

INCIDENCIA JURÍDICO-PATRIMONIAL DE LAS CRISIS CONYUGALES EN LA EMPRESA FAMILIAR: EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

Incidencia jurídico-patrimonial de las crisis conyugales en la empresa familiar: el derecho de adjudicación preferente del artículo 1406.2.º del Código Civil

El presente artículo tiene por objeto definir la incidencia de las crisis conyugales en la configuración jurídico-patrimonial de la empresa familiar. El estudio se centra principalmente en analizar el derecho de adjudicación preferente previsto en el artículo 1406.2.º del Código Civil en favor del cónyuge que efectivamente gestione la explotación económica y que, en nuestra opinión, se ofrece como solución al efecto distorsionador que conlleva la liquidación del patrimonio conyugal en la continuidad a largo plazo de las empresas familiares en España.

También nos detenemos a analizar los principales problemas que se plantean al momento de monetizar aquello que los cónyuges van a recibir en su haber, especialmente cuando se trata de valorar cualitativamente la empresa a efectos de atribuir un valor a las acciones o participaciones que representan un paquete minoritario respecto del resto del capital social.

PALABRAS CLAVE

Empresa familiar, Patrimonio, Gananciales, Disolución, Liquidación, Derecho de adjudicación preferente, Acciones, Participaciones, Valoración de empresas, Control.

Legal and Economic Impact of Marital Overturns in Family Businesses: Preemptive Right ex article 1406.2º of The Spanish Civil Code

The purpose of this article is to outline the impact of marital overturns in the legal and economic form of family businesses. This paper is mainly focused in analysing the preferential awarding right set forth in article 1406.2º of the Spanish Civil Code in favour of the managing spouse of the family business which, in our opinion, might be a solution to the distorting effect that the winding up and liquidation of the marital assets may imply to the continuity of family businesses in Spain. It also analyses the major problems that this process may face when it comes to monetize the value of the shares that one of the spouse will receive, especially in those cases of minority holding.

KEY WORDS

Family business, Assets, Marital assets, Winding-up, Liquidation, Preemptive right, Shares, Company value, Appraisals, Holding.

Fecha de recepción: 26-10-2017

Fecha de aceptación: 30-10-2017

1 · INTRODUCCIÓN

La empresa familiar se caracteriza porque su propiedad, gobierno y control pertenecen a un grupo familiar, asegurándose la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad mediante las relaciones familiares. La mayoría del capital y de votos son propiedad del fundador o fundadores, sus cónyuges, padres, hijos o herederos directos, asumiendo la gestión uno o varios de ellos. A ello se añade que el transcurso del tiempo conlleva inevitablemente que el grupo se incremente a través de los vínculos matrimoniales de los hijos del fundador y la descendencia habida de esas uniones.

Ese entramado de relaciones determina que una crisis conyugal de cualquiera de los integrantes del grupo pueda tener inmediatas consecuencias patrimoniales en la sociedad, máxime en aquellos supuestos en los que se produce una comunicación entre los patrimonios personales y los que afectan a la empresa, lo cual puede producirse como consecuencia de la regulación legal del régimen económico conyugal de comunidad universal de bienes.

Uno de los retos más relevantes al que se enfrenta o puede enfrentarse una empresa familiar es el de establecer mecanismos que garanticen su continuidad a largo plazo. En esos casos, cobran especial importancia las medidas de carácter patrimonial que puedan adoptarse en un proceso judicial matrimonial (i. e., las medidas cautelares, la confección del inventario y la liquidación y reparto del patrimonio conyugal). Tales mecanismos pueden incidir directamente en la empresa familiar, poniendo en peligro no solo su gestión, sino también, en ocasiones, su propia subsistencia.

El problema no es baladí. En España existían en el año 2015 un millón cien mil empresas familiares (89 % sobre el total de las empresas españolas), que daban empleo en esa fecha a más de seis millones de personas y que su actividad suponía el 67 % del valor añadido bruto del sector privado. En el tramo de las empresas de mayor tamaño, el porcentaje de empresas familiares superaba el 50 % del total.

