el precitado art. 1061 del CC, que:

"[...] con carácter general, no se puede sostener la aplicación meramente facultativa de este principio, pues hay supuestos en donde se aprecia claramente su carácter imperativo (contadores encargados de hacer la partición, personas sujetas a la patria potestad o a la tutela y supuestos de partición o división judicial), no obstante, por mor de propia concreción material, inclusive dicha nota de imperatividad en su aplicación tampoco puede resultar absoluta sino relativa".

7. Sin embargo, la anteriormente expuesta no es la única regla que deberá de ser observada, sino también se ha de atender al denominado principio de interdicción de la división dañosa y de la excesiva división o fragmentación de los bienes, a la que se refiere el art. 1062 del CC, que establece que: "Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública **subasta**, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga"; precepto que contempla tanto la indivisibilidad física y jurídica, como el desmerecimiento de la cosa. Y, por último, el art. 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) norma que el contador partidor "procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas".

8. En el caso presente, pese al carácter divisible de las participaciones gananciales, que suponen el 46% del capital social de la mercantil Xamóns Martínez S.L., tal y como se ha planteado el recurso, las partes no discuten que a dichas participaciones sociales se les dé el tratamiento jurídico de un bien indivisible. En consecuencia, es de aplicación el régimen legal del art. 1062 del CC, que no implica que no puedan compensarse la adjudicación de las participaciones sociales abonando el exceso en metálico, aunque incluso el dinero no forme parte del haber común, lo que expresamente se admite en las sentencias, 69/2000, de 29 de enero; 399/2012, de 15 de junio; 77/2013, de 14 de febrero y 583/2014, de 21 de octubre, entre otras.

9. Ahora bien, ello es así, cuando se cuente con el beneplácito de las partes o cuando quien se oponga a dicha forma de adjudicación lo haga mediante una conducta constitutiva de abuso de derecho vedada por el art. 7 del CC -en este caso no planteada ni sugerida-, ya que tampoco se puede vaciar de contenido al art. 1062 CC, cuando norma que bastará que cualquiera de los interesados en la partición pida la venta en pública **subasta** para que deba aceptarse tal solución.

II.- Análisis de las concretas circunstancias concurrentes.

10. Es fundamental, en cualquier caso, tener en cuenta las circunstancias concurrentes. Pues bien, en la resolución del presente recurso de casación, no nos encontramos ante un supuesto en el cual el Sr. Segundo esté conforme con la adjudicación de las participaciones sociales gananciales y dispuesto a abonar la



diferencia de importe a su favor mediante compensación en metálico, sino ante un panorama decisivo radicalmente distinto, cuyos condicionantes fácticos se pasan a exponer.

11. En primer lugar, los bienes litigiosos son las participaciones sociales gananciales, que implican el activo de mayor importe del inventario, toda vez que son valoradas en 314.123,33 euros, mientras que el otro activo existente, la finca de Turey, con vivienda y ajuar, en tan solo de 17.433,79 euros, lo que implica que aquéllas supongan el 94,50% del importe total de los bienes comunes sometidos a liquidación.

12. Por otra parte, la posición defendida por la Sra. Dolores es que no quiere que se le adjudiquen la mitad de dichas participaciones sociales, pese a su carácter divisible (art. 1061 CC), como sí admitía el recurrente que estimó idónea tal forma de liquidación; de ninguna manera acepta que sea ella la que adquiera, por su precio de tasación, las participaciones comunes, como le ofertó expresamente el Sr. Segundo ; tampoco que las mismas se vendan en pública **subasta**, que es lo establecido en el art. 1062 del CC, como interesó el recurrente; sino que postula, como única solución viable para la ejecución de las operaciones liquidatorias, que se imponga su adquisición forzosa al que fue su marido, y pese a desconocerse además su capacidad económica para ello, que es negada expresamente por el Sr. Segundo ; pretensión que particularmente estimo no es susceptible de ser aceptada, en tanto en cuanto supone, en las circunstancias expuestas, un cambio, a mi modo de ver injustificado, en la jurisprudencia, se aparta del criterio mayoritario de la doctrina y vulnera lo dispuesto en el art. 1062 del CC.

III.- Razones por las que considero inviable la ratificación de la sentencia de la Audiencia.

