



Roj: **SAP M 22029/2013 - ECLI: ES:APM:2013:22029**

Id Cendoj: **28079370212013100726**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **17/12/2013**

Nº de Recurso: **830/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933873,3872

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2011/0010448

**Recurso de Apelación 830/2011**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 676/2007

**APELANTE:** D./Dña. Diana

PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

**APELADO:** D./Dña. Balbino

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO ORTEGA FUENTES

D./Dña. Borja , D./Dña. Evangelina y HERENCIA YACENTE DE DON Cesar

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

D./Dña. Cristobal

PROCURADOR D./Dña. FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

D./Dña. Guillerma y D./Dña. Elias

PROCURADOR D./Dña. ANA LLORENS PARDO

IV

**SENTENCIA**

**MAGISTRADOS Ilmos Sres.:**

**D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

**D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ**

Dª MARÍA ALMUDENA CANOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil trece. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 676/2007 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de



Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandante: D<sup>a</sup>. Diana , y de otra, como Apelados-Demandados: D<sup>a</sup>. Guillerma , D. Elias , D. Cristobal , D. Balbino y Herencia yacente de D. Cesar , D<sup>a</sup>. Evangelina y D. Borja .

**VISTO**, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **DON GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 1 de Madrid, en fecha 26 de mayo de 2011, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr Vázquez Guillen en nombre y representación de D<sup>a</sup> Diana contra la herencia yacente de D. Cesar y D. Balbino y D. Cristobal , absolviendo libremente a los demandados de todos los pedimentos contra ellos aducidos y con expresa condena en costas por la parte actora."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección, de 2 de julio de 2013, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 10 de diciembre de 2013.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Cuando se conocieron D. Cesar y Dña. Diana ambos estaban casados. D. Cesar con Dña. Elena , con la que había tenido dos hijos, los demandados en este proceso D. Cristobal y D. Balbino , y Dña. Diana con otra persona con la que también había tenido dos hijos.

Fruto de la relación sentimental de D. Cesar y Dña. Diana nace el NUM000 de 1982 el asimismo demandando D. Elias ( cuya paternidad registral fue objeto de impugnación judicial, declarándose la paternidad de D. Cesar ), y el uno de julio de 1987 Dña. Guillerma (igualmente demandada)

El 14 de noviembre de 1986 se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal entre D. Cesar y Dña. Elena .

Desde el año 1987 D. Cesar pasó a convivir en el mismo domicilio con Dña. Diana .

Dictada sentencia el 13 de febrero de 1995 por el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid declarando disuelto el matrimonio de D. Cesar y Dña. Elena , el 30 de junio de 1995 contraen matrimonio civil D. Cesar y Dña. Diana , cuyo régimen económico a falta de capitulaciones matrimoniales fue el de la sociedad de **gananciales** ( artículo 1316 del Código Civil ).

Tras unas largas y complicadas negociaciones, en las que ambos cónyuges, cada uno por su parte, se vio asesorado por distintos profesionales, se llegó a un acuerdo de disolver y liquidar la sociedad de **gananciales**. A tal fin se otorgó primeramente el 11 de abril de 2003 una escritura de capitulaciones matrimoniales ante el Notario de Madrid D. José Villaescusa Sanz, por la cual los cónyuges pactaban para lo sucesivo el régimen económico de separación de bienes, aunque en esta escritura y como parte del acuerdo de liquidación de la sociedad de **gananciales** se expresaba que ambos cónyuges reconocían que los inmuebles adquiridos con carácter privativo habían sido pagados en su totalidad con dinero privativo de cada uno de ellos, y que en cuanto al inmueble sito en Marbella, vivienda en planta NUM001 , letra NUM002 del Módulo NUM003 de la URBANIZACIÓN000 ( que era un bien **ganancial**), D. Cesar lo reconocía como privativo de Dña. Diana , aunque se hubiera comprado constante la sociedad de **gananciales**, por cuanto el dinero aportado para su adquisición era privativo de Dña. Diana (lo que no era cierto).

El acuerdo liquidatorio de la sociedad de **gananciales** se estructuró en una serie de actos complejos y relacionados todos entre sí. A continuación de la escritura de capitulaciones matrimoniales se otorgó el mismo día una escritura de liquidación de la sociedad conyugal. De ésta basta señalar que se computó un activo de 12.079.851,89 euros y un pasivo de 2.031.474,81 euros, con un neto de 10.048.377,07 euros; que en el activo se incluyó un crédito a favor de la sociedad de **gananciales** derivado de dos aumentos de capital con cargo a reservas de la sociedad anónima Gestión y Desarrollo de Comunidades por importe de 10.348.141,68 euros (más adelante, al referirnos a esta sociedad explicaremos con más detalle estas ampliaciones de capital); y que



a Dña. Diana se le adjudicó en la liquidación de la sociedad de **gananciales** una vivienda sita en el PARQUE000 de Madrid, CALLE000 nº NUM004 , valorada en 1.502.530,26 euros, las 30.050 participaciones sociales de Lagos de Rivas SL., que constituían todo el capital social, la cantidad de 3.509.535,86 euros del crédito derivado de la ampliación de capital con cargo a reservas de Gestión y Desarrollo de Comunicaciones SA (que D. Cesar abonó en el acto mediante la entrega de cheques y pagarés), y 9.117,35 euros de efectivo metálico en poder de los cónyuges. Formando parte del mismo acuerdo de liquidación de la sociedad de **gananciales** se suscribió entre los cónyuges un documento privado en la misma fecha (11 de abril de 2003), que contenía otros extremos, como el abono por D. Cesar de la cantidad de 73.158,20 euros en concepto de intereses de los pagarés entregados, el reconocimiento por Dña. Diana de una deuda a favor de Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A. (GEDECO) por 172.103,15 euros, un reconocimiento de pago por Lagos de Rivas S.L. de una deuda que mantenía con GEDECO, o un pacto relativo a las posibles contingencias de la operación de liquidación de la sociedad de **gananciales**. Y formando igualmente parte del acuerdo de liquidación de la sociedad de **gananciales** se otorgaron el mismo día 11 de abril de 2003 otras dos escrituras públicas. En una de ellas Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A. vendió a Dña. Diana las 49.800 participaciones que componían la totalidad del capital social de Sangüesa e Hijos S.L., sociedad constituida por escritura pública de 4 de febrero de 2003, por un precio confesado recibido de 498.000 euros; y en la otra la misma Gestión y Desarrollo de Comunidades SA vendió a Sangüesa e Hijos S.L. el pleno dominio de cuatro fincas sitas en Rivas- Vaciamadrid y la mitad indivisa de otras cuatro fincas sitas en la localidad de Torrelodones, abonando la compradora el precio mediante pagarés.

