



LA LEY T.2010-C, PAG. 1225

LA FINANCIACION DE LA EMPRESA FAMILIAR Y SUS RESULTADOS CONTABLES FRENTE A LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).¹

1.-INTRODUCCIÓN.

La necesidad de reconocer y tutelar a la empresa familiar² en nuestro medio, como un fenómeno que enriquece y excede a los conceptos de “familia”, de “empresa” y de “sociedad comercial”, nos impone el ejercicio de someter a prueba sus particularidades.

En la presente colaboración nos proponemos introducir el tema de la empresa familiar en un ámbito conflictivo como es el de las relaciones entre la sociedad comercial y la sociedad conyugal, expresadas en su momento de mayor tensión: el de la liquidación de la sociedad conyugal del socio.

A efectos de dicha confrontación se analizarán, en forma sucesiva, alguna de las particularidades de la empresa familiar, el régimen de los resultados contables de las sociedades comerciales, el sistema de la sociedad conyugal y su régimen de liquidación, de

¹ Presidente del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iaef.com.ar). Se agradecerán comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com.

² Sobre la “Empresa Familiar” pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos de derecho comparado: Cuesta Lopez, Jose Valeriano “Mecanismos jurídicos para la defensa de la empresa familiar”, Ed.Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia 2001; Monreal Martinez, Juan y otros “La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial”, Ed. Civitas, Madrid 2002; Poza, Ernesto J. “Empresas familiares”, Ed. Thompson, Mexico, 2004; Reyes Lopez, María José (Coordinadora) “La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004; Serna Gomez, Humberto y Suarez Ortiz, Edgar “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento”, Ed.Temis, Bogota, 2005.



modo de poder arribar a conclusiones que, lejos de pretender ser definitivas, sean útiles para facilitar la continuación de tan rico debate.

2.-LA EMPRESA FAMILIAR.

2.1.-Concepto e importancia mundial.

2.2.1. Concepto.

Puede afirmarse que hay “empresa familiar” cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa ³

También se sostiene que la “empresa familiar” es “aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa” ⁴

Y si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera.

La empresa familiar implica, conceptualmente, la atención de las problemáticas que nacen de la interrelación entre la familia y la empresa, de sus sinergias y de los conflictos nacidos de valores diferenciales (solidaridad vs. competitividad; igualdad vs. rentabilidad) con proyección en los tres grandes campos que se mencionan a continuación:

³ Favier Dubois (h), Eduardo M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1..

⁴ Rodríguez Díaz, Isabel “La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil”, Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000, pags.23/24, citado por Martorell Zulueta, Purificación “Empresa Familiar y Regímenes Comunitarios” en Reyes Lopez, María José (Coordinadora) “La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag.76, nota 6).-



- a) La gestión empresaria, plano que atiende al funcionamiento económico y sustentabilidad operativa de la E.F., procurando su buen gobierno corporativo. En este campo debe tenerse en cuenta que la empresa familiar importa el encuentro de culturas: la de la familia, la de la empresa y la de la sociedad donde se desarrolla, encuentro que exige la búsqueda de su viabilidad mediante un trabajo interdisciplinario hacia la construcción de un equilibrio dinámico entre las finalidades y los intereses en juego⁵
- b) Las relaciones personales y vinculares, plano que atiende a los consensos necesarios entre los sujetos integrantes de la familia y de la empresa. En este campo resulta necesario que los miembros de la familia, mediante la utilización de herramientas propias de la psicología, comprendan que los vínculos parentales no deben influir en las relaciones comerciales, diferenciándose adecuadamente entre familia y empresa⁶. Ello en tanto la empresa familiar configura un sistema conflictivo específico, que exige una prevención y una gestión también especiales⁷ y la aplicación de las herramientas propias de la negociación⁸
- c) Las relaciones jurídicas, ámbito que atiende a la sustentabilidad de la empresa familiar no solo frente al régimen societario sino frente a los sistemas del derecho de familia y demás normativas vigentes. En este campo cabe señalar algunas debilidades que se presentan en materia de estructuración jurídica, diferenciación patrimonial y sucesión en la propiedad de las partes sociales y en la administración de la sociedad frente a los regímenes de la sociedad conyugal, frente a la limitación de la capacidad societaria de los cónyuges⁹, frente a la legítima hereditaria¹⁰ y frente al propio régimen societario¹¹.

⁵ Martín, Roberto M. "Lógica y dinámica de las empresas familiares" en Favier Dubois (h), E.M. (Director) "La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación", Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010, pag.24 y stes.-

⁶ Brandam, María Gabriela y Sandro, Candelaria "Abordaje interdisciplinario de los conflictos en las relaciones familiares en la empresa", en "La empresa familiar...", op.cit. pag. 44 y stes.-

⁷ Fourcade, María Viviana "Análisis sistémico del conflicto en la empresa familiar" en "La empresa familiar...", op.cit. pag. 64 y stes.-

⁸ Szarlat, Dabul, Claudio D. "La negociación en la Empresa Familiar", en "La empresa familiar..." op.cit., pag.87 y stes.-

⁹ Junqueira, Graciela "Sociedades comerciales entre cónyuges", en "La empresa familiar..." cit. Pag.163 y stes.

¹⁰ Cerávolo, Angel F. "Legítima e indivisión hereditaria", en "La empresa familiar...", op.cit., pag. 155.

¹¹ Ver nuestro trabajo publicado en El Derecho tomo 236, ejemplar del 17-2-2010, pag.1 y stes. Con el título "La empresa familiar frente al derecho argentino...". También ver Vitolo, Daniel Roque "La regulación de las empresas conformadas como sociedades cerradas y de familia: el desafío legislativo" en la obra colectiva citada, pag. 215 y stes.; y Nissen, Ricardo Augusto "El origen de los conflictos societarios en las sociedades cerradas y de familia a la luz de la realidad mercantil argentina", en la obra colectiva citada, pag. 178 y stes.-



2.1.2.-Importancia.

En cuanto a la importancia de la empresa familiar cabe señalar que posee gran trascendencia en el mundo en razón de su alto grado de participación en las economías de los diversos países¹².

En tal sentido se afirma que los porcentajes de las empresas familiares sobre el total de empresas existentes son los siguientes: Italia 99%; U.S.A. 96%; Suiza 88%; R.Unido 76%; España 71%; Portugal 70%, Argentina 70% y Colombia 68%, aún cuando las apreciaciones no coinciden entre los autores y las mediciones varían por año.¹³

En lo social las empresas familiares son mas consistentes ya que soportan mejor las crisis económicas por su vocación de permanencia, tienden a generar mano de obra intensiva y estable y tienden a realizar inversiones a largo plazo sin la compulsión de ganancias inmediatas.¹⁴

Por su lado, la importancia ética de la empresa familiar es evidente y resulta de los propios valores de la familia: afecto, unión, confianza, protección, educación, transmisión cultural, esfuerzo y solidaridad.

Por tales motivos, y desde las áreas del "gerenciamiento", de la administración y de las demás ciencias económicas, existe en el mundo entero un gran desarrollo de la temática de la empresa familiar.¹⁵

También su trascendencia ha repercutido en el área y en las prácticas jurídicas, destacándose que en Estados Unidos existen prácticas inveteradas en materia de acuerdos de accionistas familiares ("shareholders agreements")¹⁶, a los que se suman prácticas y normas tuitivas en diversos países del área europea y latinoamericana¹⁷

¹² Ver nuestro trabajo "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica", El Derecho, T. 236, 17-2-10, pag.1 y stes..

