

AUMENTO DE CAPITAL EN LA SOCIEDAD ANONIMA Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: DERECHOS DEL CONYUGE NO ACCIONISTA

Domingo Bello Janeiro.
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Santiago

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. Integración del art. 1352 en el CC. 2. Concepto de acción y del derecho de suscripción preferente. 3. Insatisfactoria solución del CC. 4. Propuesta de regulación más exhaustiva. II. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE AUMENTO DE CAPITAL: 1. Con aportación de fondos gananciales, siendo el desembolso total: a). Contravalor coincidente con su nominal: suscripción o inactividad o venta del derecho de suscripción. b). Valor de emisión superior al nominal (o con prima insuficiente). 2. Adquisición a plazos, siendo el primer desembolso privativo o ganancial. 3. Enajenación del derecho de suscripción o de parte del derecho para ejercitar el resto. 4. Por transformación de reservas o beneficios: a). Emisión de acciones a título de dividendos. b). Emisión de acciones compensando su contravalor por el crédito por dividendos. c). Aumento con cargo a reservas. 5. Por conversión de obligaciones en acciones. 6. Con aportaciones no dinerarias.

I. Introducción

En los supuestos de ampliación de capital, el artículo 1352 del Código Civil -CC- prefirió la interpretación de atribuir a las nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otros títulos privativos la misma cualidad de privativas, añadiendo que igual condición tendrán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir y que tal conclusión no se encuentra obstaculizada por la circunstancia de que para el pago de la suscripción se hubiesen utilizado fondos gananciales o se hubiesen emitido las acciones con cargo a los beneficios, lo que sólo será origen de reembolso del valor satisfecho al acervo ganancial.

Con tal solución, dicho precepto asume la tesis de la doctrina mercantilista(1), según la que las nuevas acciones nunca son fruto, sino desdoblamiento formal de la cuota de socio(2), sobre la postura "civilista" que, de antiguo, venía sosteniendo el TS(3), según la cual se consideraban las nuevas acciones como gananciales, bien por el hecho de que en la suscripción se invirtiera dinero ganancial, bien por la consideración del derecho de suscripción preferente y también de las reservas y la ampliación con cargo a ellas como frutos de las antiguas acciones.

Con anterioridad a la regulación legal del problema por la Ley de 13 de mayo de 1981 en el referido precepto se habían manifestado sobre la cuestión estos criterios tan dispares, tanto en la doctrina(4) como en

-
- (1) Esta consideración fue acogida por la Ley de Sociedades Anónimas -LSA- de 17 de julio de 1951 (arts. 39, 41 y 92). También fue asumida por el Tribunal Supremo -TS-, primero moderadamente (Sentencias -SS- de 18 de abril de 1934, 23 de enero de 1947 y 20 de diciembre de 1952) hasta la sentencia de 24 de noviembre de 1960 que señala que "las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las acciones antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan análogo carácter, pero las acciones nuevas dependen en su nacimiento de un acto de los órganos estatutarios, responden a un aumento acordado en el capital de la Sociedad que se lleva a efecto mediante desembolso de los accionistas, y por ello no cabe estimar que en este caso concreto sean considerados como frutos de las acciones primitivas", aunque no se llegue a aceptar que las nuevas acciones sean privativas cuando se han adquirido con dinero presumiblemente ganancial y, por tanto, se mantenga todavía una solución distinta a la adoptada por el legislador en el art. 1352 CC.
 - (2) Incluso, para Alvarez Alvarez, "El aumento de capital en las Sociedades Anónimas y la sociedad de gananciales", Anales de la Academia Matritense del Notariado -AAMN-, tomo XIII, 1962, p. 225, el caso de ampliación con cargo a plusvalías constituye un supuesto puro de desdoblamiento de la condición formal de socio. Giménez Duart, "Los bienes gananciales y privativos tras la reforma de 13 de mayo de 1981", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario -RCDI-, nº 548, 1982, p. 125, aceptando por válida esta consideración, concluye, lógicamente, que la ampliación con cargo a plusvalías no da a la comunidad derecho a indemnización alguna porque la plusvalía no es fruto ni asimilable a él.
 - (3) SSTs de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 31 de mayo de 1930 y 18 de abril de 1934, según las que "son bienes gananciales, por serlo los productos, rendimientos o utilidades que se obtengan de los valores, ya se llamen dividendos o beneficios, cuando se trate de acciones de Bancos o Sociedades... sin que importe... sustituirlos por las nuevas acciones que exija el aumento de capital" (STS de 14 de mayo de 1929).
 - (4) Díez Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid, 1981, pp. 356 y ss., realiza un resumen de las posiciones doctrinales, comentando la STS de 23 de enero de 1947. Cabían también, además de las soluciones antitéticas enunciadas, posturas eclécticas, en las que la decisión sobre el carácter, privativo o ganancial, de las nuevas acciones se hacía depender del carácter de la ampliación de capital. Vid. en este sentido, Rubio, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1967, pp. 88 ss.

la jurisprudencia(5), que tuvieron su reflejo en la discusión parlamentaria del proyecto de ley(6).

Ciertamente, por todo ello, el artículo 1352 tiene la virtud de fijar una solución y aclarar las dudas producidas al amparo de la legislación anterior(7); se trata, desde luego, de una importante virtud, quizás la única, de este precepto; y digo la única porque, si bien es loable determinar un criterio legal para resolver este problema, anteriormente tan discutido, el precepto, sin embargo, adolece de tales defectos y carencias que lo hacen sumamente discutible.

Para concluir esta introducción, señalaremos que, con la intención de estudiar el tema sin intermediación de la relevancia del *intuitus personae* del socio, nos centraremos en las Sociedades en las que la ganancialidad de la participación en las mismas tiene su mayor relevancia, que no son otras que las SA abiertas o capitalistas puras, que ofrecen su capital al público, funcionan bajo el principio de la fungibilidad de la cualidad de socio y las normas que regulan su funcionamiento son predominantemente imperativas(8).

(5) A pesar de la divergencia anteriormente expuesta acerca del carácter de fruto o no de las nuevas acciones (*retro nts.* 1 y 3), el TS, monolíticamente, había venido sosteniendo el carácter ganancial de las mismas si en su adquisición se invirtieron fondos gananciales.

(6) Aguilar Moreno (grupo andalucista) pretendió que las nuevas acciones o títulos, por considerarlos frutos, pertenecieran a la sociedad de gananciales como usufructuaria; Rodríguez Monroy (grupo centrista) considera que los nuevos títulos son bienes accesorios y no ganancias ni, por tanto frutos y cree más lógico atribuir a las acciones procedentes de nueva adquisición el mismo carácter que a las acciones anteriores en la medida en que atribuir las nuevas acciones o títulos a la sociedad de gananciales originaría dos titularidades diferentes en el paquete de acciones que sería desequilibrador del sistema jurídico de la vida de las sociedades.

(7) De este modo se pronuncian Torralba Soriano, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1616, Giménez Duart, *op. cit.*, p. 125 y Vázquez Iruzubieta, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1981, p. 212.

(8) Tal es la orientación que sigue Beaus Codes, "Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles", AAMN, t. XXVI, 1985, p. 259, y De La Cámara, "El usufructo de acciones de sociedades anónimas en el anteproyecto argentino de la Ley General de Sociedades", *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, p. 70, no considerando éste último como sociedades "cerradas" las sociedades de pocos accionistas por cuanto la Sociedad sólo es cerrada si su organización corporativa está influida por el "*intuitus personae*", cuya manifestación principal aflora a través de las cláusulas estatutarias que restringen la libre transmisibilidad de las acciones.

1. Integración del art. 1352 en el CC.

En relación a la anteriormente aludida carencia del supradicho artículo 1352, la misma se evidencia de su dicción literal, pues utiliza una fórmula vaga, amplia y ambigua alejada del rigor y precisión necesarios en un caso tan debatido y, así, la expresión "con cargo a los beneficios" no toma en cuenta el fundamento o razón de ser de la ampliación(9); no se especifica tampoco que han de ser beneficios obtenidos constante el régimen económico de gananciales, que parece lo más lógico, y no contiene, asimismo, ninguna indicación sobre los criterios para la determinación del "valor satisfecho"(10).

Tampoco concreta, una vez más, sobre el momento de exigibilidad del valor satisfecho(11) ni sobre la forma en que haya de procederse al pago de las compensaciones (de modo distinto al art. 71 TRLSA) y, en fin, está unilateralmente redactado porque no se ocupa del supuesto de adquisición de nuevas acciones o títulos en virtud de la titularidad ganancial de otros(12).

Ciertamente, es sangrante el *auxilium legis* a la LSA a que nos vemos abocados en muchos aspectos, toda vez que la reforma de 1981 CC ha suprimido el antiguo art. 1395 en un alarde de suficiencia normativa que,

-
- (9) Se trata de una fórmula que, cuando menos, puede decirse que está alejada de la precisión de conceptos que emplea la técnica mercantil, que, por ejemplo, en el art. 151/2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -TRLSA-, precisa que "el contravalor del aumento de capital podrá consistir... en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio".
- (10) En contraste con el art. 70/3 TRLSA que señala que habrá de calcularse para los derechos que cotizen en Bolsa por el precio medio de cotización durante el período de suscripción y por su valor teórico en los restantes casos.
- (11) A diferencia del *Code français* que trata unitariamente el régimen de reintegros y reembolsos en el art. 1469 dentro de lo que se conoce en doctrina como *règlement des récompenses*, aunque sea un sistema criticable por ordenar que los reintegros se inicien a la disolución de la comunidad.
- (12) Cfr. Torralba Soriano, *op. cit.*, p. 1618, y Giménez Duart, *op. cit.*, p. 125, aunque pueda deducirse, como señala la nota del registrador que dio lugar a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 25 de mayo de 1987 "que el artículo 1352 del Código civil a *sensu contrario* determina la ganancialidad de las participaciones sociales suscritas como consecuencia de la titularidad de otras gananciales, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir...".

sin dejar de reconocer lo desafortunado de la remisión genérica de dicho precepto(13), en cualquier caso, se compadece difícilmente con el escaso rigor empleado y que podía llevarnos a deducir, *prima facie*, la inaplicabilidad de las aludidas reglas del contrato de sociedad que siempre subyace en todos los tipos sociales, incluso en una SA(14).

Por otra parte, resulta tanto más censurable la falta de precisión del art. 1352 CC, sobre todo, si consideramos que se trata de una excepción o especialidad respecto de la disciplina general de las adquisiciones mixtas a título oneroso del artículo 1354 (antiguo art. 1398)(15), excepción efectuada por razón del objeto sobre el que recaen los derechos (acciones u otros títulos o participaciones sociales).

Se ha buscado, en este sentido, la integración del precepto (que carece de antecedentes propiamente dichos en el Derecho anterior a 1981) en el resto del articulado del CC, considerándolo coherente con el principio de subrogación real (subrogación por sustitución del art.1346/3)(16) o como un supuesto de accesión(17) o contemplándolo, más en concreto, desde el punto de vista del derecho de retracto(18) como un caso más de ejercicio de un derecho de adquisición preferente.

-
- (13) Vid. Delgado Echeverría, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil -CCJC-, 1983, nº 3, p. 760, donde destaca que dicha remisión "operaba de formas complejas en la discusión doctrinal de la "naturaleza jurídica" de la sociedad de gananciales y sobre la que parecía haber acuerdo en un punto: apenas se encontrarán preceptos específicos del contrato de sociedad aplicables a la de gananciales".
- (14) Vid., al respecto, De La Cámara, *Estudios de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1977, pp. 172 a 211
- (15) En este sentido, Lacruz Berdejo, "Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1982, n. 7, p. 566, considera que hubiera resultado preferible no hacer excepción a la regla del art. 1354. Lo siguen Santos Briz, *Tratado de derecho civil*, tomo IV, Madrid, 1984, p. 214 y Cano Tello, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 1989, p. 73. De Los Mozos, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo García, tomo XVIII, vol. 2, Madrid, 1984, p. 175, opina que la solución adoptada es la más injusta.
- (16) Así, Vázquez Iruzubieta, *op. cit.*, p. 212; también, Cano Tello, *op. cit.*, p. 68, si bien sólo para los títulos.
- (17) O'Callaghan Muñoz, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, 1991, pp. 111 y 112, entiende que se trata de un supuesto que si bien no constituye una accesión propiamente dicha, de derecho real, sin embargo, está concebida según su misma idea.
- (18) Lacruz Berdejo, *op. cit.*, p. 564, destaca que ésta era la postura de la doctrina más antigua (bien fundada en preceptos relativos a la dote y a los bienes propios de un

Sin embargo, es lo cierto que, según el art. 1352, las nuevas acciones no sustituyen a las antiguas sino que se adquieren en virtud de la titularidad de éstas y con independencia de haber empleado para su adquisición fondos gananciales (STS de 15 de junio de 1982)(19) por lo que, al menos para las acciones(20), mal puede fundamentarse dicho precepto en el principio de subrogación real, que las haría en este caso comunes (art. 1347/3 CC)(21); de igual modo, difícilmente guarda la adquisición de nuevas acciones semejanza con los supuestos legales de accesión (arts. 353 y 383 CC)(22), que presuponen un incremento objetivo de la cosa usufructuada que aquí, en rigor, no se produce(23).

Asimismo, no resulta muy clara la similitud de naturaleza entre el ejercicio del derecho de retracto, que, en lo que se refiere al convencional,

cónyuge). Para explicar la naturaleza jurídica del derecho de suscripción preferente se acude o bien a la figura del tanteo (García cantero, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Albaladejo García, tomo XIX, Madrid, 1980, p. 503.) o del retracto (Nuñez Lagos, "Caso Práctico", *Revista Internacional del Notariado*, 1957, pp. 71 a 78) o de la opción (Alvarez Alvarez, "El aumento de capital en la S.A. y la sociedad de gananciales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado -AAMN-*, tomo XIII, 1962, p. 249). De Los Mozos, *op. cit.*, p. 170, lo fundamenta en el principio de subrogación o, si se prefiere, en el derecho de retracto, como aplicación concreta del art. 1346/4 y Torres Lana, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por Albácar López, t. IV, Madrid, 1991, p. 922 estima que el derecho de suscripción preferente "no es más que una preferencia adquisitiva".

- (19) Con anterioridad a la entrada en vigor del actual art. 1352, Marin Padilla, "Estudio y aplicación de la subrogación real en el D^o de Familia", *RCDI*, 1978, p. 732, no consideraba de aplicación este principio de subrogación real; ya con posterioridad a la vigencia de dicho precepto Blanquer Uberos, "Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge", *Revista de Derecho Notarial*, 1981, p. 67, señala que "la calificación de las nuevas acciones no se basa en este principio sino en el de la homogeneización o igualación de la calificación de las antiguas acciones con la de las nuevas".
- (20) Acaso, valga como fundamentación el principio de subrogación real respecto de las cantidades obtenidas para la enajenación. En tal sentido, Cano Tello, *op. cit.*, p. 68.
- (21) En Francia la jurisprudencia entiende que las nuevas acciones son enteramente comunes o propias, según sea la comunidad o las reservas sociales quienes aportan la mayor parte sin aludir como justificación a la subrogación real(*vid.* sentencias citadas por André Colomer, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, 1955, p. 77); *vid.* enumeración de la bibliografía, sobre todo francesa, en Gil Rodríguez, *Usufructo de acciones (aspectos civiles)*, Madrid, 1981, p. 421, que no trata el problema del régimen económico del matrimonio por la incidencia de principios obrantes únicamente en este ámbito y ausentes en el propiamente usufructuario así como por la abundante bibliografía al respecto.
- (22) *Cfr.* Díez Picazo, *op. cit.*, p. 361
- (23) *Cfr.* De La Cámara, *op. cit.*, p. 59.

se dirige a reintegrar en el patrimonio privativo un bien que salió de él provisional y condicionalmente, y el derecho de adquisición preferente de acciones, cuya finalidad es posibilitar la adquisición de un bien nuevo, distinto, que nunca formó parte del acervo del titular del derecho (STS de 24 de noviembre de 1960) y entre éste último y el retracto legal, cuya finalidad última es la consecución de un interés supraindividual -terminar con una situación antieconómica, de proindivisión o de atomización de la propiedad...-, que, por el contrario, no constituye la razón justificativa del derecho de adquisición preferente de acciones, según se verá, todo lo cual, en fin, hace sumamente discutible la alegada razón de analogía(24).