Posteriormente, el 30 de noviembre de 2004 se otorgó entre los cónyuges una escritura de adición a la liquidación de la sociedad de **gananciales** para incluir en el activo 3.100 participaciones sociales de la sociedad de responsabilidad limitada Grupo Gedeco Avantis, que se adjudicaron a D. Cesar , abonando éste en efectivo la correspondiente compensación económica a Dña. Diana .

El 30 de julio de 2003 se otorga testamento abierto por D. Cesar , en el cual lega el 50% del tercio de libre disposición de la herencia a sus hijos D. Cristobal y D. Balbino , instituyendo en el resto de la herencia como únicos y universales herederos, por cuartas partes iguales y sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de la esposa, de corresponderle, a sus cuatro hijos D. Cristobal y D. Balbino y D. Elias y Dña. Guillerma , nombrando albacea contadores partidores a Dña. Evangelina y D. Borja , con prórroga del plazo legal hasta tres años después del fallecimiento. Si la relación conyugal no estaba ya afectada antes de la liquidación de la sociedad de **gananciales**, parece que la misma y su larga negociación previa debió dañar el afecto entre los cónyuges, pues las disposiciones testamentarias relativas a la esposa Dña. Diana no reflejan demasiado cariño conyugal sino que, por el contrario, destilan resentimiento y prevención, bastando con señalar que la lega la mínima cuota legal usufructuaria que por ley pudiera corresponder, y sólo en el caso de que no hubiese mediado demanda de nulidad, separación o divorcio, ni existiese separación de hecho acreditada, habida cuenta- se decía en el testamento- de que como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de **gananciales** ya había percibido en vida muchísimos más bienes de los que en justicia le podían corresponder, ordenando la capitalización del legado en metálico o con bienes de la herencia que no fueran acciones o participaciones de Gestión y Desarrollo de comunidades SA o sociedades que derivasen de ella.

Según parece, en el año 2006 se produjo la separación de hecho entre los cónyuges, y lo que consta indubitadamente es que el 11 de septiembre de 2006 D. Cesar presentó demanda de divorcio contencioso contra Dña. Diana . D. Cesar falleció el 8 de noviembre de 2006, y el Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid, que por auto de 15 de noviembre de 2006 había admitido a trámite la demanda de divorcio, por auto de 8 de enero de 2007 acordó el archivo del procedimiento al haber quedado disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges.

**SEGUNDO.**- La demandante Dña. Diana va a ejercitar en la demanda una acción principal de nulidad de la liquidación de la sociedad de **gananciales**, por mediar error o dolo como vicios del consentimiento, o por faltar un objeto cierto del contrato patrimonial dada la importancia económica de los bienes omitidos en el activo. Subsidiariamente a la anterior una acción de complemento o adición de las operaciones liquidatorias de la sociedad de **gananciales**, y alternativa o subsidiaria a la anterior una acción de rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de **gananciales**.

Los bienes que daban lugar a las acciones ejercitadas, como no comprendidos en la liquidación de la sociedad de **gananciales**, eran fundamentalmente los beneficios obtenidos por las sociedades Gedeco S.A., Proyectos Aumay SL y Nuevo Coslada S.A., cuyas acciones o participaciones sociales pertenecían privativamente a D. Cesar , durante el matrimonio y contabilizadas como reservas sociales, descontadas las reservas destinadas a ampliar capital social y cuyo crédito ya se reconocía como activo en la escritura de liquidación de la sociedad de **gananciales**; alegándose también la no inclusión en el activo de la liquidación en otros bienes, éstos de carácter menor, como el crédito derivado de una ampliación de capital con cargo a reservas de Nuevo Coslada



SA, el importe de las retribuciones percibidas para D. Cesar por cualquier concepto durante el ejercicio 2003 y hasta el 11 de abril de ese año, los rendimientos de capital mobiliario e inmobiliario obtenidos por D. Cesar durante el matrimonio, acciones, saldos en cuentas bancarias, y el importe de un seguro.

Desestimada la demanda en la sentencia objeto de este recurso, en la apelación no se va a sostener la pretensión de nulidad de la liquidación de la sociedad de **gananciales**, ni por mediar error o dolo como vicios del consentimiento, ni dada la entidad de los bienes omitidos en el activo de la liquidación, manteniéndose la acción de complemento o adición de la liquidación de la sociedad de **gananciales** y subsidiariamente la de rescisión por lesión.

Tampoco se va a mantener la relación de bienes omitidos en la liquidación de la sociedad de **gananciales** comprendida en el hecho noveno de la demanda, limitándose el recurso a tres de ellos. El crédito derivado de los beneficios incorporados a reservas de las sociedades de las que D. Cesar era socio o accionista, el aumento de capital con cargo a reservas de Nuevo Coslada SA en 1999 (30.000 euros), y las retribuciones directas e indirectas percibidas por D. Cesar durante el régimen de **gananciales**.