¹³ Ver Serna Gomez, Humberto y Suarez Ortiz, Edgar "La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento", Ed.Temis, Bogota, 2005, pag.XIII y con otros datos Monreal Martinez, Juan y otros "La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial", Ed. Civitas, Madrid 2002, pag.39.

¹⁴ Serna Gomez, Humberto y Suarez Ortiz, Edgar "La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sostenibilidad y crecimiento", cit. Pag. 33.-

¹⁵ Ver Doderó, Santiago "El secreto de las empresas familiares exitosas", Ed. El Ateneo, Bs.As., 2008, pag.17 y stes.; Gallo-Amat "Los secretos de las empresas familiares centenarias", Colección Instituto de la Empresa Familiar, Ed Deusto, Barcelona, 2003;

¹⁶ Lea, James W. "La sucesión del Management en la empresa familiar", Ed. Granica, 1993, Barcelona.

¹⁷ Poza, Ernesto J. "Empresas familiares", Ed. Thompson, Mexico, 2004; Favier Dubois (h), Eduardo M. "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica", E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1.



2.2.-La situación en Argentina y los desafíos jurídicos actuales.

En nuestro país, a pesar de la gran cantidad de empresas familiares, el tema solo ha comenzado a ser desarrollado en el área de la gestión empresarial¹⁸ mientras que carece de tratamiento en el plano vincular y no posee reconocimiento alguno en el área jurídica.¹⁹

Tal circunstancia, unida al atractivo de una enorme riqueza interdisciplinaria propia, nos ha movido a trabajar sobre el tema desde hace un tiempo, participar de la fundación del Instituto Argentino de la Empresa Familiar²⁰ y dirigir la primer obra colectiva sobre el tema de la empresa familiar editada en el país²¹.

En dicho trabajo, se han señalado diversas áreas jurídicas implicadas en la problemática de la empresa familiar, como son las de las donaciones entre familiares²², la legítima hereditaria e indivisión forzosa²³, y el problema de las limitaciones a las sociedades entre cónyuges²⁴

También se han postulado el reconocimiento de la empresa familiar bajo la normativa actual como una categoría jurídica especial mediante un trabajo interpretativo judicial y doctrinario con sustento constitucional²⁵, y la posibilidad de interpretar admisible la exclusión de socios por vía de la desestimación del tipo social²⁶

Además, se han señalado la insuficiencia normativa de la ley de sociedades 19.550²⁷ y la necesidad de reformas legales para evitar la particularidad de sus conflictos²⁸

¹⁸ Ver Doderó, Santiago "El secreto de las empresas familiares exitosas", Ed. El Ateneo, Bs.As., 2008, pag.17 y stes.; Gallo-Amat "Los secretos de las empresas familiares centenarias", Colección Instituto de la Empresa Familiar, Ed Deusto, Barcelona, 2003;

¹⁹ Favier Dubois (h), Eduardo M. "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica", E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1.

²⁰ Se trata de una asociación civil, con calidad de ONG, integrada por profesionales de diversas disciplinas, que busca implantar la cultura de la empresa familiar y procurar su sustentabilidad en los diversos planos (ver sus características en "www.iaef.com.ar").

²¹ Se trata de la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar titulada "La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación", director E.M.Favier Dubois (h), de Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2010.

²² Giralt Font, Martín "Donaciones de acciones", en la obra colectiva citada Pag.145

²³ Cerávoló, Angel F. "Legítima e indivisión hereditaria", en "La empresa familiar...", op.cít., pag. 155.

²⁴ Junqueira, Graciela "Sociedades comerciales entre cónyuges", en "La empresa familiar..." cit. Pag.163 y stes.

²⁵ Weigel Muñoz, Augusto "Sociedades de familia: categoría jurídica especial" en la obra colectiva citada, pag.129 y stes.-

²⁶ Rossi, Hugo Enrique "La exclusión de socios en la empresa familiar organizada como sociedad anónima" en la obra colectiva citada, pag.225 y stes.-

²⁷ Vitolo, Daniel Roque "La regulación de las empresas conformadas como sociedades cerradas y de familia: el desafío legislativo" en la obra colectiva citada, pag. 215 y stes.-



Finalmente, en dicha obra se han analizado, como instrumentos jurídicos para la organización de las empresas familiares, la adopción de cláusulas estatutarias de limitación a la transferencia de cuotas y acciones²⁹, la celebración de acuerdos de accionistas procurando su ejecutabilidad y oponibilidad³⁰, la constitución de “fideicomisos”³¹ y la implementación de los denominados “protocolos de empresa familiar”³²

Por nuestra parte, hemos propuesto una suerte de “agenda” para el área jurídica de la empresa familiar que permita responder a los desafíos y darle sustentabilidad en nuestro país, formulada en los siguientes términos:

1).-En el ámbito legislativo, estudiar posibles reformas normativas, tutelares de la empresa familiar, que tengan en cuenta las soluciones del derecho comparado hoy existentes³³ tales como: a) la creación de tipos más compatibles con las exigencias flexibles de la E.F.; b) la admisión de pactos de herencia futura sobre la titularidad de empresas o acciones; c) la obligatoriedad y oponibilidad a la sociedad de los acuerdos de accionistas; d) la publicidad registral del protocolo familiar; e) la reglamentación de la sociedad de hecho familiar; y f) la concesión de ciertas facilidades tributarias y financieras para el funcionamiento de la empresa familiar.

2).-Desde la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, establecer criterios tutelares, proponiéndose inicialmente los siguientes: a) La obligatoriedad de ciertos usos y costumbres en materia de formas y procedimientos societarios asignándoles el carácter de un “reglamento interno de hecho”; b) El deber social de respetar, mantener y colaborar en la continuación del status quo empresario familiar; c) La aplicación de algunas reglas propias de las sociedades personalistas; d) Un criterio restringido como presupuesto para

²⁸ Nissen, Ricardo Augusto “El origen de los conflictos societarios en las sociedades cerradas y de familia a la luz de la realidad mercantil argentina”, en la obra colectiva citada, pag. 178 y stes.-

²⁹ Cesaretti, Oscar Daniel “Limitaciones convencionales a la libre cesibilidad de las cuotas y acciones”, e en la obra colectiva citada, pag. 301 y stes.

³⁰ Araya, Tomás M. “Convenios de accionistas y protocolo familiar: cumplimiento y oponibilidad”, en la obra colectiva citada, pag. 333 y stes.-

³¹ De Hoz, Marcelo “Aplicación del fideicomiso en la estructuración de la empresa familiar”, en la obra colectiva citada, pag. 361 y stes.-

³² Sosa de Irigoyen, María Susana “El protocolo de la empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en la obra colectiva citada, pag. 235 y stes; Masri, Victoria Sandra “El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar”, idem, pag.279 y stes.; Ver un modelo en Rosales Matienzo, R.Nicolás “Modelo de protocolo de empresa familiar”, idem, pag. 369.-

³³ Cuesta Lopez, José Valeriano “Mecanismos jurídicos para la defensa de la empresa familiar”, Ed.Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia 2001, pag.29. Favier Dubois (h), Eduardo M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1.



acoger los supuestos de desestimación por fraude societario, circunscripto a la inexistencia de empresa familiar; e) La tutela de la continuidad y del elenco de socios en el caso de empresa familiar de hecho; y f) La primacía del interés social familiar en caso de conflicto.

3).-En materia de organización y práctica instrumental, la difusión y adopción de los “protocolos de empresa familiar” y de los demás instrumentos que regimientan las relaciones entre familia y empresa: cláusulas estatutarias, reglamentos, acuerdos de accionistas, fideicomisos, testamentos, etc..