13. En efecto, en primer término, la adjudicación particional cuestionada es incompatible con las funciones propias de un contador, que se circunscriben a dividir los bienes del activo inventariado, sin que dentro de sus atribuciones se encuentren la posibilidad de sustituir el consentimiento de los titulares del haber ganancial mediante la imposición de la adquisición de un bien común, además el del mayor valor del activo, en contra de la voluntad expresamente exteriorizada del forzado adquirente.

Al realizar las operaciones liquidatorias considero pues que el contador partidario ha llevado a efecto un auténtico acto de disposición para el que carece de facultades legales, obligando al recurrente a ejecutar un acto contrario a su voluntad, sin haber cometido acto ilícito alguno que permita imponer como condena una conducta debida.

La partición del contador, refrendada por la Audiencia, puede obligar al recurrente a gravar su patrimonio con la concertación de un préstamo para financiar la adquisición forzosa acordada, con la consustancial minusvaloración del activo ganancial, al adquirirlo, en tal caso, por un precio superior al importe de su avalúo, por la obligación de asumir el coste que ello supone; todo ello con las dificultades de acudir a la financiación por eventuales necesidades futuras, ante la posibilidad de hallarse agotada o reducida la capacidad de endeudamiento del Sr. Segundo , y además bajo la presunción de que el crédito le será concedido. En definitiva, condicionando de tal forma su libertad de actuación y de gestión patrimonial.

14. Discrepo igualmente de los argumentos justificativos de la decisión adoptada, que respetuosamente no puedo compartir.

En primer lugar, en tanto en cuanto considero cuestionable que la venta de las participaciones sociales en **subasta** se deba de ejecutar necesariamente mediante la regulación de la vía de apremio de la LEC, descartando la **subasta** notarial (arts. 635.2 II LEC y 72 a 77 de la Ley del Notariado) y la prevista en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 108 y siguientes), y, por ende, la posibilidad de señalar un precio fijo límite de adquisición y determinar las concretas condiciones de la venta encaminadas a la obtención de un precio satisfactorio para las partes. Problemática sobre la que, en su día, deberá de pronunciarse esta sala, al no existir doctrina jurisprudencial al respecto, tratándose de un asunto de legalidad ordinaria, sin que quepa entender la presente sentencia como decisión sobre tan polémica cuestión, en relación con la cual existen evidentes discrepancias en la doctrina y en la denominada jurisprudencia menor, que exigen un esfuerzo de delimitación del cuadro de realización de los activos comunes.

Precisamente tal aplicación automática es cuestionada por la STC 182/2011, de 21 de noviembre (FJ 4), cuando señala al respecto que la sentencia recurrida en amparo:

"[...] parte de una premisa patentemente errónea, como es la asimilación de la figura del cónyuge que solicita la liquidación de bien común, con la de un "acreedor", y, en sentido contrario, la de aquel otro que no ha tomado la misma iniciativa (en el caso, la aquí recurrente) como un "deudor" de aquél.

[...] Tal situación nada tiene que ver, sin embargo, con la liquidación de un bien matrimonial, donde ambos son titulares del bien inmueble -en este caso incluso en mayor proporción para la recurrente afectada- y ambos se ven sujetos a su conversión en dinero. De allí que si bien en principio resulten aplicables las reglas de la



subasta previstas en la Ley de enjuiciamiento civil, ello ha de serlo hasta el punto en que resulte razonable la asimilación. No, precisamente, en el punto de adjudicar el bien al cónyuge ejecutante por un importe irrisorio con el que se vendría a dar por satisfecha una deuda como tal inexistente; confundiendo en definitiva, con ello, el ámbito de las relaciones familiares y la división del haber común matrimonial, con el de las obligaciones pecuniarias".

15. La segunda de ellas, partiendo de la licencia de la aplicación del régimen jurídico de la **subasta** de la vía de apremio de la LEC, es que la venta de las participaciones sociales pudiera llevarse a efecto por el 30% del valor de tasación, así como que los únicos postores, al tratarse de una sociedad familiar, serán el recurrente y su hermano, que obtendrán de esta forma un precio minusvalorado en perjuicio de la Sra. Dolores, prescindiéndose de que esta igualmente podría intervenir en la **subasta** y solicitar la adjudicación de los bienes por ese hipotético 30%, generándose entonces una situación que no prevé la LEC, cuya regulación contempla la existencia de una sola parte ejecutante, lo que es una manifestación más de las dificultades de aplicar el régimen de la vía de apremio a una ejecución que no es dineraria.