En cualquier caso, por todo ello, parece más precisa la consideración del mentado artículo como aplicación singular o matizada, dada la existencia de otras connotaciones, de uno de estos tres principios que se proponen como fundamento último en el intento de armonizar con las normas generales del CC sobre régimen económico de gananciales un concreto precepto que no sólo supone una clara desviación de esas reglas y criterios sino que, además, antepone los intereses de la SA a los de la sociedad de gananciales(25).

2. Concepto de acción y del derecho de suscripción preferente.

Para analizar, en sus justos términos, la solución adoptada por el legislador, es necesario, previamente, fijar con precisión los diferentes aspectos que se superponen o entremezclan en la cuestión del derecho de suscripción preferente por un accionista casado bajo el régimen de sociedad de gananciales ante el aumento de capital de la SA.

(24) De La Cámara, "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", Anuario de Derecho Civil -ADC-, 1969, p. 71, ya señalaba que no es tan clara la supuesta analogía entre el retracto y la opción con el supuesto que estamos contemplando.

(25) Vid. en este sentido, la defensa del artículo por el diputado Rodríguez Monroy ("esta existencia de dos titularidades diferentes... es completamente desequilibradora del sistema jurídico que puede regir la vida de las S.A."). Ahora bien, lo cierto es que tampoco puede desconocerse que no es suficiente en muchos casos el reembolso como compensación para recomponer el equilibrio, por mas que no olvidemos que la revalorización de la acción como participación social corresponde a su propietario (De Los Mozos, *op. cit.*, p. 174).

En primer lugar, debe de señalarse que la acción es una cuota del patrimonio social (art. 47 TRLSA), de tal modo que, en ningún caso, las nuevas acciones son fruto, ni tampoco el beneficio social no repartido, que, si lo recibe el accionista en forma de nuevas acciones, pasa a engrosar el valor de la acción como parte alicuota, pero carece de la nota, por ejemplo, de separabilidad que define el concepto jurídico de fruto(26).

En efecto, es claro que el fruto es un concepto, en palabras de Mosco(27), que sólo adquiere relevancia jurídica cuando existe una persona distinta del propietario que tiene algún derecho sobre los productos de la cosa; en este caso, la sociedad de gananciales tiene derecho a los frutos que produzcan las antiguas acciones (art. 1347/2 CC), pero no puede considerarse como usufructuaria de las acciones privativas de los cónyuges ni titular de ningún derecho real sobre las mismas(28) no sólo porque éstas, según se ha adelantado, no pueden considerarse, en rigor, frutos sino, además, porque, entre otras razones, la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica autónoma y porque, contra una regla elemental del usufructo, las acciones continúan siendo detentadas y administradas por su titular que es el que va a determinar su destino y modo de goce (art. 1381 CC).

En segundo lugar, y para poner término a este apartado, es clara la fundamentación del derecho de suscripción preferente: posibilitar que

(26) *Vid.*, en este sentido, su negación en las sentencias de 23 de enero de 1947 y 24 de noviembre de 1960. De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 67 considera que la nueva acción permanece en el patrimonio social, continúa dentro de la esfera de riesgos de la empresa y sigue la suerte, favorable o adversa, que el futuro depara a la sociedad; no es fruto sino desdoblamiento formal de la cuota del socio que en el fondo continua intacta aunque formalmente aparezca representada por dos títulos.

(27) *Cfr. Il frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, pp. 320 y ss.

(28) *Cfr. Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil*, t. IV, vol. 1, Barcelona, 1967, p. 632, citando un trabajo inédito de Roca Sastre; De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 64 y Gil Rodríguez, *op. cit.*, p. 47, tampoco consideran que el usufructuario de acciones tenga un derecho de carácter real; incluso aquellos que acudían a la idea de usufructo, aclaraban que no se trata de un usufructo ordinario el de la sociedad de gananciales (Manresa, *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Madrid, 1904, pp. 575 y 576); si pensamos que también es un usufructo especial el que recae sobre acciones (Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, t. I, pp. 375 y ss.) se advierte que las disimilitudes y excepciones son tantas que debieran obligar al legislador a aclarar todos los aspectos respecto de cuándo, cómo y en qué cantidad ingresan los frutos de las acciones en el patrimonio ganancial.

los antiguos socios mantengan la proporción de su participación respecto del capital social y evitar que sufran detrimento alguno en su posición social como consecuencia de la emisión de nuevas acciones y, en consecuencia, tampoco, en modo alguno, puede considerarse tal derecho como fruto de las primitivas acciones.

Esto es, con la emisión de las nuevas acciones, si el accionista vende o no suscribe las mismas, la cuota del socio queda disminuida en sus derechos políticos (porque el peso específico del voto disminuye en la misma proporción en que se aumenta el capital que las nuevas acciones representan; también puede quedar imposibilitado o, al menos, dificultado, el ejercicio de los derechos de las minorías condicionado a la tenencia de un determinado porcentaje de acciones: arts. 100/2, 101/2, 103, 112, 120/1, 134/2 y 4, 137, 269/1 TRLSA) y, en ocasiones, también en los derechos económicos (al reducirse su porcentaje de participación en los beneficios de la SA y en el patrimonio resultante de la liquidación) y, por todo ello, para compensar o evitar tal perjuicio se le atribuye el derecho de suscripción preferente que no puede ser estimado, en conclusión, como un fruto de las primitivas acciones.

Ahora bien, ello no obsta a que pueda y deba acudir a lo dispuesto para el usufructo en cuantas ocasiones lo permita la analogía para resolver algunos puntos dudosos, aunque reconociendo que se trata de un abuso forzado del juego armonístico, fundado en los antecedentes históricos hispanos (antiguo art. 1401/3 CC) -análogos a los franceses, art. 1401/2 Code-, en la remisión actual del art. 1675 CC, en la comodidad práctica y, sobre todo, desgraciadamente, en la existencia de puntos oscuros que nos impelen a considerar que, respecto de la atribución de frutos, se produce una situación que recuerda a la del usufructo(29).

(29) Martínez Sanchíz, "Casos dudosos de bienes privativos y gananciales", AAMN t. XXVI, 1985, p. 368, mantiene esta postura a pesar de reconocer que esta construcción de origen francés está ya superada en su país de procedencia. Lacruz, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 1, Barcelona, 1990, p. 400, señala que las normas del usufructo sólo se emplearán para determinar qué haya de considerarse o no como fruto a efectos de su ingreso en el consorcio.

3. Insatisfactoria solución del CC.

El artículo 1352 CC en cuestión, ahora ya sí impecable en su planteamiento de origen, totalmente coherente con el derecho mercantil vigente en su momento (arts. 33, 41 y 70 de la LSA de 17 de julio de 1951) y protector del buen funcionamiento de una SA, atribuye al cónyuge accionista la propiedad de las nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de acciones privativas, lo que parece razonable para impedir que cualquier persona extraña pueda adquirir dichas acciones sin ser previamente titular de un paquete accionario de la misma sociedad mercantil(30).

Sin embargo, con ello origina, para la sociedad de gananciales, una consecuencia ciertamente gravosa e, incluso, en muchos casos, notoriamente injusta, desde el punto de vista económico, consistente en que si las ganancias o beneficios se materializan en dividendos y se distribuyen, pasan a constituir bienes gananciales(31), mientras que no serán bienes de tal carácter si, por el contrario, esos beneficios o ganancias no se distribuyen sino que se reinvierten en la propia SA destinándolos al fondo de reserva, con cargo al que se amplía posteriormente capital, (y ello no significa que se contemple la situación desdoblado la operación en un reparto de dividendos y una aplicación inmediata de la cantidad repartida a la adquisición de acciones).

(30) El art. 67 TRLSA confiere el ejercicio del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones al socio. Este no es un punto discutido prácticamente ni siquiera antes de 1981. *Cfr.* Díez Picazo, *op. cit.*, pp. 360 a 362, quien añade que ni siquiera las acciones con cargo a reservas constituyen una ganancia o beneficio que se le otorga al accionista sino un modo de mantener su posición en la Sociedad en cuanto a su participación en el capital. Con todo no puede olvidarse que si bien el usufructuario no es socio, tampoco es un elemento extraño a la SA y si el nudo propietario desea enajenar, parece razonable admitir la preferencia del usufructuario en la compra del derecho. *Vid.* Pinto Coelho, *Usufructo de açções*, Coimbra, 1958, pp. 93 y 94.

(31) Con la consecuencia que de ello se deriva en el sentido de que del art. 1352 no se desprende directamente que el titular del derecho de adquisición preferente tenga derecho a exigir de la comunidad el anticipo de los fondos necesarios para pagar por no ser uno de los supuestos incluidos en el art. 1382, salvo que pueda entenderse que la aplicación de los fondos gananciales al pago pueda entenderse ordenado por el deber de ayuda mutua entre los cónyuges. *Vid.* Lacruz Berdejo, *Elementos, cit.*, IV-1, p. 349.

Por lo antedicho, se advierte que tal solución supone una posible vía de fraude a la sociedad de gananciales y a los derechos del cónyuge no accionista en el caso de que su consorte accionista sea el que decida el destino de los beneficios de la SA a las cuentas de capital o de reserva (por su preeminente posición en el seno de los órganos de la SA) en la medida en que puede sustraer los beneficios de la SA o una buena parte de ellos al fondo ganancial para, una vez afectados a las reservas, distribuirlos más tarde bajo la forma de acciones nuevas.

Dicho proceder no es, en principio, impugnabile porque, ciertamente, a la SA no se la puede involucrar en ninguna cuestión dimanante del régimen económico de los esposos, en tanto que tal cuestión no puede trascender de la relación intraconyugal, y simplemente se le impondría al accionista la obligación de satisfacer a su consorte perjudicado el exceso con que se ha lucrado (art. 1390 del CC) con el inexcusable presupuesto de la previa prueba de que el acuerdo de la Junta ha sido perjudicial y que fue adoptado gracias al voto del esposo accionista, circunstancia que, acaso, sólo puede darse en el supuesto de que sin aquel voto el acuerdo en cuestión no se hubiera logrado(32).

En resumen, siendo ciertamente difícil hallar una solución que satisfaga plenamente todos los intereses en juego (los de la SA, los del cónyuge accionista y los del esposo no socio en defensa del acervo ganancial), sin embargo, no parece lo más prudente ni lo más equitativo dar por zanjado el problema con la regla tajante del art. 1352(33), que no sólo no contempla una solución distinta en los diferentes supuestos de ampliación de capital, sino que, además, por lo mismo, obliga, a lo que parece, al intérprete a acudir a la aplicación analógica de una ley especial (LSA) que no puede ser, no debería ser, competente en las relaciones internas del socio con su consorte, por exceder del campo de actuación que le ha sido reservado.

(32) Vid. De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 75, quien, con arreglo al derecho derogado, destaca que no se puede involucrar a la sociedad emisora de los títulos en el problema de la procedencia del dinero destinado al desembolso ni discriminar hipótesis para atribuir el derecho preferente unas veces a la mujer y otras al marido, en su calidad de administrador de los bienes comunes.

(33) Díez Picazo/Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, 1992, vol. IV, p. 181, indican que parece absoluta y sin excepciones.

Todo ello, sin olvidar que la solución civil del problema (sobre la propiedad definitiva de las acciones), para gozar de plena eficacia, debe adaptarse a la exigencia de las normas mercantiles, en lo que sí es propio de su competencia, y, sobre todo, respecto a las especiales características que infunde a la acción su condición de título valor⁽³⁴⁾, siendo éste un caso típico y clásico de coexistencia entre la aplicación de los principios civiles del usufructo (o, en nuestro caso, de la sociedad de gananciales, con las salvedades antes referidas respecto de su consideración como usufructuaria) sobre el régimen jurídico mercantil propio de la acción y de los derechos del accionista⁽³⁵⁾.

4. Propuesta de solución más exhaustiva.

La expectativa de la sociedad de gananciales constituye un derecho sobre los frutos, una suerte de "usufructo" -valga la similitud, por gráfica-, si bien de carácter especial, tanto por el objeto sobre el que versa (acciones, títulos y participaciones sociales) cuánto por el sujeto destinatario de los frutos (la sociedad de gananciales) que, en lo que puede afectar al régimen económico de los cónyuges debería de regularse en el CC (como si fuera éste el título constitutivo del usufructo) en toda su amplitud, en la medida en que, según se ha adelantado, a la SA (y, por tanto a la ley que regula su organización jurídica) no le interesa saber en qué forma participan los cónyuges en los derechos derivados de la acción sino quién es, de los dos interesados, el que está legitimado, frente a ella, para ejercitarlos⁽³⁶⁾.

(34) Ciertamente, la LSA es claramente competente, con las salvedades antes referidas al respecto de la consideración de la sociedad de gananciales como usufructuaria, sobre las relaciones externas entre la SA y el cónyuge accionista; es decir, sobre las relaciones que interceden entre usufructuario y nudo propietario, de una parte, y la SA, de otra (Cfr. De La Cámara, "El Anteproyecto argentino", *cit.*, pp. 10 y ss.).

(35) Cfr. Broseta Pont, *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 465. La doctrina predominante, del TS y de la DGRN, se vio obligada a una interpretación correctora del art. 41 de la LSA de 1951 tendente a equilibrar la posición jurídica del usufructuario y del nudo propietario, toda vez que la LSA no constituye la *sedes materiae* propia para regular el contenido, íntegro, incluido el aspecto sustantivo, del usufructo de acciones. Por todas, *vid.* SSTS de 19 de diciembre de 1974 y 5 de noviembre de 1987 y RRDGRN de 4 de marzo de 1981 y 17 de marzo de 1987.

(36) La STS de 7 de julio de 1978 considera que "los artículos 39 y 41 de la LSA no definen la propiedad de las acciones suscritas ni precisan su naturaleza ganancial o privativa,

En este sentido, el art. 67/2 TRLSA reconoce que en las relaciones entre usufructuario y nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo (que, en este caso, podríamos entender que vendría derivado de las normas del CC referentes a la sociedad de gananciales porque constituyen el punto de origen que determina el derecho del fondo común a percibir los frutos de las acciones).

Tiene, pues, dicho título constitutivo, en relación a las normas del CC sobre la sociedad de gananciales, carácter meramente dispositivo; no obstante, para los supuestos en que el título de constitución del usufructo (normas, ya digo, de régimen económico del matrimonio) no prevea el régimen de las relaciones internas, se establecen en el TRLSA una serie de reglas especiales tendentes a resolver algunos de los problemas que habían surgido como consecuencia de la parquedad de la regulación contenida en la LSA de 1951 (art. 41) y que no podían fácilmente solventarse, ni siquiera acudiendo a las normas del régimen civil del usufructo, insuficientes cuando éste recae sobre acciones(37).

