

# Acciones y participaciones en la sociedad de gananciales. Naturaleza jurídica

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI<sup>(\*)</sup>

*En honor a Carlos Torres y Torres Lara quien como decano de Derecho de mi alma máter se encargó de fijar los sólidos cimientos de lo que hoy es nuestra Facultad, apoyando a los jóvenes profesores y comprometerlos con la noble labor de investigación.*

*¡Gracias por todo querido profesor!*

**Sumario:** I. Introducción. II. Supuesto normativo. III. Principios en juego. IV. Las acciones como bienes propios. V. Las acciones como bienes comunes. VI. Divorcio, liquidación de gananciales y participaciones. VII. Conclusiones.

**Resumen:** Por regla general, el análisis de la naturaleza propia o social de las acciones dependerá de su emisión, creación o incremento de su valor nominal como consecuencia del aumento de capital. Ahora bien, para la calificación de las acciones adquiridas durante la vigencia de la sociedad conyugal debe tenerse en cuenta, conforme al marco normativo actual, la procedencia del derecho de origen de las nuevas acciones, la gratuidad de la adquisición del bien y la propia calificación que la ley otorga. En tal sentido, si las acciones fueron adquiridas antes de celebrarse el matrimonio serán calificadas como bienes propios; y si fueron adquiridas después se presumirán como sociales, salvo prueba en contrario.

**Palabras claves:** Bienes propios, bienes comunes, acciones, participaciones, matrimonio, divorcio, liquidación de gananciales.

## I. INTRODUCCIÓN

Problema mayor, preocupación menor.

La acción, como título valor, es sinónimo de inversión, renta, utilidad, ganancia. Discusión permanente, solución deficiente. El matrimonio cambia a las personas y, a las cosas ni qué decirlo. Frente a este, el soltero (soltero)

<sup>(\*)</sup> Doctor en Derecho. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Docente investigador de la Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador Concytec.



se une (cónyuge) comprometiendo y refundiendo sus bienes. La relación patrimonial se complejiza frente a la personal. Matrimonio y patrimonio, dos instituciones complejas y conexas. Societistas y familistas nada aportaron en nuestro medio; solo divagaron, jamás concretaron. Considero, que el matrimonio une a las personas; pero en el tema económico, fundamentalmente, marca distancias y límites. Lo mío, lo tuyo, lo nuestro, lo conyugal. Las reglas privadas son inaplicables y las societarias demasiado respingadas para tratar la naturaleza de los bienes matrimoniales, sensibles por esencia.

## II. SUPUESTO NORMATIVO

Para el inciso 7 del artículo 302 del Código son propias de cada cónyuge las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. Este criterio no ha sido discutido en su verdadera dimensión en sede judicial, solo tenemos un pronunciamiento aislado que considera que: “Las acciones otorgadas por concepto de beneficios sociales al trabajador son bienes sociales, pues para que las nuevas acciones tengan el carácter de bien propio es necesario que quien las recibe haya sido previamente socio y que las acciones que tenía anteriormente y que dieron lugar a que reciba nuevas acciones por revaluación de patrimonio social hayan tenido la calidad de propio”<sup>(1)</sup>.

## III. PRINCIPIOS EN JUEGO

Al analizar el supuesto normativo apreciamos sin mayor esfuerzo dos principios: **Principio de procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones** y el **Principio de carácter gratuito de la adquisición del bien durante el matrimonio**, así como una forma de aumento de capital en la que se aplica la calidad de las acciones.

Así tenemos:

Son propias de cada cónyuge las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente (**principio de carácter gratuito de la adquisición del bien durante el matrimonio**) entre los socios por revaluación del patrimonio social (**tipo de aumento de capital**), cuando esas acciones o participaciones sean bien propio (**principio de procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones**).

---

(1) Corte Superior de Arequipa, Sala 2, Civil. Causa N° 2004-00158-0-040101-SS-CI-02, 2008.



