

Título: **Sociedades y defensa de la ganancialidad. Participaciones societarias y recompensas**

Autor: **Medina, Graciela**

Publicado en: **LA LEY 24/08/2021, 24/08/2021, 1 - DFyP 2021 (diciembre), 09/12/2021, 5**

Cita: **TR LALEY AR/DOC/2320/2021**

Sumario: I. Introducción y objetivos.— II. La cuestión de los bienes gananciales societarios en el Código Civil y Comercial.— III. Los dividendos.— IV. ¿Qué pasa cuando hay ganancias y la sociedad no distribuye dividendos?— V. ¿Cómo evaluar las participaciones accionarias en forma real al momento de la liquidación?— VI. La cuestión de la distribución de ganancias en forma simulada.— VII. Conclusión.

(*)

I. Introducción y objetivos

En la actualidad el desarrollo económico en la Argentina se produce a través de empresas organizadas en forma societaria; y el mayor número de estas empresas están constituidas por sociedades de familia.

El objetivo de este estudio es tratar de determinar con claridad los derechos gananciales del cónyuge no socio de una sociedad al momento de la venta de la empresa o de la disolución del matrimonio o al momento de la liquidación con el objeto de cambiar del régimen de comunidad de bienes por el régimen de separación de bienes.

Proponemos el siguiente estudio, porque siempre es difícil distinguir los bienes propios de los bienes gananciales, pero es más complejo cuando se trata de participaciones societarias, acciones, dividendos, ganancias o ventas de sociedades [\(1\)](#).

El tema es arduo y extenso, por lo tanto vamos a centrarnos en determinar el carácter de los dividendos, precisar las recompensas por mayor valor de las acciones y la venta de sociedades.

Empezaremos por recordar que en nuestro país existen dos tipos de regímenes patrimoniales matrimoniales, a saber: El régimen de comunidad de bienes y el de separación. El primero de ellos es el más común entre nuestros compatriotas y es el que mejor refleja la solidaridad matrimonial, en él se establece una masa ganancial, destinada a ser dividida por mitades al momento de la división de la comunidad, mientras que en el régimen de separación no existe una masa común partible y cada uno de los cónyuges es dueño exclusivo de lo que adquiera durante el matrimonio.

Nos detendremos en el estudio del sistema de comunidad donde la masa ganancial está compuesta por los bienes y las ganancias generadas durante la comunidad matrimonial; estas son relativamente fáciles de determinar cuando se trata de salarios, honorarios o alquileres y más compleja, cuando son las ganancias producidas por una empresa, máxime cuando ella es una empresa familiar con realidades que no se plasman en los estatutos.

La cuestión a la que hemos de referirnos en el presente es a la forma como está compuesta la "masa ganancial" cuando alguno de los socios tiene participaciones accionarias o acciones de una sociedad anónima.

Queremos delimitar claramente el tema: en el presente no nos referiremos a la sociedad colectiva o de personas donde el beneficio que obtiene el socio es similar al que una persona física adquiere como resultado de su actividad patrimonial, como lo es el mayor valor que toman sus bienes en el momento de finalizar el negocio; o, si es persona colectiva, al final del plazo contractual. Esa persona o los socios pueden retirar dinero de la caja o disponer bienes del patrimonio sin violar reglas legales, solo afectando su crédito o su bienestar o, más grave, a sus socios.

Nos vamos a referir a las sociedades de capital donde para que el accionista o cuotista disponga de la utilidad social, es necesario el cumplimiento de requisitos societarios severos, bajo pena de sanciones que pueden llegar a tener carácter penal.

Lo haremos con el convencimiento de que así como el médico o ingeniero comparte sus ganancias con su cónyuge, también lo debe hacer el empresario, quien no puede negarse a realizarlo escudándose en que una decisión asamblearia se lo impide. Así como el fruto de la inteligencia es ganancial, también lo es el fruto del capital máxime cuando en uno y otro caso se trata de bienes heredados.

II. La cuestión de los bienes gananciales societarios en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial no reguló el carácter de los dividendos ni de las ganancias de una sociedad en forma específica, no obstante su prolija enumeración de los bienes propios y gananciales.

Así, por ejemplo, trata en forma específica el carácter de las cabezas de ganado, cuestión que dividía a la doctrina, demostrando la importancia que aquellas tienen en una economía agrícola ganadera. Sin embargo no

advirtió que los establecimientos ganaderos están organizados en forma de empresa y que hubiera sido más útil determinar el carácter que tienen las ganancias empresarias cuando uno de los cónyuges forma parte de una sociedad de capital.