Por ello, se establece expresamente que, en defecto de previsión del título constitutivo del usufructo, en las relaciones internas o sustantivas regirá lo previsto en la presente Ley y, supletoriamente, el CC (art. 67/2 TRLSA), consagrando la interferencia del régimen especial del usufructo de acciones contemplado por la ley mercantil sobre determinados aspectos sustantivos de la relación interna entre usufructuario y nudo propietario(38).

cuestión que corresponde dilucidar a los preceptos del ordenamiento civil y no a una Ley especial, sino que se limitan a regular las relaciones externas entre la Sociedad y el cónyuge accionista". En igual dirección, la RDGRN de 10 de septiembre de 1982 señala que "las disposiciones estatutarias serán eficaces en las relaciones externas frente a la S.A., sin trascender a la relación interna". Es por ello que no parece justo limitar los intereses de la sociedad de gananciales (como tampoco los del cónyuge accionista) más allá de la exigencia del buen funcionamiento de la SA.

- (37) Vid. arts., todos TRLSA, 68 (sobre el destino de los beneficios integrados durante el usufructo en las reservas expresas y el de la cuota de liquidación), 70 (sobre todo, respecto de la extensión y otros aspectos sustantivos del usufructo en caso de aumento de capital) y 71 (sobre pago de compensaciones conteniendo las distintas modalidades de reembolso).
- (38) Vid., al respecto, Sánchez González en *Sociedades de Capital conforme a la nueva Legislación*, Madrid, 1990, pp. 409 y ss., con un resumen de posiciones doctrinales anteriores a la reforma de 1989, que vislumbraban esta postura y, más recientemente, Pantaleón Prieto, en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dirigido por Uria, Menéndez y Olivencia, t. IV, vol. 3º, Madrid, 1992, pp. 54 ss.

Por supuesto que también el CC debería de pronunciarse con más detalle con respecto al usufructo de acciones en estos aspectos internos, con lo que no se permitiría la intromisión de la LSA o, al menos, no con tanta fuerza, pero ésa no es una cuestión propia de nuestro tema, que no es otro que, tomando como modelo a imitar la LSA, poner de relieve que al CC le corresponde regular, con más detalle y precisión, las relaciones entre los cónyuges en el caso de ampliación de capital de una SA de la que es accionista uno sólo de los esposos.

Dicha regulación es, sobre todo, más necesaria cuando la ampliación requiere una aportación de dinero, que en este caso es ganancial, o se lleva a cabo un aumento contable sin contrapartida económica o se enajena el derecho de suscripción preferente, que son los supuestos contemplados en el art. 1352 del CC y que coincidimos con el legislador en que son los que más significativamente, aunque no los únicos, como veremos, pueden afectar al régimen económico de los cónyuges.

Sin embargo, nunca debieron ser contemplados tales supuestos de una manera tan simple a la par que tajante, porque ello origina un vacío legal en muchos aspectos, sobre todo en orden a fijar los derechos recíprocos y respectivos de los cónyuges, además de obligarnos a acudir a una normativa (la de la LSA) que reglamenta una situación similar (usufructo de acciones) a aquélla en la que se encuentran los cónyuges, pero, en ningún modo, idéntica (pues, se reitera, la sociedad de gananciales carece de personalidad, no cabe actuar en su nombre y, consecuentemente, no es ni puede ser considerada como usufructuaria) y cuyo interés (el de la LSA) se centra en regular el aspecto extrínseco o de legitimación de las relaciones de la SA con el accionista, en la medida en que la SA “es tercero en cuanto a los actos o negocios jurídicos constitutivos... del usufructo de acciones” (STS de 5 de noviembre de 1987).

Hago mías, por todo lo antedicho, en este sentido, las palabras de Gil Rodríguez(39): “mi aportación aspira primordialmente ... a “retraer” a este campo, si es que el Derecho Civil efectivamente ejercitó antes su señorío sobre ellos, los aspectos del usufructo de acciones(40) que, en mi

(39) *Op. cit.*, p. 33.

(40) Es decir, en nuestro caso, los aspectos relativos al derecho a percibir los frutos de las acciones por el fondo común.

modesto entender, jamás deberían salir de él. Lo que ocurre es que, para no provocar escisiones profundas en una institución que, a lo que a mí me parece, debe seguir considerándose unitaria, no he podido sustraerme a la contemplación de la faceta mercantil, cuya existencia en el usufructo de acciones hoy nadie discute.”

II. Análisis de los distintos supuestos de aumento de capital

Para concretar los supuestos que contempla el art. 1352 y en qué medida distinta jurídicamente debieran de incidir en el patrimonio del cónyuge accionista y en el fondo ganancial, ya que, en la realidad económica, la influencia de las diferentes modalidades del aumento de capital en una SA en los intereses de los cónyuges, o de uno de ellos y del fondo común, es notoriamente diferente, será necesario proceder a analizar el carácter que tienen las acciones que surgen por un aumento de capital o, en su caso, que debieran de tener, en función de las distintas formas particulares de ampliación de capital de una SA.

Esta, la ampliación, supone una operación de gran trascendencia jurídica, económica y práctica para la SA por cuanto que la modificación del capital social, habida cuenta que dicho capital es la base de la SA, necesariamente habrá de conllevar la alteración de la esencia social (toda vez que la nueva regulación de la SA impone la llevanza de un balance claro, serio y veraz, art. 172 TRLSA).

Tal importancia de la ampliación de capital se patentiza, además, si no olvidamos la necesidad de toda SA de incrementar sus recursos para la expansión de la actividad empresarial, así como que pueden presentarse necesidades de recursos propios como consecuencia de dificultades financieras derivadas de desequilibrios anteriores o de pérdidas que pueden superarse con la aportación de los recursos de capital adecuados, o que también, en su caso, no representando la ampliación de capital ninguna aportación de nuevos recursos al patrimonio social, constituye una operación de reconocimiento de la participación de los socios en las reservas, incorporando éstas al valor nominal del capital(41).

(41) El aumento de capital, en estos momentos, es tanto más frecuente cuanto que el TRLSA instaura el principio del capital social mínimo (10 millones de pesetas, según el art.

Como fácilmente se deduce de las distintas motivaciones que fundamentan las diferentes modalidades que puede adoptar la operación, éstas inciden de modo diferente en los accionistas y como en numerosas ocasiones las acciones pertenecen a una persona casada bajo el régimen de gananciales, vamos a exponer la situación, sugiriendo problemas y apuntando posibles soluciones, derivada del carácter privativo que, sin excepciones, el art. 1352 CC atribuye a las nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otros títulos, acciones o participaciones privativos.

Así las cosas, del art. 151/2 TRLSA se deduce que las distintas modalidades de aumento de capital pueden suponer, como anteriormente habíamos apuntado, un incremento del patrimonio mediante la aportación de nuevos elementos patrimoniales, o, por el contrario, no implicar un ingreso de nuevos elementos patrimoniales, sino un traslado de partidas en el balance social, pasando a figurar como capital y cumpliendo su función cantidades que antes eran ajenas a él, lo que puede acaecer mediante la transformación de reservas o beneficios o la compensación de créditos contra la SA (incluyendo también la figura, de interés para el objeto de nuestro estudio en determinados supuestos, de la conversión de obligaciones en acciones, regulada en el art. 156/2 TRLSA), pudiendo consistir, en todo caso, en una emisión de nuevas acciones o en una elevación del valor nominal de las ya existentes (art. 151/1 TRLSA).

1. Con aportación de fondos comunes, siendo el desembolso total.

Siguiendo, más o menos, este orden consagrado en el art. 151 TRLSA, en relación con la solución contenida en el art. 1352 del CC, analizaremos, en primer lugar, el supuesto del aumento de capital por emisión de nuevas

4) imponiendo la disposición transitoria tercera, en su párrafo segundo, la obligación de la transformación en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada a aquellas sociedades anónimas que antes del 30 de junio de 1992 no hubiesen procedido al aumento efectivo del capital social como mínimo a esa cifra (ha de estar íntegramente suscrito y desembolsado) y, en su caso, (disposición transitoria sexta, párrafo segundo) la disolución de pleno derecho si antes del 31 de diciembre de 1995 no se ha aumentado el capital hasta llegar al mínimo legal.

acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes, consistiendo el contravalor de tales acciones en nuevas aportaciones dinerarias, siendo el dinero ganancial, y previa necesaria prueba del carácter privativo de los primitivos títulos o acciones, absolutamente necesaria, en todo caso, para destruir la presunción de ganancialidad, regulada en el art. 1361 del CC (STS de 15 de junio de 1982)(42), que afecta, desde luego, también, a los títulos o acciones y tanto a los antiguos como a los adquiridos en virtud de aquéllos.

a) Contravalor coincidente con su nominal: suscripción o inactividad o venta del derecho de suscripción.

En este primer supuesto, puede suceder que el contravalor de las nuevas acciones(43) esté representado exclusivamente, durante el período de suscripción, por el importe del desembolso, es decir, coincida con su nominal, lo que es perfectamente posible (si la SA no goza de una posición económica y financiera fuerte) y absolutamente conforme a la legalidad (habida cuenta que el art. 47/2 TRLSA sólo impone que la cifra de emisión no puede ser inferior a su valor nominal).

Ello presupone, por una parte, que las acciones antiguas están igualmente a la par o por debajo de la par y, por otra, que no existen reservas ni plusvalías, siendo, en este caso, el valor teórico del derecho de suscripción prácticamente nulo(44), en tanto en cuanto se paga por las acciones lo que éstas valen, en cuyo caso, en palabras de De La Cámara,

(42) Cfr. Lacruz Berdejo, *Elementos*, cit., IV-1, p. 362, quien señala que el cónyuge accionista habrá de demostrar que las antiguas acciones las adquirió antes del matrimonio, o por herencia o donación o con fondos propios o en virtud de derechos de suscripción igualmente propios. Vid. en igual sentido, Torralba Soriano, *op. cit.*, pág. 1618, quien añade no ser suficiente con la circunstancia de que los títulos figuren a su nombre o se encuentren en su poder (art. 1384).

(43) Para simplificar las distintas situaciones, habida cuenta que no nos interesa para el análisis del problema de la calificación de las nuevas acciones, se trata de acciones que no cotizan en Bolsa, de tal manera que podemos usar para su determinación el valor teórico total del derecho de suscripción (art. 70/3 TRLSA). Tampoco nos interesa, y por lo mismo prescindimos de ello, el hecho de que se trate de acciones ordinarias, privilegiadas o preferentes o acciones sin voto.

(44) Sánchez González, *op. cit.*, p. 424, señala que el legislador, de las sociedades anónimas, parte de la base de que el valor del derecho de suscripción preferente equivaldrá, normalmente, a la diferencia existente entre el valor real y el valor nominal de la acción.

el patrimonio ganancial se convierte en "una entidad de crédito cuasi-filantrópica" (en la medida en que la adquisición pesa exclusivamente sobre el patrimonio ganancial) para propio y exclusivo provecho del cónyuge accionista al que pertenecen las nuevas acciones por haber sido adquiridas merced a un derecho de suscripción privativo, quedando simplemente obligado a reembolsar el valor satisfecho (*sic*) al fondo común del que lo tomó(45).

Dicha solución es distinta, y más perjudicial económicamente en el caso de que las acciones aumenten de valor -y, en todo caso, no tiene incardinación o explicación lógica en el seno de una Sociedad por acciones(46), que atribuir carácter ganancial (por aplicación, en este caso, del art. 1347/3 del CC) a las nuevas acciones, adquiridas en su totalidad a costa del caudal común, toda vez que el valor teórico del cupón es igual a cero.

Por esto, en el presente supuesto, no resulta suficientemente protectora para los derechos del esposo no accionista ni siquiera la posibilidad de acuerdo con el cónyuge socio titular de las antiguas acciones consagrada en el art. 1355 del CC en orden a atribuir carácter ganancial

(45) Para el Derecho anterior, De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 73, sostenía que, en este caso, las nuevas acciones son gananciales, con apoyo en el antiguo art. 1401/1; por el contrario, Lacruz Berdejo, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 418, no consideraba de aplicación el art. 1401/1 ni tampoco el 1407 sino la regla de la indivisión entre los patrimonios propio y común en proporción al valor que cada uno ha aportado para adquirir la nueva acción. En todo caso, por lo que aquí nos interesa, como hemos visto por lo expuesto en el texto, por uno u otro camino, se ha de llegar a idéntica solución porque el cónyuge accionista nada ha aportado; y con ello no estamos atribuyendo el derecho de suscripción a la sociedad de gananciales porque ello sería olvidar la distinción entre el derecho a suscribir y la suscripción, que son como la potencia y el acto, en palabras de Alvarez Alvarez, *op. cit.*, p. 246; este último autor, por consideraciones derivadas de dificultades prácticas para hallar el valor real de las acciones y el del derecho de suscripción, que hoy han perdido su consistencia, decide atribuir las nuevas acciones al cónyuge accionista en su totalidad.

(46) En las sociedades sin acciones, en que tendría mayor transcendencia, por la necesaria disposición conjunta de marido y mujer, la determinación de ganancialidad, no creemos se planteen cuestiones ya que la necesaria intervención notarial e inscripción de las adquisiciones indicará la participación ganancial de las participaciones y aclarará la necesidad de la concurrencia del cónyuge para las posibles transmisiones. *Cfr.* Beaus Codes, *op. cit.*, p. 263

a las nuevas acciones, porque no parece de recibo un convenio respecto de lo que debiera de corresponderle por ser de justicia, y que se sustraer del fondo común por la sólo existencia del precepto en cuestión, poco coherente con los principios que deben de regir en un matrimonio bajo el régimen legal de gananciales, obligándose al cónyuge no socio a preferir pactar, a pesar de su enorme complejidad, el régimen de participación en las ganancias(47) (arts. 1441-1434 del CC) por encontrar en él mayor satisfacción a sus legítimos intereses, toda vez que, en este caso, como vemos, en sede de sociedad de gananciales, el CC permite al cónyuge accionista, en su exclusivo provecho, tomar a préstamo anticipos sin interés(48), sólo reintegrables en un futuro, por lo demás indeterminado.

Y todo ello, teniendo en cuenta que ni siquiera la aplicación a este supuesto que examinamos del art. 1347/3 (por supuesto, mucho menos la posibilidad permitida en el art. 1355)(49) causa ningún desequilibrio al funcionamiento de la SA, si consideramos que la legitimación del art. 1384 del CC permite que los títulos (o anotaciones en cuenta)(50) que representan

-
- (47) En Derecho alemán, funciona como régimen legal ("Zugewinnngemeinschaft"). En tal sentido, hubo un voto particular en la Comisión de Codificación, motivado por el temor de que no pudiera funcionar la proyectada sociedad de gananciales; *Vid.* Lacruz Berdejo, "La reforma del régimen económico", ADC, 1979, p. 350. En realidad los regímenes más adecuados para tratar a la familia en el ámbito mercantil, quizá sean el de participación y el de separación, pero también es bastante cierto que son, precisamente, los que más posibilidades ofrecen al fraude. *Vid.* Joaquim Bisbal, "Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1982, p. 367.
- (48) Y ello, aunque el reembolso se haga en términos reales y no nominales con cantidades actualizadas, teniendo en cuenta la posible incidencia de la inflación, como apuntó Torralba Soriano, en 1971, "Las recompensas entre masas patrimoniales y la depreciación monetaria", RCDI, nº 484, pp. 533 y ss.
- (49) Quizás la única crítica que se pueda objetar a la aplicación del art. 1347/3, que, por supuesto no es extendible al art. 1355, se deriva del hecho de que los fondos comunes están también compuestos por las rentas del trabajo y de los bienes del cónyuge accionista, pero esta objeción sólo podría ser tomada en consideración si atribuyéramos las nuevas acciones en titularidad exclusiva al cónyuge no socio.
- (50) Parece evidente que el artículo 1384, que sólo se refiere a los títulos valores, debe ser adaptado a la nueva posibilidad, recogida en los artículos 51 TRLSA y 122 del Reglamento Registro Mercantil, de representación de las acciones por simples anotaciones en cuentas llevadas por ordenador según las nuevas técnicas de la informática que, al igual que sucedió en muchos otros países, ha venido impuesta por la enorme cantidad de títulos-acciones que acuden al mercado de valores y que entendemos perfectamente encajable en los términos del artículo 1384 en la medida en que el propio artículo 51 de la LSA *in fine* dispone que "en uno y otro caso tendrán la consideración de

las acciones sean jurídicamente poseídos y detentados por el cónyuge titular de los antiguos, sin cesar, por ello, de presumirse gananciales las nuevas acciones(51), ni tampoco perjudica al cónyuge socio (habida cuenta que no tiene fondos para suscribir ni encuentra comprador de sus derechos), que siempre ostentará sobre esas nuevas acciones, que deberán ingresar en el fondo ganancial, el derecho derivado de su condición de miembro de la comunidad, dada la posibilidad de disociación entre "cotitularidad real" -ganancial- y "meramente formal" según expresamente se admite en la STS de 4 de julio de 1988(52).