4).-En materia de relaciones y de conflictos, establecer las cláusulas preventivas adecuadas y construirse las mejores prácticas en materia de gestión y resolución de los mismos. Al mismo tiempo, formarse mediadores, negociadores y tribunales arbitrales especializados en la materia, con indispensable conformación interdisciplinaria.

Ahora bien, dentro del citado plano interpretativo (nro.2), se destaca la necesidad de compatibilizar el sistema propio de la empresa familiar con las normas previstas para las sociedades comerciales, en particular para las S.R.L. y las S.A., en tanto son sus formas típicas predominantes.

2.3.-La financiación de la empresa familiar.

En este ámbito, aparece la cuestión de la financiación de la empresa familiar.

Al respecto, se ha señalado como característica de la empresa familiar el hecho de que los beneficios son reinvertidos en la propia empresa y en el propio crecimiento ya que no tienen, en su inmensa mayoría, accionistas a los que tengan que proporcionar una determinada rentabilidad, lo que las hace más ágiles en el proceso de tomar decisiones estratégicas. Esto es una importante ventaja para lograr un crecimiento sólido, una oportunidad con la que no cuentan otras empresas que tienen entre sus principales objetivos facilitar una rentabilidad.³⁴

³⁴ Casado, Fernando, Director del Instituto de la Empresa Familiar, en el “Prólogo” a la obra de Gallo, Miguel Angel y Amat, Joan M. “Los secretos de las empresas familiares centenarias”, Ed. Deusto, Barcelona, 2002, pag.10.-



Vale decir que constituye una característica fundamental de esta clase de sociedades su política de reinversión de utilidades para que la empresa siga creciendo³⁵, lo que constituye una constante cuando la empresa familiar está principalmente integrada por propietarios de las acciones que trabajan en la misma³⁶

Es que el objetivo de mantener el control de la empresa, junto con la aversión al riesgo que puede predominar en la empresa familiar, motivan una preferencia por la autofinanciación frente a las ampliaciones de capital o al endeudamiento. O sea que la retención y reinversión de beneficios es su fuente de financiación primordial.³⁷

Tal política de retención de resultados es congruente con el hecho de que los socios de una empresa familiar no son meros “inversores” de capital sino partícipes interesados en la buena marcha del negocio³⁸

2.4.-La cuestión de la “causa” en la empresa familiar.

Al respecto, corresponde destacar que, conforme calificada doctrina³⁹, las razones por las cuales una persona constituye una empresa familiar son de diversa índole, a saber:

- Ofrecer una oportunidad a los hijos
- Conservar la herencia y el legado familiar
- Mantener unida a la familiar
- Crear ventajas económicas y riqueza y garantizar la seguridad económica de la familia
- Asegurar el mantenimiento de una fuente de ingresos y de proyectos personales tras su retirada.

³⁵ Reyes Lopez, María Jose “Economía del Matrimonio y Empresa Familiar”, en Reyes Lopez, María José (Coordinadora) “La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag.168).-

³⁶ Cuesta Lopez, José Valeriano “Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar”, ed. OPVI, Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia, 2001, pag.32.

³⁷ Quijano Gonzalez, Jesús “Aspectos jurídico-mercantiles de la empresa familiar: la empresa familiar con forma de sociedad mercantil” en la obra colectiva “Manual de la Empresa Familiar”, Juan Corona (Editor), Ed. Deusto, Barcelona, 2005, pags.149, 150 y 163).

³⁸ (Otero Lastres, J.M. “Junta general de accionistas de la sociedad anónima familiar”, en la obra colectiva “La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar”, Garrido de Palma, Victor Manuel (Director), Madrid, 1995, p.258).

³⁹ Gallo, Miguel Angel y Amat, Joan M. “Los secretos de las empresas familiares centenarias”, Ed.Deusto, Barcelona, 2003, pag. 68.-



A su vez, “para los hijos de los fundadores, la decisión de incorporarse a la empresa familiar responde a diferentes razones utilitarias, emotivas o profesionales, como una deuda moral con los padres, la ilusión de continuar un proyecto iniciado por sus progenitores, la posibilidad de seguir una carrera profesional más atractiva en la empresa familiar, luchar por algo que es propio, por una empresa de la que se es propietario, la ilusión de trabajar junto a las personas a las que más se ama.”⁴⁰

De lo señalado resulta claramente que ni la causa de constitución ni la causa de integración posterior a una empresa familiar se fundan en una mera inversión de capital efectuada con “fin de lucro”⁴¹, sino que ambas causas se vinculan a la pertenencia a la familia y al deseo de colaborar con el crecimiento de la empresa porque ello implica fortalecer al resguardo patrimonial de la familia.

Además, en el caso de adquisiciones de partes sociales por los hijos, en muy pocos casos éstas obedecen a auténticos desembolsos de capital por parte de aquellos ya que, o bien provienen de una herencia, o bien corresponden a una donación de los fundadores, aún cuando se la encubra bajo la forma de compra o suscripción de aumento de capital.

Tales extremos arrojan luz, con carácter general, respecto de cómo deben interpretarse los derechos individuales de los socios en una empresa familiar, que no puede ser sometidos a las reglas comunes.

Y, en particular, permiten concluir que la política de retención de utilidades para reinvertir en la empresa, mediante el mecanismo de “reservas voluntarias”, no puede ser impugnada por el socio en tanto deben interpretarse tales reservas como “razonables” y encuadradas en una “prudente administración”, en los términos del art. 70, tercer párrafo, de la ley 19.550, en la medida en que guardan absoluta congruencia con la ya referida “causa” de la “empresa familiar”.

3.-EL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

⁴⁰ Gallo, Miguel Angel y Amat, Joan M. “Los secretos de las empresas familiares centenarias”, op.cit. pag. 68.-

⁴¹ El fin de lucro es catalogado como la causa final del contrato de sociedad. Ver NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, tomo 1, pag. 727.



3.1. El derecho al dividendo⁴².

La existencia de un derecho al reparto periódico de dividendos depende de las particularidades de cada sistema normativo, diferenciando aquellos en los que se faculta a la asamblea para determinar la asignación o no del dividendo, de aquellos que imponen la obligación de reparto de un dividendo mínimo.

Como ejemplo de este último, cabe citar el régimen de la Ley de Sociedades por Acciones de Brasil N° 6404/76, que impone a falta de previsión en el estatuto la distribución de la mitad de las utilidades deducida la reserva legal y las reservas para contingencias, aunque el reparto no resulta obligatorio si el órgano de administración fundamenta la imposibilidad financiera de cumplir la regla.

En nuestro país, no existe norma que imponga el reparto de un dividendo mínimo, sino que la ley limita la retención de utilidades estableciendo requisitos de razonabilidad y prudencia para la constitución de reservas ⁴³

O sea que el derecho al dividendo no significa el derecho del accionista a exigir a la sociedad el reparto de las utilidades obtenidas en cada uno de los ejercicios sociales⁴⁴

Otros autores también han dicho que los socios sólo tienen derecho respecto de las utilidades a través de los mecanismos de distribución de beneficios que en cada caso correspondan según la sociedad de que se trate y, en el caso de la sociedad anónima, este mecanismo es la resolución de la asamblea de accionista que decide distribuir un dividendo ⁴⁵

Es sólo sobre los dividendos declarados por la asamblea que los accionistas tienen un crédito contra la sociedad. Sobre el resto de las utilidades que no han sido distribuidas y, consiguientemente, que han quedado en la sociedad como reservas o como resultados no asignados, los accionistas no tienen un derecho inmediato que puedan exigir. Éste sólo podrá exigirse mediando una resolución asamblea o la liquidación de la sociedad.