**TERCERO.**- Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A. ( GEDECO), se constituyó por escritura pública de 17 de octubre de 1980 (vigente el matrimonio de D. Cesar con Dña. Elena ), con un capital social de tres millones de pesetas, representado por 600 acciones al portador de 5000 pesetas nominales cada una, de las que D. Cesar suscribió 348 (número 1 a 348) por un importe de 1.740.000 pesetas. La inscripción primera de la sociedad en el Registro Mercantil es de fecha dos de febrero de 1981.

En Junta General Universal de 27 de octubre de 1986 (seguía vigente el matrimonio de D. Cesar con Dña. Elena y aún no se había otorgado la escritura de capitulaciones matrimoniales de 14 de noviembre de 1986) se aumentó el capital social de la sociedad en doce millones de pesetas, en principio 1.924.781 pesetas con cargo a reservas voluntarias y 10.075.219 pesetas con cargo a beneficios, aunque en la inscripción 10ª del Registro Mercantil, de fecha 26 de marzo de 1987, se indica que el aumento de 10.075.219 pesetas se desembolsaba por los accionistas en proporción a las acciones suscritas por cada uno. D. Cesar suscribe y se le adjudican 1392 acciones (números 601 a 1992), quedando fijado el capital social en 15.000.000 de pesetas, representado por tres mil acciones al portador de 5.000 pesetas nominales cada una. Esta ampliación de capital da lugar a la inscripción octava en el Registro Mercantil, de fecha 19 de noviembre de 1986, luego rectificada en la inscripción décima a que ya nos hemos referido.

Para la inscripción 20ª de 16 de enero de 1990 consta la absorción de Construcciones Crono, S.A., Chalets Aislados S.A. y, Promociones Rivas Vaciamadrid, S.A., Promociones Calle Goya 135 S.A. y, Algora S.A., sin aumento de capital social por ser la absorbente titular de todas las acciones de las absorbidas, que quedaban amortizadas.

En Junta General Extraordinaria y Universal de 3 de enero de 1991 (se había otorgado la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal entre D. Cesar y Dña. Elena y aún no había contraído matrimonio D. Cesar con Dña. Diana ) se acuerda ampliar el capital social en cien millones de pesetas, emitiendo la sociedad 20.000 acciones ordinarias de una segunda serie, nominativas, de 5000 pesetas de valor nominal cada una, de las cuales D. Cesar suscribió 13.600 (números 1 a 13.600), satisfaciendo su importe en dinero efectivo. De este modo el capital social quedó fijado en 115.000.000 de pesetas, representado por 23.000 acciones nominativas de 5.000 pesetas de valor nominal cada una; tres mil de la primera serie y veinte mil de la segunda serie, elevándose a público el acuerdo de 14 de febrero de 1991 y dando lugar a la inscripción registral 25ª de fecha 8 de abril de 1991.

En la inscripción registral 35ª de fecha uno de marzo de 1995 consta la absorción para la sociedad de Rol X2 SA, sin aumento de capital por ser la absorbente titular de todas las acciones de la absorbida, que quedaron amortizadas; y por la inscripción 36ª, de 28 de abril de 1995, se hace constar la absorción por la sociedad de Rivas G-95 SL, también sin aumento de capital por ser la absorbente titular de todas las participaciones de la absorbida.

En Junta General Extraordinaria Universal de de 29 de junio de 2001 ( D. Cesar ya había contraído matrimonio con Dña. Diana ) se acordó ampliar el capital social en 6.141.141,48 euros con cargo a reservas, mediante emisión de 204.360 acciones nominativas de 5000 pesetas de valor nominal cada una, pertenecientes a la serie 3 que entonces se creaba, adjudicándose todas las acciones a D. Cesar por ser el otro accionista la propia sociedad (autocartera), eliminándose la diferencia ante las tres series de acciones, y quedando fijado el capital social en 6.832.305,60 euros, representando por 227.360 acciones nominativas de 5000 pesetas de valor nominal cada una; elevándose a público el acuerdo el 29 de junio de 2001 y provocando la inscripción registral 85ª de fecha 6 de agosto de 2001. Esta operación de ampliación de capital social generó un crédito a favor de la sociedad de **gananciales** conforme al artículo 1352 del Código Civil , recogido en la escritura pública de liquidación de dicha sociedad de **gananciales**.



La inscripción registral 86ª, de fecha 17 de diciembre de 2001 recoge la reducción de capital en 221.172,45 euros con la finalidad de amortizar acciones propias adquiridas por la sociedad con anterioridad en virtud de compraventa (7360 acciones); pues mediante escritura pública de 28 de junio de 2001 Dña. Asunción y Dña. Brigida habían vendido a la sociedad las 7360 acciones de que eran titulares por herencia de su hijo y esposo respectivamente D. Adolfo . La reducción de capital social se acordó en Junta General Extraordinaria Universal de 18 de septiembre de 2001, elevado a público el 19 de noviembre de 2001, quedando fijado entonces el capital social en 6.611.133,15 euros, representado por 220.000 acciones nominativas de 5000 pesetas de valor nominal cada una. Y acreditado que D. Cesar no había adquirido las acciones de su hermano D. Adolfo sino que había sido la propia sociedad en una operación de autocartera, el punto 5º del hecho noveno de la demanda se abandonó por la parte actora.

Mediante la inscripción 87ª de fecha 24 de enero de 2002 se hace constar un redondeo y reducción de capital social, quedando fijado éste en 6.611.000 euros, representado por 220.000 acciones nominativas de un valor de 30,05 euros cada una.

Para la inscripción registral 92ª de 25 de junio de 2002 se hace constar la fusión por absorción de Pax S.A. y Peñascales Calle Goya S.L.

En Junta General Extraordinaria Universal el 29 de junio de 2002 se acordó ampliar el capital en 4.207.000 euros con cargo a reservas, que se transformaban en capital social, mediante la emisión de 140.000 acciones nominativas de 30,05 euros cada una, números 320.001 a 360.000, que se adjudicaron en su totalidad a D. Cesar , quedando fijado el capital social en 10.818.000 euros, representado por 360.000 acciones nominativas de 30,05 euros de valor nominal cada una. El acuerdo se elevó a público el 15 de octubre de 2002 y causó la inscripción 94ª de fecha 26 de noviembre de 2002. Esta operación de ampliación de capital social generó también un crédito a favor de la sociedad de **gananciales** conforme al artículo 1352 del Código Civil , recogido en la escritura de liquidación de dicha sociedad de **gananciales**.