Esta solución del art. 1352 CC de atribuir al esposo accionista la plena propiedad de las nuevas acciones, sin admitir excepciones, es más perjudicial para la sociedad de gananciales no sólo que el derecho anterior (según el que la sociedad de gananciales hacía suyos los bienes que se adquieren a su costa, aunque la adquisición no se haya hecho a su nombre, por aplicación del anterior art. 1401/1 ante la inexistencia del actual art. 1352, a diferencia del usufructuario de acciones, de cuya regulación, art. 41 de la LSA de 1951, no parece que pudiera deducirse que devenía dueño de las nuevas acciones, aunque las desembolsase) sino, también, que el régimen previsto para el usufructuario de acciones en la LSA francesa de

valores mobiliarios", según lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 (Vid., sobre las anotaciones en cuenta, Uría, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, pp. 247 y ss., especialmente pp. 248 y 254, y Martínez Gil, "Presente y futuro en la transmisión de acciones de Sociedad Anónima", *Academia Sevillana del Notariado*, Madrid, 1989, pp. 221 a 224, y sobre la aplicabilidad al artículo 1384, si bien con anterioridad al TRSA vigente, De La Cámara, "Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, 1988, p. 165 y Peña Bernaldó de Quirós, *op. cit.*, p. 271, nt. 153 bis).

- (51) No podemos olvidar que con el art. 1384 CC, que libera de toda diligencia a la SA, en cuanto a la ganancialidad de las nuevas acciones, se seguirán produciendo comunidades de participación privativa y ganancial en las nuevas acciones, en aquellos supuestos en el que un socio sea titular de acciones privativas y gananciales en una SA. Cfr. Beaus Codes, *op. cit.*, p. 262.
- (52) Sobre este punto, véase Garrido Cerdá, "Los derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro", AAMN, 1982, tomo 25, p. 174, que señala que ambos esposos ostentan un derecho económico sobre los gananciales, independientemente de la titularidad jurídica; del mismo modo, Blanquer Uberos, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", RDN 1982, p. 48, destaca que el carácter del título valor tiene sus efectos en las relaciones entre los cónyuges y no afecta a la titularidad del mismo.

24 de julio de 1964 (en el art. 187/2, que más claramente ha servido de modelo a nuestro legislador mercantil) y en el TRLSA de 1989 (art. 70/3) según el que “cuando se suscriban nuevas acciones ...el usufructo se extenderá a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción... El resto de las acciones suscritas pertenecerán en plena propiedad a aquel que hubiera desembolsado su importe(53)”.

En el supuesto de que el contravalor de las nuevas acciones coincida con su nominal, si tenemos en cuenta que la sociedad de gananciales desembolsa su importe en la totalidad y que el valor del derecho de suscripción preferente es inexistente, porque no hay diferencia entre el valor real y el nominal de la acción(54), parece excesivo que el CC atribuya al cónyuge accionista algo más, mucho más, que la legislación mercantil, según la cual el propietario de las antiguas acciones (en nuestro caso, el cónyuge accionista) podrá adquirir para sí las nuevas acciones mediante el desembolso con dinero propio, perteneciéndole en nuda propiedad las nuevas acciones (y al usufructuario en usufructo, así como, *mutatis mutandi*, si se hubiese previsto, a la sociedad de gananciales el derecho a percibir los frutos)(55).

(53) Esta regla, defendida para el Derecho francés por Piffre de Vauban, *Du caractère des actions nouvelles souscrites par une femme mariée, en vertu d'un droit de préférence*, París, 1928, y por Jaubert, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, París, 1942, consagrada, por fin, en las legislaciones mercantiles francesa y española es la más equitativa para el caso que nos ocupa porque evita el lucro exclusivo, injusto y posiblemente desmedido de un cónyuge a costa de la comunidad, sin necesidad de acudir a la sanción prevista en el art. 1390 CC, que se revela en este punto como absolutamente necesaria, precisamente por la escasa precisión y previsión del legislador al redactar el art. 1352 CC.

(54) Vid. distintas fórmulas para calcular el derecho de suscripción preferente en Rodríguez Cativeira, “El nuevo gravamen de los derechos de suscripción en el IRPF”, Impuestos, 1989, n^o 1, pp. 324 a 326.

(55) Al usufructuario le corresponde, concretamente, el usufructo, según el art. 70/3 TRLSA, de las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos usados en la suscripción, con lo que no parece posible extender el usufructo porque, por hipótesis, no hubiera podido suscribirse ninguna acción con el valor de esos derechos, pero es una posibilidad que no nos interesa, porque es un aspecto en que la diferencia con la sociedad de gananciales, que tiene derecho a percibir los frutos de todos los bienes privativos, como dispone el art. 1347/2 CC, es radical, respecto del usufructuario de acciones y, además, se trata, en todo caso, de un supuesto distinto del que estamos analizando, porque a nosotros no nos interesa, en este punto, la suscripción con fondos propios (del nudo propietario o del cónyuge accionista) sino la adquisición de nuevas acciones a costa del fondo ganancial.

Si no lo hace así, si no desembolsa el importe en su totalidad, porque no puede (no dispone de dinero privativo) o no quiere (no le interesa) realizar a su costa la inversión, ni tampoco vende el derecho de suscripción(56) (en cuyo caso de venta le corresponderá íntegramente el importe obtenido por la enajenación, si bien el usufructuario extiende su usufructo al mismo -art. 70/2 TRLSA- lo que en sede de sociedad de gananciales significaría que el fondo común tiene el derecho a percibir las rentas o intereses de esa cantidad -art. 1347/2-, pero no la cantidad en su totalidad, que constituye una compensación para el cónyuge accionista por la dilución del valor o poder político de las acciones antiguas que el aumento de capital social significa y no una contrapartida de una minusvalía patrimonial, por hipótesis inexistente, de esas acciones privativas anteriores)(57); repito, si no suscribe las nuevas acciones con su dinero propio ni vende sus derechos (por negligencia, falta de sumas necesarias para suscribir o imposibilidad o dificultad de la venta de sus derechos), en este caso, ante la inactividad(58)

-
- (56) Lo normal es que no existan compradores, pues el valor teórico es nulo, aunque puede suceder que alguien ofrezca una cantidad por el cupón por estar interesado en comprar una participación o una mayor participación en la SA y pague un precio por esa oportunidad de formar parte de la SA. Vid. De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 194.
- (57) Para referirse a la disminución del valor real de las antiguas acciones por consecuencia de la reducción proporcional de la parte alicuota que éstas representan en el patrimonio neto de la sociedad, la doctrina mercantilista suele utilizar, por su plasticidad, la expresión "aguamiento" del valor de la acción (*dilution, annacquamento o verwässerung*), que comprende esa disminución de la cuota de participación del antiguo accionista, tanto en los derechos patrimoniales cuánto en los derechos administrativos o políticos. En el supuesto en que el valor de las antiguas acciones coincide con su nominal, que supone, a su vez, el contravalor de las nuevas, no parece que pueda hablarse sino de pérdida de poder político de las antiguas acciones, pero nunca de disminución de valor económico, que permanece intacto, aunque aumente el número total de las acciones que representan el capital social, pues la disminución de su coeficiente de participación queda compensado por el aumento en la misma medida del patrimonio de la SA merced a las nuevas aportaciones; es decir, no se trata de mantener una consideración exclusiva del contenido patrimonial del derecho de suscripción (cfr. Sánchez Andrés, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1973, p. 142, rechazando la admisibilidad de tal concepción), haciendo caso omiso de su finalidad integral de propiciar el mantenimiento de la entidad, patrimonial y política, relativa del derecho de participación (vid., en este sentido, Gil Rodríguez, *op. cit.*, p. 384), sino, simplemente de afirmar que si sólo existe, como es el caso, pérdida de poder político, ésta le afecta exclusivamente al accionista y nunca, ni al usufructuario ni a la sociedad de gananciales.
- (58) Vid. *Quid iuris* si el nudo propietario renuncia expresamente al derecho de suscripción, supuesto que nosotros tampoco analizamos por no extendernos y, en este caso, por la falta de precisión del TRLSA, en Sánchez González, *op. cit.*, p. 420, quien mantiene

del nudo propietario, que, ni siquiera, ha suscrito con dinero del usufructuario, el art. 70 TRLSA permite al usufructuario vender(59) los derechos (en cuyo caso el usufructo se extiende al importe de la enajenación) o suscribir(60) las nuevas acciones (que le pertenecerán en su totalidad en propiedad, como se deduce de lo dispuesto en el art. 70/3 *in fine* TRLSA, no siendo de aplicación el art. 71 TRLSA por inexistencia de valor en los derechos de suscripción).

Esto significa, por una parte, una titularidad subsidiaria o sucesiva, temporalmente limitada *-pro rata temporis-* del usufructuario sobre el derecho de suscripción preferente(61) y, por otra parte, en todo caso, una consideración constante de sus legítimos intereses económicos (ya suscriba el usufructuario, ya lo haga el nudo propietario) por el importe desembolsado con cargo a su patrimonio, dos aspectos que ni están explicitados en el art. 1352 del CC ni pueden deducirse de su actual redacción.

La solución del art. 1352 resulta tanto más criticable cuánto que el CC es la *sedes materiae* propia para regular los aspectos internos de la relación conyugal en que un esposo es accionista y cuánto que, como vemos, son comtemplados para un supuesto semejante en muchos aspectos, usufructo de acciones, en la regulación de la SA a la que, en principio, debe ser indiferente la relación interna.

Asimismo, resulta censurable habida cuenta que la extrapolación o aplicación analógica del usufructo de acciones a la situación de la sociedad

argumentos a favor y en contra de la extinción del derecho de suscripción preferente y concluye aconsejando que las previsiones estatutarias contemplen el supuesto.

(59) El *Codice Civile*, ante la inactividad del socio al que corresponde el *diritto di opzione*, sólo permite al usufructuario la venta (enajenación por cuenta del socio, art. 2352 CC italiano).

(60) Posibilidad de suscripción o venta por el usufructuario ante la inactividad del nudo propietario que reconocen también el art. 187/1 de la ley francesa de sociedades anónimas de 1966 y el art. 462 del *Código das Sociedades* portugués de 1986.

(61) De La Cuesta, *Reforma de la Ley de sociedades anónimas*, bajo la dirección de Angel Rojo, Madrid, 1987, p. 194, a la vista del Anteproyecto de 1987, deduce que por las acciones objeto de usufructo se otorga una cierta titularidad al nudo propietario y al usufructuario sobre el derecho de suscripción preferente. Esta es la solución consagrada en el art. 187 de la Ley de 24 de julio de 1966 francesa. *Vid.* resumen de doctrina y jurisprudencia francesa al respecto en Sánchez Andrés, *op. cit.*, pp. 393 y ss.

de gananciales con un cónyuge inactivo es imposible o, cuando menos, delicada porque es sabido que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, de tal modo que resulta todavía más necesario que el CC se plantee la posibilidad de inactividad del cónyuge accionista, que ni suscribe ni vende sus derechos y resuelva en consecuencia, y no se limite simplemente a dar una solución, por otra parte, como vimos, no demasiada satisfactoria para los intereses comunes, en el caso de suscripción con fondos gananciales.

Una vez más, el CC atribuye al esposo accionista muchas más facultades, no sólo que las que la LSA confiere al nudo propietario, sino que lo que demanda el más elemental sentido común: en efecto, no es fácilmente explicable (ni siquiera, en este caso, aludiendo o recurriendo a la susodicha distinta naturaleza jurídica del usufructuario y de la sociedad de gananciales) por qué el usufructuario sí tiene derecho supletoriamente y, por el contrario, al fondo común o, mejor, al otro consorte en defensa del acervo ganancial, no sólo no se le reconoce ninguna participación en la titularidad de las nuevas acciones suscritas con bienes gananciales, sino que se eleva el carácter privativo del derecho de suscripción preferente a tintes absolutos y excluyentes.

Esto es, con la solución del art. 1352 el cónyuge propietario es el que soberana y exclusivamente decide la suscripción (incluso, si puede, empleando fondos gananciales) o la enajenación y, todo lo más, el otro esposo podrá reclamar una indemnización⁽⁶²⁾, sobre todo si manifestó su voluntad de suscribir al socio, de daños y perjuicios por el valor que representa el fruto de las nuevas acciones que le hubiera correspondido

(62) Vid. Fernández Villavicencio, "Usufructo de acciones de sociedades anónimas", ADC, 1952, p. 1201, quien admitió que el usufructuario tiene derecho a ejercitar una acción de indemnización, valorando la responsabilidad del socio por la diligencia del buen padre de familia; sin embargo, Alvarez Alvarez, "Ejercicio del derecho de suscripción preferente", ADC 1964, p. 327, señalaba que la redacción del art. 41 LSA de 1951 (y, para nosotros la del art. 1352 del CC) hace dudar mucho del éxito de esa posible acción de indemnización. En todo caso, debemos de tener presente que, en nuestro ordenamiento, la renuncia de un derecho no puede hacerse en perjuicio de tercero (art. 7/2 CC), por lo que habrá que concluir que toda abdicación o pérdida del derecho de suscripción imputable al socio desencadenará la correlativa obligación de rescaramiento. Vid., con arreglo al antiguo art. 4 CC, Sánchez Andrés, *op. cit.*, p. 409.

al fondo común o de la cantidad obtenida por la enajenación, si consigue demostrar la existencia de daños y que la inactividad(63) o “nihilismo económico”, en afortunada expresión de Messineo(64), de su consorte accionista (que supone la pérdida de aquel derecho, quedando la SA en libertad para ofrecer esas acciones a terceros) está motivada por negligencia o descuido grave (aunque el CC no impone la obligación de administrar con diligencia, ello puede deducirse de la propia naturaleza social de la comunidad)(65), culpa grave o dolo (pues el art. 1390 del CC no puede entenderse que no implique o suponga que la sociedad de gananciales no tenga derecho al lucro cesante)(66), o mala fe (lo que resulta altamente improbable que suceda, porque no es de presumir que el deseo de perjudicar al otro cónyuge le haga olvidar el perjuicio que a sí mismo se irroga con su actitud pasiva)(67).