A ello se añade que, durante el año 2016, España ocupó el segundo puesto de países de la Unión

Europea con mayor tasa de rupturas matrimoniales. Según el informe estadístico del Consejero General del Poder Judicial de 2016, el 76,6 % de los divorcios en el año 2016 fueron de mutuo acuerdo, mientras que el 23,4 % restante fueron contenciosos. Las separaciones, por su parte, fueron el 85,1 % de mutuo acuerdo y el 14,9 % contenciosas.

Por definición, el denominador común de las empresas familiares es nacer y desarrollarse en las mismas manos de generación en generación. La única garantía de tal designio sería evitar la interrelación entre el patrimonio de los cónyuges y el de la empresa, bien mediante la adopción del régimen económico de separación de bienes a través de las capitulaciones en aquellos matrimonios regidos por derecho común, bien a través de la fijación de pactos que soslayen y resuelvan una potencial colisión de intereses.

No obstante, la experiencia revela que una crisis conyugal provoca la desafección con la empresa del cónyuge ajeno a su explotación, sustituyendo el interés de ese negocio por el suyo particular. Como consecuencia de ello, la casuística de los efectos de una crisis matrimonial es considerable, como lo son también las posibles salvaguardias que podrían adoptarse.

2 · LA SOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1 · Efecto distorsionador de las crisis conyugales en la empresa familiar

Como hemos adelantado, los problemas que plantea la existencia de un régimen de comunidad entre los cónyuges, bien sea inicialmente como el de sociedad de gananciales, bien posteriormente, como en el de participación, tienen fácil solución acordando previamente el de separación de bienes o mediante la adopción de pactos en capitulaciones que garanticen el control de la empresa en manos de los miembros afectos a la saga fundadora. Y ello, sin perjuicio de que igual resultado se obtenga otorgando testamento conforme a tales intereses a través de unos estatutos sociales a medida y con idéntica finalidad.

Los pactos más habituales y de recomendada utilización son los siguientes: (i) reforzamiento de los *quorum* para el Consejo de Administración y la Junta General; (ii) creación de acciones o participaciones sin voto o con voto múltiple; (iii) cláusulas de

control de acceso a los órganos de administración; y (iv) eliminación de la libertad de adjudicación de las participaciones al cónyuge en caso de liquidación del régimen económico del matrimonio, entre otros.

Sin perjuicio de esos pactos, es innegable que la separación, divorcio o nulidad conllevan la procelosa extinción del régimen económico del matrimonio. En aquellos casos en los que entre los cónyuges existe el régimen de gananciales, su disolución y liquidación provoca la determinación y atribución a cada uno de lo que le corresponda en la comunidad de bienes.

Las mayores discrepancias entre los cónyuges se suelen producir sobre la formación del inventario y la atribución privativa o ganancial de los bienes y derechos objeto de liquidación. No obstante, en el caso que aquí nos interesa, la verdadera contraposición de intereses se produce cuando uno de los cónyuges ha permanecido al margen de la gestión y administración de la empresa. El interés del cónyuge administrador será que se garantice el normal desenvolvimiento de la empresa y su continuidad al frente de la gestión. Por el contrario, el cónyuge que ha permanecido al margen de aquella velará por que se le atribuyan los activos que le correspondan de la comunidad conyugal.

2.2 · La solución legislativa del artículo 1406.2 del Código Civil

Consciente nuestro legislador del efecto distorsionador que pueden conllevar las crisis conyugales en el entramado de la empresa familiar en supuestos de subsistencia de un régimen de gananciales puro y no alterado por ningún pacto adicional o estatutario, el Código Civil («CC») ofrece, en su artículo 1406.2.º, una razonable solución que combina (i) el derecho del cónyuge que haya permanecido en la gestión del negocio familiar a continuar en ella, atribuyéndole con carácter preferente un porcentaje suficiente de acciones o participaciones para ser titular de la mayoría de su capital (i. e., del capital ganancial); y (ii) el derecho del cónyuge ajeno a la gestión de la explotación económica sin disminuir el valor de la parte ganancial que le corresponde en la liquidación de la masa ganancial.

Este precepto, de interpretación restrictiva, contiene un derecho subjetivo de adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger intereses transversalmente personales y profesionales, así como de

preservar la continuidad económica que podría resultar gravemente afectada si, como consecuencia de la partición ganancial, se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio de su actuación profesional o empresarial (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9763) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de junio de 2011 (RJ 2011, 266399)).