Esta sociedad ( GEDECO) era en realidad la holding del grupo de empresas de D. Cesar .

**CUARTO.-** Grupo Gedeco Avantis SL se constituyó mediante escritura pública de 31 de julio de 2002 (todavía no se había otorgado la escritura pública de capitulaciones matrimoniales entre D. Cesar y Dña. Diana ) con un capital totalmente desembolsado de 3.100 euros, dividido en 3.100 participaciones de un euro de valor cada una, de las que D. Cesar suscribió para su sociedad de **gananciales** 3.099 y su hijo D. Balbino una, quedando designado como administrador único D. Cesar . La inscripción registral primera es de fecha 28 de octubre de 2002.

Como las acciones adquiridas por D. Cesar eran **gananciales** y no se habían incluido en el activo de la escritura de liquidación de la sociedad de **gananciales** de 11 de abril de 2003, ello motivó que se otorgara el 30 de noviembre de 2004 la escritura de adición a la liquidación de sociedad de **gananciales** a que ya hemos hecho referencia para incluir en el activo las 3.100 participaciones sociales de esta sociedad y adjudicárselas a D. Cesar .

Lo que vamos a reseñar a continuación respecto de ésta sociedad carece de relevancia para la resolución de la controversia pero da idea del camino por el que transcurre el devenir de las sociedades.

En junta celebrada el 20 de julio de 2004, después de la escritura de capitulaciones matrimoniales, elevada a público el 27 de julio de 2004, se acordó ampliar el capital social en 58.154.590 euros mediante la emisión de 58.154.590 participaciones de un euro de valor nominal cada una, las cuales suscribió y desembolsó D. Cesar mediante la aportación de 34.411 acciones nominativas, serie 1 (así consta), números 5.625 a 40.035 de Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A (GEDECO), por un valor de 58.154.590 euros, quedando fijado el capital social en 58.157.690 euros, dividido en 58.157.690 participaciones sociales de un euro de valor cada una, constando todo ello en la inscripción registral 3ª de fecha 13 de septiembre de 2004.

Y en Junta celebrada el 26 de julio de 2004, elevada a público el 27 de julio de 2004, se acordó ampliar el capital en 542.479.454 euros mediante la emisión de 542.479.454 participaciones sociales de un euro de valor nominal cada una, de los cuales D. Cesar suscribió 542.476.062, aportando para su pago acciones y participaciones de Gedeco y Proyectos Aumay SL (319.948 acciones serie 2, números 1 a 319.948 y 17 acciones serie 1, números 40.036 a 40.052 de Gedeco, valoradas a 1690 euros acción, equivalente a 540.740.850 euros, y 144.601 participaciones sociales de Proyectos Aumay SL, números 2 a 144.601, a un valor de 12 euros participación, igual a 1.735.212 euros). Su hijo D. Balbino suscribió 1702 participaciones y para su pago aportó a la sociedad una acción de Gedeco y una participación social de Proyectos Aumay S.L., y su otro hijo D. Cristobal suscribió 1690 participaciones, aportando para su pago una acción de Gedeco, quedando fijado el capital social en 600.637.144 euros, dividido en 600.637.144 participaciones sociales de un euro de valor cada una, constando esta ampliación de capital en la inscripción registral 4º de fecha 13 de



septiembre de 2004, en la que figura que constituye una operación de canje de valores regulada en el título 8º del capítulo octavo de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, artículo 97 ( artículos 83.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo de 2004 , por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto de Sociedades).

Por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 14 de febrero de 2011 , aclarado por otro auto de 21 de febrero del mismo año, esta sociedad ha sido declarada en situación legal de concurso necesario.

**QUINTO.-** Las otras sociedades en liza son más elementales.

Proyectos Aumay SL se constituyó en escritura pública de 20 de mayo de 1994 con un capital social de un millón de pesetas, representado por mil participaciones sociales de mil pesetas de valor nominal cada una, de las cuales D. Cesar suscribió 950 (números 1 a 950), aunque consta que por escritura pública de 27 de marzo de 1995 D. Adolfo le vendió las 50 participaciones sociales, números 951 a 1000, de que era titular. La inscripción registral primera de esta sociedad es de fecha 13 de junio de 1994.

Nuevo Coslada S.A. se constituyó por escritura pública de 27 de junio de 1977 con un capital social de 45 millones de pesetas, representado por 45.000 acciones al portador de mil pesetas cada una, de las cuales D. Cesar suscribió 11.000, números 11.001 a 22.000.

En Junta General Extraordinaria Universal de 15 de julio de 1999, elevado a público el 21 de septiembre de 1999, se acordó amortizar las acciones 1 a 5000 por importe de 5.000.000 de pesetas, y simultáneamente aumentar, por haber quedado por debajo de la cifra legalmente establecida, el capital social en 5.000.000 de pesetas con cargo a reservas, con aumento automático del valor nominal de las acciones a 2000 pesetas, fijándose el capital social en 10.000.000 de pesetas, representado por 5.000 acciones de 2000 pesetas de valor nominal cada una, nominativas, efectuándose a la vez la declaración de unipersonalidad a favor de D. Cesar , dando lugar esta ampliación de capital con cargo a reservas, mediante el aumento de valor de las acciones no amortizadas a la petición de que se reconozca un crédito a favor de la sociedad de **gananciales** por importe de 30.000 euros.