-
- (63) Vicent Chuliá, *El nuevo derecho de las Sociedades Anónimas*, Madrid, 1989, p. 106, afirma que dejar transcurrir el plazo de ejercicio del *ius optandi*, sin suscribir, más que de renuncia, se trata de caducidad o pérdida del derecho. En la STS de 21 de julio de 1984 se reconoce que la SA puede aceptar la suscripción fuera de plazo. Vid. Sánchez Andrés, *op. cit.*, pp. 162 ss. sobre derecho abstracto y derecho concreto de suscripción, quien señala que *in abstracto* no cabe renuncia anticipada al *ius optandi*.
- (64) Cfr. Colación y reunión ficticia de acciones de sociedad, Revista de Derecho Privado, 1948, p. 775, nt. 24, quien califica con tan gráfica frase la afirmación de Bigiavi de que el nudo propietario de la acción puede no ejercitar el derecho de opción sin enajenarlo tampoco y sin responder de los perjuicios frente al usufructuario, como consecuencia de que la opción es una facultad, pero no un deber del accionista, exclamando ante tal razonamiento “¡Argumento débil, ciertamente!”, pues, a juicio del Profesor de la Universidad católica de Milán, por el contrario, “si por dolo o culpa del nudo propietario se perdiese el derecho de opción (y está perdido irremisiblemente una vez transcurrido el tiempo útil para suscribir la nueva acción...) tendrá el usufructuario título indiscutible para instar la indemnización de daños”. Vid. De La Cámara, “El nuevo artículo 1413”, ADC 1959, p. 808.
- (65) Cfr. Lacruz Berdejo, *Elementos, cit.*, IV-1, p. 480, que propugna que la supresión de la referencia a las normas de la sociedad, acaso hubiera debido compensarse con un mayor sentido social de la normativa porque la actuación negligente únicamente se sanciona con la disolución.
- (66) Vid. Rams Albesa, La sociedad de gananciales, Madrid, 1992, p. 234; de parecer contrario Díez Picazo/Gullón Ballesteros, *Sistema, cit.*, IV, 3ª edic., 1983, p. 251, quienes añaden que no existe una determinada medida del lucro y de De Los Mozos, *op. cit.*, p. 423.
- (67) Vid. De La Cámara, “El usufructo”, *cit.*, pág. 197, quien ya había apuntado en “El nuevo artículo 1413”, *cit.*, p. 808, que el Juez, conforme al derecho derogado, podría imponer medidas de aseguramiento para impedir la repetición de tal actitud del marido que por negligencia, abandono o mala fe ni venda ni ejercite los derechos de suscripción preferente incorporados a acciones que tengan carácter ganancial, concluyendo que tales medidas “no pueden en modo alguno implicar la obligación de disponer de otros bienes gananciales, pero quizá sí pueda decidir el Juez la enajenación para el futuro de los derechos de suscripción, si no los ejercita el marido en forma directa”. Es cierto que

A nadie se le oculta, en fin, que no es lo mismo tener que seguir un pleito (de resultado siempre dudoso, y tanto más en este caso, habida cuenta que la sociedad de gananciales no tiene personalidad y no cabe actuar en su nombre y teniendo presente la forma en que ha regulado el art. 1352 CC el derecho de la sociedad de gananciales a percibir los frutos de las acciones)(68), que la posibilidad de influir directamente en el destino de los beneficios que se obtengan por las acciones de la SA(69).

b). Valor de emisión superior al nominal (o con prima insuficiente).

En segundo lugar, puede suceder que en la evolución de una SA, el activo o patrimonio social haya aumentado (por ejemplo, se constituyen reservas) y resulte superior al valor del capital social (que es una cifra fija, aunque se adapte siempre a las circunstancias monetarias y, por tanto, no se ve afectado por la inflación).

En este caso, en el supuesto de una ampliación de capital con emisión de nuevas acciones, si a los nuevos suscriptores se les exige un desembolso proporcional al patrimonio real en el momento de la ampliación, el valor de emisión de las nuevas acciones será superior a su valor nominal; esta diferencia entre el valor de emisión de las nuevas acciones y su valor nominal es la prima de emisión de las acciones, que constituye una reserva

De La Cámara se refiere a derechos de suscripción gananciales, pero no lo es menos que en 1959 la situación del marido respecto de estos títulos valores gananciales se asimila a la actual posibilidad de actuación de cada uno de los cónyuges respecto de los derechos de suscripción privativos.

- (68) Según se ha adelantado, de la redacción del art. 1352 se podría llegar a deducir la imposibilidad o dificultad del ejercicio de la acción de reclamación. Así, Alvarez Alvarez, "Ejercicio", *cit.*, p. 331, para el derecho anterior, piensa que si las acciones son del marido o de la mujer, aunque los frutos adquieran la condición de gananciales (art. 1401), las acciones no se pueden considerar usufructuadas por ésta, sino que pertenecen a su titular en plena propiedad, y a él corresponde la decisión sobre el ejercicio del derecho y sobre la forma de usarlo.
- (69) *Quid* si el usufructuario también permanece inactivo. El Tribunal civil de Orleans, en sentencia de 16 de marzo de 1943, concedió al nudo propietario indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la no utilización de su posibilidad de vender o suscribir; sin embargo, afortunadamente, esta infeliz solución fue prontamente desechada por la Corte de París (Cour d'Appel, 5 de junio de 1950), que encontró en la compensación de culpas la razón suficiente para paralizar cualquier acción indemnizatoria que el nudo propietario, inactivo, pretendiera contra la pasividad del usufructuario. *Vid.*, al respecto, Gil Rodríguez, *op. cit.*, p. 406.

que los nuevos socios entregan a la SA como compensación (proporcional o no) por las reservas constituidas anteriormente.

A medida que la prima de emisión de las acciones se acerca al nivel proporcional de las reservas anteriores, el valor teórico de los derechos de suscripción tiende a ser, otra vez, nulo(70), en cuyo caso, el nuevo suscriptor paga exactamente por las nuevas acciones el valor teórico que recibe, ante cuya situación nos remitimos, respecto de los problemas que plantea y sus posibles soluciones, al supuesto anterior de coincidencia entre el valor de las nuevas acciones con su nominal.

En el presente supuesto, se trata de la identidad entre el valor de las nuevas acciones con el nominal de las antiguas y la prima de emisión: en ambas situaciones, en ésta y en la precedentemente analizada bajo el epígrafe anterior, el valor del derecho de suscripción es cero, semejanza y analogía que, se reitera, aconsejan que ambos casos reciban idéntico tratamiento en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio.

Puede ocurrir que las nuevas acciones, cuyo valor real es superior a su nominal, se emitan sin prima de emisión o con una prima insuficiente (porque no es proporcional a las reservas constituidas antes de la nueva emisión, y, en consecuencia, no es equivalente a la participación que corresponde a los nuevos títulos en esas reservas acumuladas hasta entonces y, por lo mismo, no compensa la minusvalía de las antiguas acciones), en cuyo caso, el derecho de suscripción preferente tiene un valor real y tangible coincidente, por lo menos teóricamente, con la minusvalía de las antiguas acciones (es decir, con la diferencia entre valor real y valor nominal, en su caso añadiéndole a éste la prima).

De ahí se deriva, precisamente, la semejanza de finalidad entre la prima y el derecho de suscripción preferente, de tal modo que si la suma complementaria que representa la prima compensa los derechos que las nuevas acciones tienen sobre las reservas acumuladas y las plusvalías

(70) Vid. una amplia exposición del supuesto en que el valor del derecho de suscripción es igual a cero, con ejemplos prácticos en "Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Análisis contable, económico y financiero", bajo la dirección de González Pino, Madrid, 1990, pp. 288 y ss.

existentes en el momento de la ampliación, correspondiendo teóricamente a la diferencia entre los valores real y nominal de las acciones, pierde todo su valor el derecho de suscripción preferente (salvo que alguien lo compre, lo que resulta improbable).

Si, por el contrario, la prima es insuficiente(71), en ese caso, la aportación del cónyuge accionista que suscribe las nuevas acciones con fondos gananciales estará constituida por el valor del derecho de suscripción preferente(72), por cuanto que una parte del valor de la acción nueva corresponde a la antigua(73), en la medida en que el suscriptor hace suyas unas acciones que valen más que el precio que paga por ellas, y esto es así porque las nuevas acciones entran a participar sin contrapartida o con una contrapartida insuficiente en un patrimonio social que es superior, por virtud de la constitución de reservas o de la existencia de plusvalías, al capital social(74).

-
- (71) A la SA le interesa exigir la prima de emisión al máximo nivel, en perjuicio de los accionistas especuladores ya que, entre otras razones, la prima ha de ser desembolsada íntegramente en el momento de la suscripción de la ampliación de capital (art. 47/3 TRLSA), mientras que el propio capital que se aumenta podrá ser aportado de forma aplazada, según las condiciones de la nueva emisión de acciones (art. 152/3 TRLSA), pero como las dificultades en la colocación de una nueva emisión de acciones se acrecientan si se exige prima de emisión, y más si ésta es alta, y a la SA le interesa que se cumpla conforme a lo previsto el programa de suscripción de acciones, (dado que, desde un punto de vista económico, el fundamento de todo aumento de capital consiste en la necesidad de que la SA incremente sus recursos) sólo podrían emitir acciones con alta prima de emisión aquellas SA cuyas acciones no estén admitidas a cotización oficial, con una posición económica y financiera sólida, que reparta altos dividendos, y cuyas ampliaciones de capital son codiciadas por los propios socios y por persona ajenas, de tal modo que a los antiguos accionistas les interesa mantener su cuota de participación en la SA, y si prefieren vender sus derechos, habrá personas interesadas en pagar por esos derechos determinadas cantidades, que compensarían más tarde, con la alta rentabilidad y seguridad que la SA les ofrece, no importando que el valor teórico de esos derechos fuese cero -por causa de la prima de emisión solicitada-, pues existiría una cotización práctica positiva de los derechos de suscripción.
- (72) Este derecho de suscripción preferente es una parte de la sustancia de la acción antigua privativa, por lo que será también privativo. *Cfr.* Gil Rodríguez, *op. cit.*, pp. 384 y ss.
- (73) *Vid.* Messineo, *op. cit.*, p. 766.
- (74) De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 75, sostenía que, en este caso, lo procedente es repartir las acciones nuevas entre el cónyuge accionista y la sociedad de gananciales, al igual que si las nuevas acciones se desembolsan en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial; por el contrario, para este último supuesto, Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, p. 255, defendía que se atribuyesen todas las acciones al cónyuge accionista por la enorme complicación que supone el reparto de las acciones.

El valor del derecho de suscripción es lo que aporta el cónyuge y el nominal (y, en su caso la prima, si se ha emitido con sobreprecio insuficiente para compensar la disminución de la parte alícuota del patrimonio neto social representada por las acciones preexistentes) constituye la aportación de la sociedad de gananciales.

En este supuesto, la LSA vuelve a ser más explícita y, por lo mismo, más favorable al no propietario de las acciones antiguas (usufructuario) que el CC (según el que, ya sabemos, las nuevas acciones son en su totalidad del cónyuge accionista, que reembolsará el valor satisfecho al fondo ganancial) pues el TRLSA, en su art. 70/3, declara que el usufructo se extiende en la parte correspondiente a las nuevas acciones (que pertenecen en nuda propiedad al socio) cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción, debiendo de entregar el nudo propietario al usufructuario el importe que éste ha desembolsado por este número de acciones y si no desea hacerlo en metálico, podrá entregar al usufructuario, en plena propiedad, acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo, según dispone el art. 71 TRLSA, valorándolas según el último Balance de la SA que hubiera sido aprobado, y, además, atribuye, en plena propiedad, al usufructuario el resto de las acciones suscritas, si éste es el que ha desembolsado su importe⁽⁷⁵⁾.

Todo ello significaría, de haber sido el supuesto previsto por el legislador civil, que le pertenecerán al cónyuge accionista como bien privativo, un número de acciones (hasta el valor teórico del derecho de suscripción, que hubieran podido suscribirse con la enajenación de derechos

(75) Con independencia de que el suscriptor sea el nudo propietario o el usufructuario (art. 70/3 TRLSA). Como señala Sánchez González, *op. cit.*, p. 424, con este criterio legal se pretende arbitrar un sistema que evita las situaciones de cotitularidad sobre todas las nuevas acciones suscritas, de tal modo que unas acciones quedarán gravadas en su totalidad por el usufructo mientras que otras estarán libres del gravamen y se atribuyen en pleno dominio a aquel que hubiera desembolsado los fondos exigidos para la suscripción y siempre con la excepción de que en ciertos casos las fracciones pueden obligar a que el usufructo alcance sólo a determinada cuota de alguna acción. Esta solución fue recogida en el art. 187/2 de la Ley de 24 de julio de 1964 francesa y había sido propuesta, entre nosotros, por García Cantero, "Notas sobre el usufructo de acciones", ADC, 1952, pp. 972 y ss.; De La Cámara, "El usufructo", *cit.*, p. 196 y Sánchez Andrés, *op. cit.*, p. 422.

y con obligación de reembolso al fondo común) y a la sociedad de gananciales, como bienes de tal condición, el resto porque se han suscrito con fondos gananciales.

2. Adquisición a plazos, siendo el primer desembolso privativo o ganancial.

Hasta ahora, hemos analizado las distintas posibilidades de suscripción de nuevas acciones en las que el cónyuge aporta dinero ganancial, con el que desembolsa en su totalidad el valor total de las nuevas acciones, pero puede suceder, en caso de aumento de capital, que no se haya desembolsado el valor total de las nuevas acciones (pues el art. 152/3 TRLSA requiere, tan sólo, como mínimo el desembolso de un 25%), en cuyo caso, el art. 1352 del CC, de nuevo, no distingue entre las distintas situaciones que pueden derivarse de la adquisición a plazos de las nuevas acciones, resultando de nuevo excepcional respecto del resto de las adquisiciones de este tipo en sede de sociedad de gananciales.

Si el primer desembolso de las nuevas acciones (del 25% o más) se ha hecho antes del matrimonio o, constante matrimonio, con dinero privativo, las nuevas acciones serán privativas, coincidiendo, en este caso, el art. 1352 y los arts. 1356 y 1357 del CC, lo que resulta, entre otras razones, totalmente coherente con el hecho de que la condición de socio se adquiere en el momento de la suscripción, y, en consecuencia, de la deuda por los dividendos pasivos no responden los gananciales (por aplicación de lo dispuesto en el art. 1373 del CC).

Puede ocurrir, por el contrario, que el cónyuge titular del derecho de suscripción lo ejercite (siendo privativas las primitivas acciones) con desembolso parcial de dinero ganancial, acaso del que dispone por la autorización del art. 1384 del CC, y sin el consentimiento del otro cónyuge, en cuyo caso, el art. 1352 exceptúa lo dispuesto en el art. 1356 del CC y, a lo que parece, hace a las nuevas acciones privativas en su totalidad, lo que, por lo antedicho en los supuestos de desembolso unitario del valor total, todavía resulta más altamente insatisfactorio para los intereses comunes que la solución parcelaria, en parte privativo y en parte ganancial, en función de cada supuesto distinto de valor de derecho de suscripción,

que, como hemos visto, merece un tratamiento diferente, atendiendo a la parte correspondiente del desembolso efectivamente efectuado y al menor valor del importe de la suscripción respecto al real de las acciones.

Dicha solución resulta tanto más perjudicial cuánto que, acaso, se pretende hacer responsable de la deuda por los dividendos pasivos a los gananciales en virtud de lo dispuesto en el art. 1365/1 del CC, toda vez que se podría sostener -lo que no compartimos- tal afección sobre la base de que la Ley permitió al cónyuge socio disponer de ese dinero ganancial sin consentimiento del otro, sin perjuicio de las acciones por un posible fraude, por supuesto, y, evidentemente, excepción hecha de que en el aumento hayan intervenido ambos cónyuges, en cuyo supuesto, la ganancialidad del pasivo resulta incuestionable.

En cualquier caso, no resulta aplicable el art. 1370 del CC (porque el bien adquirido -las nuevas acciones - no es ganancial, como dispone el art. 1352 del CC), pero sí el art. 45 TRLSA, que supera la mera afección del CC, de tal modo que, en este caso, sobre la sociedad de gananciales recaen o pueden recaer los posibles perjuicios derivados de la mora del cónyuge accionista sin que, por el contrario, revierta en ella ningún beneficio respecto de la titularidad o participación en la misma de las nuevas acciones.