2.3 · Marco normativo aplicable

Para un adecuado estudio de la solución prevenida por el artículo 1406.2 CC, no podemos dejar de traer a colación aquellos preceptos que lo complementan o que, mejor dicho, establecen el marco jurídico conforme al cual deberá interpretarse y, en su caso, integrarse. Se ha de comenzar señalando, a la luz del artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»), que la liquidación del régimen económico matrimonial origina una masa común de bienes y derechos sujetos a determinadas cargas y obligaciones. Tal liquidación se ha de llevar a cabo según determinen los cónyuges de común acuerdo (principio de autonomía de la voluntad ex artículos 1255 y 1323 CC) y, en su defecto, con arreglo a las correspondientes normas sustantivas y procesales que resulten aplicables (artículos 806 y siguientes de la LEC y artículos 1344 y siguientes del CC para supuestos de sociedad de gananciales).

Los artículos 1392 a 1410 CC establecen las reglas correspondientes al sistema de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Y su artículo 1410 CC reenvía a las reglas sobre participación y liquidación de la herencia. Ese reenvío viene referido a un principio general rector de la liquidación, como es la igualdad de las atribuciones patrimoniales finales.

Ahora bien, si analizamos el postulado contenido en el artículo 1061 CC, observamos que su aplicación no es inexorable, sino una recomendación adaptada al hecho de que «sea posible» atendidas las circunstancias del caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de división, etc.

La flexibilización de ese criterio ha sido determinado mediante reiterada doctrina jurisdiccional que ha insistido en que la igualdad proclamada en el referido artículo 1.061 CC es una igualdad meramente cualitativa, no una igualdad matemática ni absoluta (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008, de 25 de noviembre de 2007 y de 7 de noviembre de 2006 y, en el mismo

sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 13 de septiembre de 2016 [JUR 2016, 262959]). El artículo 1062 CC, por su parte, confirma lo expuesto cuando en su párrafo primero 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 de dinero».

La excepción a la regla de la igualdad en sede de liquidación de gananciales la encontramos, precisamente, en el artículo 1406.2 CC, que prevé, como se ha dicho, un derecho de atribución preferente sobre la explotación económica gestionada por uno de los cónyuges que deberá, por ello, ser incluida en su exclusivo haber: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: [...] 2. La explotación económica que gestione efectivamente».

El precepto fue introducido originariamente en el Código Civil en su reforma de 1981 con el objeto de incentivar el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. Entonces, y con presumible inspiración de los derechos francés y belga, el privilegio contenido en la dicción de su apartado segundo rezaba del siguiente tenor: «2. La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo».

Ninguna duda cabe a día de hoy sobre la *ratio legis* de disponer de un instrumento legal que, partiendo de la ganancialidad de las acciones y participaciones sociales, el derecho ex artículo 1406.2 CC se reconoce también a las explotaciones realizadas bajo forma societaria. Así resulta de la exposición de motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva empresa, que modificó el artículo 1406.2 CC a través del apartado tercero de su disposición final primera. Así lo ha venido recogiendo igualmente la doctrina de las Audiencias Provinciales.

La Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 7 de mayo de 2009, estableció que «para justificar la nueva redacción del precepto (que antes se refería de forma más genérica a la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo, dice la Exposición de Motivos de la expresada norma modificadora que «se introducen modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.».

2.4 · Requisitos de aplicación

En atención a la reducida jurisprudencia que se ha dedicado al estudio del precepto en litigios matrimoniales, podemos afirmar que la adjudicación preferencial *ex* artículo 1406 CC requiere de la concurrencia de los siguientes dos requisitos: (i) que se trate de una «*explotación económica*» que tenga naturaleza jurídica de ganancial; y (ii) que se atribuya al cónyuge que «*la gestione efectivamente*».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2008 (LA LEY 61729, 2008) es pionera en la interpretación de este precepto tras su reforma en el año 2003. En ese supuesto se declaró aplicable a un negocio constituido como comunidad de bienes, al considerarlo constitutivo de una «*explotación económica*». El Alto Tribunal, haciendo excurso de los requisitos anteriormente referidos, adjudicó las cuotas de forma preferente a la esposa, al constar que asumió efectivamente la explotación del negocio, sin que existiere prueba que permitiera la atribución del negocio al esposo, salvo su participación en la creación de la comunidad.