Ante la ausencia de norma específica, hay que estar a las normas generales relativas al régimen patrimonial y en especial las disposiciones que se ocupan de los bienes propios y gananciales, a fin de poder precisar los bienes gananciales generados por esposas/os empresarios.

El art. 465, Cód. Civ. y Com., en sus incs. c), d) y f), establece que serán gananciales: "c) Los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad; d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad y e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio".

Por su parte el art. 233, Cód. Civ. y Com., establece que son frutos los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia.

Ello implica que los frutos de los bienes propios de uno de los cónyuges son gananciales, aunque esos gananciales son de titularidad del cónyuge dueño del bien propio que los generó.

Darle carácter de gananciales a los frutos de los bienes propios es de máxima importancia, porque están destinados a ser partidos por dos a la disolución de la comunidad y, además, están protegidos por una serie de acciones que buscan proteger esa ganancialidad.

Así debemos tener en claro que en el régimen de comunidad el cónyuge del empresario tiene derecho a que los frutos de la empresa o sociedad de su esposa/o sean considerados propios y también tiene acciones durante la comunidad que le permiten preservar la ganancialidad.

Ahora bien, la cuestión está en determinar cuáles son los frutos civiles producidos por una sociedad de capital, cómo evaluarlos y cuándo hacerlo.

La doctrina anterior y posterior al Código Civil y Comercial considera que los dividendos son frutos civiles (2), tal consideración, que compartimos, no es suficiente a los fines prácticos.

III. Los dividendos

Antes que nada, hay que determinar qué son los dividendos.

Entendemos por dividendo la porción de las utilidades generadas por la sociedad que el órgano de gobierno resuelve distribuir entre los socios.

Debe tenerse en cuenta también que el dividendo no es lo mismo que ganancia contable, ni que utilidad; ganancia, contable y jurídicamente, es el resultado positivo del incremento del patrimonio social (estado de resultados), mientras que utilidad es el incremento del patrimonio exteriorizado por el balance (o estado patrimonial) como consecuencia de la mayor dimensión del activo en relación con el pasivo.

Debe quedar claro que "Las utilidades de una sociedad son el incremento del patrimonio social exteriorizado por el balance y provienen de un resultado económico regular, aprobado por los socios, y de ganancias realizadas y líquidas, resuelta su distribución por el órgano de gobierno societario, una vez practicadas las deducciones legales obligatorias y/o las facultativas. La capitalización de aquellas supone transformar en capital social los fondos disponibles inscriptos en el balance" (3).

En definitiva, el dividendo es parte del beneficio que la asamblea de accionistas decide distribuir entre las acciones, si la participación esta corresponde a una anónima o SRL.

A continuación hay que tener en cuenta desde cuándo se tiene derecho a los dividendos, y relacionar este tema con el régimen de los bienes propios y gananciales, lo que implica saber desde cuándo las ganancias de una sociedad donde uno de los cónyuges tiene acciones propias pueden considerarse bienes gananciales.

En una posición extrema Borda sostiene que desde el momento que los dividendos se han devengado, quedan calificados "ministerio legis" como gananciales; no es posible por tanto que la resolución de la asamblea de accionistas de llevarlos a reserva o de capitalizarlos altere una calificación legal que es de orden público. Por lo demás esta teoría facilita el fraude en perjuicio del otro cónyuge. Sabido es que numerosas sociedades anónimas son manejadas por una sola persona, bastaría que el cónyuge que las controla decidiera capitalizar todo el producido de la sociedad para privar al otro de sus legítimos derechos a los bienes (4).

La cuestión admite matices, porque si bien la asamblea no puede cambiar el carácter ganancial de las utilidades, también es cierto que las sociedades requieren establecer reservas y en este sentido no toda utilidad devengada puede sin más considerarse ganancia (5).

Entonces, cabe preguntarse ¿cómo se supera la tensión existente entre el derecho de la sociedad de crear reservas o capitalizar utilidades y el derecho del cónyuge del socio a los gananciales?

La cuestión a nuestro juicio se soluciona con la utilización del derecho de recompensa (6); en efecto si la sociedad capitaliza utilidades, estas acciones serán propias, pero existirá un derecho de recompensa del cónyuge del socio por el valor ganancial de esas utilidades.