3. Enajenación del derecho de suscripción o de parte del derecho para ejercitar el resto.

Si el propietario⁽⁷⁶⁾ vende su cupón, realiza de manera directa el valor del derecho de suscripción, y "las cantidades obtenidas por la

(76) El TRLSA (art. 70/2) permite, como hemos visto, también la suscripción o enajenación por el usufructuario, pero sólo ante la inactividad del propietario. Gil Rodríguez, *op. cit.*, pp. 394 y ss., entendió que el art. 41 de la LSA de 1951 se limitó a reconocer al nudo propietario, no la titularidad del derecho a suscribir, sino únicamente el ejercicio de tal derecho y sólo a efectos de suscribir las nuevas acciones y no para venderlo, pues la venta no puede considerarse técnicamente como ejercicio del derecho en sentido estricto y, aunque menor que la pérdida, supone un perjuicio y ataque a la sustancia porque priva al otro interesado de la posibilidad de asumir la conservación íntegra de aquélla, poniendo de relieve, por tanto, el citado autor, las carencias del art. 2352

enajenación”, según el art. 1352 del CC, serán privativas, lo que supone una imprecisión más (en este caso, terminológica) del CC, pues, aunque lo normal es la existencia de un “importe obtenido por la enajenación” del derecho a suscribir (terminología usada en el art. 70/2 TRLSA, mucho más precisa, de nuevo), nada impide, lógicamente, que el pago tenga lugar *in natura*, supuesto que no parece incluir el art. del CC cuando habla de cantidades.

Resulta lógico, con las matizaciones que hemos señalado, que este precio corresponda al cónyuge accionista porque es teóricamente equivalente a la plusvalía de las acciones nuevas, que alcanzan a expensas de las acciones viejas, lo que significa un cambio del objeto sobre el que recae el derecho a percibir los frutos (recayendo ahora, generalmente, pero no siempre, sobre una suma de dinero) lo que, en tema de usufructo de acciones, significa que pasa a ser un usufructo de créditos, que, una vez cobrados, se asimila al cuasiusufructo(77).

En todo caso, no quiero hacer en este punto especial referencia a la extensión del usufructo al importe de la enajenación (ni, tampoco, si fuese el caso, a las nuevas acciones) porque, en este puntual aspecto, parece claro que el interés del usufructuario está más necesitado de protección

del *Codice Civile* (que no permite al usufructuario la suscripción) e, incluso, del art. 187 de la Ley francesa (porque deja indefenso al usufructuario en el supuesto de que el nudo propietario, haciendo gala de una diligencia, tal vez no demasiado bien intencionada, acuda presto a la venta de los derechos correspondientes a las acciones usufructuadas). En contra, Sánchez Andrés, *op. cit.*, p. 409, entiende que la atribución del derecho de suscripción al usufructuario determinaría una pérdida de sustancia para el socio, transformaría injustificadamente una parte del derecho limitado de goce en un derecho de propiedad plena, expropiando en favor del usufructuario del título una fracción patrimonial de las viejas acciones y se llegaría a una consolidación progresiva del derecho real limitado a costa del accionista. Lo cierto es que del régimen del usufructo de acciones del TRLSA puede deducirse que se atribuye la titularidad de tal derecho en favor del nudo propietario, toda vez que el ejercicio del derecho de suscripción preferente, en tanto que es un derecho de socio -art. 48/2/b-, corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario -art. 67/1-, y sólo para el supuesto que no lo ejerce ni enajene, se declara meramente “legitimado” al usufructuario “para proceder a la venta de los derechos o a la suscripción” -art. 70/1-.

(77) Fernández Villavicencio, *op. cit.*, p. 1201, estimaba que el supuesto debe ser tratado como si fuere una liquidación parcial de la cuota y predica aplicables los antiguos arts. 494 y 507 CC.

específica (para impedir que, merced a la ampliación de capital, se reduzca de hecho el objeto del usufructo) que el de la sociedad de gananciales, cuya normativa general tutela ese interés por la vía del art. 1347/2 del CC

Puede suceder que el cónyuge decida vender parte de los derechos para ejercitar el resto(78), en cuyo supuesto, claramente, las nuevas acciones serán también privativas (siempre sin perjuicio a los dividendos que corresponda a la sociedad de gananciales). Como hemos visto, el importe de la enajenación del derecho de preferente adquisición de algunas de las nuevas acciones, sobre las que corresponda el derecho de ejercitarlo, debe incumbir al titular de las antiguas acciones de las que dimanó el derecho enajenado, en tanto en cuanto no es sino representativo de una avá parte del valor del patrimonio social neto que le correspondía a dicho titular en propiedad y corresponde al plusvalor de las nuevas acciones respecto del importe de suscripción exigido, producido en el patrimonio representado por las antiguas acciones.

En efecto, en principio el supuesto no plantea mayores dudas porque, como hemos visto, el ejercicio del derecho de suscripción y, habida cuenta de la no obligatoriedad de la suscripción, el de enajenar ese derecho lo tiene, al menos en primer lugar, el cónyuge accionista; sin embargo, en la medida en que debe de respetar el derecho que corresponde a la sociedad de gananciales a la percepción de los frutos de los bienes privativos, deberá, para no dejar vacío de contenido el deber del art. 1383 del CC, de efectuar, de acuerdo con el otro cónyuge, el desembolso exigido para la adquisición de las acciones suscritas, con dinero obtenido por la venta de las enajenadas, reconocido que el derecho a los dividendos de las nuevas acciones así liberadas recae en la sociedad de gananciales.

4. Por transformación de reservas o beneficios.

De acuerdo con el art. 151 TRLSA, el contravalor de las nuevas acciones, en número proporcional a las que ya se poseen, por aplicación

(78) *Vid.* supuesto, contemplado con relación al usufructo de acciones, en Vallet de Goytisolo, *Dictámenes e informes de un notario*, Madrid, 1987, p. 445.

analógica de los arts. 50/2 y 158/1 del mismo texto legal, (o de la elevación del valor nominal de las ya existentes en circulación) puede consistir en la transformación de reservas o beneficios, que ya figuraban en el patrimonio, no mencionando ya las plusvalías(79) (que aparecían en el art. 88 de la LSA de 1951), con lo que ha de tratarse de reservas expresas, incluyendo -según el art. 157 TRLSA- no solamente las voluntarias o disponibles, sino también las primas de emisión(80) y la reserva legal en la parte que exceda del 10 por 100 de su capital, ya aumentado(81).

La Ley estima que el único interés atendible se identifica aquí con la tutela de los derechos latentes de los socios sobre el patrimonio y les confiere, por ello, en lugar de una simple preferencia, un derecho exclusivo y automático a la atribución de las nuevas participaciones(82) (aunque, por ser precisos, ambas facultades parten de un principio común que impone el respeto a la integridad de la cuota de participación del accionista)(83), reduciéndose la operación, en su aspecto económico-contable, a

-
- (79) Vid. De La Cuesta, *op. cit.*, p. 207, quien destacaba que el silencio del art. 89 del Anteproyecto, al determinar las modalidades de aumento de capital, sobre las plusvalías, termina con el debate acerca del carácter oculto o expreso que habían de tener en el aumento de capital.
- (80) Vid. RDGRN de 27 de marzo de 1991, que exige acompañar el balance del art. 157/2 LSA para comprobar que se trata de efectiva aportación patrimonial.
- (81) Vid. cálculos algebraicos para la determinación de la reserva legal en *Sociedades anónimas*, *cit.*, bajo la dirección de González Pino, p. 326.
- (82) En rigor no cabe hablar de derecho de suscripción preferente, sino -en terminología de la L.S.A. en su art. 79/1 y 2 y en el 158/3 *in fine*- de derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones, sin que esto implique que las acciones que se emitan sean verdaderas acciones gratuitas, que por esencia están prohibidas, sino acciones realmente desembolsadas, siquiera el desembolso se haga con cargo a reservas o beneficios acumulados en poder de la Sociedad e integrados en el patrimonio social. Vid. Uría, *op. cit.*, p. 354.
- (83) Es por ello, por esta similitud, que el legislador español, siguiendo la solución consagrada en el art. 194 de la Ley de Sociedades francesa, admite su transmisibilidad, en iguales condiciones que las acciones de las que se derivan (art. 158/3 TRLSA), lo que contribuye a solucionar el problema de las fracciones (*rompus, Teilrechte*) que surge al fijar la proporción en que los nuevos títulos se encuentran respecto de los antiguos. Vid. sobre ello, Sánchez Andrés, *op. cit.*, pp. 275 y ss. Sin embargo, no se dispone nada en el caso de usufructo de acciones acerca de la enajenación de los derechos de atribución gratuita de las acciones, a diferencia de lo que sucede para el derecho de suscripción preferente, por lo que parece mejor estimar que se otorga al propietario la decisión sobre la asunción de las nuevas acciones o la enajenación del derecho, con lo que se reproducen los problemas, en sede de sociedad de gananciales, que antes hemos apuntado respecto de la suscripción preferente o la enajenación de los derechos o inactividad del cónyuge accionista. En este sentido, De La Cuesta, *op. cit.*, p. 208.

un traspaso de la cuenta de reservas a la de capital, como expresamente reconocía el art. 94 de la LSA de 1951(84), lo que se conoce como aumento nominal o contable del capital, por cuanto no representa ninguna aportación efectiva nueva de recursos propios al patrimonio social, aunque impide que, en lo sucesivo, esas reservas puedan ser repartidas entre los socios, con el consiguiente efecto de reducción de disponibilidades en el activo circulante.

Es doctrina prácticamente unánime que las reservas, incluso las que provienen de beneficios, pierden este carácter para convertirse en patrimonio: la distribución de acciones con cargo a reservas no puede considerarse una distribución de beneficios(85) ni tiene como contravalor el dividendo, sino que ha de ser entendida, pues, como la forma nueva de documentar el derecho del socio por su participación en la Sociedad (como dispone el art. 15/2 de la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo).

Es de reseñar, además, que a diferencia del antiguo art. 41 de la LSA de 1951, el actual art. 67, tras la reforma de 1989, (art. 42/1 del Anteproyecto) no se refiere a las ganancias de la SA como derecho del usufructuario, sino que se le atribuyen los dividendos acordados por la SA, y se sigue reconociendo la cualidad de socio al nudo propietario; en este sentido, a la sociedad de gananciales, por ello, no le corresponden los beneficios no distribuidos, y es perfectamente lógico que esas nuevas acciones correspondan, en este caso, al propietario(86), porque no se trata

(84) Fernández Villavicencio, *op. cit.*, p. 1200, señalaba que civilmente no existe un verdadero beneficio efectivo por cuanto que la LSA de 1951 no habla de distribución de reservas, sino (en sus arts. 87 y 94) de transformación o conversión en capital o traspaso de la cuenta de reservas a la de capital. Sin embargo, si deberán de corresponder al usufructuario (y éste es un aspecto que, a nuestro parecer, puede llegar a devenir relevante, salvadas las diferencias, con respecto a la situación de la sociedad de gananciales) las acciones emitidas con cargo a reservas formadas por utilidades obtenidas durante el usufructo. En este mismo sentido, Asquini, "*Usufructo di quote sociali e di azioni*", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1947, I, p. 28, señalaba que el art. 2442 del *Codice Civile* de 1942 habla de "*imputazione al capitale delle riserve*".

(85) De La Cámara, "La separación", *op. cit.*, p. 68, indicaba que estos beneficios quedan definitivamente incorporados al patrimonio social y no podrán ser entregados en lo sucesivo a los socios más que a través de la disolución de la Sociedad o previa reducción de su capital.

(86) Díez Picazo, *Estudios, op. cit.*, p. 362, señaló que la LSA 1951 no atribuye al usufructuario la ganancia o beneficio social, sino el beneficio o ganancia del accionista;

del reparto de un beneficio obtenido durante la vigencia del régimen económico (*mutatis mutandi*, en el período de usufructo), sino del reparto proporcional de una parte del patrimonio social(87).

Si tenemos en cuenta, además, que, en efecto, la Junta es, salvo acuerdo fraudulento en perjuicio del cónyuge no accionista, libre y soberana en orden a la aprobación de las cuentas anuales y, caso de aprobación, para la aplicación del resultado del ejercicio (art. 213/1 TRLSA), es totalmente legítimo transformar beneficios o reservas en capital(88) y no resulta, por lo dicho hasta ahora, ilógico entender que el art. 1352 del CC, cuando menciona la emisión de acciones con cargo a beneficios, no está incluyendo el aumento de capital con cargo a reservas entre los que deben de producir abonos(89), sino que está contemplando un supuesto netamente diferente al del art. 151 TRLSA, que no es otro que el acuerdo de la Junta de repartir beneficios disponibles en acciones(90).

De La Cámara, "La separación", *op. cit.*, p. 68, destaca que la nueva acción expresa sólo el desdoblamiento formal de la cuota del socio, que en el fondo continúa intacta, aunque formalmente aparezca representada por dos títulos.

- (87) *Vid.* Garrigues, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t. I, p. 297, en contra de la opinión tradicional francesa que sigue Lacruz Berdejo, "Algunos aspectos", *cit.*, p. 565.
- (88) Con la limitación del art. 157 TRLSA, respecto de la reserva legal, cuyo destino está decidido por el art. 214 TRLSA; en cuanto a la prima de emisión, es una reserva libre, y, por tanto, podrán transformarse en capital aquéllas que han estado garantizando los gastos que figuran en el activo, no amortizados, que han hecho posible el reparto de beneficios entre los socios en ejercicios anteriores, según se deduce del art. 194 TRLSA.
- (89) *Vid.*, para el Derecho anterior, Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, p. 260, al que sigue, para el derecho vigente, Beaus Codes, *op. cit.*, p. 261, que destacan que con la adopción de esta posición se elimina la enorme complejidad de tener que dilucidar y determinar con certeza, ante su pase de reservas a capital, qué parte de dichas reservas, tras las distintas incidencias sociales, se obtuvieron antes del matrimonio y cuál después y en qué proporción se atribuye a cada una de las acciones emitidas. Con el TRLSA estos problemas deben de desaparecer porque el art. 157/2 exige como base de la operación de aumento un balance referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento de capital y que esté verificado por los auditores de cuentas de la SA o por un auditor a petición de los administradores en el caso en el que la SA no estuviere obligada a tener tales auditores. En este mismo sentido, el art. 168/4 del Reglamento del Registro mercantil considera como requisito, tanto de la escritura pública como de la inscripción en el Registro mercantil, el Balance que, junto con el informe del auditor, debe figurar en una y otro.
- (90) *Vid.* Lacruz Berdejo, *El matrimonio*, *cit.*, p. 419; a veces, una SA, aún realizando un buen ejercicio, con ganancias, carece de liquidez y, ante la dificultad de abonar en metálico el dividendo, lleva a cabo una ampliación de capital por el importe del beneficio

Es decir, en la SA, sociedad capitalista por excelencia, el capital social, la cifra determinada en los estatutos, no puede ser alterado, si no es por los trámites legales establecidos al efecto (arts. 144, 155, 162 y 164 TRLSA) y, por tanto, permanece invariable e indiferente a las vicisitudes de la empresa social que repercuten, tan sólo, sobre el patrimonio, aumentándolo (porque el resultado del negocio en el ejercicio determinado es positivo) o disminuyéndolo (con el límite del art. 260/4 TRLSA).

Generalmente, la relación entre el capital social y el valor del patrimonio refleja la situación económica de la SA, de tal modo que si de las cuentas anuales (entre las que se comprende el Balance, cuyo esquema legal, art. 175 TRLSA, recoge distintas partidas agrupadas en el activo y, sobre todo, en el pasivo, en el que la primera partida está constituida por el asiento de la cifra capital que, al igual que las partidas relativas a los fondos de reserva, también en el pasivo, actúa así como factor de retención de bienes en el activo, lo que impide a la SA repartir beneficios con cargo a los bienes con que se desembolsaron las acciones) resulta que el activo supera al pasivo y se obtienen unos beneficios reales en la SA (correctamente valorados, según las reglas de los arts. 193 a 198 TRLSA) se podrá, según el art. 213 TRLSA, repartir dividendos con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición (que fueron creadas por simple acuerdo de la Junta General, que consideró más conveniente para los intereses sociales sustraer beneficios al reparto anual).

a). Emisión de acciones a título de dividendos.

