

Citación sugerida: RSyC, Año 11-2010-4, p. 69 y www.microjuris.com, MJ-DOC-4836-AR

**Participaciones societarias, utilidades y sociedad conyugal del socio.
Comentario al fallo “Fernández, Carlos Alberto c/ Davicino, Jorge Nereo y otros s/ Incidente de exclusión de bienes hereditarios”**

Diego A. J. Duprat y Guillermo A. Marcos¹

1. El fallo.

En la causa “Fernández, Carlos Alberto c/ Davicino, Jorge Nereo y otros s/ Incidente de exclusión de bienes hereditarios”², el actor dedujo incidente de exclusión de ciertos bienes del inventario realizado en el sucesorio de su cónyuge. La acción fue dirigida contra los hijos del cónyuge del actor.

Los bienes que el actor pretendió excluir de la sucesión de su cónyuge fueron: la participación accionaria en una sociedad anónima; las utilidades sin distribuir que figuraban en el balance de dicha sociedad y los resultados no asignados que surgían de los estados contables de otra sociedad.

En consecuencia, tres fueron las cuestiones centrales del fallo:

a) Determinar el carácter (ganancial o propio) de la participación accionaria del cónyuge supérstite en una sociedad regularizada durante la vigencia de la sociedad conyugal del socio actor, pero cuyo patrimonio proviene de una sociedad de hecho anterior a la vigencia de dicha sociedad conyugal.

b) La procedencia de la exclusión de las utilidades no distribuidas del inventario de bienes gananciales de la sociedad conyugal del socio.

c) La procedencia de la exclusión de los resultados no asignados del inventario de bienes gananciales de la sociedad conyugal del socio.

2. Carácter de las acciones de la sociedad regularizada.

En el primer punto se discutió acerca del carácter propio o ganancial de la participación accionaria del esposo.

Al solo fin de este trabajo, daremos por aceptados determinados supuestos fácticos que aparecen controvertidos en los votos divididos del tribunal: entre ellos admitiremos que la sociedad de hecho fue constituida con anterioridad al matrimonio y que en las escrituras de adquisición de los bienes inmuebles aportados por el esposo, no se hubo dejado reserva sobre su carácter propio.

El primer problema resuelto por el tribunal fue la dilucidación de la calificación que debería adjudicarse a las tenencias accionarias del señor Fernández.

¹ Profesores ordinarios de Derecho Societario, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur (UNS) (www.uns.edu.ar; www.derechouns.com.ar).

² SCBA, 14-4-2010, Causa C. 98.310, Base Juba, <http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>.

La Corte declaró, en voto dividido, que las acciones de la sociedad anónima no son bienes propios en su totalidad, disponiendo que la determinación de la proporción accionaria ganancial y propia sea efectuada en la instancia de origen.

Se fundó para ello en la falta de especificación, en las escrituras de compra, del presunto carácter de propios de los bienes raíces y en que, en el acto de constitución de la sociedad anónima, la esposa prestó su asentimiento para el aporte de aquellos.

Ello merece los siguientes comentarios:

Las acciones de la sociedad anónima que es el producto de la regularización de la sociedad de hecho, deben tener idéntica calificación de la participación en ésta por subrogación real (art. 1266 del Código Civil).

Vale decir que, constituida la sociedad de hecho antes del matrimonio, la participación del esposo en ésta, no puede sino ser calificada como propia (art. 1263 del Código Civil), e idéntica valoración debiera otorgarse a las acciones del ente regular consecuencia de la regularización.

El problema es que el patrimonio original del ente regularizado se ha incrementado por la aportación de inmuebles adquiridos durante la vida del matrimonio.

Estos bienes raíces fueron incorporados al patrimonio del esposo sin reserva de su carácter de propios explicando el que demanda que tal omisión se debió a que tal reserva no es procedente cuando quien compra no lo hace para sí sino para un tercero. Pero lo cierto es que la Corte, con base en la presunción de ganancialidad del art. 1271 del Código Civil ha estimado que resultaban gananciales.