Es que el cónyuge no accionista no debe ser perjudicado por el carácter propio que se atribuye a las nuevas acciones. Para evitar ese perjuicio, se le reconoce un crédito equivalente a la mitad del valor que representan las acciones recibidas como dividendo. Ese crédito será efectivo en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal (7).

A continuación explicaremos más claramente estos conceptos:

Las utilidades distribuidas pueden ser tanto las generadas en el ejercicio como las acumuladas de ejercicios anteriores, que obran registradas en el rubro "resultados no asignados".

Los dividendos pueden ser abonados: 1) en efectivo o especie; o 2) mediante la emisión de más participaciones (acciones, cuotas o partes de interés) (art. 189 LSC) (8).

Ninguna duda cabe que si los dividendos son abonados en efectivo, estos son gananciales. La cuestión que suscita duda es la de distribución de dividendos en acciones, y que un sector de la doctrina entiende que por el principio de la subrogación real si las acciones que generaron el dividendo eran propias, las nuevas acciones también lo son; mientras que otro sector encabezado, en la actualidad, por Fourcade considera que esas nuevas acciones son gananciales de titularidad del cónyuge que tenía como propias las acciones que generaron los dividendos. Esta segunda postura para la sociedad no importa cambio, porque el cónyuge socio será siempre el mismo que tendrá acciones propias y gananciales, es decir, que esta posición no convierte al cónyuge del socio en " socio" de la sociedad, sino que le genera un derecho a la división de bienes al momento de la disolución de la sociedad conyugal, lo que de todas formas para las empresas familiares puede generar problemas, porque en caso de divorcio el cónyuge del socio tendría derecho al 50% de las acciones generadas por la capitalización de dividendos (9).

Concuerda con esta posición Zannoni, quien señala: "Suele ocurrir que la sociedad anónima resuelve emitir acciones en pago de los dividendos debidos a los accionistas. Cuando así ocurre, esas acciones son gananciales, como lo son los dividendos mismos, ya que no sería admisible que al llevar a capitalización las ganancias de una sociedad pueda ser el medio de alterar la calificación de gananciales que se da a los dividendos" (10).

No parece que la solución sostenida por Fourcade y por Zannoni haya sido la aceptada por el Código Civil y Comercial, por dos razones fundamentales: 1) lo dispuesto en su art. 464, inc. k), que dice que son propias "las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante esta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de esta para la adquisición". 2) Lo dispuesto en su art. 491 establece en el tercer párrafo que "si la participación en una sociedad comercial de carácter propio de uno de los cónyuges ha adquirido un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio".

Estas dos normas nos indican que la capitalización de utilidades genera un derecho a recompensa para el cónyuge del socio, pero que las acciones emitidas en concepto de capitalización de utilidades serán propias.

Claramente Eduardo Roca explicaba que "La sociedad conyugal quedará, pues, titular de un crédito contra el esposo propietario de las acciones, crédito cuyo monto será igual al importe invertido efectivamente en la compra de acciones en ejercicio del derecho de preferencia de acciones propias o al monto nominal de los dividendos declarados por la asamblea y distribuidos a las acciones propias en acciones integradas con dichos dividendos" (11).

IV. ¿Qué pasa cuando hay ganancias y la sociedad no distribuye dividendos?

Otra cuestión a resolver es qué hacer cuando la sociedad no distribuye sus utilidades ni en dividendos líquidos, ni los capitaliza.

En esta cuestión debemos tener en cuenta que hay dos órdenes de relaciones: una está dada por las relaciones frente a la sociedad y otra se produce por las relaciones internas entre los socios.

Este tema lo explica magníficamente Zannoni al decir que cuando se habla del valor de cuotas sociales de un cónyuge en la liquidación de la sociedad conyugal, debe precisarse el doble orden de relaciones que entran en juego.

a. En las relaciones internas entre el cónyuge socio y la sociedad de que forma parte, el valor de su cuota-parte, de su cuota social, es intangible y por ende insusceptible de determinación actual.

b. Pero en las relaciones entre el esposo socio y su cónyuge, la alternativa de la liquidación de la sociedad conyugal acaecida como consecuencia de la disolución en caso de divorcio o separación de bienes puede obligar a computar no el mero valor nominal de los aportes que aquel efectuó al constituirse la sociedad que integra, sino el valor real actual que integrará la masa ganancial [\(12\)](#).