En este acuerdo de distribución, la Junta deberá fijar el momento y la forma del pago (art. 215 TRLSA), con lo que nada obsta a que la Junta acuerde entregar acciones (en lugar de metálico) a título de dividendos con cargo a beneficios del ejercicio, que es el único supuesto que contempla el art. 1352 del CC, que hace a las nuevas acciones privativas, con derecho a reembolso del valor satisfecho, no considerando incluido en el art. 1352

destinado a dividendo ese año en la cuenta de pérdidas y ganancias, con entrega de acciones en lugar de metálico, que es a lo que nos parece que se refiere el art. 1352 del CC, supuesto distinto al que contempla el art. 151 TRLSA, en el que la SA detrae del saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias de ejercicios pasados la cantidad que constituye las reservas.

del CC la entrega que se verifica con cargo a reservas disponibles, por la propia naturaleza jurídica de la reserva.

Sin perjuicio de comentar con posterioridad de nuevo la regulación de las acciones con cargo a reservas, nos vamos a detener en el supuesto incluido, de manera más o menos clara, en el art. 1352 del CC: ciertamente, ya hemos visto cómo la ampliación no equivale a un reparto económico, sino que las acciones liberadas con cargo a beneficios, como toda acción, representan una avá parte del patrimonio social(91), y no sólo una cuota de las reservas o beneficios no repartidos que sirven para liberarlas, y únicamente cuando las ganancias sociales pasen del patrimonio de la SA al patrimonio del socio(92), puede hablarse de reparto efectivo de beneficios(93).

Así las cosas, ese beneficio que no se reparte, sino que constituye el contravalor de las nuevas acciones(94) no puede corresponder sino al cónyuge accionista, como titular, en sus relaciones externas con la SA, y en la medida en que continúe materializado en acciones e incorporado al capital de la SA, por lo que resulta impecable la regulación del CC, en este aspecto de atribución de la titularidad de la acción, al resultar coherente con el régimen jurídico de la acción.

(91) Vallet de Goytisolo, *op. cit.*, p. 442, señala que las acciones no son únicamente una parte del capital social, sino que representan la titularidad de una parte alicuota del patrimonio social (cuota representada por la proporción entre el montante desembolsado de la acción de que se trate y el capital desembolsado).

(92) Vid. la distinción entre Sociedad y socio en Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, p. 238.

(93) De La Cámara, "El usufructo", *cit.*, p. 56, refiriéndose a la ampliación de capital mediante la capitalización de reservas, señalaba que éstas sólo podrán ser objeto de entrega si la SA se disuelve o reduce su capital, o si el socio ejercita, cuando le está permitido, el derecho de suscripción, supuestos que permitirían al usufructuario (en nuestro caso a la sociedad de gananciales) recuperar el contravalor de las acciones. Gil Rodríguez, *op. cit.*, p. 368, añade que, como con cualesquiera otros beneficios repartibles y no repartidos, habrá que conservar al usufructuario hasta el momento de aquélla el derecho a la compensación, a cargo del nudo propietario, por los retenidos durante el usufructo y que aún subsistan, que aparece, como veremos, reconocido para el usufructuario de acciones en el actual art. 68 TRLSA en sus párrafos 1 y 2.

(94) Vid. De La Cámara, "El usufructo", *cit.*, p. 58, quien destaca que ni siquiera para el accionista pleno propietario (*mutatis mutandi*, soltero) es indiferente que se le entregue directamente el beneficio en dinero con destino a su patrimonio particular, para gastarlo o invertirlo a su conveniencia, o acciones liberadas, lo que significa tener que dejar ese dinero en la Sociedad.

Es en punto a los reintegros donde deviene incongruente y difícilmente explicable la redacción del art. 1352; en efecto, no se puede obligar al cónyuge socio a reembolsar el valor satisfecho porque, en este caso, no existe tal previo desembolso en función del cual calcular la obligación de reintegro(95), ya que ningún valor se entregó en contrapartida de las acciones, y, además, puede suceder que nunca llegue a embolsarse, en efectivo, ningún beneficio(96) por virtud de la serie de circunstancias que pueden influir en la valoración de la acción como consecuencia de la evolución, favorable o adversa, de la SA.

Así, la compensación a la sociedad de gananciales, derivada de la detracción o retención en la SA de los beneficios que, de ser otro el acuerdo de la Junta, le hubieran correspondido, habida cuenta que no ha sido adecuadamente compensada por el aumento de beneficios o dividendos que lógicamente corresponden a un mayor número de acciones y que van a pasar a engrosar el fondo común, por cuanto este plus de beneficios debe de corresponder al riesgo que corre, durante esta detracción provisional, de que las acciones pierdan valor, y puede considerarse análogo a la rentabilidad de las sumas que le hubieran correspondido si se hubiesen repartido en metálico los dividendos en lugar de entregar acciones a título de dividendos(97); esa compensación, por tanto, debe de consistir en el mayor o menor valor que tenga la acción en el momento en que engrosa el patrimonio del socio, que no será siempre coincidente con el importe actualizado de su contravalor en el momento de la emisión, porque no se trata, en este caso, de ser más o menos protector de la sociedad de gananciales, sino de no olvidar la necesaria adecuación de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales al régimen y condición jurídica de

(95) Lacruz Berdejo, "Algunos aspectos", *cit.*, p. 566, interpreta la poco explícita terminología del art. 1352 respecto del reembolso en caso de acciones emitidas a cargo de beneficios, comparándolo con el uso de fondos comunes en la suscripción y concluye que ha de entenderse que el consorcio tiene derecho al reembolso del valor nominal de las nuevas acciones.

(96) *Vid.* Gil Rodríguez, *op. cit.*, p. 367, quien recuerda que en el caso del usufructo de acciones, según la normativa de la LSA de 1951, la ampliación no supone la consolidación del beneficio, que, aún convertido en contravalor de capital, todavía puede perderse durante el usufructo, pérdida que, en su caso, debería soportar el usufructuario.

(97) *Cfr.*, para el usufructo de acciones, Gil Rodríguez, *op. cit.*, pp. 281 y ss.

la acción, que nunca es beneficio hasta que se materializa, así como al régimen fiscal, a efectos del impuesto sobre las rentas del capital, establecido para el supuesto de acciones total o parcialmente liberadas(98).

Así pues, resulta incontestable, en este supuesto, que la propiedad de las nuevas acciones corresponde al socio, pero la obligación de abono a la sociedad de gananciales vendrá determinada por el montante que resulte, en el momento de devenir exigible, que no tiene que coincidir siempre ni necesariamente siempre con la liquidación de la sociedad de gananciales(99), y, por tanto a resultados del mayor o menor valor que expresen esas acciones por los incrementos o pérdidas experimentadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales hasta ese momento.

Lo contrario (es decir, la letra actual del art. 1352 del CC) sería tanto como afirmar que los aumentos de valor de una acción son bienes tangibles que pueden desprenderse físicamente de la acción y desconocer que sigue siendo una cualidad del bien aumentado, de tal modo que, siendo congruente con la atribución y reconocimiento de la participación de la sociedad de gananciales en las nuevas acciones y, aunque no es posible interpretar extensivamente el término frutos en el sentido de incluir en él cualquier rendimiento, utilidad, beneficio, plusvalía o aumento de valor experimentado por o proveniente o derivado de las antiguas acciones(100), lo que nos llevaría a entender que la plusvalía de las nuevas acciones es un fruto y, por tanto, perteneciente al titular del derecho de disfrute (la sociedad de gananciales), lo que, en fin, supondría vaciar de contenido el derecho del cónyuge accionista propietario, sin embargo, éste es deudor al consorcio del verdadero valor de las acciones.

(98) El cónyuge accionista sólo tributará por las acciones entregadas total o parcialmente liberadas en el momento de su materialización en dinero, no considerándose rendimientos de capital mobiliario en el momento de la entrega, como dispone el art. 37/uno/1 de la Ley 18/1991 de 6 de junio, reguladora del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

(99) Vid. Lacruz Berdejo, *Elementos*, cit., IV-1, p. 351, quien señala que el CC describe, *quod plerumque accidit*, que, cuando los desplazamientos entre masas no han sido corregidos antes, han de compensarse en la cuenta final, pero no pone inconveniente de tipo general ni se opone a que la tensión obligacional creada entre las masas se extingan, incluso compulsivamente, vigente el consorcio.

(100) Vid. De La Cámara, "La separación", cit., p. 70.

Para ser coherente, repito, con esa implícita afirmación contenida en el CC del derecho de la sociedad de gananciales a la participación en las nuevas acciones emitidas con cargo a beneficios, este derecho no puede consistir en el reembolso actualizado del valor satisfecho (*sic*), sino que, en la relación interna, la indemnización ha de consistir en el, mayor o menor, pero verdadero, valor de las acciones que pertenecen al propietario gracias al sacrificio impuesto a la sociedad de gananciales por las detracciones del beneficio repartible que se convierte en capital de la SA por la voluntad de la misma, expresada en Junta, solución que acoge el CC para el usufructo en el art. 502/2(101).

b). Emisión de acciones compensando su contravalor por el crédito por dividendos.

Puede suceder, por el contrario, que La Junta acuerde repartir dividendos, y que todavía no los haya entregado a los accionistas, disponiendo éstos de un crédito a su favor por esa cuantía, y si, con posterioridad, siempre antes del cobro del crédito, acuerda La Junta aumentar capital compensando su contravalor con el crédito, cumpliendo los requisitos exigidos en el art. 156 TRLSA, en este caso nos encontramos con un supuesto de adquisición de nuevas acciones, de nuevo, sin desembolso efectivo o, si se quiere, con desembolso de fondos comunes(102) (pues ese crédito no perdió nunca el carácter de bien ganancial).

En este supuesto de canje de créditos por acciones o, lo que es lo mismo, de transformación de créditos actuales en otros eventuales y relativos a la cuota de liquidación, o de extinción de los créditos actuales contra la Sociedad a cambio de nuevas acciones o del aumento del valor nominal de las antiguas (como dispone el art. 151 TRLSA), el derecho a reclamar a la SA los dividendos acordados constante matrimonio, es decir, la legitimación de acreedor por dividendos frente a la SA corresponde al

(101) *Vid.* Gil Rodríguez, *op. cit.*, pp. 296 y ss., que entiende aplicable la regla analógica del párrafo 2º del art. 502 CC para el usufructo de acciones.

(102) *Cfr.* Beaus Codes, *op. cit.*, p. 262, que entiende que el supuesto, sólo posible por acuerdo unánime de los socios acreedores, se refundiría en la primera parte del segundo párrafo del art. 1352 CC, como un desembolso más con fondos comunes.

cónyuge accionista(103), de tal modo que aquélla se libera entregándoselos, sin tener en cuenta ni prejuzgar si está casado o no, y en qué régimen.

Ahora bien, ello sólo debe de operar en el ámbito externo de las relaciones entre la SA y el socio, porque, en el ámbito interno, dada la ausencia de desembolso por el cónyuge accionista de fondos propios y la perfecta sustitución del crédito (cuyo titular es el accionista, pero con la obligación de entregar el importe al fondo común) por la acción nueva o el aumento del valor nominal de la antigua (que tiene también como destinatario forzoso al cónyuge accionista acreedor)(104), se produciría un claro perjuicio al fondo común y a su derecho a los dividendos acordados por la Sociedad durante el matrimonio si no se admite la recompensa correspondiente a la sociedad de gananciales que ha de consistir (en este caso más claramente, por cuanto la materialización del crédito líquido, vencido y exigible de los arts. 1195 y ss. del CC- según impone el art. 156/1/a TRLSA- es bien común) en el reconocimiento de la participación ganancial(105), según los casos, en las acciones o en el aumento del valor nominal.

Todo ello por no incurrir en la ya tan repetida desconsideración a la condición jurídica de las acciones, en tanto que han sido suscritas en su totalidad con fondos comunes y que, por lo mismo, le corresponde a la sociedad de gananciales su destino en el momento en que proceda el reembolso, incluyendo el plusvalor de esas acciones, que son privativas porque, aunque no puede olvidarse que son derivadas de los frutos de las antiguas, no pueden en sí mismas ser consideradas frutos, pero a los sólo efectos de la legitimación de su titular (conforme al art. 1384 del CC), lo que no supone ningún desequilibrio para el funcionamiento de la SA, que

(103) A diferencia del usufructuario de acciones, que, conforme al art. 67/1 TRLSA, es el titular del derecho de créditos, la sociedad de gananciales nunca puede serlo por carecer de personalidad jurídica.

(104) Lo que no significa que el art. 156 TRLSA incluya expresamente por esta razón, como veremos al tratar el supuesto de las aportaciones no dinerarias, la compensación de créditos como excepción al derecho de suscripción preferente, a diferencia del Anteproyecto de 1987 y del Proyecto de 1988.

(105) Beaus Codes, *op. cit.*, p. 262, entiende que, en este caso, conforme a lo dispuesto en el art. 1352 CC, la recompensa ha de consistir en el abono, en su día, a la masa ganancial del importe actualizado de su contravalor.

queda liberada de toda diligencia en cuanto a la naturaleza ganancial o privativa de las nuevas acciones.

Hemos visto hasta ahora cómo el CC, vulnerando el régimen, condición y naturaleza jurídica de la acción, se erige en protector de los intereses de la sociedad de gananciales mediante un mecanismo que trata de garantizarle un mínimo, representado por el importe actualizado del contravalor de las acciones emitidas con cargo a beneficios, lo que, en el caso de que las acciones aumenten de valor, deviene insuficiente por cuanto inexplicablemente no le corresponde al fondo común el plusvalor de las acciones, y, en caso de que disminuyan, más gravoso que la Ley del I.R.P.F. para el cónyuge accionista, aparte de difícilmente inteligible en el marco jurídico del normal funcionamiento de una SA.

c). Aumento con cargo a reservas.

Además, si ha habido un acuerdo de la Junta General de incorporación de los beneficios a las reservas, que hiciera perder a aquéllos su carácter propio, no puede deducirse, como ya hemos adelantado, de la letra del art. 1352 que corresponda ningún tipo de recompensa a la sociedad de gananciales por los beneficios integrados en las reservas ni por los aumentos posteriores de capital que se hagan con cargo a esas reservas expresas, a diferencia de lo que dispone el TRLSA para el usufructuario de acciones en el art. 68.

En consecuencia, si de lo que se trata por el legislador civil es de tutelar los intereses de la sociedad de gananciales no parece necesario desconocer el funcionamiento de una SA, que, fundamentalmente, es una sociedad de acciones, sino que parece suficiente introducir una norma de protección de los derechos del fondo ganancial frente a las decisiones de la Junta General que, legítimamente, por su soberanía, tengan como resultado el reiterado pase a reservas de beneficios obtenidos durante el matrimonio (sobre todo, si se tiene en cuenta que el voto en la Junta corresponderá siempre al cónyuge accionista), así como, también, la emisión de nuevas acciones con cargo a las mismas.

Es decir, así como el usufructuario de acciones tiene, según dispone el art. 68, párrafos 1 y 2 TRLSA, derecho a una compensación(106) por los beneficios integrados durante el usufructo en las reservas, obtenidos, no repartidos y acumulados en el patrimonio social, asimismo también deberá entenderse que esa compensación (cuyos criterios se expresan en el art. 71 TRLSA) ha de alcanzar el aumento de capital con cargo a reservas o beneficios con emisión de nuevas acciones o elevación del valor nominal de las ya existentes, porque si no se aplica analógicamente(107) a este supuesto de ampliación con cargo a reservas, ese derecho, que reconocen los párrafos uno y dos del art. 68 TRLSA, quedaría vacío de contenido acudiendo a la vía del aumento contable o nominal del capital, por virtud del trasvase de beneficios o reservas a la cifra de capital.