En razón de estos principios, las nuevas acciones son propias por su origen gratuito (sin costo de adquisición) y/o si el origen de las mismas es propio (la cría de acciones son bienes propios porque siguen la naturaleza invariable de la acción madre). Las acciones serán bienes propios si es que las acciones que dieron origen a dichas nuevas acciones hayan sido bien propio y además el cónyuge tenga la calidad de socio<sup>(2)</sup>; por el contrario, serán sociales si fueron adquiridas con aporte de bienes comunes<sup>(3)</sup>.

Consideramos que el principio de carácter gratuito de adquisición del bien durante el matrimonio es el que tiene mayor trascendencia pero no puede desconocerse el principio de la procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones al que debe sumarse la teoría del reembolso a pesar que este último no se encuentre contemplado en nuestro Código Civil. La teoría del reembolso se explica cuando el cónyuge propietario de las acciones invierte en la empresa con fondos de bienes sociales de forma que para que las utilidades conserven la calidad de bienes propios el cónyuge propietario debe reembolsar a la sociedad conyugal los fondos que utilizó. El principio de la procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones considera que las acciones ostentarán la calidad de bien propio si es que fueran producidas por la inversión de bienes propios; serán sociales, si es que la emisión fuera a partir de la inversión de bienes comunes.

Considérese, además, que el supuesto normativo solo trata un tipo de aumento de capital, la revaluación de activos, no siendo esta la única forma

---

(2) “Que el artículo trescientos dos, inciso siete del Código Civil, señala son bienes propios, las acciones y participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios, por reevaluación de patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. De esta norma se desprende que para que las nuevas acciones tengan el carácter de bien propio es necesario que quien las recibe sea previamente socio y que las acciones que tenía anteriormente y que dieron lugar a que reciba nuevas acciones por reevaluación de patrimonio social hayan tenido también la calidad de bien propio, supuestos que no se dan en el presente caso, pues el demandante ni ha sido socio, ni ha tenido anteriormente acciones con carácter de bien propio, a lo que se agrega que conforme ha establecido en la jurisprudencia son bienes propios los que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio aquellos que se adquieran durante su vigencia a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio o por causa o título anterior al matrimonio, supuestos que tampoco se dan en el presente caso, a lo que se agrega que el demandado no ha probado los extremos de su afirmación a lo que se estaba obligado por imperativo del artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil”. Causa N° 2004-00158-0-040101-SS-CI-02, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa de fecha 29 de agosto de 2008.

(3) “Las acciones emitidas, que fueron pagadas con el aporte del inmueble perteneciente a una sociedad de gananciales, ello permite concluir que dichas acciones corresponden a la sociedad de gananciales. Esto es, el referido inmueble tenía la condición de bien social y el hecho que las acciones hayan sido emitidas solo a nombre del marido de la demandante, conforme se aprecia en la cláusula segunda de la escritura de constitución social de la empresa, no menoscaba su naturaleza, pues dichas acciones tienen la calidad de bienes de la sociedad de gananciales como prescribe el artículo 310 del Código Civil y como así se ha establecido en la instancia”. Cas. N° 2021-2004-Lima, *El Peruano*, 30/03/2008.



de adquirir de acciones vía aumento. Existen otras que el artículo 302 del Código no trata pero sí la Ley General de Sociedades - LGS, en su artículo 202<sup>(4)</sup>. En todo caso, en el contexto normativo lo importante es entender con precisión el concepto de revaluación del patrimonio social. De arranque este término no alcanza la capitalización de las diversas cuentas del patrimonio (utilidades, primas, etc.). Solo contiene a la revaluación de activos que se reflejan en un mayor valor del patrimonio y, a consecuencia de ello, se aumenta el capital. Ese mayor monto reflejado en las acciones o las nuevas emitidas corresponde al titular en calidad de bien propio. Distinto sería el mayor valor al patrimonio derivado del aumento de capital por capitalización de utilidades.

Entonces, debemos tener la respuesta clara en cuanto a:

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las acciones de una sociedad cuando los accionistas son casados? Propias o sociales, privativas o gananciales.

La cuestión es saber su determinación en todas aquellas formas en que emiten acciones.