⁴² Si bien las consideraciones siguientes se formulan teniendo en cuenta el régimen de la sociedad anónima sus conclusiones son aplicables, con mayor razón, a las SRL cuyo régimen patrimonial es menos estricto.

⁴³ ARAYA, Miguel C., en *Derecho de la empresa y del mercado*, Araya y Bergia directores, ed. La Ley, Bs. As. 2008, T. III págs. 58/61.

⁴⁴ SASOT BETES – SASOT, *Sociedades Anónimas. Dividendos*, ed. Ábaco, Bs. As. 1977, pág. 19 y ss.

⁴⁵ CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Societario*, Parte General, Ed. heliasta, Bs. As. 1997, T. 5 pág. 88.



Algunos prestigiosos autores admiten que si bien la asamblea de accionistas no puede postergar la distribución arbitrariamente, sí puede hacerlo teniendo en cuenta las conveniencias sociales. Y así el accionista tiene un derecho irrenunciable a las utilidades pero no al reparto periódico ⁴⁶

También nuestro amigo Ricardo A. Nissen, firme defensor de los derechos de las minorías, reconoce que antes de la aprobación de la distribución, las ganancias pertenecen a la sociedad ⁴⁷

En definitiva, lo que no puede hacer la asamblea es limitar injustificadamente la distribución de utilidades pero, como contrapartida, tiene plenas facultades para retenerlas fundada en razones de interés social.

La jurisprudencia ha señalado que el accionista goza de un derecho en expectativa a la distribución de la utilidad realmente líquida y realizada. Ese derecho, tiene por base la deliberación de la asamblea que se lo reconoce. Existe, por consiguiente, un derecho individual del accionista a los beneficios, porque está comprendido en el fin de la sociedad, pero no un derecho al reparto periódico de los beneficios, el que solo se funda una vez acordado por la asamblea. Recién cuando ésta dispone la distribución del dividendo, el derecho del accionista se independiza de la voluntad del órgano ⁴⁸.

En nuestra opinión, mantiene plena vigencia la clásica distinción del derecho abstracto al dividendo, en el sentido de participación del accionista en las distribuciones que se aprueben por asamblea, y el derecho al reparto periódico de dividendos, que nuestra ley no consagra.

El derecho al dividendo se concreta con la decisión de la asamblea que resuelva su distribución; antes de esta decisión no hay crédito alguno del accionista, pues las ganancias pertenecen a la sociedad. Sin embargo, si bien la asamblea se encuentra facultada retener en todo o en parte las utilidades del ejercicio, esta retención debe estar fundada en el interés social y será legítima siempre que la decisión no resulte irrazonable.

⁴⁶ HALPERÍN – OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, 2da. edición, ed. Depalma, Bs. As. 1998, págs. 414/416.

⁴⁷ NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, tomo 1, pag. 728.

⁴⁸ CNCom. Sala A, 20.4.90, “Sichel, Gerardo c/ Massuh SA”.



3.2.-Las reservas voluntarias.

Podemos definir a las reservas como aquella parte de los beneficios que deben destinarse – por ley o por decisión de los socios- para afrontar eventuales pérdidas y/o contingencias negativas en el desarrollo de la actividad comercial de la empresa y/o para darle mayor consistencia patrimonial.

Brunetti señala, en tal sentido, que las reservas son un determinado conjunto de valores numerarios activos excluidos de la distribución a los accionistas con el fin de reforzar la consistencia patrimonial de la sociedad⁴⁹

Pueden distinguirse tres tipos de reservas, según su origen:

(a) La *reserva legal* impuesta por el art. 70 de la ley 19.550 que impone la retención del 5% de las ganancias realizadas y líquidas de cada ejercicio hasta alcanzar el 20% del capital social.

(b) Las *reservas estatutarias*, que son acordadas por los socios al momento de de la constitución de la sociedad o por reforma posterior del estatuto.

(c) Las *reservas facultativas o voluntarias*, que pueden ser constituidas por los socios mediante decisión en cada caso de la asamblea a efectos de dotar de mayor solvencia a la sociedad (art. 70, último párrafo, ley 19.550).

A esta clasificación, pueden agregar otras reservas especiales impuestas por la ley o por disposiciones técnico contables, como es el caso de la reserva especial conformada con las primas de emisión, la reserva por revalúo técnico de bienes de uso, la reversa por conversión de estados contables (Resolución Técnica N° 18, F.A.C.P.C.E.), etc.

Si bien la reserva no integra estrictamente el capital social, es utilidad ingresada al patrimonio y actúa como capital de giro: de ahí que no exista en el activo social en dinero, sino que se halla invertida (equipos, valores, materias primas, etc.).

Las reservas se incorporan al patrimonio social, son propiedad de la sociedad: con esa afectación, las ganancias pierden su carácter de ganancia distribuible para adquirir el de

⁴⁹ Citado por GRISPO, Jorge D., *La problemática de las reservas en la Ley de Sociedades*, LL 21-10-04.



beneficios capitalizados en sentido amplio, ya que integran ese patrimonio por su inversión, afectada a un fin conforme a la decisión asamblearia que las constituyó⁵⁰

Similares consideraciones pueden hacerse respecto de los saldos acumulados en la cuenta de "resultados no asignados", habida cuenta que dicha cuenta constituye, en esencia, una reserva, pues cumple la misma función jurídica y contable, por lo que le son aplicables los recaudos de legitimidad y consideraciones propias de las "reservas".

4.-EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

Consideramos de utilidad formular a continuación un breve repaso del régimen de la sociedad conyugal a los fines de nuestro estudio.

4.1.-La sociedad conyugal.

Si bien el art. 1262 del Código Civil establece que la sociedad conyugal se rige por las normas del contrato de sociedad (sociedad civil) en cuanto no se opongan a la regulación específica de la primera, lo cierto es que la sociedad conyugal no es un sujeto de derecho independiente de la persona de los cónyuges, por lo que no es titular de derechos y obligaciones, ni tiene un patrimonio propio porque los bienes pertenecen a los cónyuges⁵¹

4.2.- Administración.

Durante el matrimonio rige el denominado "principio de gestión separada" establecido en el art. 1276 del Código Civil por el cual cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales por él adquiridos,

⁵⁰ HALPERÍN-OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, 2da. edición, ed. Astrea, Bs. As. 1998, pág. 596.

⁵¹ AZPIRI, Jorge. O., *Régimen de bienes del matrimonio*, 2da. edición, ed. Hamurabi, Bs. As. 2007, p. 65.



salvo el caso de los actos de disposición sobre bienes gananciales que requieren el asentimiento de ambos cónyuges⁵²

4.3.-Bienes propios y bienes gananciales.

Una vez disuelta la sociedad conyugal, resulta necesario distinguir entre los bienes propios de cada esposo y los bienes gananciales, ya que cada cónyuge recibirá íntegramente sus bienes propios, sin que el otro tenga derecho alguno sobre ellos, en tanto que los bienes gananciales se dividirán entre ellos por partes iguales⁵³

La determinación como propio o ganancial de un bien en particular no depende de la voluntad de los cónyuges, sino de una serie de reglas que se refieren principalmente al tiempo de la adquisición y a la naturaleza del derecho que justifica esa adquisición.

La justificación de la ganancialidad es la "actividad común", entendiéndose por tal tanto la colaboración afectiva como la material que posibilitan la adquisición⁵⁴ Como regla general, puede afirmarse que son propios los bienes de los que cada esposo es propietario desde antes de la celebración del matrimonio y los que adquiera con posterioridad por un título gratuito, y son gananciales los que se adquieran luego de la celebración por un título oneroso⁵⁵

El carácter propio de los bienes recibidos en donación resulta en forma expresa del art. 1264 del Código Civil.