16. En tercer lugar, se parte de la presunción de que el recurrente cuenta con recursos económicos para comprar las participaciones gananciales, pese a desconocerse su capacidad económica real y sus alegaciones en sentido contrario, lo que conforma un elemento de enorme trascendencia para valorar su comportamiento y la bondad de la sentencia de la Audiencia que nada razona al respecto.

En efecto, carecemos de cualquier elemento de juicio de constatación del patrimonio privativo del recurrente, salvo que es titular exclusivo del 8% del capital social de la mercantil Xamóns Martínez S.L., sin que el haber ganancial tampoco evidencie una boyante situación económica como resulta del inventario practicado.

17. Por último, no comparto que un socio minoritario esté indefenso en el funcionamiento de una sociedad mercantil, de manera tal que sea una adjudicación en vacío, de mero valor simbólico, la atribución del 23% del capital social, sin que quepa presumir tampoco la actuación fraudulenta.

Por el contrario, existe un estatuto jurídico de protección del socio minoritario, el cual podrá ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores societarios, incluso la acción social (art. 359 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC); ejercer el derecho de separación al amparo del art. 348 bis de la LSC, siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello; solicitar la convocatoria de la junta de socios señalando los asuntos a tratar (art. 168 LSC); impugnar los acuerdos de la junta general (art. 204 LSC), comprendiendo los casos de haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales (sentencias 418/2005, de 26 de mayo y 873/2011, de 7 de diciembre); instar el nombramiento de un auditor al Registro Mercantil para asegurarse de la corrección de las cuentas sociales (arts. 265.2 LSC y 359 del Reglamento del Registro Mercantil); gozar de la protección penal de los delitos societarios (arts. 290 y siguientes del Código Penal) y de la administración desleal (art. 252 de este último texto legal), entre otros mecanismos tuitivos de su posición jurídica.

Situación la del socio minoritario que, por otra parte, no es algo excepcional sino consustancial al funcionamiento de las sociedades mercantiles, que no constituye un problema específico de la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que son los socios mayoritarios quienes fijan el rumbo de la sociedad en virtud del principio democrático de la mayoría, sin que ello signifique atropello de los derechos de los socios minoritarios, y sin que quepa tampoco confundir valor económico de unas participaciones sociales con la presumida dificultad del ejercicio de los derechos societarios en un contexto de conflicto, en este caso, además, no expresado, salvo el derivado de la crisis matrimonial.

Por otra parte, durante el consorcio y con la aquiescencia de la esposa, se adquirieron las participaciones societarias con carácter ganancial.

18. No se descarta tampoco el hipotético riesgo, que la prudencia exige prevenir, relativo a que si el recurrente carece, como sostiene, de recursos suficientes para pagar el precio de las participaciones sociales y se le niega el acceso al crédito, se produciría el embargo de las mismas y su realización, ahora sí, indiscutiblemente, por la vía de apremio, ya que de una ejecución dineraria se trata.

En tal contexto, si aplicamos, para ser coherentes, la misma predicción de que no habrá postores en la **subasta** convocada al afecto, se causaría la situación indeseable de que la Sra. Dolores, en su condición de acreedora ejecutante, se adjudicase la totalidad de las participaciones sociales por el 30% de su valor (art. 651 de la LEC), viéndose el Sr. Segundo totalmente privado de su cotitularidad ganancial, así como obligado a responder, con el resto de sus bienes privativos, de la cantidad pendiente de cobro hasta cubrir el importe del crédito liquidatorio de la Sra. Dolores (art. 1911 del CC).