#### IV. LAS ACCIONES COMO BIENES PROPIOS

##### 1. Derecho de suscripción preferente

Azpiri<sup>(5)</sup> considera que son bienes propios las nuevas acciones adquiridas en virtud del derecho de suscripción preferente cuando este deriva de acciones propias en razón de que el título es anterior al matrimonio<sup>(6)</sup>. Para Díez-Picazo y Gullón<sup>(7)</sup> son propias porque la adquisición deriva de un derecho propio; además, la suscripción preferente no enriquece, únicamente preserva el valor de los derechos societarios y la cuota de participación. Respecto de este último criterio Montoya<sup>(8)</sup> discrepa sustentando que la suscripción preferente enriquece *per se*; el socio tiene un valor patrimonial agregado.

(4) LGS. "Artículo 202.- Modalidades. El aumento de capital puede originarse en: 1. Nuevos aportes; 2. La capitalización de créditos contra la sociedad, incluyendo la conversión de obligaciones en acciones; 3. La capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación; y 4. Los demás casos previstos en la ley".

(5) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, p. 81.

(6) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo I, 10ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 254.

(7) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 227.

(8) Comunicación personal intercambiada.



Sin embargo, resulta consecuente analizar el origen de los fondos con los que suscriben las nuevas acciones. Para Azpiri<sup>(9)</sup> en caso de ser sociales se deberá una recompensa a la sociedad conyugal al momento de liquidarse, posición consagrada en el artículo 1352 *in fine* Código español<sup>(10)</sup>. Criterio diferente sostienen Borda<sup>(11)</sup> y Díez-Picazo y Gullón<sup>(12)</sup>, pues postulan que si el cónyuge adquiere las acciones con dinero social estas serán gananciales –en virtud del principio de subrogación real– debiendo la comunidad conyugal restituir al cónyuge titular del derecho de preferencia el valor de la acción al momento de la suscripción.

Por su parte, Hernando Montoya<sup>(13)</sup> considera que en materia de suscripción preferente se presentan hasta tres (3) supuestos:

- i. Cuando tengo el derecho de suscribir preferentemente mis acciones y ese derecho es negociable; es decir, no ejerzo el derecho pero sé que puedo transferirlo. Lo que ingresa por ese derecho es de la sociedad de gananciales por más que se derive de un bien propio.
- ii. El accionista ejerce su derecho a suscribir nuevas acciones y hace un nuevo aporte para suscribir las que le corresponden. En este caso debe evaluarse el origen de los fondos comprometidos en la suscripción. Si suscribe y paga con fondos propios o si suscribe y paga con bienes sociales.
- iii. Se ejerce el derecho de suscribir preferentemente acciones porque uno de los socios no ejerció el derecho oportunamente; entonces, el accionista casado decide suscribir la porción del otro socio que no suscribió.

## 2. Revaluación de activos

La naturaleza de las acciones emitidas por revaluación de activos depende del origen del derecho de su titular. Si son propias, las nuevas también lo serán en razón de que (i) la causa de origen de la adquisición fue propia<sup>(14)</sup>, y (ii) porque representan el mayor valor del bien propio<sup>(15)</sup> (evolución

(9) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 81.

(10) "Artículo 1352.- Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho".

(11) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 254.

(12) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 228.

(13) Comunicación personal intercambiada.

(14) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 81.

(15) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 503 y 539.



o transformación)<sup>(16)</sup>. En definitiva, son los mismos bienes cuyo valor asume una expresión social<sup>(17)</sup>.

El mayor valor que adquiere un bien propio beneficia al cónyuge propietario del mismo modo que lo perjudicaría si pierde valor<sup>(18)</sup>. Plusvalía y depreciación corresponden únicamente al propietario. Teniendo esto último en mente, no resulta equiparable la plusvalía y depreciación con la nueva emisión de acciones. Consideramos que tratándose de revaluación del activo, donde no existe una contribución o aporte del socio sino actualización del valor de los activos (que se refleja en la cuenta excedente de revaluación y consecuente aumento de capital social con emisión de nuevas acciones) las acciones emitidas responden a la misma naturaleza por su origen. Cabe aclarar que este mayor valor será propio siempre que se haya originado en el libre juego de la oferta y la demanda. Si la revalorización se debiera a gestiones conyugales será ganancial<sup>(19)</sup>.