4.4.-Principio de inmodificabilidad.

Es importante destacar que un bien no puede modificar su condición de propio o ganancial durante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque con posterioridad se hagan mejoras.

⁵² BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, 9na. edición, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 2009, pág. 344 y siguientes.

⁵³ BORDA, Guillermo A., *Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal*, La Ley 1983-A-836.

⁵⁴ AZPIRI, Jorge O., op.cit., pag.79 nro. 5.

⁵⁵ AZPIRI, ob. cit., pág 67.



4.5.-Presunción de ganancialidad.

El art. 1271 consagra una presunción de ganancialidad de los bienes existentes al momento de la disolución, que admite prueba en contrario: *"Pertenece a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación"*. En otras palabras, disuelta la sociedad conyugal cada cónyuge debe demostrar el carácter propio de los bienes que invoca como tales.

En general, deben considerarse como bienes gananciales de uno o de ambos cónyuges, los que adquiriesen por cualquier título que no sea herencia, donación o legado, y en particular cabe destacar que se consideran gananciales a: (i) los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra o cualquier título, oneroso aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges; (ii) los frutos civiles de los bienes comunes o propios, percibidos durante el matrimonio o pendientes al tiempo de la disolución; y (iii) la frutos civiles de la profesión, trabajo o industria de ambos o de cada uno de los cónyuges (art. 1272, Código Civil).

4.6.-Recompensas.

Se denominan recompensas a los créditos o deudas recíprocos que pueden existir entre cada cónyuge y la sociedad conyugal con motivo de los aportes realizados para la adquisición de bienes, habiendo establecido la jurisprudencia que "las recompensas son créditos que forman parte de la liquidación de la sociedad conyugal, generados por el incremento del patrimonio de uno de los esposos a costas de la comunidad o por el aumento del haber ganancial en detrimento del patrimonio propio de uno de los cónyuges"⁵⁶

⁵⁶ AZPIRI, ob. cit., pág. 258.



De acuerdo al art. 1316 *bis* del Código Civil tales créditos deben determinarse al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso.

4.7.-Subrogación real.

Por su parte, el art. 1266 del Código Civil establece el denominado principio de “subrogación real” en cuya virtud los bienes recibidos por permuta o venta de los bienes propios pertenecen al cónyuge a quien le correspondía el bien, así como también pertenece al cónyuge el bien que se compre con dinero ganancial. En otras palabras, los bienes que sustituyan a bienes propios mantienen este carácter debiendo demostrarse que se adquirieron con fondos propios.

4.8.-Concepto de “frutos civiles”.

Se denominan “frutos civiles” a las rentas que produce una cosa (art. 2424, Código Civil). Esta definición se complementa con la del art. 2330 que establece que “son cosas accesorias como frutos civiles las que provienen del uso o del goce de la cosa que se ha concedido a otro, y también las que provienen de la privación del uso de la cosa. Son igualmente frutos civiles los salarios u honorarios del trabajo material, o del trabajo inmaterial de las ciencias”.

En la nota al art. 2329 del Código Civil Vélez Sarsfield define a los frutos como “los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración de la sustancia”, lo que los diferencia de los productos que traen aparejada esa alteración al ser separados de la cosa.

Se ha definido al fruto como “toda cosa que es rendimiento económico de otra (cosa madre) conforme a su destino y sin alteración de su sustancia”, siendo las características que los tipifican la periodicidad, la conservación de la sustancia de la cosa, el respeto del destino económico de la cosa y su separabilidad⁵⁷

⁵⁷ ZANNONI -director-, Código Civil, ed. Astrea, Bs. As. 2005, T. 10 pág. 114.



A diferencia de lo que ocurre con los frutos naturales, es requisito para que se configure fruto civil la existencia de una convención o declaración de voluntad.

A efectos de determinar la ganancialidad de los frutos civiles el Código Civil toma el momento en que se devengaron y no el de su cobro, al establecer que son gananciales los “percibidos durante el matrimonio o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad”.

Más allá de la redacción de la norma, cuya interpretación literal llevaría a concluir que los frutos devengados previamente y percibidos en el matrimonio serían gananciales, la doctrina considera que los frutos devengados antes de la celebración del matrimonio son propios aunque se percibiesen después de celebrado⁵⁸

4.9.-Mayor valor y mejoras.

Cuando uno de los cónyuges es titular de un bien propio en el que se producen aumentos materiales o mejoras inseparables todo el bien mantendrá el carácter propio (art.1266 del código civil).

Ahora bien, si tal incremento se produce con el aporte de fondos gananciales, surgirá la correspondiente recompensa. De no ser así, el incremento no dará lugar a recompensa alguna.

También en caso de valorización por causas ajenas a las accesiones naturales o a hechos del hombre, como son las derivadas del transcurso del tiempo o de las mejoras de la zona, el beneficiario es el titular del bien propio sin compensación alguna⁵⁹

A nuestro juicio, los resultados “extraordinarios” (art.64 inc.I, letra c, ley 19.550)⁶⁰ que no derivan de la gestión y que son ajenos a cualquier “actividad común” de los cónyuges, deben siempre ser considerados propios, aun después de distribuidos como dividendos.

5.-LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DEL ACCIONISTA.

⁵⁸ BELLUSCIO, ob. cit. pág. 332.

⁵⁹ AZPIRI, Jorge O., op.cít., pag.79.

⁶⁰ Tales como los resultados por mera “tenencia” de materias primas que surgen de la elevación de los precios internacionales, o por ventas de bienes de uso cuyo mayor valor resulta del crecimiento de la zona, o los derivados de la “pesificación asimétrica”.



Con base en las consideraciones precedentes, damos a continuación algunas pautas y criterios que, a nuestro juicio, corresponde tener en cuenta en la liquidación de la sociedad conyugal de un accionista.

5.1.-Fecha de disolución de la sociedad conyugal.

La disolución de la sociedad conyugal es el hecho o prius que da por terminada la sociedad conyugal y abre el período liquidatorio.

Conforme con lo establecido por el art. 1306 in fine del código civil, la disolución de la sociedad conyugal opera en forma retroactiva a la fecha de notificación de la demanda de divorcio, quedando a salvo los derechos de terceros de buena fe⁶¹

A partir de la disolución de la sociedad conyugal cesa el régimen de ganancialidad, por lo que los resultados societarios posteriores estarían exentos de ser computados en la liquidación de la sociedad conyugal.

No obstante, debe tenerse presente que, en caso de separación de hecho anterior de los cónyuges y para el supuesto de declararse culpable al ex conyuge del accionista, éste no tendría derecho sobre los bienes gananciales posteriores a esa fecha adquiridos por el socio (art. 1306, último párrafo, del código civil).

En otras palabras, el inocente de la separación de hecho participa en los gananciales adquiridos por el culpable con posterioridad, en tanto que éste no participa en los adquiridos por aquél⁶²

5.2.-Rubros contables a computar.

Cualesquiera fuera la calificación de los rubros del patrimonio neto como propios, gananciales o recompensas, la misma solo podría operar sobre los saldos resultantes de deducir, a los rubros existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal, los

⁶¹ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2004, pág. 282.

⁶² BELLUSCIO -director-, *Código Civil*, ed. Astrea, Bs. As. 1998, T. 6 pág. 266.



rubros existentes al momento del matrimonio o de adquisición de las acciones con carácter propio, con la actualización por desvalorización monetaria que admita la legislación.

5.3.-Acciones.

a) Situación de las acciones recibidas por donación.