Una explotación económica será cualquier empresa o, en palabras de Garrido de Palma, cualquier «*conjunto de elementos heterogéneos debidamente organizados por su título, destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para obtener una ganancia ilimitada*».

Por otro lado, para que la gestión sea considerada como efectiva, no se exige ninguna reglamentación formal (por ejemplo, pertenecer al órgano de administración), sino que se reconduca a la mera actividad consistente en tener capacidad o habilidad para gestionar la empresa, así como poseer disponibilidad o control de la sociedad. Eso sí, tal y como apreció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 2 de junio de 2017 (JUR 2017, 218901), la gestión efectiva por uno de los cónyuges debe darse *con anterioridad* a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Incluso antes, ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 11 de julio de 2006, destacó expresamente que no es posible aislar la actividad de la sociedad de la desarrollada por el cónyuge gestor con un carácter eminentemente personalista, incluso aunque el otro cónyuge haya desarrollado trabajos en la empresa que no sean constitutivos de «*gestión*»: «*En primer lugar, como se recoge en el propio informe aportado en su día por el apelado, porque*

la actividad empresarial es desarrollada por uno de los comuneros, con un carácter fundamentalmente personalista, por lo que no se puede aislar por la propia actividad de la entidad de la desarrollada por esta persona, ni diferenciar entre la aportación del fondo de comercio que realiza la propia comunidad de bienes de la que realiza personalmente el comunero. Es cierto que Doña Daniela desempeñaba allí trabajos como administrativa, ocupándose de la contabilidad, pero estos no implican la identificación con el negocio propio de quien ejerce la actividad empresarial, quien contrata y negocia con los clientes con los que mantiene una relación personal, y, por tanto, quien se encuentra más capacitado y con mejores condiciones para continuar al frente de la empresa [...] Sin que pueda confundirse esta gestión con los trabajos administrativos o contables que llevaba la esposa».

2.5 · La participación efectiva de los dos cónyuges en la explotación

Un problema asociado al ejercicio de este derecho es el de la participación efectiva de los dos cónyuges en la explotación. A continuación se reseñan los supuestos más habituales en la práctica y las soluciones propuestas:

- (i) *Uno de los sujetos es titular de la explotación dirigiéndola el mismo efectivamente.* En este supuesto parece que el titular cumple con el requisito del 1406.2 CC, pues gestiona efectivamente la explotación, por lo que será sujeto del derecho de atribución preferente (además de titular).
- (ii) *Uno de los sujetos es mero titular de la explotación mientras el otro es apoderado general o gerente.* En este caso, de acuerdo con el tenor literal del artículo 1406.2 CC, el sujeto beneficiario del derecho de adjudicación preferente será el que tenga los poderes de representación general en detrimento del otro, en la medida en que es quien realiza la «*gestión efectiva*» de la explotación económica o empresa. Y ello lo será con independencia de lo que figure en el Registro Mercantil, pues la mera titularidad del negocio no implicará la dirección *de facto* de la compañía, incluso aunque lo haga con un poder derivado.
- (iii) *Ambos sujetos gestionan de forma efectiva la explotación.* Parece que, ante la paridad de intereses a tutelar, ambos se verían excluidos del derecho especial de atribución preferente, por

lo que se atribuiría la explotación o las acciones y participaciones sociales de conformidad con las reglas generales de liquidación de la comunidad conyugal.

3 · ADJUDICACIÓN DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES DE LA EMPRESA FAMILIAR AL CÓNYUGE ADMINISTRADOR

Es mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia, aunque no sea aún pacífico en la doctrina, que cuando la explotación económica corresponda a una persona jurídica o funcione bajo una forma societaria, el objeto de adjudicación preferente serán las acciones o participaciones que, en su caso, formen parte del patrimonio ganancial a liquidar. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales lo ha venido acogiendo así de manera indubitada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 7 de abril de 2005, atribuyó a uno de los cónyuges el 90 % de las acciones de una sociedad de carácter ganancial en atención a este criterio, y en igual sentido se pronunciaron las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de julio de 2006 (JUR 2006, 245853), de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 16 de marzo de 2010 (LA LEY 150247, 2010) y de la Audiencia Provincial de Soria de 4 de septiembre de 2014 (JUR 2010, 256642).

