



Roj: **SAP OU 462/2017 - ECLI: ES:APOU:2017:462**

Id Cendoj: **32054370012017100241**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2017**

Nº de Recurso: **655/2016**

Nº de Resolución: **259/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00259/2017**

**S E N T E N C I A**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

ER

**N.I.G.** 32054 42 1 2010 0017228

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000655 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de OURENSE

**Procedimiento de origen:** LIQUIDACION SOCIEDADES GANANCIALES 0000098 /2015

Recurrente: Dª Inés

Procurador: D. FRANCISCO PEREZ PEREZ

Abogado: Dª ARANTZAZU DAMAS GONZALEZ

Recurrido: D. Horacio

Procurador: Dª MARIA PAZ FEIJOO-MONTENEGRO RODRIGUEZ

Abogado: D. GUMERSINDO FORNOS VIEITEZ

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, don Antonio Piña Alonso, Presidente, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**S E N T E N C I A NÚM. 259**

En la ciudad de Ourense a treinta de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, seguidos con el n.º 98/15, Rollo de apelación núm. 655/16, entre partes, como apelante Dª Inés , representada por el procurador de los tribunales D. Francisco Pérez Pérez, bajo la dirección de la letrado Dª Arantzazu Damas



González y, como apelado, D. Horacio , representado por la procurador de los tribunales D.ª Mª Paz Feijoo-Montenegro Rodríguez, bajo la dirección del letrado D. Gumersindo Fornos Vieitez.

Es ponente la Ilma. Sra. D.ª María José González Movilla .

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 6 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"FALLO:** Estimo parcialmente las oposiciones formuladas por la procuradora Sra. Feijoo en nombre y representación de Horacio , adjudicando a la Sra. Inés 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. Horacio las participaciones sociales de la sociedad mercantil XAMONS MARTINEZ 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.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de Dª Inés recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de Doña Inés se presentó solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales que formaba con Don Horacio , citándose a las partes a la celebración de la comparecencia legalmente prevista en la que no se obtuvo acuerdo entre los litigantes, por lo que se designó contador-partidor que confeccionó el correspondiente cuaderno particional, al que el demandado mostró su oposición, alegando su desacuerdo con la partición realizada, celebrándose seguidamente la vista que finalizó mediante sentencia en la que se acordó adjudicar a Doña Inés la finca y vivienda sitas en Turey y el ajuar y mobiliario existentes en ella, por valor de 17.433,79 euros, y a Don Horacio , participaciones sociales de la mercantil Xamóns Martínez SL, por el mismo valor. Además se ordenó que el resto de las participaciones sociales pertenecientes a la sociedad de gananciales se vendiesen en pública subasta, repartiendo su producto entre los litigantes por mitad. Frente a la resolución dictada se formuló por la promovente el presente recurso de apelación en base a los siguientes motivos: falta de motivación en relación al valor dado a las participaciones, incongruencia respecto a la adjudicación al esposo de la cantidad de 17.433,79 euros en participaciones; vulneración de los artículos 1.061 , 1.410 y 1.406 del Código Civil , considerando que no existe otra alternativa posible que atribuir al demandado la totalidad de las participaciones sociales ya que es el administrador de la sociedad, es titular ya de ocho participaciones privativas y desempeña su actividad profesional, junto con su hermano, a través de ella; infracción de la doctrina de los actos propios pues las participaciones sociales las compró el esposo para la sociedad conyugal por lo que su negativa a la adjudicación de las que le corresponden a ella carece de sentido, habiendo creado él mismo esa situación; vulneración del artículo 1.062 del Código Civil , pues la pública subasta puede solicitarse cuando el bien es indivisible, lo que no ocurre en este caso; improcedencia de la pública subasta que generaría un enriquecimiento injusto del demandado y una efectiva minusvaloración de las participaciones, solicitando, por todo ello, que se revocase la sentencia apelada aprobando las operaciones divisorias realizadas por el contador partidor, indicando expresamente el valor atribuido a las participaciones. La parte demandada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** En el cuaderno particional elaborado por el contador partidor Don Ernesto se estableció que los bienes que integraban la sociedad de gananciales eran únicamente una finca en Turey, Ayuntamiento de Ourense, con la denominación de DIRECCION000 de una superficie de 1.100 metros cuadrados con construcción dedicada a vivienda; el mobiliario y ajuar doméstico sito en la referida edificación y en un piso sito en la planta NUM000 , del edificio número NUM001 de la CALLE000 de Ourense; y 92 participaciones sociales de la entidad Xamóns Martínez SL, que representan el 46% del capital social. Efectuando la correspondiente valoración de todos los bienes se elaboraron dos cupos, que habrían de adjudicarse personalmente a cada uno de los cónyuges: al esposo le correspondían las 92 participaciones sociales, con un valor de 314.123,33 euros; y a la esposa, la finca y vivienda sita en Turey, valorada en 16.926,01 euros y el mobiliario y ajuar doméstico de dicha vivienda, cuyo valor se fijó en 507,78 euros; debiendo de ser compensada por el demandado, debido al diferente valor de los lotes, mediante el pago de la suma de 165.778,56 euros. El punto esencial de debate se centra en la forma de liquidación del activo de mayor valor de la sociedad de gananciales que son las participaciones en una sociedad que explota un negocio familiar, que en el cuaderno particional se otorgaron