Ello trae a la luz una cuestión de vieja data, que es la relativa a la existencia de bienes de naturaleza mixta, o sea en parte propios y en la otra gananciales. La mayoría del tribunal así lo ha estimado, disponiendo que esa dilucidación sea efectuada en el tribunal de origen.

Por el contrario, tomamos partido por quienes sostienen que en nuestro sistema legal los bienes son propios o gananciales, sin categorías intermedias o híbridas. La solución que sostenemos es la que surge de la inteligencia de diversas normas del Código Civil que privilegian el origen de los bienes por sobre las modificaciones o acrecentamientos sufridos durante la vida de la sociedad conyugal (arts. 1266, 1270, 1271, etc.).

La jurisprudencia³ ha estimado que, en tales supuestos, debe estarse a la calificación de origen sin perjuicio del derecho a compensación que tal contribución pudiere haber generado.

También Borda es contrario a esta suerte de categoría compleja, aunque para él la solución es distinta: *“Es bastante frecuente que un bien se adquiera en parte con dinero propio de alguno de los cónyuges y en parte con gananciales. La cuestión es delicada. Algunos autores sostienen que el bien debe tener una calificación dual; es decir, debe ser reputado en parte propio y en parte ganancial. Pero ha predominado en la jurisprudencia una solución que estimo práctica y equitativa si la parte del precio pagado con dinero propio es mayor que la otra, el bien se considera propio, reconociéndose en favor de la sociedad conyugal un crédito por el saldo; y viceversa, es decir, cuando la parte pagada con dinero ganancial es mayor que la pagada con dinero propio*

³ Cám. Apel. Bahía Blanca, Sala I, LL, 1989-D-141.

de uno de los cónyuges, el bien se considera ganancial, reconociéndose un crédito por la parte de dinero propio que fue empleada...⁴.

Lo cierto es que, cualquiera sea la solución que se brinde a la cuestión, pareciera que el sistema del Código resulta refractario a esta mezcla de bienes propios y gananciales que originaría una suerte de naturaleza híbrida cuyos efectos jurídicos resultan de una complejidad impensada. No se nos escapa que tratándose de acciones de una sociedad anónima podría pensarse en una solución que permita discriminar que algunas de ellas son propias y las restantes gananciales. Con ello el problema no se soluciona porque como difícilmente la discriminación arroje una cuenta exacta, siempre alguna acción gozaría de este carácter mestizo en atención a la indivisibilidad consagrada por la ley especial (art. 209, LSC).

En síntesis, no compartimos la solución de la mayoría sino que sostenemos que las acciones del esposo en la sociedad anónima producto de la regularización son propias porque su origen es la participación de aquel en la sociedad de hecho regularizada.

Y tampoco pensamos que fuere relevante el asentimiento de la esposa en la transferencia de los bienes inmuebles a la sociedad pues tal acto resulta insusceptible de mudar la naturaleza del bien en cuestión. Es que, tratándose el sistema de calificación de bienes, de un conjunto de disposiciones de orden público⁵, no puede ser derogado por convenciones privadas de los esposos.

Está claro que por el aporte ganancial realizado al patrimonio social debe existir una recompensa en los términos del art. 1316 bis del Código Civil.

3. Las utilidades no distribuidas y la sociedad conyugal del socio.

Respecto de la segunda y tercera cuestión, la Suprema Corte, por unanimidad, sostuvo un principio que no por obvio no valga la pena de ser reiterado: que tanto las utilidades sociales, como los resultados no asignados son propiedad de la sociedad hasta tanto la asamblea no dispusiera su distribución vía dividendos, y el socio no tiene ningún derecho particular sobre los mismos. Al no haber un acto expreso del órgano de gobierno que autorice su distribución –total o parcial- a los socios, dichos fondos son de la sociedad y no conforman el haber de la sociedad conyugal de ninguno de los socios, ni siquiera cuando dichas utilidades surgieran de un ejercicio que coincidiera con la vigencia de la sociedad conyugal de alguno de los socios⁶.