**SEXTO.-** Como vimos, Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A. (Gedeco) se constituyó por escritura pública de 17 de octubre de 1980 y tuvo una ampliación de capital el 27 de octubre de 1986 constante el matrimonio de D. Cesar con Dña. Elena y antes del otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal de 14 de noviembre de 1986, en la cual se incluyeron como activo los 348 acciones de Gedeco emitidas a su constitución, que se adjudicaron a D. Cesar , pero se olvidaron de las 1.392 acciones suscritas por D. Cesar en la ampliación de capital, y que eran bienes **gananciales**. Esto ha dado lugar a que al contestar la demanda D. Cristobal alegara un defecto de litisconsorcio pasivo necesario respecto a Dña. Elena , lo que queda resuelto por el Juzgado en auto de uno de septiembre de 2009, teniendo por desistida a la demandante en el punto primero del suplico en relación al hecho noveno exclusivamente en lo que se refiere a las acciones de la mercantil Gedeco números 601 a 1992, permaneciendo el punto primero y el hecho noveno en todo lo demás.

**SÉPTIMO.-** La cuestión jurídica base de la controversia es el régimen legal aplicable a los beneficios de las sociedades de cuyas acciones o participaciones son titulares privativos uno de los cónyuges y que se contabilizan como reservas sociales, no repartiéndose por tanto dividendos ni ampliándose capital social con cargo a dichas reservas.

El precepto básico es el artículo 1352 del Código Civil , que dispone que " las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho".

El dividendo repartido por la sociedad con cargo a beneficios por las acciones o participaciones de que uno de los cónyuges sea titular privativo, son claramente **gananciales** conforme al artículo 1347, 2º del Código Civil , como frutos producidos por bienes privativos.

Cuando se emiten por la sociedad acciones o participaciones y se adjudican a uno de los cónyuges a causa de la titularidad privativa de otras acciones o participaciones, es indudable que aquellas acciones o participaciones tienen también el carácter de privativas por subrogación legal, y así lo dispone el precepto, aludiendo a este tema la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 al declarar que "El precepto de nuevo cuño acoge el principio de la subrogación real: Las acciones o títulos suscritos -efecto o bien subrogado- como consecuencia de la titularidad de otros privativos -bien subrogante- ; aunque, en realidad, en el supuesto de hecho no existe sustitución de unos bienes, los antiguos, por otros, los nuevos, sino que éstos se incorporan



al patrimonio del cónyuge respectivo en razón al derecho social que le corresponde por ser ya titular de otras acciones, se podría decir, como en el derecho de retracto, que la causa privativa es la titularidad del cónyuge, socio de la sociedad, en cuya virtud ejercita su derecho social a suscribir nuevos títulos, y por ello, su efecto o resultado de la suscripción también será privativo -principio de equivalencia-. El artículo introduce dentro del Código Civil una institución propia del Derecho mercantil de sociedades, que por su frecuente acaecimiento en la actual vida de la familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales ha exigido esta ordenación. El derecho de suscripción preferente, pues, está recogido en su amplio alcance: ya se trate de que el cónyuge titular -socio de la sociedad- suscriba nuevas acciones, ya se trate de otros títulos o participaciones".

Dispone el segundo párrafo de la norma que cuando para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, refiriéndose a esta situación la misma sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 al declarar que "El párrafo final de artículo estructura una nueva manifestación del derecho de reembolso, garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1º) se pague la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o precio de la suscripción; 2º) o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privatividad del cónyuge socio, los beneficios -dividendos o primas- a que tenga derecho el cónyuge como titular de las acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del art. 1.347-2 (comunidad en las cargas y accesoriedad en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado, esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que -en una especie de autorización inversora- han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia, de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un derecho de reembolso a favor de la sociedad" no siendo este derecho de reembolso propiamente un fruto de la sociedad de **gananciales** comprendido en el artículo 1347,2 del Código Civil .

Precisamente en aplicación de este precepto se incluyó en la escritura de liquidación de la sociedad de **gananciales** de 11 de abril de 2003 como crédito **ganancial** el derivado de las dos ampliaciones de capital con cargo a reservas a que hacen referencia las inscripciones 85 y 94 del Registro Mercantil de Gedeco SA.

¿ Y qué sucede si los beneficios no se reparten como dividendos ni se emiten acciones con cargo a los mismos o con cargo a las reservas en que se hubieran transformado contablemente, quedando contabilizados socialmente como reservas? Este es el tema planteado.

A nuestro juicio no resulta aplicable a la cuestión el artículo 1347, 5º del Código Civil , pues como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1999 " el art. 1347.5º CC ., aun prescindiendo de estas consideraciones, no se refiere sino a la creación de empresas individuales con fondos comunes, o con fondos privativos y comunes, no a la de sociedades con personalidad jurídica propia distinta de la de los socios. En este último supuesto, la aportación dará derecho a obtener las acciones o participaciones correspondientes, que tendrán naturaleza privativa o **ganancial** en función del carácter de la aportación, pero la sociedad creada no será en sí misma ni **ganancial** ni privativa".

Tampoco estimamos aplicable el artículo 1360 del Código Civil en relación al artículo 1359, que consideramos se refiere a empresas, establecimientos mercantiles o explotaciones de carácter individual, no a sociedades mercantiles. En cualquier caso los preceptos solo contemplan un derecho de crédito de la sociedad de **gananciales** cuando el incremento patrimonial fuera debido a la inversión de fondos comunes ( que no es el caso, pues el beneficio social imputado a reservas no es patrimonio de la sociedad de **gananciales**), o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, y la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2004 ya aclara, para el caso de una farmacia, que " El incremento de valor de los bienes privativos- en este caso, está reconocido el carácter privativo de la farmacia en cuestión a favor del actor recurrido- puede deberse a una doble fuente; la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1359, aplicable a un establecimiento de farmacia en virtud de la remisión que hace el art. 1360. En cuanto a que el incremento de valor tenga su origen " en la actividad de cualquiera de los cónyuges", es unánime la doctrina científica en considerar que no debe de tenerse en cuenta la dedicación habitual del cónyuge propietario, ya que tal dedicación responde a la buena administración que todo cónyuge procura hacer de sus bienes propios y porque la sociedad de **gananciales** se beneficia con el producto de la actividad del cónyuge propietario, incluso teniendo una cualificación profesional específica. En consecuencia, no puede, en este caso, tomarse en cuenta el posible incremento de valor del negocio de farmacia debido a la



dedicación habitual de su propietario privativo; no estando acreditado que la ahora recurrente haya colaborado con su actividad a la explotación del negocio."