## V. LAS ACCIONES COMO BIENES COMUNES

### 1. Utilidades

Las utilidades son frutos civiles que produce el capital social y como tales son bienes gananciales por disposición legal, aunque provengan de acciones propias. Sea en dinero o nuevas acciones, las utilidades tienen la calidad de bien social<sup>(20)</sup> en tanto se devenguen durante la vigencia de la sociedad conyugal y correspondan a ejercicios vencidos antes de su disolución<sup>(21)</sup>.

Antes de continuar con el análisis, resulta necesario distinguir entre utilidad y dividendo. La empresa genera utilidades y la acción, dividendos. El destino de las utilidades es variable, aumento de capital o reparto, en este último estamos frente a un dividendo. Esto es interesante porque cuando se habla de usufructo de acciones se entiende que el fruto de la acción es el dividendo. En la materia que analizamos existirían dos situaciones el derecho

(16) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 114.

(17) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Tomo I - Sociedad conyugal, 6ª edición, Librería Studium S.A., Lima, 1987, p. 292.

(18) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 131 y ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 503.

(19) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 238.

(20) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Ob. cit., pp. 81 y 89. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Ob. cit., p. 126. SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*, 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 713.

(21) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 538.



a la utilidad y el derecho al dividendo. Puede suceder que se generen utilidades pero se acuerda no repartirlas –manteniéndose en la cuenta patrimonial– o se decide repartirlas. Si no existe reparto alguno no se genera ningún derecho para el cónyuge surgiendo recién el derecho al momento de repartirlas.

Cabe en todo este contexto plantear la siguiente situación: frente al derecho que tiene un accionista casado en decidir no repartir utilidades podría su cónyuge exigir el reparto amparándose en el artículo 231 de la LGS y, de ser el caso, pedir el reparto del 50 %, *i.e.* ¿Corresponde a un cónyuge el derecho a sustituirse en la petición al cónyuge-accionista titular de las acciones? Con base en el artículo 91 de la LGS consideramos que no en razón que solo se reconoce este derecho a quien aparezca inscrito en el Registro de matrícula de acciones.

## 2. Capitalización de utilidades

Teniendo la calidad de frutos civiles, las acciones emitidas por capitalización de utilidades son sociales incluso si el capital original sea propio. Dice Borda<sup>(22)</sup> que desde el momento en que los dividendos no distribuidos se devengan quedan calificados *ministerio legis* como gananciales, en razón de que la junta de accionistas no puede desnaturalizar su calificación legal por ser de orden público. En otras palabras, no es admisible que vía capitalización se altere la calificación de bien social que la ley otorga a las utilidades. De otra manera la sociedad mercantil sería una herramienta para cometer fraudes; cuando su finalidad es ser un vehículo generador de riqueza, no de timos. Caso contrario, sería simple que un accionista capitalice a fin de privar a su cónyuge del derecho sobre dichos bienes. ¿En qué momento pasan las utilidades a ser dividendos? Únicamente a través del acuerdo de accionistas que aprueba el reparto y en ningún caso mediante el acuerdo que aprueba el balance que contiene las utilidades. En efecto, en aplicación del artículo 114 de la LGS la junta aprueba el destino de las utilidades, *i.e.* en tanto no haya acuerdo no hay dividendos; puede haber utilidades, más no dividendo.

Por otro lado, hay quienes están en contra de esta posición pues consideran que “los dividendos en acciones de acciones propias, son propias, a su vez, porque en realidad ha dejado de ser dividendo”<sup>(23)</sup>.

Las reservas efectuadas, obligatorias o facultativas, se realizan con cargo a utilidades destinadas para dicho fin. Respecto al tema de análisis dice

---

(22) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 253. Cit. SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 715.