Esto no es más que una consecuencia lógica del principio de la personalidad jurídica que implica la separación patrimonial de la sociedad respecto los patrimonios de sus integrantes y que faculta al órgano de gobierno societario –asamblea- a administrar y disponer del patrimonio social, con cierta libertad y discrecionalidad.

⁴ BORDA, Guillermo A., "Sociedad Conyugal", LL, 1983-A-836.

⁵ MENDEZ COSTA, Josefa, "Sociedad Conyugal", LL, 1992-B-185; CNCiv., Sala D, 9-2-1984, LL, 1985-A-495; ídem, Sala A, 3-5-85, LL, 1985-D-191; FASSI, Santiago C., "El orden público y la calidad de propios o gananciales de los bienes de la sociedad conyugal", LL, 142-416

⁶ La circunstancia de que se asimilen los dividendos al régimen de los frutos civiles del Código Civil no implica sostener que éstos se devenguen diariamente. Los dividendos no se devengan día a día; sólo se considerarán devengados cuando la asamblea así los declare. La ficción del devengamiento diario solo es admisible en la liquidación del usufructo (arts. 218, LSC y 2865, C. Civil).

No obstante, hay cierta doctrina que no comparte estas afirmaciones. Por ejemplo, Fourcade⁷, quien sostiene que la retención de utilidades, sea capitalizándolas, afectándolas a reservas o contabilizándolas como “resultados no asignados” o similares, al aumentar el valor patrimonial de la sociedad, aumenta proporcionalmente el valor de las acciones, en la medida en que éstos instrumentos reflejan el valor del patrimonio social. En consecuencia, el mayor valor que adquieran las acciones por la incidencia refleja del aumento del patrimonio de la sociedad, será ganancial, si éste mayor valor se verificó durante la vigencia de la sociedad conyugal del socio.

Sostiene que, tratándose de participaciones societarias propias, la “sustancia” es el valor original de dichas acciones: mientras que su “fruto” es el incremento en términos reales de ese valor original. Toma como fruto “devengado” de las acciones existentes, el mayor valor adquirido por éstas, aunque dichas ganancias no se hayan distribuido, ni mucho menos percibido. Y, además, considera que dichos “frutos” (consistentes en el aumento de valor de la acción por reflejo del valor patrimonial de la sociedad) serán gananciales⁸.

El argumento que desarrolla Fourcade parte de que en el aumento de valor de las acciones del cónyuge socio, hay actividad del hombre, o sea del propio socio, lo que marca la diferencia con el supuesto regulado por el art. 1266, del Código Civil.

Dicho artículo sostiene que los aumentos de materiales que acrecen a un bien propio “formando un mismo cuerpo con [él] por aluvión, edificación, plantación, u otra cualquiera causa” sigue el carácter de la cosa principal. Se refiere tanto a causas “naturales” (por ejemplo: aluvión) como a aquellas donde interviene la actividad del hombre (por caso: edificación, plantación u otra cualquiera).

Mientras que el art. 1272, párrafo 7º, del Código Civil, que a nuestro entender no contradice la norma anterior, se refiere al carácter ganancial de las “mejoras” efectuadas con fondos gananciales sobre bienes propios, cuando éstas no formen un cuerpo indivisible con la cosa principal.

En suma, cuando las mejoras provinieran de fondos gananciales –que no es el caso bajo análisis- pueden darse dos situaciones: cuando las mejoras formaran un solo cuerpo indivisible con el bien propio (art. 1266), el bien *mejorado* seguirá teniendo el carácter de propio pero el valor de las mejoras deberá compensarse a la liquidación de la sociedad conyugal. Mientras que en el caso de mejoras *separables*, éstas serán consideradas gananciales (art. 1272)⁹.