**OCTAVO.-** Debemos partir, ciertamente, de que las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica propia, y que los beneficios sociales no repartidos como dividendos no pertenecen a los socios o partícipes sino a la propia sociedad, pero siendo esto así, también lo es que sus beneficios computados como reservas podrían distribuirse como dividendos o dar lugar a una ampliación de capital con cargo a los mismos una vez disuelta la sociedad de **gananciales**, situación que puede ser mucho más peligrosa cuando el cónyuge titular de las acciones o participaciones controla la sociedad, de modo que es él quien decide si se reparte dividendo o se contabilizan los beneficios como reservas, cuando se amplía o no el capital con cargo a reservas o cuando se reparte dividendo con cargo a reservas. También puede suceder, cierto es, que esos beneficios o reservas no se traduzcan nunca en reparto de dividendos o ampliación de capital, bien porque compensen resultados negativos de ejercicios anteriores, bien porque ulteriores pérdidas de la sociedad neutralicen las reservas, como pudiera haber sucedido en este caso, pues consta que el patrimonio neto de Gedeco al matrimonio de D. Cesar y Dña. Diana era negativo, no desapareciendo tal situación hasta el ejercicio 2008, y se desconoce en qué medida el concurso necesario de Grupo Gedeco Avantis SL haya podido influir en la situación contable de Gestión y Desarrollo de Comunidades SA (Gedeco).

La solución, como se puede apreciar, no es fácil.

Para el usufructo de acciones o participaciones sociales el criterio adoptado por el legislador para un problema similar viene reflejado en el artículo 128.1 de la ley de Sociedades de Capital, que recoge la solución ya establecida en los derogados artículos 68.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, y 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 disponiendo el actual artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital que "Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas."

En nuestra opinión, la aplicación analógica del anterior precepto a la liquidación de la sociedad de **gananciales** es perfectamente posible por concurrir identidad de razón ( artículo 4, 1 del Código Civil ), pues el problema que se pretende regular en el usufructo de acciones o participaciones sociales es muy parecido. La situación de los beneficios sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo, y la institución del usufructo de acciones o participaciones sociales, en que el usufructuario tiene derecho a hacer suyos los frutos, dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo, presenta una cierta relación analógica con la sociedad de **gananciales**, en la que se hacen comunes por los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente para cualquiera de ellos ( artículo 1344 del Código Civil ), y entre ellos los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los **gananciales** ( artículo 1347, 2º del mismo cuerpo legal ).

Obviamente, el usufructo de acciones o participaciones sociales no es igual que la sociedad de **gananciales**, pues en tal caso como no se trataría de una posible aplicación analógica de la norma sino directa, y también resulta evidente que no toda la regulación legal del usufructuario de acciones o participaciones sociales es aplicable analógicamente a la sociedad de **gananciales** (véase por ejemplo la distinta solución legal en cuanto a su enajenación de los derechos de suscripción o asunción), pero respecto a la concreta cuestión de los beneficios sociales computados como reservas, nos parece que la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales es perfectamente aplicable por analogía a la sociedad de **gananciales**.

Como la solución al problema es difícil, ya lo hemos dicho, también sabemos que la disposición legal aplicable al usufructo de acciones o participaciones sociales en el artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital es criticada, sobre todo desde el aspecto económico-empresarial, lo que es comprensible, pero ante un problema complejo es la opción elegida por el legislador.

A nuestro juicio la cuestión tiene dos posibles soluciones. La primera es entender en atención a la personalidad jurídica propia de la sociedad; a que los beneficios sociales computados como reservas no pertenecen a los socios sino a la propia sociedad; que a diferencia del dividendo, que sale del patrimonio de la sociedad, o de las acciones con cargo a beneficios, que es un valor que la propia sociedad emite, el beneficio contabilizado como reservas permanece en el patrimonio de la sociedad, pudiendo desaparecer por pérdidas ulteriores o incluso compensar un neto patrimonial negativo anterior y que el supuesto no se encuentra comprendido en la regulación del artículo 1352 del Código Civil; que ese beneficio anual no repartido como dividendo ni utilizado para emitir ampliaciones de capital con cargo al mismo, no da lugar a un crédito de la sociedad de **gananciales**, dejando para los casos especiales de fraude por uno de los cónyuges la aplicación de los principios generales





correctores del fraude de ley, el abuso de derecho o incluso la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica; pero esta solución, tributaria más de un enfoque que podríamos denominar mercantil- empresarial tiene el inconveniente de que deja la corrección de las situaciones de abuso y fraude a la aplicación de principios generales de derecho de salvaguardia del ordenamiento, que es bastante posible que en la práctica, por sus limitaciones, no resulten eficaces para remediar la complejidad de las posibles realidades que se presenten, y además obvia la aplicación analógica de la solución adoptada legalmente para el usufructo de acciones o participaciones sociales. Desde este aspecto, sí debemos señalar que como bien indica la sentencia recurrida no existía confusión entre el patrimonio de D. Cesar y el de sus sociedades, no concurriendo motivo para acudir a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica, y el codemandado D. Cristobal se ha cuidado de acreditar a través del dictamen pericial de D. Aurelio que la política social de no reparto de dividendos se hallaba justificada económicamente y no obedecía a un capricho o a un fraude.