En definitiva, si la sociedad no quiere distribuir las utilidades, el cónyuge del socio tiene el derecho de que se evalúe en forma real las participaciones accionarias al momento de liquidar la sociedad, ya sea por divorcio, por muerte o por cambio del régimen de separación de bienes y se tengan en cuenta las utilidades no distribuidas.

Lo mismo ocurre cuando se vende la sociedad. En el caso de venta de sociedades de capital o de venta de las cuotas partes, el cónyuge del socio actualiza su derecho a los gananciales sobre el monto de la venta; e indiscutiblemente hay que determinar las utilidades, para establecer la parte ganancial de la operación.

El precio de venta de las sociedades de capital es independiente de los dividendos; en este precio hay que determinar la realidad económica, realidad del que el derecho de familia actual se nutre.

V. ¿Cómo evaluar las participaciones accionarias en forma real al momento de la liquidación?

Existen diferentes maneras de evaluar las participaciones accionarias al momento de su liquidación. Nos inclinamos por reseñar las dos más comunes: una es por su "valor neto de realización" cuando cotizan en bolsa o pertenecen a sociedades que no son de familia y tienen valor real de mercado; y la otra es por el "valor patrimonial proporcional": quien mejor explica el tema es Fourcade, quien dice que "Las participaciones societarias temporales, generalmente acciones cotizables, se valúan por su valor neto de realización (VNR), entendido como los precios de contado correspondientes a transacciones no forzadas entre partes independientes en las condiciones habituales de negociación, que equivale a su valor de cotización en bolsa.

Las participaciones permanentes, aquellas que se efectúan con ánimo de obtener un dividendo periódico o de consolidar un patrimonio, o de participar personal o económicamente en una actividad productiva o de intercambio de bienes o servicios, con mayor o menor injerencia en su conducción, se valúan a su valor corriente, entendido como su valor neto de realización (VNR) si su obtención fuera posible; de lo contrario se valúan por su valor patrimonial proporcional (VPP), que tiene en cuenta la composición y valoración del activo, pasivo y patrimonio neto del ente emisor, si fuera posible su determinación, por contarse con la información suficiente para ello. Este método establece que la inversión se registra inicialmente al costo de adquisición o al valor de los aportes efectuados para integrar la suscripción del capital de la sociedad participada, modificándose posteriormente el valor de la inversión para reconocer la parte que le corresponde al inversor en los resultados obtenidos por la empresa emisora después de la fecha de adquisición, mediante el análisis, como ya dijimos, de la composición de sus activos, pasivos y afluentes del patrimonio neto.

Respecto de la valuación de las participaciones societarias, la jurisprudencia ha aceptado que el "justo precio" de las acciones debe considerar su participación en el valor actual del patrimonio social.

Es cierto que el patrimonio de la sociedad es de la persona jurídica y no es exigible por sus socios hasta su liquidación, salvo el ejercicio del derecho de receso, la adquisición de las propias participaciones por la sociedad o la reducción de capital. Pero ello no obsta a que no pueda determinarse el valor de las participaciones, ya sea por el método del valor neto de realización o, si ello no fuera posible, por su valor patrimonial proporcional. Sostener lo contrario implicaría negar la realidad de las transacciones cotidianas en que se compran y venden participaciones societarias acordando un precio; o se valúan, incluyéndose la división y adjudicación de participaciones societarias en caso de divorcio, recurriendo, incluso, a su valuación pericial [\(13\)](#).

En definitiva, al momento de liquidar hay que evaluar las participaciones accionarias históricas que fueron recibidas a título gratuito por el cónyuge titular de la acción propia y determinar el aumento de su valor al tiempo de la liquidación, y el cónyuge no accionista tendrá un crédito equivalente a la mitad del aumento de valor.

VI. La cuestión de la distribución de ganancias en forma simulada

Las sociedades de familia muchas veces distribuyen ganancias en forma simulada, en algunos casos es para evitar la ganancialidad y en otros, para evitar el altísimo costo impositivo de nuestro país, que grava las ganancias con un 35%.

Las maneras de distribuir ganancias en forma simulada son múltiples y muy frecuentes en las sociedades de

familia, donde un reducido grupo de personas toma las decisiones siguiendo esquemas familiares que no se encuentran plasmados en los estatutos.

Una manera puede ser la adquisición de bienes por la sociedad por boleto de compraventa, que luego se cede a los socios, donde estos pagan la cesión a precio inferior al real y con créditos concedidos por la misma sociedad o por otra sociedad controlada a una tasa muy baja, que se refinancia constantemente, o finalmente se condonan.