(23) De acuerdo a sentencias citadas por SAMBRIZZI, Eduardo. Ob. cit., p. 713.



la doctrina que son sociales como regla<sup>(24)</sup> y, en todo caso, habrá que tomar en cuenta el momento en que se efectúa la reserva, a fin de determinar si es propio o social<sup>(25)</sup>. Consideramos que en las reservas no tiene injerencia el cónyuge, salvo que luego se acordara su capitalización. Antes de ello es un tema netamente societario, más allá de ello, netamente empresarial. La sociedad decide el destino de la reserva. Solo si el destino es aumentar el capital social existiría una incidencia en la determinación del derecho sobre las acciones emitidas como derivación de un derecho propio o de un derecho de gananciales.

Acciones recibidas a título de	
Propias	Sociales
Derecho de suscripción preferente.	
Revaluación de activos propios.	Revaluación de activos sociales.
Nuevos aportes de capital propio.	Nuevos aportes de capital social.
Gratuito.	Oneroso.
Capitalización de préstamo por capital propio.	Capitalización de préstamo por capital social.
	Capitalización de créditos contra la sociedad.
	Capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación.
	Conversión de obligaciones en acciones.

## VI. DIVORCIO, LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIPACIONES

Un criterio registral ha considerado acertadamente que:

“No constituyendo bien propio las participaciones adquiridas dentro del matrimonio por alguno de los cónyuges, deben estar inscritos como actos previos en el Registro Personal y en la partida de la sociedad, la disolución del vínculo matrimonial del socio que se ha divorciado, así

(24) *Ibidem*, p. 715.

(25) AZPIRI, Jorge O. *Ob. cit.*, p. 90.



como la distribución de los bienes remanentes referidos a las participaciones que son consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, respectivamente, acorde con lo dispuesto en los artículos 320 y 322 del Código Civil a efectos de determinar los socios de la persona jurídica una vez disuelto el vínculo matrimonial de alguno de ellos"<sup>(26)</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Todas las acciones se presumen sociales salvo prueba en contrario (art. 311 del Código y 37 del Reglamento de Registro de Sociedades).

Es necesario prestar atención, pues el análisis de la naturaleza propia o social de las acciones dependerá de su emisión, creación o incremento de su valor nominal como consecuencia del aumento de capital.

- **Calificación de la naturaleza de las acciones.** Para la calificación de las acciones adquiridas durante la vigencia de la sociedad conyugal debe tenerse en cuenta la procedencia del derecho de origen de las nuevas acciones, la gratuidad de la adquisición del bien y la propia calificación que la ley le otorga. Si las acciones fueron adquiridas antes de celebrarse el matrimonio serán calificadas como bienes propios. Si fueron adquiridas después se presumirán como sociales, salvo prueba en contrario.
- **Acciones propias.** Son bienes propios las acciones emitidas (i) del derecho de suscripción preferente siempre que este derive de acciones propias en el entendido que el título es anterior al matrimonio, sin embargo requiere analizarse el origen de los fondos con el cual son suscritas las nuevas acciones, y; (ii) por revaluación de activos, si la causa de origen de la adquisición fue propia al representar el mayor valor del bien propio. El mayor valor (plusvalía) que adquiere un bien beneficia al cónyuge propietario del mismo modo que lo perjudicaría si pierde valor (depreciación). Este mayor valor será propio siempre que se origine en el libre juego de la oferta y demanda; si se debiera a gestiones conyugales, es decir, al trabajo realizado por los cónyuges en conjunto, será ganancial.
- **Acciones sociales.** Son bienes gananciales las acciones emitidas por capitalización de utilidades aunque el capital original sea propio. En su calidad de frutos civiles, las utilidades son sociales, aunque provengan de

(26) Res. N° 081-99-ORLCTR-Lima, del 07/04/1999, Jurisprudencia Registral, Año IV, Vol. VIII, p. 241.



acciones propias y en tanto se devenguen durante la vigencia de la sociedad conyugal y correspondan a ejercicios vencidos antes de su disolución. Las utilidades o las acciones que se emitan por su capitalización serán calificadas como bienes sociales.