en su totalidad al esposo y en la sentencia se acordó su venta en pública subasta, salvo una pequeña parte de valor equivalente al de la finca, casa y ajuar doméstico atribuidos a la esposa. Pues bien, el artículo 1.406 del Código Civil, reconoce un derecho a cada cónyuge para que se incluya con preferencia, en su haber, hasta donde éste alcance, la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo. Se trata de una facultad que no puede imponerse a ninguno de los cónyuges como obligación. Tal precepto ha de ser interpretado en concordancia con los que regulan cualquier acto particional, especialmente en el presente caso en que ninguno de los cónyuges, especialmente el esposo al que correspondería el ejercicio de tal derecho al desarrollar personalmente, junto con su hermano, la actividad mercantil que constituye el objeto social de la entidad, desea que se le atribuyan en exclusiva las participaciones del patrimonio social de naturaleza ganancial. Por ello, conforme a la remisión que contiene el artículo 1.410 del Código Civil a las reglas para la partición y liquidación de la **herencia**, ha de acudirse a la normativa contenida en los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil. Así el artículo 1.061 que ordena que "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", ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en numerosas resoluciones, (7 de noviembre de 2006, 16 de enero de 2008, entre otras muchas), declarando que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso. Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta, sino de una igualdad cualitativa; que la norma tiene un carácter orientativo, estando por ello dotada de un grado de imperatividad solo relativo.

De tal doctrina jurisprudencial resulta que la igualdad de los lotes no tiene por qué ser matemática y absoluta, sino que se trata de una recomendación más que de un mandato imperativo, porque en cada caso la formación de los lotes viene necesariamente condicionada por las circunstancias concurrentes, que obliga a valorar las particulares condiciones tanto de los bienes que integran el caudal de la **herencia** como de los partícipes o interesados en la misma. Es decir, el principio de igualdad y homogeneidad en la distribución actúa solo circunstancialmente, es decir, en cuanto sea posible por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan con la división o en la hipótesis de que esta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento. Para el caso de que el bien sea indivisible o desmerezca mucho con su división, el artículo 1.062 párrafo primero del Código Civil permite que pueda ser adjudicado a uno solo de los herederos (cónyuges en este caso) compensando a los otros con dinero o, aunque el precepto no lo diga expresamente, con otros bienes de la **herencia**. En este caso el haber de la sociedad de gananciales se integra prácticamente en exclusiva por el valor de la participación del 46% que ambos cónyuges tenían en la sociedad que explota el negocio.

Ciertamente no consta que en los estatutos de la citada sociedad, integrada exclusivamente por el esposo y su hermano, exista prohibición o limitación de transmisión de participaciones, ni tampoco, aun cuando existiera, ello impediría la atribución a la esposa de la mitad, dada la naturaleza indiscutidamente ganancial que ostentaban, pero, al ser el esposo 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, en base a lo dispuesto en el artículo 1.406.2 del Código Civil. 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 Xamóns Martínez SL, sean atribuidas a uno solo de los cónyuges, el esposo 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 Xamóns 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 esposa 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 esposo 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. Y es que se trata de una sociedad mercantil en la que el esposo 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 esposa 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 artículo 1.062 del Código Civil que posibilita que se adjudique la cosa, en este caso la totalidad de las participaciones, al esposo para que continúe en la actividad comercial de la mercantil. La adjudicación al esposo 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 artículo 1.062 del Código Civil, 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. Como señaló el contador partidor en el acto del juicio 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 esposa le corresponden, a la que debe atribuirse la mitad del valor del negocio calculado al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. Por ello, atendidas todas las circunstancias concurrentes en el presente caso y autorizándolo el artículo 1.062, que no establece ningún límite a la compensación, procede mantener la partición realizada por el contador partidor, estimándose el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, con la valoración de las participaciones que en la misma se contiene y no procediendo la inclusión en el pasivo de la sociedad los gastos del procedimiento según se solicita en el recurso al tratarse de una cuestión nueva, no solicitada en la instancia y viniendo vedado su estudio, por tanto, en este recurso dados sus límites previstos en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expreso pronunciamiento en costas.

Se decreta, igualmente, la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar, de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Inés, 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 nº6 de los de Ourense, en autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales, seguidos bajo el nº 98/2015, Rollo de apelación nº 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 partidor designado en este procedimiento; todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento en costas.

Devuélvase a la recurrente la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.