19. En definitiva, el juego normativo del art. 1062 del CC, en el que se apoya la sentencia de la Audiencia, está condicionado a que exista dinero líquido en el activo del inventario ganancial, en este caso inexistente; o que



el adjudicatario admita la atribución del bien con compensación en metálico al otro u otros copartícipes, en este caso expresamente negada por el Sr. Segundo, señalando, tanto al evacuar traslado de la propuesta de liquidación de la Sra. Dolores, como al oponerse al recurso de apelación interpuesto por ésta e igualmente al formular recurso de casación, que no dispone de dicho dinero, ni tiene posibilidad de disponer de él, corriendo el riesgo de verse abocado a un embargo de las participaciones sociales para hacer efectiva la deuda impuesta; y, por último, que ninguno de los comuneros pida la venta en pública **subasta**, lo que sí es solicitado expresamente por el recurrente, sin que conste que tal proceder implique un vedado abuso de derecho.

20. En efecto, tampoco se ha constatado un ejercicio abusivo del derecho del art. 1062 del CC por parte del recurrente, cuestión que no es ni tan siquiera sugerida, ni objeto de ponderación por la sentencia de la Audiencia, ni lesionado el principio de equidad, sobre el cual tampoco se puede basar exclusivamente una resolución judicial (art. 3. 2 CC).

El recurrente se ha limitado a ejercitar el derecho que le confiere el art. 1062 del CC, al negarse la recurrida a repartir las participaciones sociales o ser ella quien las adquiriera abonando su importe al recurrente, cuya capacidad económica para comprarlas ha sido expresamente negada desde el primer momento, para que pudiera ser rebatida por la Sra. Dolores, que no propuso prueba alguna al respecto, sin que sea ajena al conocimiento del patrimonio del que fue su marido dada la proximidad de las relaciones otrora existentes entre ambos.

Es, por ello, que la petición del Sr. Segundo, de la venta en pública **subasta**, al amparo de lo dispuesto en la ley, no implica, en este caso, vulneración del art. 7 de dicho texto legal, sin que nadie, por otra parte, le pueda obligar a adquirir un bien ganancial, además con creces el de mayor valor, siendo la libertad un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1 y 10.1 de la Constitución). El Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 51/2011, de 14 de abril, FJ 8 y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8).

IV.- Análisis de la jurisprudencia.

21. Por otra parte, la jurisprudencia ha declarado que ejercitada la facultad del art. 1062 del CC conferida a cualquiera de los coherederos, la venta en pública **subasta** es obligada (sentencias de 26 de septiembre de 1986, 10 de febrero de 1997 y 16 de febrero de 1998). También, en los casos de comunidad de bienes, cuando así lo solicite cualquier comunero (sentencias 744/2006, de 7 de julio; 1337/2007, de 14 de diciembre; 233/2010, de 21 de abril; 222/2011, de 11 de abril; 609/2012, de 19 de octubre, 544/2017, de 5 de octubre, y las citadas en ellas, entre otras muchas). Igualmente, como veremos, en la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales, se realiza dicha interpretación del art. 1062 del CC.

22. En efecto, la sentencia 69/2000, de 29 de enero, tratándose de un régimen económico matrimonial de separación de bienes, rechaza el recurso de casación contra la sentencia que había atribuido el negocio común a un cónyuge con compensación al otro, pero indicando que no se había solicitado por ninguno de ellos la venta en pública **subasta**, dado que:

"La sentencia sostiene que se sigue esta posición, en atención a que si se optase por la vía de la **subasta** pública, tal procedimiento puede ser causa de un considerable desmerecimiento de los bienes comunes, como lo es también sin duda alguna la división material, invocando además al respecto, la resolución recurrida, la buena fe y la equidad, y teniendo en cuenta que, ninguno de los litigantes ha pedido la venta de los bienes con intervención de licitadores extraños [...]"

La sentencia 54/2017, de 27 de enero, en un caso ya del régimen económico matrimonial de gananciales, estimó el recurso de casación contra una sentencia, en la que se había impuesto al marido la adquisición forzosa de un inmueble en contra de su voluntad, acordándose que lo procedente era la venta en pública **subasta**, señalando la precitada resolución:

"1.- Hay que tener en cuenta dos cuestiones de especial trascendencia para la solución que se adopta:-

(i) Que ambas partes consideran que el bien (vivienda y sus anejos) es indivisible, por lo que no es necesario decidir sobre ello aplicando la sentencia 835/2009, de 15 de diciembre, traída a colación por la sentencia 148/2013, de 8 de marzo.

(ii) Que ambas partes se manifestaron con rotundidad en el acta de liquidación de bienes gananciales, levantada el 25 de mayo de 2011, en el sentido de que no deseaban la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico a la otra parte, por no tener disponibilidad económica para ello.