Conforme los criterios expuestos no caben dudas respecto a que las acciones recibidas por donación revisten el carácter de bienes propios del accionista.

Ello es así, por expresa previsión de los arts. 1264 y 1272 del Código Civil que establecen el principio general de que los bienes recibidos por donación, herencia o legado son bienes propios del cónyuge beneficiario⁶³

b) Carácter del “mayor valor” de las acciones.

Zannoni, refiriéndose al mayor valor que hayan adquirido las acciones propias durante la vigencia de la sociedad conyugal, sostiene que es también propio con fundamento en el art. 1266 del Código Civil “...que, en definitiva, no es sino el de que las cosas acrecen y perecen para su dueño...”. Agrega que ese mayor valor puede deberse al empleo de utilidades devengadas en ejercicios cerrados durante la vigencia de la sociedad conyugal. Concluye Zannoni que “Tales reinversiones han implicado sustraer utilidades de la distribución de dividendos, los que nunca han ingresado al patrimonio del socio. En consecuencia, sería incorrecto sostener que se está ante un caso asimilable a mejoras, que generan un derecho de recompensa a favor del cónyuge del accionista al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. El mayor valor del patrimonio social en razón de la inversión de utilidades no distribuidas como dividendos no proviene del empleo de fondos gananciales...”⁶⁴

El mayor valor adquirido por acciones propias conserva tal calificativo. Esta afirmación lleva a decir a Roca que la precedente puede considerarse doctrina firme y, en tal sentido, cita una sentencia renombrada en la que se sostuvo que “el aumento de valor de las

⁶³ BORDA, Guillermo A., *Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal*, La Ley 1983-A-836.

⁶⁴ ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, 5ta. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2006, T. 1 pág. 560.



acciones de la sociedad anónima no es un bien ganancial de la sociedad conyugal, si las acciones son un bien propio del cónyuge”⁶⁵

A ello cabe sumar que, según parte de la doctrina, deben considerarse como bienes propios: 1º) Las acciones que son de propiedad de uno de los esposos al iniciarse la sociedad conyugal; 2º) Las acciones adquiridas por uno de los cónyuges después de iniciada la comunidad matrimonial, por herencia, legado o donación, o adquiridas con dinero cuyo origen era propio o por permuta de un bien propio; 3º) El mayor valor adquirido por las acciones propias; 4º) Las acciones que provienen de la capitalización de reservas de una sociedad de la cual uno de los cónyuges poseía acciones propias; 5º) Las acciones suscriptas en ejercicio del derecho de preferencia de acciones propias; y 6º) Las acciones recibidas como dividendo de acciones propias⁶⁶

c) Carácter de las acciones adquiridas con fondos propios.

Como regla, las acciones adquiridas a título oneroso durante el matrimonio son gananciales. Sin embargo, si las acciones fueran adquiridas con fondos propios, las acciones serían también propias por aplicación del principio de “subrogación real”.

5.4.-Las reservas voluntarias

a) Carácter de las reservas.

Se encuentra debatido en la doctrina jurídica si las reservas constituidas con ganancias devengadas durante la vigencia de la sociedad conyugal deben considerarse como bienes propios o gananciales.

Al respecto, sostiene la doctrina lo siguiente:

No es lo mismo utilidad que dividendo. La ganancia que ha realizado la sociedad a través de su giro, durante el ejercicio computable es la utilidad y, como tal, pertenece a la sociedad, no a los accionistas. Cuando la asamblea dispone aprobar y distribuir a los

⁶⁵ GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1999, pág. 171.

⁶⁶ ROCA, Eduardo A., *Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos*, LL 74-884 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, Tomo III pág. 205.



*accionistas las ganancias realizadas y líquidas de acuerdo al balance del ejercicio (art. 68, ley 19.550), se perfecciona para ellos el derecho al dividendo. Se trata de un crédito que nace a partir del momento en que la asamblea aprueba la distribución de las utilidades en forma de dividendo. Es decir, no constituye un derecho adquirido antes de la aprobación del balance respectivo. Es incorrecto, por ende, considerar a los dividendos como devengados día a día, o proporcionalmente, durante el ejercicio"*⁶⁷

Perrino sostiene que los dividendos son frutos que son adquiridos por el accionista a partir de su distribución por la asamblea y recién entonces se incorporan al patrimonio como bien ganancial. La utilidad pasada a reserva no es un bien del accionista. Las reservas, en tanto provisión destinada a un empleo futuro, constituyen valores patrimoniales activos que se excluyen de la distribución con el fin de darle mayor solidez y poderío económico a la sociedad e integran el patrimonio social como capital de giro. Por ello, no son un fruto civil ⁶⁸

Al respecto, dice Mazzinghi: que "*...el concepto de fruto pendiente no puede aplicarse a las ganancias obtenidas por la sociedad, sino que se circunscribe a los dividendos cuya distribución sea dispuesta por la asamblea"* ⁶⁹

Cabe destacar que para un importante sector de la doctrina francesa, representado por Baudry-Lacantiniere-Le Courtois-Surville, Planiol-Ripert-Nast, Aubry-Rau-Ponsard, Colomer y la Sala Civil de la Corte de Casación la comunidad conyugal carece de derecho sobre los fondos de reserva "*...pues los beneficios comerciales no son frutos por su naturaleza sino por la voluntad del hombre de suerte que si se los distribuye son frutos, pero si se los destina a reserva constituyen un capital de previsión, no son rentas capitalizadas sino capitales directamente constituidos..."* ⁷⁰

En el ya clásico fallo "Gómez Palmés, Enrique y otros c/ Menéndez Behety de Gómez Palmés, Herminia" de la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal de fecha 21-4-49, el Dr. Chute cuyo voto forma la mayoría ha señalado que: "*corresponde tener muy en cuenta que*

⁶⁷ ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, 5ta. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2006, T. 1 págs. 557/562.

⁶⁸ PERRINO, Jorge O., *Derecho de Familia*, ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2006, T. 1 págs. 757/760.

⁶⁹ MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, Ed. Abaco, Bs.As., 1996, t. 2, pag. 222.

⁷⁰ Citado por BELLUSCIO, Augusto, *Las instituciones de derecho comercial en los proyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1992 pág. 533.



las sumas constituidas por las reservas que originalmente fueron utilidades, no son frutos civiles y, por lo tanto, de propiedad de los accionistas. Charpentier ("Traité pratique de bilans et inventaires", edición 1921), es categórico sobre el particular al expresar que las reservas no tienen el carácter de frutos civiles, sino de capitales ... sostiene que los beneficios comerciales pueden ser asimilados a frutos solamente en la medida en que ellos constituyan rentas periódicas y que ese carácter de frutos civiles no se lo imprime la operación comercial en sí misma, sino su distribución bajo forma de rentas periódicas sin alteración del capital ... Las sumas llevadas a reservas son pues, capitales, y al día en que la sociedad los distribuya, ella procede a un reparto parcial del fondo social. La jurisprudencia aplica este principio tanto a la reserva legal como a las reservas extraordinarias. Amiaud ("Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions", 1920) sostiene que los beneficios de una empresa comercial o industrial no son frutos por su esencia. Sólo llegan a ser tales porque la sociedad los distribuye y en tanto que la sociedad los distribuya ... Después de señalar que los beneficios no se convierten en frutos sino cuando una decisión de la asamblea general ordena la distribución y les da el carácter de dividendos, lleva a la conclusión que "las reservas de una sociedad por acciones no pueden en consecuencia ser consideradas como una acumulación de frutos, porque los valores que corresponden no han podido jamás pretender el carácter de frutos. Las dos nociones de reservas y de frutos deben aparecernos como incompatibles la una con la otra, pues la noción de los frutos no puede encontrar existencia sino en una distribución efectiva".