La otra posibilidad es aplicar analógicamente la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales y estimar que los beneficios sociales de explotación integrados en las reservas expresas y que no hayan dado lugar a reparto de dividendo o a ampliación de capital generan también un crédito de la sociedad de **gananciales** frente al cónyuge titular de las acciones o participaciones. Es el reverso de la solución anterior, centrada más en un enfoque civil, en detrimento del mercantil-empresarial, y que aplica una solución general al problema, ya elegida por el legislador para un supuesto con cierto parecido, si bien desde el aspecto económico-empresarial sea criticada.

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

**NOVENO.-** Llegados a este punto debemos señalar que la sentencia recurrida entiende que la acción de adición y complemento y la de rescisión atenta a los actos propios de la demandante y a la aceptación tácita de no incluir los beneficios sociales contabilizados como reservas cuando se firmó la escritura de liquidación.

Al Tribunal no le cabe duda alguna por la documentación aportada y prueba practicada que en las largas y complejas negociaciones para liquidar la sociedad de **gananciales** se tuvo perfectamente en cuenta los fondos propios de las sociedades, así que desde este aspecto no vemos nada desacertada la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Recordemos que la vinculación a los actos propios es una doctrina recogida por el Tribunal Supremo, así en sentencias de 28 de enero de 2000 , 23 de mayo y 22 de octubre de 2003 , admitiendo el principio general de Derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire") como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, pero para su aplicación se precisa la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; doctrina que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico.

En este aspecto, coincidimos con el criterio del juzgador "a quo" en que habiéndose contemplado en todo momento en las negociaciones para la liquidación de la sociedad de **gananciales** los fondos propios de las sociedades, los acuerdos liquidatorios conllevaban implícitamente que los beneficios sociales contabilizados como reservas no se incluyeran como crédito en el haber de la sociedad de **gananciales**, por lo que pretender practicar una adición o complemento a la liquidación de la sociedad de **gananciales** para incluir como activo aquel crédito supondría ir contra los actos propios de la demandante, lo que veda la señalada doctrina jurisprudencial.



Pero si la doctrina de los actos propios es aplicable a la acción de adición o complemento, no lo es a la acción de rescisión por lesión, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 al declarar que "La rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código civil (arts. 1.140 y 1.074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos ( art. 1.293 ), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser recogida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen. Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevinidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión".

De este modo la aplicación de la doctrina de los actos propios a la acción de adición o complemento nos arroja en brazos de la acción de rescisión por lesión.

**DECIMO.-** En el ámbito entonces de la acción de rescisión por lesión ( artículo 1074 en relación al 1410 del Código Civil ), deberíamos tener en cuenta en beneficios de las sociedades Gedeco SA, Proyectos Aumay SL y Nuevo Coslada SA contabilizados como reservas sociales en el periodo de tiempo transcurrido entre el matrimonio de D. Cesar y Dña. Diana y la escritura de capitulaciones matrimoniales de 11 de abril de 2003, en la porción teóricamente correspondiente al socio o accionista D. Cesar , dejando de atender a otros criterios como el hipotético incremento del valor de las acciones o participaciones de aquellas sociedades en el señalado periodo, y mucho menos fijándonos en el valor que se hubiera podido dar a las acciones o participaciones en las operaciones de aumento de capital de Grupo Gedeco Avantis SL a que nos hemos antes referido.

Del dictamen pericial de D. Aurelio resulta que D. Cesar era el propietario de la totalidad de las acciones de Nuevo Coslada S.A. y Proyectos Aumay S.L., las cuales no repartieron beneficios en el periodo contemplado (30 de junio de 1995-11 de abril de 2003), ascendiendo las ganancias obtenidas por Nuevo Coslada S.A. en ese periodo a 179.996 euros, y por Proyectos Aumay S.L. a 174.155 euros.

En cuanto a Gestión y Desarrollo de Comunidades (Gedeco), que tampoco repartió beneficios en el periodo, de acuerdo con otro dictamen pericial de D. Aurelio las ganancias acumuladas en el periodo ascendieron a 76.699.853 euros, de los que resultaban imputables a D. Cesar según su participación en el capital de cada año 63.764.710 euros, si bien el informe pericial del perito designado por el Juzgado D. Ismael estima dichos beneficios contabilizados como reservas sociales en 64.468.834,97 euros.

Si nos atenemos como más favorable a los demandados, aparte de su evidente solvencia, a los dos dictámenes periciales de D. Aurelio , llegaríamos a la conclusión de que los beneficios imputables a D. Cesar en el periodo mencionado por las tres sociedades antes citadas supondría la cantidad de 64.118.861 euros, a la que habría que deducir la suma de 10.348.141,68 euros de las dos ampliaciones de capital con cargo a reservas que Gedeco S.A. realizó en el periodo y cuyo crédito se incluyó como **ganancial** en la escritura de liquidación, con un resultado total de beneficios contabilizados como reservas sociales de 53.770.719,32 euros.

Si entendemos que en los acuerdos liquidatorios de la sociedad de **gananciales** se contemplaban implícitamente los beneficios contabilizados como reservas de las tres sociedades, que formaban parte de los fondos propios, entonces dada la expresada cantidad en relación al resto de los bienes comprendidos en el activo dividido concurre la lesión en más de la cuarta parte a que se refiere el artículo 1074 del Código Civil .

Debemos, por tanto, declarar la rescisión para lesión de las operaciones de liquidación de la sociedad de **gananciales** reflejadas en la escritura de liquidación de 11 de abril de 2003, en la escritura de adición de 30 de noviembre de 2004, y en el acuerdo adicional de 11 de abril de 2003.

Las escrituras públicas de 11 de abril de 2003 por las que en una Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A. (Gedeco) vendió a D<sup>a</sup> Diana todas las participaciones sociales de Sangüesa e Hijos S.L., y en la otra la misma sociedad Gedeco vendió a Sangüesa e Hijos S.L. unas fincas, también forman parte de los acuerdos liquidatorios de la sociedad de **gananciales**, como hemos dicho, pero no podemos declarar en este proceso la rescisión para lesión de las operaciones de compraventa al estar implicadas en ellas terceras personas no demandadas en este proceso (Gestión y Desarrollo de Comunidades S.A. y Sangüesa e Hijos S.L.).