En el caso de acciones correspondería aplicar el 1266 y no el 1272, 7º párrafo, ambos del Código Civil, atento a que el aumento de valor de la acción, sea por causas del hombre o ajenas a éste, no es posible de separarse de la misma.

⁷ FOURCADE, Antonio D.; “Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos”, JA 2007-I-1008.

⁸ Sostiene FOURCADE que la sustancia de la acción es el valor inicial de la misma y todo lo que exceda tal valor será ganancial por considerárselo fruto de dicha acción.

⁹ ZANNONI, Eduardo A.; Derecho Civil – Derecho de Familia, T.1, 3ª edic., Edit. Astrea, 1998, Bs. As., p. 503 y VIDAL TAQUINI, Carlos H.; Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª edic., Edit. Astrea, 1993, Bs. As., p. 222.

Ahora bien, si se pretende sostener que el aumento de valor de la acción por el consiguiente aumento del patrimonio social puede caer dentro del supuesto del art. 1272, 7º párrafo, del Código Civil –como sostiene Fourcade–, se debe analizar, necesariamente, el grado de participación del socio en la gestión societaria y la capacidad de éste de influir en los negocios societarios.

Está claro que en caso de socios con participaciones minoritarias, el aumento patrimonial de la sociedad no podrá serle imputado a su propia actividad y, por ende, esta situación sería claramente asimilable al supuesto del art. 1266, del Código Civil (equiparable al mayor valor que adquiere una obra de arte o la tenencia de moneda extranjera, oro o piedras preciosas).

En casos donde la tenencia accionaria del cónyuge socio fuera determinante en la vida de la sociedad podría llegar a justificarse la solución propuesta por Fourcade, con serias restricciones, en la práctica, para demostrar el origen del aumento de valor patrimonial que se refleja en las acciones y determinar cuando el mayor valor se debe a una directa gestión del socio o a otras circunstancias externas a él, y cuando las mayores ganancias obtenidas en un ejercicio no se deben a inversiones efectuadas en anteriores ejercicios (inclusive en ejercicios anteriores a la vigencia de la sociedad conyugal del socio). No nos cabe duda que la regla propuesta es de muy difícil administración y aplicación y, en lugar de brindar una solución generará conflictos.

Pero aún cuando pudiera determinarse que la actividad del socio fue la causa directa y exclusiva del aumento patrimonial de la sociedad, deberá tenerse en cuenta que los fondos reinvertidos o aplicados a negocios corporativos, siempre fueron fondos de la sociedad que nunca se transfirieron a sus socios y que la eventual gestión “exitosa” del cónyuge socio dentro de la sociedad pudo haber sido debidamente remunerada a través del pago de salarios u honorarios, los cuales sí tendrían carácter ganancial.

El mayor valor que adquieran las acciones, sea por causa ajena a la sociedad o por decisión de ésta, beneficia al propietario de las acciones y mantienen el carácter de bien propio que tenían las acciones. Por iguales argumentos, las pérdidas por desvalorización que sufran las acciones afectarán al cónyuge titular de las acciones propias, y en nada influirán en la sociedad conyugal del socio¹⁰.

En este sentido se expidió la Cámara Civil de la Capital Federal *in re*: “Gómez Palmés, Enrique y otros c/ Menéndez Behety de Gómez Palmés, Herminia”¹¹, en el marco de un proceso de partición de los bienes del causante.

¹⁰ Ver CORNEJO, Raúl J.; “Acción de partición. Devolución de frutos. Mayor valor”, LL, 55-643.