En opinión de Roca el dividendo recién queda incorporado al patrimonio del accionista cuando la asamblea decide su distribución. Antes sólo hay un derecho en expectativa potencial, que recién resulta concretado cuando la asamblea fija su monto y lo pone a disposición de sus accionistas. por esa razón, los beneficios no distribuidos pertenecen a la sociedad, no a los accionistas, y toda utilidad no distribuida es capital. El día en que la sociedad resuelve su reparto, el accionista no recibe dividendo sino una entrega parcial del fondo social⁷¹

⁷¹ ROCA, Eduardo A., *Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos*, LL 74-884 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, Tomo III pág. 205.



En una postura contraria a las reseñadas se encuentra Borda, quien considera que *"...desde el momento en 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 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 la controla resolviera capitalizar todo el producido de una sociedad para privar al otro de su genuino derecho a esos bienes. Lo que prueba la necesidad de calificarlos como gananciales"*⁷²

Esta última posición es compartida por Sambrizzi, quien con relación a las utilidades llevadas a reserva sostiene que *"...no por ello esa reserva o esas nuevas acciones provenientes de la capitalización son propias, pues si bien técnicamente no pueden ser calificadas como dividendos, lo cierto es que se trata de utilidades, por lo que las acciones emitidas en concepto de capitalización de reservas, son de carácter ganancial"*⁷³

Para Azpiri, en forma concordante, *"...habrá que tomar en cuenta el momento en que se efectuó esa acumulación de reservas, porque si se realizaron durante la vigencia de la sociedad conyugal será ganancial, y cuando las mismas sean desafectadas quedarán a disposición de los accionistas con ese carácter"*⁷⁴

En nuestra opinión, la tesis que alcanza una solución armónica entre el derecho de familia y el societario es la primera, o sea la que considera a las reservas como bienes de la sociedad y a los dividendos como bienes gananciales tomando en cuenta el momento de la decisión asamblearia de distribución y el origen de los resultados. Esta postura es la que tiene consenso mayoritario de la doctrina y ha sido adoptada por la jurisprudencia.

Como se dijo anteriormente, no existe un derecho del accionista al reparto periódico de dividendos, por lo que el cónyuge del socio no podría tener un mejor derecho frente a la sociedad que el propio accionista.

⁷² BORDA, Guillermo A., *Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal*, La Ley 1983-A-836.

⁷³ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Supuestos que han presentado dudas en cuanto a la calificación de los bienes en propios o gananciales*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Sociedad conyugal-I*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2008, págs. 40/41.

⁷⁴ AZPIRI, ob. cit., pág. 90.



El dividendo como “fruto civil ganancial” se configura con la resolución de la asamblea que resuelve la distribución y no antes. Recién en esta oportunidad el dividendo aprobado es un pasivo para la sociedad y un crédito exigible para el accionista.

Las reservas constituyen una vicisitud propia de la inversión en sociedades anónimas y un instrumento útil para el autofinanciamiento, crecimiento y preservación de la empresa, que no puede verse menoscabado por la situación personal de los accionistas.

Quienes postulan una solución contraria se apoyan en la opinión de Borda, quien parte de una patología y no del régimen propio de las sociedades anónimas, cuando señala que de considerarse propias las reservas se facilitarían el fraude por parte del accionista controlante.

Entendemos que ese argumento es insuficiente para desconocer la regulación societaria en materia de reservas, que tutela el interés societario y de la empresa, pues frente a los abusos que se pudieran cometer el cónyuge del controlante siempre conserva su acción de fraude.

Finalmente, no queremos pasar por alto un posterior y enriquecedor aporte al debate, introducido por Antonio D. Fourcade, quien considera a los resultados siempre como gananciales computando el mayor valor contable experimentado por las acciones como consecuencia de las reservas y atribuyendo a dicho mayor valor carácter ganancial por ser un fruto contable.⁷⁵

A esos fines, parte del criterio que corresponde analogar el concepto de “ganancia” al de “fruto civil” y el concepto de “sustancia” al valor original de las participaciones societarias. Por nuestra parte, compartimos plenamente el procedimiento de iluminar las soluciones jurídicas con valoraciones contables, propia del “derecho contable” cuya metodología propiciamos⁷⁶ y, en concreto, adherimos a las propuestas del autor citado con relación a la utilización del criterio del “devengado” (art. 2865 del código civil) y de valorar las acciones de sociedades cerradas, a los fines de la liquidación de la sociedad conyugal, utilizando el valor patrimonial proporcional (vpp).

⁷⁵ Fourcade, Antonio D. “Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de los frutos”, J.A. 2007-I, fasc.7, pag. 10 y stes.

⁷⁶ Ver los trabajos de Favier Dubois (pater), Eduardo Mario, en particular el titulado “¿Qué es el Derecho Contable? Hacia la construcción del derecho contable en Argentina”, Errepar, DSE, tomo XX nro.250, pag.833, y la reciente fundación del “Instituto Autónomo de Derecho Contable” a su iniciativa y del cual es Presidente Honorario.



Sin embargo, no compartimos la solución con relación a las reservas.

Ello sobre la base no solo del concepto del código civil sobre “frutos civiles”, que exige voluntad humana (asamblea que dispone el reparto) para su devengamiento, sino de la interpretación auténtica que hace la propia ley societaria cuando, al regular el usufructo de acciones⁷⁷, establece que no constituyen frutos de los que pueda gozar el usufructuario “las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas” (art. 218 ley 19.550).

Ello confirma, con autoridad legal especial a la que no podría sustraerse un desarrollo solo contable, el criterio de que las “ganancias” societarias no son frutos hasta tanto no se conviertan (por la asamblea) en “dividendos”.

En consecuencia, consideramos también que el mayor valor “reflejo” experimentado por las acciones como consecuencia de las reservas seguirá poseyendo naturaleza propia.

b) Exigencia que respondan a una prudente administración.

Si bien la ley 19.550 permite que la asamblea constituya reservas facultativas como forma de obtener financiamiento interno, ha sido muy cuidadosa en balancear este derecho de la sociedad con la protección del dividendo de los socios o accionistas, a los fines de evitar que, mediante este mecanismo, se frustren legítimas expectativas de éstos⁷⁸

A tal efecto, la Ley de Sociedades requiere:

(a) Que los administradores expresen en la memoria las razones por las cuales proponen la constitución de reservas explicadas clara y circunstanciadamente (art. 66, inc. 3º, ley 19.550).

(b) Que las reservas resulten “razonables” y respondan a un “criterio de prudente administración” (art. 70, último párrafo, ley 19.550).

(c) Que en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, cuando el monto de las reservas exceda del capital y las reservas libres, la decisión se adopte con las mayorías más agradas (art. 70, último párrafo, ley 19.550).

⁷⁷ Cuya renta constituye un caso típico de “fruto civil”. Ver NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, T. 2 pág. 627.

⁷⁸ NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, T. 1 pág. 754.



(d) Que se reduzcan proporcionalmente los honorarios de los administradores (art. 261 ley 19.550).⁷⁹

La exigencia de que las reservas deban ser razonables y acordes a una prudente administración, requiere que sean establecidas conforma al interés social, que en esta materia se da con la aplicación de esos criterios, debiendo examinarse cada caso en concreto, tales como el interés de los accionistas, la inflación, el contexto económico, la política de corto, mediano y largo plazo de la empresa, etc.⁸⁰

En el caso de una empresa familiar, la política de retención de utilidades para reinvertir en la empresa, mediante el mecanismo de “reservas voluntarias”, no puede ser impugnada por el socio en tanto tal calificación autoriza a interpretar tales reservas como “razonables” y encuadradas en una “prudente administración”, en los términos del art. 70, tercer párrafo, de la ley 19.550, en la medida que, como ya se señaló, guardan absoluta congruencia con la ya referida “causa” de la “empresa familiar” (ver cap.2.4.).