De curiosa mención resulta la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 3 de febrero de 2017 (LA LEY 35279, 2017), en un supuesto en que el propio cónyuge adjudicatario era quien impugnaba el cuaderno particional por cuanto se habían atribuido a él, en su integridad, todas las participaciones sociales de la empresa familiar. El Tribunal consideró que, si bien el artículo 1406 CC contempla un derecho, no puede excluirse que, aunque tal derecho no se ejerza, ese sea el criterio que deban seguir los contadores-partidores al momento de atribuir la explotación económica, como cualquier otro que no sea contrario a la ley.

Esa sentencia no solo deja claro que, cuando el artículo 1406 CC habla de explotación económica, se refiere igualmente «a las acciones y participaciones sociales en empresas efectivamente gestionadas por un cónyuge», sino que el precepto estudiado debe servir de mantra en la liquidación de la sociedad de gananciales en lo que a empresas familiares se refiere.

3.6 · La posibilidad de ejercicio del derecho de atribución preferente limitado a las participaciones de control

En opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la voluntad legislativa del artículo 1406.2.º CC pasa por garantizar el control de la empresa familiar. Por ello, lo que será objeto de la adjudicación preferente en la inmensa mayoría de las ocasiones serán las acciones o participaciones *de control*.

Siguiendo a Díez-Picazo, podemos afirmar que el requisito de la gestión efectiva explica la falta de referencia expresa en el artículo 1406.2.º a las sociedades y a las participaciones de control, en la medida en que abarcará siempre tal supuesto. En ese sentido, la gestión efectiva siempre presupondrá dicho control: «*gestiona efectivamente y tiene disponibilidad sobre dicha empresa o sociedad quien la controla*».

No obstante, en la medida en que el precepto se configura con un carácter meramente potestativo del cónyuge que pretendería la atribución preferente, en nuestra opinión se podrá ejercer esta facultad en supuestos en los que no se tenga una participación de control en la sociedad familiar. En definitiva, se trata de un derecho que se proyecta sobre todos los elementos gananciales que integran la explotación económica, lo que implica que pueda ser objeto de ejercicio tanto total como parcial.

3.7 · Valoración de las participaciones

Señalamos al principio de este trabajo que la verdadera contraposición de intereses entre los cónyuges aparecerá en el momento de *monetizar* lo que van a recibir en su haber. La solución planteada por el artículo 1406.2.º CC parte de la premisa de que el cónyuge no gestor permanecerá incólume en su cuota ganancial. Por ello, el artículo 1407 CC establece la posibilidad de que, *si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero*. Pese a que el referido precepto limita su aplicación a los apartados 3.º y 4.º del artículo 1406 CC (atribución del local profesional y la vivienda habitual, respectivamente), nada impide, y así lo ha venido apreciando la jurisprudencia, la aplicación analógica a la explotación económica.

El problema más relevante que plantea el mecanismo de la compensación en metálico es el de deter-

minar los criterios que se podrían utilizar para valorar las participaciones, especialmente cuando se trata de un paquete minoritario de acciones o participaciones cuya venta es de difícil salida en el mercado.

No existe en la normativa civil previsión alguna sobre los criterios a utilizar, a diferencia de como ocurre en la de sociedades de capital para diferentes supuestos. Así, por ejemplo, en supuestos de transmisiones *mortis causa* de participaciones sociales, el artículo 124.2 de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») prevé que la sociedad podrá rechazar la inscripción de la transmisión a los herederos en el libro registro de acciones nominativas si la sociedad presenta al heredero un adquirente u ofrece comprárselas ella misma por su *valor razonable* en el momento en que se solicitó la inscripción. El *valor razonable* será el que determine un experto independiente.

Por su parte, en sede del régimen general de exclusión del derecho de suscripción preferente en sociedades cotizadas, el artículo 504.2 LSC prevé que «*el valor razonable se entenderá como valor de mercado*».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2489), respecto de la separación voluntaria de socios como mecanismo de tutela de la minoría frente al poder de la mayoría y en interpretación del concepto de «*valor razonable*», se remitió a la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre Valoración de Acciones en los supuestos de los entonces vigentes artículos 64, 147, 149 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, afirmando que «*el auditor ha de determinar un valor de transmisión o reembolso de acciones en base a su juicio como experto independiente en asuntos contables, económicos y financieros y que, a estos efectos, ha de tenerse en cuenta que en una valoración de acciones sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real*».