¹¹ CCiv. 2ª Cap. Fed., 21-4-1949 (En primera instancia se sostuvo: “*las acciones no pierden su individualidad de bienes propios en ninguna proporción sea cual fuere la fluctuación de su valor en plaza y sea cual fuera el cálculo de su valor en un momento determinado*”). Aún cuando el mayor valor no se deba a cuestiones de oportunidad de negocios, coyunturales, acciones de terceros, sino de capitalizaciones de utilidades o de reservas, lo cierto es que la sociedad conyugal nada ha contribuido con dicho mayor valor adquirido por las acciones propias. Como señala el juez de primera instancia en la causa referida: “*la sociedad conyugal no corre ningún riesgo, ni tiene ninguna erogación, sería beneficiaria en un sentido jurídico inaceptable, cual es el enriquecimiento sin causa, supuesto que no prevé el art. 1272, estando ello prohibido en cambio, por las disposiciones civiles de carácter general*”. La Cámara reafirmó esta línea argumental, al sostener que el mayor valor no es un fruto ni una mejora “*producida a consecuencia de gastos efectuados con fondos de la sociedad conyugal, pues, según he dicho, las utilidades no repartidas nunca fueron de la esposa [cónyuge supérstite]*”. “*El aumento de valor [de la acción] sea por revaluación del activo o capitalización de reservas o de utilidades*”

En síntesis, el mayor valor que puedan adquirir las acciones durante la vigencia de la sociedad conyugal será propio o ganancial de acuerdo al carácter propio o ganancial de la acción (art. 1266, del Código Civil), con la siguiente aclaración: que el mayor valor que adquirieran las acciones propias, por retención de las utilidades no generará -al momento de disolverse la sociedad conyugal- derecho de recompensa alguno a favor del cónyuge no socio, porque el mayor valor adquirido por tales acciones no se originó en la reinversión o disposición de bienes gananciales, sino de bienes que nunca ingresaron al patrimonio del cónyuge/socio¹².

Con mucha menos razón podrá considerarse ganancial el mayor valor de acciones propias, cuyo aumento de valor se deba a circunstancias vinculadas a la gestión empresarial, prestigio en plaza de la sociedad emisora, fluctuaciones bursátiles, condiciones económicas y financieras externas, etc., donde no se verifica, siquiera, capitalización alguna de fondos de la sociedad¹³.

no distribuidas ... no quiere decir que su naturaleza jurídica se haya modificado para revestir mediante un juego de contabilidad el carácter de propias sólo hasta el límite del valor primitivo de su dote, como tampoco lo sería el mayor valor de un inmueble propio de la cónyuge derivado de causas generales extrañas a la actividad de los socios o de la sociedad conyugal (construcción de una estación ferroviaria, camino pavimentado, etc.)” (del voto del Dr. de Tezanos Pintos).

¹² ROCA, Eduardo A.; “Carácter propio o ganancial de la utilidad o aumento de las participaciones en sociedades comerciales”, DFamilia, N° 32, noviembre/diciembre 2005, LexisNexis Abeledo-Perrot, p. 131. (“*La plusvalía mantiene la calificación del bien que la experimenta, aun cuando las circunstancias que la determinen fueran posteriores al comienzo de la sociedad*”). En igual sentido FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo A.; Sociedad Conyugal, T.I, Astrea, Bs. As., 1977, p. 254 (“*El aumento de valor de las acciones de la sociedad anónima no es un bien ganancial de la sociedad conyugal cuando las acciones son bienes propios*”). En contra GAGLIARDO, Mariano; Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales, 2ª edic., LexisNexis – Abeledo-Perrot, Bs. As., 2006, p. 204.

¹³ SALAS, Acdeel E. y TRIGO REPRESAS, Félix A.; Código Civil Anotado, LexisNexis-Depalma, Bs. As., 1999 (“*El mayor valor adquirido por un bien propio de uno de los cónyuges no corresponde a la sociedad conyugal, sino al propietario de aquél, cuando no es el resultado de gastos o trabajos realizados en él. Tal como ocurre en al alza de la cotización de los títulos o acciones de propiedad de uno de los cónyuges, o con las utilidades capitalizadas de acciones propias. Por ello, el esposo que pretenda que el mayor valor adquirido por el bien `propio del otro obedece a mejoras introducidas durante la sociedad conyugal, debe probarlo.*”)