5.5.-La impugnabilidad de los valores contables.

a) Estabilidad salvo acción de fraude.

En la medida en que los valores consignados en los estados contables de la sociedad cuyas acciones detenta el accionista no han sido impugnados sino aprobados por el accionista, no podría su cónyuge tener un derecho superior a éste (art.251 ley 19.55).⁸¹

Queda a salvo solamente la acción de fraude⁸², o sea la demostración que los valores asignados no se corresponden con la realidad y fueron consignados al solo efecto de perjudicar al cónyuge del accionista.

Tal acción está sujeta a la prescripción de un año desde la disolución de la sociedad conyugal y desde que la cónyuge los conocía.

Dicha acción no sería verosímil en caso que el cónyuge socio no fuera el controlante de la sociedad.

⁷⁹ Nissen, Ricardo A. “La capitalización de las utilidades en las sociedades anónimas”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1990, pag.29.-

⁸⁰ HALPERÍN-OTAEGUI, op. cit., págs. 596/597.

⁸¹ MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, Ed. Abaco, op. Cit. Pag. 221.

⁸² Azpiri, Jorge O. “Régimen de bienes del matrimonio”, op.cít., pag.220.-Ver también Mendez Costa, María Josefa “Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal”, Ed.Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1998, pag. 257 y stes.



En cuanto a las decisiones sobre reservas voluntarias, si las mismas también se encuentran firmes y si se trata, además, de una empresa familiar donde la autofinanciación constituye una práctica constante, tal extremo también hace descartar las hipótesis de fraude.

b) Las sociedades en fraude al régimen matrimonial y familiar.

A esta altura del presente comentario resulta fundamental diferenciar a la empresa familiar “natural” a la que nos venimos refiriendo, creada con causa legítima, donde además de la familia hay empresa real y gestión familiar, de otros entes de causa ilegítima como son las sociedades ficticias o simuladas creadas o mantenidas al solo efecto de perjudicar al régimen familiar por vulnerar la legítima o el régimen de la sociedad conyugal.⁸³

Estas últimas, mal denominadas “sociedades de familia” y que son las únicas a las que ha prestado atención la doctrina⁸⁴, constituyen una situación absolutamente distinta y deben ser sancionadas con todo el rigor de la ley.⁸⁵

Cabe señalar que la utilización fraudulenta de sociedades para ocultar, excluir o disimular bienes gananciales o hacer adquirir a ellas bienes con fondos gananciales bienes, procurando así sustraerlos de la sociedad conyugal en violación del derecho de uno de los cónyuges al 50% de los gananciales en la disolución y liquidación de la misma, constituye una realidad de muchos conflictos matrimoniales⁸⁶

Su remedio se halla en la acción de fraude, si bien debe aclararse que la misma tiene su base en un fraude genérico y no pauliano ya que los derechos del cónyuge afectado por actos como los señalados son derechos afectados *pro comunitate* y no *pro creditore*⁸⁷

⁸³ Ver en la obra colectiva “Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria” de Favier Dubois (h), Eduardo M. (Director), Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1993, los trabajos de Eduardo A.Zannoni (pag.35), Enrique M.Butty (pag.47) y Jorge Alberto Lociser (pag.59).

⁸⁴ Ver el excelente trabajo de Mariano Gagliardo titulado “Empresa de Familia”, en la obra colectiva “Tratado de la Empresa”, tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2009, pag. 341, donde analiza múltiples caso de fraude al derecho familiar por intermedio de sociedades.

⁸⁵ Ver la ya citada excelente investigación de Mariano Gagliardo sobre casos de fraude familiar mediante sociedades en “Empresa de Familia”, en “Tratado de la Empresa”, tomo I, pag. 341 y stes., obra colectiva de Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2009.

⁸⁶ ZANNONI, Eduardo, *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, ed. Astrea, Bs. As., 1980, esp. caps. IV y V.

⁸⁷ ZANNONI, *ob. cit.*, pp. 158/161 y 173/174; FASSI, Santiago – BOSSERT, Gustavo, *Sociedad conyugal*, ed. Astrea, Bs. As., 1977, comentario al art. 1298 del Cód. Civ., n° 4 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Bs. As., 1975, t. II, pág. 9, N° 64 y ss..



La jurisprudencia predominante también recoge este temperamento ⁸⁸

Es claro que, a nuestro juicio, cuando se trata de una empresa familiar genuina resulta inviable la invocación de la doctrina sobre sociedades en fraude al derecho de familia, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal del socio, para cuestionar la retención de utilidades.

6.-CONCLUSIONES.

Con fundamento en los desarrollos precedentes, y con la provisoriedad que impone la dialéctica del pensamiento, formulamos las siguientes conclusiones respecto de la financiación de la empresa familiar y de los derechos del cónyuge en la liquidación de la sociedad conyugal del accionista:

- 1.-Constituye una característica, propia de la fortaleza de la empresa familiar, acudir a la auto financiación mediante la retención de los resultados societarios para su reinversión.
- 2.-Dicha práctica se inserta y legitima en un sistema donde el accionista no puede ser considerado un "inversor", con inmediatas y tutelables expectativas de dividendos, sino un "socio familiar" cuya "causa" de constitución, o de incorporación a la sociedad, obedeció a motivos complejos y diversos al "fin de lucro".
- 3.-Las exigencias legales de "razonabilidad" y de "prudencia" para la constitución de reservas voluntarias, previstas por el art. 70 de la ley 19.550, deben presumirse cumplidas cuando se trata de una empresa familiar cuya política habitual es la autofinanciación.
- 4.-La decisión asamblearia de distribución de dividendos es el único mecanismo legal para que los resultados de la sociedad anónima pasen de ser propiedad de la sociedad a ser

⁸⁸ Conf. CNCiv., Sala D, 22-9-70, ED 36-705; íd. Cám., Sala A, 18-12-78, LL, 1979-B-93, con nota de BOSSERT, Gustavo, *Un fallo y la ética de las relaciones patrimoniales de los cónyuges*; íd. Cám., Sala E, 27-12-79, ED 86-754; íd. Cám., Sala F, 4-12-89, "Landaburu de Lupino, María c. Luppino, Roque y ots.", LL, 1991-C-16.



propiedad del accionista y, por ende, puedan convertirse en “frutos civiles” de carácter ganancial.

5.-El cónyuge del accionista no posee derecho alguno, ni ganancial ni de recompensa, sobre las acciones que el accionista hubiera recibido por donación o que durante el matrimonio hubiera adquirido con fondos propios en virtud del principio de “subrogación legal”.

6.-Los dividendos percibidos durante la vigencia de la sociedad conyugal que correspondan a reservas generadas en ejercicios anteriores al matrimonio y/o los que correspondan al reparto del “mayor valor” de las acciones, son de carácter propio y no ganancial.

7.-Los valores asignados a los diversos rubros de los estados contables de la sociedad, como así las decisiones societarias de constitución de reservas que se encuentren firmes, solo pueden ser impugnados por el cónyuge por vía de la acción de fraude donde deberá acreditarse que se trata de valores y decisiones ficticias cuyo único objeto fue perjudicarlo. Como regla, tal acción no es verosímil cuando se trata de una empresa familiar que, como tal, acude a la autofinanciación.