El artículo 1077 del Código Civil dispone que el heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición, pero cuando, como es el caso, no se puede determinar el montante exacto de la lesión sin proceder a una nueva partición, en la que hay que valorar nuevamente todos los bienes, Vallet entiende, con cita de las sentencias del Tribunal supremo de 25 de octubre de 1911 y 17 de enero de 1985 , que es compatible la práctica de una nueva partición y el ejercicio posterior de la opción. Por ello, en



el adecuado procedimiento de división de patrimonios y tras la práctica de la nueva partición, los herederos podrán optar, en el modo que el órgano judicial precise, entre indemnizar el daño o consentir la nueva partición.

**DECIMOPRIMERO.-** Con el ánimo de ser exhaustivos y aunque apreciada la procedencia de la acción de rescisión por lesión ello ya carezca de transcendencia, debemos admitir que en el activo de la sociedad de **gananciales** no se incluyó un crédito por valor de 30.000 euros por la ampliación de capital de Nuevo Coslada S.A. llevada a cabo en la Junta General Extraordinaria Universal de 15 de julio de 1999, en la cual, tras una reducción de capital social por amortización de acciones se aumentó el capital social en 5.000.000 de pesetas con cargo a reservas mediante aumento automático del valor de las acciones, aumento de capital que provoca un crédito **ganancial** en aplicación de lo establecido en el artículo 1352 del Código Civil .

Sin embargo, las retribuciones que hubiera percibido D. Cesar durante el régimen de **gananciales** no constituye crédito **ganancial** alguno, pues conforme al artículo 1397 del Código Civil únicamente se incluyen en el activo de la sociedad de **gananciales** en liquidación los bienes **gananciales** existentes en el momento de la disolución.

**DUODÉCIMO .-** Por último, el apelante se complace en suscitar dos cuestiones procesales, como son la estimación de la falta de legitimación pasiva ad causam que efectúa la sentencia recurrida en cuanto a la herencia yacente y los albaceas contadores partidores.

Cuando se presentó la demanda el 3 de abril de 2007 exista realmente una situación de herencia yacente por cuanto los herederos D. Elias y D<sup>a</sup> Guillerma aceptaron la herencia a beneficio de inventario en escritura de 24 de abril de 2007, y los herederos de D. Cristobal y D. Balbino aceptaron la herencia por escritura de 4 de mayo de 2007. De hecho, los albaceas contadores partidores al contestar a la demanda no opusieron siquiera una excepción de falta de legitimación pasiva de la herencia yacente sino su sucesión procesal. Pero desaparecida la situación de herencia yacente por la aceptación de los herederos no entendemos a qué viene mantener la improcedente estimación de su falta de legitimación pasiva si no es debido a pruritos académicos, ajenos al ejercicio de la justicia civil, cuya función es resolver litigios y no pronunciarse sobre disquisiciones doctrinales. En cualquier caso, el artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite tomar en consideración las innovaciones posteriores a la iniciación del proceso relativas a los litigantes cuando dejan privadas de interés legítimo las pretensiones deducidas en la demanda.

Y algo parecido ocurre con la falta de legitimación pasiva de los albaceas contadores partidores que aprecia la sentencia impugnada. La falta de legitimación para cuestionar la existencia de créditos de la sociedad de **gananciales** parece clara, pero los mismos albaceas contadores partidores demandados ya planteaban sus dudas respecto a su legitimación para practicar una nueva liquidación de la sociedad de **gananciales** representando al causante. De todas formas, vencido ya el plazo de su nombramiento el tema más parece adecuado para su planteamiento en las aulas que ante un Tribunal de Justicia.

Procede, en consecuencia, mantener la falta de legitimación pasiva ad causam de la herencia yacente y de los albaceas contadores partidores D. Borja y D<sup>a</sup> Evangelina .

**DECIMOTERCERO.-** Procede, pues, por cuanto se ha expuesto, estimar el recurso de apelación formulado y revocar la sentencia recurrida, para estimando en parte la demanda declarar la rescisión por lesión de las operaciones de liquidación de la sociedad de **gananciales** formada por D. Cesar y D<sup>a</sup> Diana y comprendidas en la escritura de liquidación de 11 de abril de 2003, en la escritura de adición de 30 de noviembre de 2004, y en el acuerdo adicional de 11 de abril de 2003.

Nuestra resolución queda en un mero pronunciamiento declarativo, no susceptible de posterior ejecución, por cuanto la práctica de una nueva liquidación de la sociedad de **gananciales** la deberán promover los interesados, en su caso, por el correspondiente procedimiento de división judicial de patrimonio regulado en el título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**DECIMOCUARTO .-** Estimada parcialmente la demanda, las costas de la primera instancia no se imponen expresamente a ninguna de las partes ( artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), sin que tampoco haya lugar a especial imposición de las causadas en este recurso ( artículo 398.2 de la citada Ley Procesal ).

**Vistos** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Diana contra la sentencia que con fecha veintiseis de mayo de dos mil once pronunció la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número uno de Madrid, y revocando la citada resolución, debemos estimar y estimamos en parte la demanda formulada por D<sup>a</sup> Diana contra la herencia yacente de D. Cesar , d. Cristobal , D. Balbino , D. Elias , D<sup>a</sup> Guillerma , D. Borja y D<sup>a</sup> Evangelina , para declarar la rescisión por lesión de las operaciones de liquidación de la sociedad de



**gananciales** formada por D. Cesar y D<sup>a</sup> Diana y comprendidas en la escritura de liquidación de 11 de abril de 2003 en la escritura de adición de 30 de noviembre de 2004, y en el acuerdo adicional de 11 de abril de 2003; sin especial imposición, ni de las costas de la primera instancia ni de las de este recurso a ninguna de las partes.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**Así** por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