Por último, debemos destacar que el criterio sexto del Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre), permite calcular el valor razonable «*por referencia a un valor fiable de mercado*». Así, el Plan General lo define como *el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua*».

En definitiva, en supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales serán los contadores-parti-

dores quienes se encargarán de determinar la valoración que tengan las acciones y participaciones de la empresa familiar, que podrán basarse en uno o varios informes de expertos. Ese análisis deberá ser cualitativo e ir referido al valor razonable de un paquete de participaciones o acciones minoritarias frente a un paquete mayoritario.

Existen infinidad de metodologías para estimar el valor de mercado de una compañía, pero solo unas pocas son las comúnmente aceptadas y en su mayor parte se encuentran recogidas en las Normas Internacionales de Valoración. El método a emplear dependerá en muchas ocasiones del sector en el que se enmarque la empresa. No es equiparable la valoración de una compañía del sector inmobiliario, en el que generalmente se utiliza el mecanismo del *Net Net Asset Value* (estimación del valor de su patrimonio), que una empresa del sector servicios, en el que se puede utilizar el método de descuento de flujos de caja.

Sea cual sea el método elegido, lo cierto es que deberán, en todos los casos, utilizarse primas y descuentos que ajusten el valor de las acciones o participaciones sociales. En la práctica, una participación de control o relativamente mayoritaria tiene mayor valor que una minoritaria. Resulta habitual que un socio con control sobre una sociedad pague un sobreprecio o «*prima de control*» al valor que estaría dispuesto a pagar un partícipe minoritario. *Mutatis mutandis*, la falta de control de los socios minoritarios conlleva a un ajuste negativo o «*descuento*» sobre el valor razonable de su participación. Por ello, en estos casos también será necesario que el experto, con el objeto de efectuar su valoración, realice un ajuste valorativo sobre el *valor razonable* de las acciones o participaciones, aplicando una prima o descuento, en función del porcentaje de control que se ostente.

En cuanto a la aplicación judicial de estos criterios, lo cierto es que no abundan en nuestros tribunales resoluciones que conozcan de impugnaciones al inventario en las que la controversia se refiera a la valoración de un paquete minoritario de acciones o participaciones sociales. No obstante, el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, en su Sentencia de 4 de abril de 2011 (LA LEY 27143, 2011), realizó un análisis sobre los distintos métodos que pueden utilizarse para valorar una compañía. El juzgado argumentó con meridiana claridad que, en el caso de participaciones minoritarias, es improcedente calcular su valor de mercado aplicando a

la valoración de la sociedad en su conjunto el concreto porcentaje que representen las participaciones valoradas sobre la cifra de capital social, concluyendo que en esos casos, es necesario aplicar un coeficiente reductor, puesto que no es lo mismo valorar el 100 % de una empresa que un porcentaje minoritario que no proporciona su control. Este sería un criterio similar al descuento que puede aplicarse al precio de los créditos en transmisiones de carteras.

Dice la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil: «Y si tal complejidad, dotada de elevada subjetividad, no fuera bastante, debe señalarse la especialidad que supone la valoración de participaciones minoritarias de empresas cotizadas o no cotizadas, pues resulta obvio que no es lo mismo valorar el 100% de una empresa que hacer un ejercicio intelectual respecto a un porcentaje minoritario que no proporciona el control –directo o indirecto– sobre la administración y gestión; de tal modo que de utilizar los métodos clásicos de cálculo, deberá procederse a minorar el valor obtenido [con la complejidad de determinar los modos de cálculo y métodos de realización], sin posibilidad de proceder a dividir aquel valor global entre el porcentaje de participación minoritaria, pues esta vale menos que su ponderación aritmética de capital en aquel valor global».