Otra forma también común cuando las sociedades están constituidas por la madre y los hijos son las donaciones de capital realizadas por la madre a los hijos, que esconden repartición de ganancias y evitan de este modo el pago de impuesto a las ganancias.

Lo importante en este tópico es tener en cuenta que cualquiera que sea el mecanismo simulatorio que se utilice para pagar ganancias, estas ingresan al patrimonio del socio como bienes gananciales destinados a ser partidos al momento de la disolución; y que en este tema, más que en ningún otro, rige el principio de que todos los bienes existentes al momento de la disolución se consideran gananciales.

En definitiva, el acto simulado le es inoponible al cónyuge del socio [\(14\)](#).

VII. Conclusión

Así como quienes heredan inteligencia y son médicos o ingenieros deben compartir sus ganancias con su cónyuge, quienes heredan fuerza y son obreros tienen que repartir sus ingresos con su esposa; del mismo modo quienes reciben acciones de forma tan gratuita como la inteligencia o la fuerza tienen que compartir las ganancias de su capital con su marido o mujer. La protección de la ganancialidad hace a la solidaridad familiar.

(A) Profesora de la UBA. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

(1) Hace un tiempo señalaba Eduardo Roca que en el régimen comunitario del patrimonio conyugal nunca ha sido fácil determinar el carácter ganancial o propio de los bienes cuando la sociedad debe liquidarse. Especialmente fastidiosas son las participaciones de los esposos en sociedades por acciones, porque, emitidas por entes con vida propia y evolución paralela, pero diferente a la del matrimonio, su encuadramiento no ha sido sencillo en el régimen actual, lo cual puede comprobarse con la lectura de la bibliografía especializada. ROCA, Eduardo A., "El régimen comunitario del patrimonio conyugal en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-E, 1357; TR LALEY AR/DOC/4697/2012

(2) Ver por todos el completo estudio de BASSET, Ursula, en su tesis doctoral "La calificación de bienes en la Sociedad Conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

(3) ROVEDA, Eduardo G. - SASSO, Marcela L., "Las recompensas en el régimen de comunidad", LA LEY, 2015-F, 1116; TR LALEY AR/DOC/4022/2015.

(4) BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil" Familia I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 252, nota 320.

(5) Ver al respecto el claro desarrollo que sobre el tema realiza MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Derecho de Familia", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, t. II, p. 179, nota 214.

(6) ROVEDA, Eduardo G. - SASSO, Marcela L., ob. cit.

(7) MAZZINGHI, Jorge, ob. cit., p. 187, nota 214.

(8) FOURCADE, Antonio, "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos", TR LALEY 0003/013044, quien recuerda que existe una discusión doctrinaria en torno a la distinción entre "capitalización de utilidades" (en la que no se reconoce como "dividendo" la entrega de acciones en pago de utilidades) y "distribución de dividendos en acciones" (que reconoce ese carácter a tal distribución de acciones). Recomendamos la lectura de la obra de Nissen, Ricardo A. "La capitalización de utilidades en las sociedades anónimas", 1990, Ed. Ad-Hoc, en la que el autor realiza un análisis de la doctrina y la jurisprudencia al respecto. No nos adentramos en ella, pues a efectos de nuestro examen resulta indiferente la discusión, ya que en ambas posiciones se admite que el titular de las acciones recibe nuevas acciones provenientes de una distribución o capitalización de utilidades.

(9) FOURCADE, Antonio, "Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges. Su tratamiento en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 63, 145; TR LALEY AR/DOC/4831/2014, posición que ya había sostenido en su trabajo, "Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos", TR LALEY 0003/013044.

(10) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia", Astrea, Buenos Aires, 1978, t., p. 509, nota 347.

(11) ROCA, Eduardo, "Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos", LA LEY 74, 884; TR LALEY AR/DOC/2191/2008.

(12) ZANNONI, Eduardo, "Sociedades entre cónyuges. Cónyuge socio y Fraude Societario", Editorial Astra, Buenos Aires, 1980, p. 83.

(13) FOURCADE, Antonio, "Participaciones societarias de los cónyuges", ob. cit., quien recuerda que existen numerosas situaciones contempladas en la propia Ley de Sociedades, como el retiro, muerte, exclusión o receso del socio, rescate y amortización de acciones, y otras circunstancias en que deben valuarse las participaciones societarias, tomando como referencia el patrimonio social.

(14) ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 143.