2.- Con tales antecedentes esta sala no alcanza a entender que se imponga por la contadora partidora la adjudicación de la vivienda, con compensación en metálico, a quien dice no disponer de él, con infracción de



las disposiciones legales a que hemos hecho mención, dando por supuesto, además, que los acreedores van a consentir la novación subjetiva que propone en cuanto a los préstamos que integran el pasivo.

3.- No tiene encaje legal imputar al demandado la falta de prueba sobre su situación económica, pues tal carga debe recaer sobre quien la afirma.

[...].

No se alcanza a comprender por qué se considera extemporánea la propuesta del recurrente sobre la venta del bien, si precisamente ésta es una forma de liquidación del que es indivisible (artículo 1062 CC) cuando se tramita un procedimiento de liquidación, que es el caso.

[...]

4.- Por todo ello procede estimar el recurso en el sentido de que se proceda a vender la vivienda familiar identificada y sus anejos inseparables, en pública **subasta** con admisión de licitadores extraños, y reparto del producto de la venta al 50% para con tal activo decidir sobre la partición de todos los bienes, pudiéndose entonces hacer compensaciones en metálico si la igualdad de los lotes lo exigiese".

Existe identidad de razón entre el caso examinado en esta última sentencia 54/2017, con el que ahora contemplamos; puesto que, en ambos litigios, se trata de la división de un bien ganancial, no se discute por las partes su carácter indivisible, ninguno de los consortes interesa la adjudicación del bien con compensación en metálico al otro y no consta la capacidad económica del recurrente para llevar a efecto la adquisición impuesta, considerándose, en tales circunstancias, que no se podía acordar por la contadora la adquisición forzosa, adoptándose como solución la venta en pública **subasta**.

No es aplicable al caso la doctrina de la sentencia 219/1995, de 15 de marzo, en el cual no se había solicitado la venta de un supuesto bien indivisible en pública **subasta**, sino que realmente se cuestionaba la vulneración del art. 1061 del CC, al existir otros bienes inventariados, y en el que además la compensación en metálico era de reducido valor 7.087.785 ptas., con respecto haber ganancial partible 147.054.130 ptas., esto es de tan solo del 4,81%, lo que fue tenido expresamente en consideración por la sentencia recurrida, lo que contrasta con la situación del presente litigio.

V.- Conclusión: el recurso de casación debió de ser estimado.

23. En definitiva, discrepo con respecto al criterio mayoritario, al entender, bajo mi particular parecer, que se genera un precedente innecesario y contraproducente en las liquidaciones de las sociedades legales de gananciales, en los supuestos muy frecuentes en que la actividad de uno de los cónyuges se lleva a efecto por medio de una sociedad mercantil y en los que las acciones o participaciones sociales son gananciales, si se impone la forzosa adquisición de las mismas al cónyuge que gestiona el objeto social, con obligada compensación de su valor al otro cónyuge y se le niega además la posibilidad de optar por la venta en pública **subasta**.

Se abre igualmente un frente en la interpretación del art. 1062 del CC, que permita obligar a un copartícipe en una herencia, comunidad de bienes o liquidación de un régimen económico matrimonial a soportar la adquisición forzosa de un bien inventariado de naturaleza indivisible, negándole la posibilidad legal de solicitar su venta, sin constatación de una situación de abuso de derecho por su parte -pensemos en el caso de que un comunero acepte la adquisición del bien, por su precio real, y el otro se oponga a que se le compense en metálico sin razones para ello, o cuando sea muy pequeña su participación en el haber común u otras circunstancias similares-, que en el supuesto enjuiciado desde luego no concurren.

El contador no puede imponer una adquisición forzosa al copartícipe de la comunidad en liquidación, además en el presente caso del bien con creces de mayor valor del haber común, en contra de su expresa y justificada oposición, a modo de una especie de expropiación forzosa a la inversa en el ámbito del derecho privado, que limite y cercene su libertad de decisión y gestión patrimonial, siendo la libertad un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1 y 10.1 CE).

24. Por todo el conjunto argumental expuesto, y con el máximo respeto al criterio mayoritario, considero que debió de estimarse el recurso de casación y ratificada la sentencia del Juzgado.