Por último, también debemos destacar, por ser relevante a efectos del avalúo de las participaciones y acciones, así como del negocio en su conjunto, que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido apreciando que las inversiones efectuadas en el negocio tras la separación y sin liquidación de los bienes gananciales no pueden ser tenidas en cuenta en el avalúo de los bienes (en lo que nos interesa, de las participaciones). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 4 de septiembre de 2014 (RJ 2014,256642), en un supuesto en el que se impugnaba la valoración del negocio de carnicería que había sido adjudicado preferentemente a uno de los cónyuges, declaró que «nuevamente debemos remitirnos a lo argumentado en la sentencia de instancia, ya que, en efecto, tras la explotación del bar durante dos meses por parte de la apelante, ésta abandonó el negocio, siendo el apelado quien finalmente lo tuvo que volver a sacar a flote, invirtiendo en él los bienes y trabajo necesarios para ello, por lo que estimamos ajustado a derecho que tal inversión no pueda ser incluida en la valoración a efectos de inventario, ya que este hecho tuvo lugar tras la separación de ambos cónyuges, y por tanto, una vez disuelta la sociedad de gananciales».

4 · CONCLUSIONES

El deterioro o quiebra de las relaciones parentales representan el talón de Aquiles de cualquier empresa familiar. Las crisis matrimoniales son las que pueden tener efectos más adversos cuando la liquidación de un régimen económico de comunidad de bienes altere los equilibrios accionariales y de gestión y administración del negocio. Si además esas incidencias se dilatan en el tiempo en un proceso judicial, las consecuencias jurídicas acabarán afectando gravemente a la estructura de la empresa y a su correcto funcionamiento.

Sin perjuicio de los mecanismos que contractual o estatutariamente puedan establecerse, el Código Civil prevé de una solución que, si bien poco estudiada hasta la fecha, se configura como un instrumento para mitigar los efectos que las crisis conyugales puedan traer a la continuidad y subsistencia de las empresas familiares. Así, en el artículo 1406.2.º se regula un derecho de adjudicación preferente de la «explotación económica» a favor del cónyuge que «la gestione efectivamente».

Cuando la explotación económica corresponda a una persona jurídica o funcione bajo una forma societaria, como sucede en la inmensa mayoría de las ocasiones, el objeto de adjudicación preferente serán las acciones o participaciones que, en su caso, formen parte del patrimonio conyugal a liquidar. Además, lo más común será que esas participaciones o acciones sean las «de control», porque el mantenimiento de ese control es a lo que obedece la *ratio legis* del precepto. La dificultad añadida en esos supuestos será la determinación del valor que tengan las participaciones o acciones que se atribuirán al cónyuge gestor, debiendo acudir a los sistemas de valoración de empresas comúnmente utilizados para determinar la prima o el descuento que en cada caso ajuste el valor de la participación de acuerdo con las circunstancias del patrimonio a liquidar.

EDUARDO TRIGO Y SIERRA
LINDA GUERRERO HENRÍQUEZ*

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CORONA RAMÓN, Juan: *Empresa familiar: aspectos jurídicos y económicos*, Ed. Deusto, 2011.

* Abogados del Área Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

- DAMODARAN, Aswath: *The Value of Control: Implications for Control Premia, Minority Discounts and Voting Share Differentials*, New York University, Stern School of Business, 2005.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, Juan Luis: «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales», *Revista de Derecho Privado*, 1984.
- FINNERTY, John y EMERY, Douglas: «The Value of Corporate Control and the Comparable Company Method of Valuation», *Financial Management*, Volumen 33, Número 1, 2004.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Reus S.A., 1985.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis: «La Sociedad Unipersonal y el Proyecto de Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *La Reforma de la S.R.L.*, Colegio General de Corredores de Comercio, 1994.
- RAMS-ALBESA, Joaquín José: «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 568, 1985.
- REYES LÓPEZ, María José: «Relaciones Familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración de la empresa familiar. En particular, sobre el régimen económico matrimonial», en *Dirección, organización de gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*, Tirant lo Blanch, 2015.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Ed. Aranzadi, 2010.
- SÁNCHEZ-VIZCAÍNO, J.: *Incidencia de las crisis matrimoniales sobre la empresa familiar: su tratamiento jurídico en el sistema del Código Civil*. Universidad Católica San Antonio, 2012.
- VV. AA.: *Memento experto crisis matrimoniales*, Francis Lefebvre, 2016.
- Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 2005 (<http://aeca.es/>)
- Instituto de Empresa Familiar, 2015 (www.iefamiliar.com)
- Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es)