Así las cosas, si se quiere establecer, en el ámbito civil, una norma protectora tendente a corregir los posibles desequilibrios que puedan surgir, en los casos de aumento con cargo a reservas o beneficios, entre el patrimonio del accionista y el fondo común, al que corresponden sólo los beneficios que se distribuyan, no parece inoportuno la inclusión de una regla de liquidación como la del art. 68 TRLSA.

Con arreglo a dicho art. 68 sí se puede entender que la compensación por el incremento de valor experimentado por su inicial participación, como consecuencia del trasvase de reservas a la cifra de capital, será coincidente con el valor nominal de las nuevas acciones, porque la extensión del derecho de la comunidad a ésta tiene como finalidad el mantenimiento de la medida de su participación en los dividendos que se acuerden y porque, de este modo, por un lado, no se desconoce la soberanía de la Junta y la legitimidad antes reseñada, incontestada, de la transformación de beneficios en reservas y su posterior conversión en capital.

(106) Finalizado el usufructo de acciones, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la Sociedad integrados en las reservas expresas que figuren en el balance de la Sociedad (art. 68/1 TRLSA) o, disuelta la Sociedad, durante el usufructo el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente a ese incremento de valor (art. 68/2 TRLSA).

(107) *Vid.* Sánchez González, *op. cit.*, p. 427, quien se manifiesta en tal sentido a pesar de la supresión en 1989 de la explícita mención que el Anteproyecto de 1987 y el Proyecto de 1988 hacían a la obligación del nudo propietario, al término del usufructo, de abonar al usufructuario el valor nominal de las nuevas acciones o el mayor valor nominal atribuido a las antiguas.

Por otro lado, no se olvida que, si no se hubieran convertido en capital y se hubiesen repartido y distribuido como dividendo, le corresponderían a la sociedad de gananciales, así como tampoco se ignora el hecho de que el nudo propietario podrá, inmediatamente después de realizado el aumento de capital, vender las acciones y obtener así una contrapartida en metálico que sólo a él pertenece, a diferencia de lo que hubiera sucedido de haberse distribuido esos beneficios o reservas como dividendos(108), aunque en el supuesto de venta disminuye y se menoscaba la participación en la sociedad.

Por todo lo cual, en este caso, la compensación vendrá determinada por el valor nominal de las nuevas acciones, solución de equilibrio que, aparte de resultar respetuosa con el sistema de funcionamiento de una SA, asegura, en todo caso, el mantenimiento de un mínimo de compensación a la sociedad de gananciales, incluso para el supuesto de Sociedades que, constituidas para la realización de un negocio, llevan a cabo la distribución de beneficios, tan sólo, a través de la cuota de liquidación en el momento de finalización del mismo(109).

(108) No parece necesario, para concluir esta solución, llegar a afirmar que las reservas son frutos de la Sociedad que en lugar de pasar a los accionistas se incorporan a su patrimonio y se materializan en los distintos elementos del activo, ni que la emisión de acciones liberadas equivalga a un reparto de dividendos con aplicación subsiguiente e inmediata de los mismos a la adquisición de nuevas acciones porque estas afirmaciones son contradichas por la jurisprudencia del TS (S. de 15 de junio de 1982) y fiscalmente, a efectos del IRPF, no se liquida así, y son contestables, entre otras razones, como hemos visto, porque las acciones emitidas con cargo a reservas no son jurídicamente frutos, y mantener lo contrario sería desconocer las diferencias entre beneficios, dividendo, reserva y patrimonio (Vid. Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, pp. 258 y ss.), así como que con el aumento se produce un aguamiento del valor económico y político de la antigua acción (De La Cámara, "La separación", *cit.*, p. 67) sin perjuicio de que el posible desdoblamiento de la operación se contradice, entre otros aspectos, con la posibilidad de permitir la ampliación de capital, también, con cargo a la reserva legal, la que probablemente no pueda "repartirse", ni siquiera en este sentido restringido; pero véase, de opinión contraria, Lacruz Berdejo, "Algunos aspectos", *cit.*, p. 565.

(109) De La Cámara, "El usufructo", *cit.*, pp. 70 y ss., cita, como ejemplos, las sociedades que se fundan con el exclusivo fin de construir un bloque de viviendas, o de urbanizar, parcelar y vender una zona de terreno, en cuyos supuestos solamente cuando las actividades sociales entran en su fase final se materializan y concretan las ganancias; cumplidos sus objetivos, la sociedad se disuelve y sólo entonces se hacen efectivos los beneficios.

5. Aumento por conversión de obligaciones en acciones.

También representa una transformación del exigible en capital social el aumento de capital por conversión de obligaciones convertibles en acciones, con unos efectos similares a los de la ampliación por compensación de créditos: se elimina el reembolso del exigible, que tendría que ser atendido con activo circulante, sustituyéndolo por capital ampliado y sus efectos económicos consisten en la transformación de un coste fijo financiero (que son los intereses de las obligaciones en circulación o de los créditos) por una retribución variable en forma de dividendos de las nuevas acciones.

Se trata de nuevas acciones con destinatarios forzosos, los obligacionistas, y por ello no ha lugar al derecho de suscripción preferente (como sanciona el art. 159/2 TRLSA) con relación a las acciones que se emitan en ese aumento de capital(110), con lo que la solución al problema de la naturaleza privativa o ganancial de las nuevas acciones, vendrá directamente determinada por el carácter privativo o ganancial de las obligaciones, no siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 1352, que presupone la cualidad de "socio"(111).

Las nuevas acciones serán gananciales si ése era el carácter de las obligaciones, al igual que en el caso anterior deberán ser gananciales las

(110) Como en el momento de la emisión de obligaciones convertibles si se reconoce el derecho de suscripción preferente de los accionistas (arts. 158/1 y 293/1 TRLSA), resulta lógica la supresión *ex lege* de ese derecho en el posterior momento de la conversión de obligaciones: si las obligaciones no fueron emitidas como convertibles, así como en el aumento de capital por compensación de créditos (art. 156/1 TRLSA), y en la medida en que los accionistas no gozaron de esa inicial protección consistente en la atribución del derecho de suscripción, el legislador de 1989 permite suprimir ese derecho de suscripción preferente cuando lo exija el "interés de la Sociedad " por acuerdo de la Junta (art. 159 de la TRLSA, con las mayorías exigidas en el acuerdo de la Junta por el art. 103 al que se remite el art. 144, sin perjuicio de las acciones impugnatorias que reconoce al socio el art. 115 del mismo texto legal) con lo que se garantizan suficientemente los derechos del accionista, a la vez que no se desconoce la justificación de excluir el derecho de suscripción preferente, en esta modalidad de aumento de capital, como consecuencia de que las nuevas acciones ya tienen destinatarios y que este aumento suele ser una medida favorable al interés de la SA, por cuanto que se aligera el pasivo de la Compañía.

(111) Cfr. Pretel Serrano, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 658.

acciones si los créditos anteriores lo eran también, dada la perfecta sustitución de la obligación o el crédito por la acción nueva, y toda vez, además, que, conforme al actual art. 294/3 *in fine* TRLSA, no pueden ser convertidas obligaciones en acciones cuando el valor nominal de aquéllas sea inferior al de éstas, con lo que desaparecen los problemas derivados del antiguo art. 95/2 LSA 1951, que admitía la posibilidad de abono por los obligacionistas (acaso con dinero privativo) de la diferencia existente entre el valor nominal del conjunto de las acciones que se reciben y el valor de las obligaciones objeto de canje cuando aquél era inferior a éste(112). Hoy esta posibilidad está excluida por Ley.

6. Aumento con aportaciones no dinerarias.

En último término, siguiendo el esquema del art. 151 TRLSA, vamos a exponer la situación derivada del aumento de capital con aportaciones no dinerarias. A pesar de que la Ley de 1951 no lo declaraba expresamente, la doctrina consideró unánimemente que en este caso no entraba en juego el derecho de suscripción preferente porque las nuevas acciones emitidas en contrapartida de aportaciones *in natura* tienen destinatarios forzosos(113).

En el Anteproyecto de 1987 y en el Proyecto de 1988 se excluía expresamente el derecho de suscripción preferente cuando el aumento de capital se hiciera mediante compensación de créditos u otras aportaciones no dinerarias(114), pero, en el texto definitivo (art. 96/2 TRLSA) se suprimió la explícita exclusión(115) de este derecho en ambos supuestos de aumentos

(112) Supuesto en el que Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, p. 265, concluía que las nuevas acciones eran privativas si el dinero tenía tal carácter, pero también si era común, surgiendo en este último caso tan sólo un crédito a favor de la sociedad de gananciales. Asimila este supuesto al del desembolso parcial y sucesivo en la suscripción de acciones.

(113) *Vid.* De La Cámara, *Estudios, cit.*, II, p. 64 y allí referencias doctrinales en nt. 9.

(114) Siguiendo el modelo del art. 2444/1 del *Codice Civile* italiano, que, clara y expresamente, excluye el *ius optandi* respecto de las acciones de nueva emisión que, según el acuerdo de aumento de capital, deben de ser liberadas mediante aportaciones *in natura*.

(115) Pues a ello le autorizaba el art. 29/1 de la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13-XII-1976, que no contempla el supuesto de aportaciones *in natura* dentro de los que determinan la obligación, para las legislaciones nacionales, del reconocimiento del *ius optandi*.

de capital, que se someten a la regla general de posibilidad de exclusión del *ius optandi* por acuerdo de la Junta (art. 159 TRLSA), quizá en atención a la existencia de supuestos en que a pesar de tratarse de aportaciones no dinerarias, sin embargo, no parece ni justo ni equitativo para los accionistas, siempre o necesariamente siempre, excluir el derecho de suscripción preferente(116).

En todo caso, por lo que nos interesa, la naturaleza ganancial o privativa de las acciones dependerá claramente de la naturaleza de los bienes aportados, privativos o gananciales, si no juega el derecho de suscripción preferente(117); si, por el contrario, juega el derecho de suscripción preferente, se tratará, una vez más, de un supuesto, de los que predica el art. 1352 del CC, de acciones privativas, debiendo de satisfacer a la sociedad de gananciales el valor nominal de las acciones si los bienes aportados por el cónyuge socio que suscribe son bienes comunes, con lo que nos remitimos a todas cuantas reticencias hemos expresado con anterioridad respecto a la benignidad de éste criterio.

No obstante, en este caso, y como para la disposición de un bien común en concepto de aportación no dineraria el CC no prevé el sistema del art. 1384, parece que la salvaguarda de los intereses del otro cónyuge goza de suficiente protección, por cuánto si éste no tiene conocimiento o no presta su consentimiento expreso, podrá ser anulado el acto de aportación en la medida en que supone un acto dispositivo, por virtud de lo dispuesto en los artículos 1322 y 1377, con la aplicación de los párrafos primero y último del art. 1301 del CC, lo que podrá comportar importantes consecuencias para la SA.

En determinados supuestos, si la aportación no dineraria se estima como determinante para el aumento de capital, éste devendrá nulo (arg. ex art. 161/2 TRLSA y 1479/1 CC); en los demás, en la medida en que

(116) En este sentido Alvarez Alvarez, "Ejercicio", *cit.*, pp. 280 y 281, propugnó, bajo el imperio de la LSA de 1951, que la exclusión del *ius optandi* jugase sólo en el caso de aportaciones con carácter específico y que no consistieren en bienes absolutamente genéricos, y que se admitiera el derecho de suscripción preferente en el caso de que los bienes pudiesen ser aportados por los socios con facilidad.

(117) *Vid.* Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, p. 257.

el aumento requiere que el valor de cada una de las acciones sea desembolsado en un 25 por 100 como mínimo (art. 152/3 TRLSA) y, como en esta clase de aportaciones no suele ser posible el fraccionamiento, acontecerá que, por regla general, la aportación efectivamente se ha llevado a cabo, en cuyo caso, la anulación de la misma, por el cónyuge de cuyo consentimiento se prescindió, determinará la devolución de esas aportaciones al patrimonio conyugal con la opción para la SA entre la consiguiente nulidad parcial del aumento, reducción de capital y no inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de aumento de capital o la exigencia al cónyuge aportante del pago del valor que al tiempo de la anulación de la aportación tuviesen los bienes que hubiesen sido objeto de la misma, que evidentemente puede no interesarle a la SA si el valor en ese momento es menor que el que tenía al tiempo de ser aportada (arg. ex art. 1478/1 del CC al que se remite el artículo 39 TRLSA).

En fin, si la aportación no dineraria no se hubiese efectuado, el ejercicio de la acción de anulabilidad por el cónyuge legitimado también supondrá la obligación para el cónyuge socio de satisfacer su valor en dinero (artículo 134/2 *in fine* del Reglamento del Registro Mercantil), sin perjuicio, de nuevo, de la posibilidad de la SA de anular las participaciones adjudicadas al aportante con la consiguiente reducción del capital social y la obligación del cónyuge aportante de sufragar los gastos que haya ocasionado su obligación de aportación del bien ganancial.

Conforme al sistema seguido por la LSA de 1951 (art. 32), si la revisión *a posteriori* de la valoración por los administradores demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior a la cifra inicialmente asignada a las aportaciones, el cónyuge accionista podrá abonar la diferencia de valor (si no opta por la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia) surgiendo la duda respecto de a cargo de quién es tal abono(118).

(118) Este problema había sido expuesto por Alvarez Alvarez, "El aumento", *cit.*, p. 255, que contemplaba la posibilidad de una aportación no dineraria privativa que se rebaja de valor por aplicación del art. 32 de la LSA de 1951 y se opta por completar la diferencia con dinero ganancial, en cuyo caso defiende, sobre todo por razones prácticas, la atribución de todas las acciones al cónyuge accionista. También lo abordó con posterioridad Beaus Codes, *op. cit.*, p. 264, entendiendo (por cuanto que en el supuesto por él contemplado, el cónyuge no socio concurrió para dar su consentimiento -o

Frente a este sistema, con arreglo a la Ley de 1989 de SA, la valoración debe hacerse previamente y por expertos ajenos a la SA (arts. 38/3 TRLSA, art. 133/2 RRM, en conformidad con el art. 27/2 de la 2ª Directiva) con lo que su valor no se podrá aumentar artificialmente; si bien estos problemas desaparecen o se aminoran en gran medida con la nueva Ley de SA, sin embargo, puede discutirse todavía a cargo de quién sea la plusvalía o minusvalía que puede experimentar el bien ganancial aportado, en la medida en que la valoración que se dé en ese momento de aumentar el capital no coincida con la que tenga el bien cuando se libera totalmente la aportación, dado que el TRLSA otorga un plazo de 5 años para el desembolso total de las acciones (art. 155 TRLSA y art. 134 RRM, aplicable por remisión del art. 168/2 RRM), con lo que resulta probable que en ese plazo, que puede llegar a ser de 5 años, se produzcan alteraciones monetarias(119).

anuencia- a la aportación) que el abono de la diferencia de valor será de cargo de la sociedad de gananciales, como resultado de un acto de legal administración del art. 1362/3 CC.

- (119) Martínez Fernández, *Las Sociedades de capital conforme a la Nueva Legislación*, Madrid, 1990, pp. 672 y 673, entiende que el art. 155 TRLSA va dirigido a lograr una equivalencia entre patrimonio real y capital social, con lo que implícitamente exige que la valoración real coincide con la atribuida inicialmente; siendo el informe del experto único, parece que la plusvalía o minusvalía del bien será a cargo de la SA aplicándose, en caso de pérdida, la doctrina de los riesgos.