

Unión Concubinaria: Análisis desde la perspectiva patrimonial y especialmente su influencia en el Derecho Comercial

María del Carmen Acuña

El análisis de la Unión Concubinaria en el ámbito del Derecho Societario, resulta, en principio, casi igual al formulado por la doctrina desde hace décadas en relación a la Sociedad Conyugal. Esto es así en razón de que la ley 18.246 remite a las normas de la Sociedad Conyugal.

Sin embargo las disposiciones aplicables a la Unión Concubinaria presentan características propias, que no se superponen exactamente con aquellas de la Sociedad Conyugal, por lo que ameritan un estudio particular.

Adelantamos desde ya que uno de los puntos que nos presenta mayores dudas, es aquel en el cual hay coincidencia entre la existencia de bienes dentro de una Sociedad Conyugal y los mismos bienes, integrando una Unión Concubinaria reconocida.

Por otra parte, la ocasión es propicia para replantear un tema que, si bien ha sido reiteradamente investigado, no está laudado y es el referido al papel de la causa en la determinación de la naturaleza propia o ganancial del estado de socio, especialmente en las Sociedades Anónimas y específicamente en relación con las acciones, cuando éstas se han emitido al portador.

Dentro de este punto, habrá que discriminar, el momento de la emisión de las acciones, según ésta sea una emisión originaria o producida como consecuencia de aumentos de capital.

Y finalmente, otra área, que ha sido reiteradamente tratada, pero en la cual tampoco se ha logrado acuerdo se relaciona con la aplicabilidad a las acciones de la ley de títulos-valores y todas o alguna de sus características.

La intención de mi intervención en este programa organizado por la Facultad con la finalidad de brindar a los Profesionales la actualización permanente, además de proporcionar información incorporando mis opiniones personales, es estimular en Uds. la reflexión en temas importantes, sobre los cuales no hay una postura única, produciendo así una relación dialéctica.

Esta interacción generará, sin dudas, el avance del conocimiento.

1. Introducción

La ley 18.246, que reguló un nuevo instituto de las relaciones de pareja, familiares y patrimoniales, fuera del matrimonio, vino sin dudas, a llenar un vacío. Sin embargo, su mala técnica legislativa no nos ha permitido darle la bienvenida que hubiéramos querido.

Hasta la sanción de la citada ley, existían únicamente, normas para el matrimonio y en consecuencia, para las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Los problemas que se generaban en el área patrimonial, en los concubinatos, que por cierto en los hechos existían, se trataban de resolver con la aplicación de las normas del enriquecimiento sin causa o aquellas de la sociedad de hecho, porque la preocupación siempre fue evitar que uno de los miembros de la pareja se beneficiara, económicamente, en perjuicio del otro.

El Profesor Vaz Ferreira¹, en materia de concubinato aceptaba la aplicación de las normas del enriquecimiento sin causa, apoyándose en jurisprudencia y consultas propias. En una de sus consultas, citada en su Tratado², sostiene dentro del análisis del régimen de separación en el matrimonio, que puede decirse que en éste, dicho régimen no tiene consecuencias en cuanto a los bienes, ni en cuanto a los patrimonios de los cónyuges, siendo la situación la misma, que en los casos de convivencia sin matrimonio y que lo señalado no impide, que entre concubinos puedan nacer obligaciones originadas en ciertos contratos como la sociedad o cuasi contratos como el enriquecimiento sin causa. Finalmente concluye que, entre concubinos, sus relaciones patrimoniales, han recibido una solución justa y estrictamente legal, aceptando la configuración de una sociedad de hecho o más frecuentemente, aplicando las reglas del enriquecimiento sin causa.

Todas las uniones de pareja, existentes antes de la sanción de la ley, cuyas relaciones patrimoniales merecían un reconocimiento, eran heterosexuales. La ley que nos ocupa, introduce el instituto de la Unión concubinaria, con independencia de la opción sexual de sus componentes y además su sanción llega en un momento en que han aumentado las uniones concubinarias heterosexuales, promovidas quizás por un descreimiento de la institución matrimonial por parte de las generaciones más jóvenes.

Nuestra propuesta se va a circunscribir exclusivamente al análisis de las nuevas normas en el área patrimonial y dentro de ésta a su influencia en el Derecho Comercial. Para esto, incluimos una parte general, indispensable para la mejor comprensión del fin elegido.

En el análisis general de las nuevas normas, en el área patrimonial, ponemos el énfasis en aquellas que impactan en el ámbito del Derecho Comercial y en particular del Derecho Societario.

2. Parte general

La Ley 18.246, para la regulación de la Unión Concubinaria, remite a las normas de la Sociedad Conyugal, “en cuanto le sean aplicables” (*destacado nuestro*) (Artículo 5).

(1) Vaz Ferreira Eduardo-Tratado de Sociedad Conyugal-Págs. 668/671- FCU.

(2) Op.cit.

La primera interrogante que se nos presenta se refiere al alcance de esta remisión.- Debemos recordar, en ese sentido, que en la discusión parlamentaria quedó de manifiesto por parte de los legisladores, su voluntad expresa, de no confundir un instituto con otro. De manera que la aplicabilidad de las normas de la Sociedad Conyugal nacida por la celebración del matrimonio, no convierte a la Sociedad de Bienes emergente de un Concubinato, en un instituto idéntico a la primera. Por el contrario, son institutos absolutamente diferenciados y diferenciables.

La segunda interrogante que nos planteamos se relaciona con el momento del nacimiento de la Sociedad de Bienes proveniente de la Unión Concubinaria y en consecuencia qué efectos y desde cuándo se producen.

Parte de la doctrina³ ha sostenido que la sentencia de reconocimiento de la Unión Concubinaria es constitutiva de la Sociedad de Bienes. Esta posición, si bien tiene un fuerte respaldo legal en el arto. 5º, no es unánime. Hay otras voces, que privilegiando, no solamente las normas formales, sino el texto del propio artículo comentado, se inclinan por la hipótesis de que es la inscripción de la referida sentencia, la que da nacimiento a la Sociedad de Bienes.

Suele existir confusión en el efecto constitutivo de la norma, relacionado con el nacimiento de los derechos y obligaciones entre contratantes, lo cual en la hipótesis es el nacimiento de la Sociedad de Bienes y el efecto de inoponibilidad hacia terceros, que necesariamente se produce con la inscripción de la sentencia de reconocimiento de la Unión Concubinaria, en el Registro respectivo.

Si bien, nos inclinamos por apoyar la primera posición, por entender que el artículo 5º es una norma sustancial y clara, que además debe ser interpretada, insertada en el ordenamiento jurídico general, donde la distinción entre el nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes y su oponibilidad está bien regulada, no es de nuestro interés, instalar aquí una polémica. Las autoras citadas lo analizan detalladamente y arribar a una u otra conclusión no cambia para nosotros, un aspecto opinable, que creemos, la ley definitivamente no resolvió, cual es, qué sucede con las relaciones patrimoniales anteriores al reconocimiento de la Unión Concubinaria, cuando existía una Sociedad Conyugal.

A los efectos de eliminar posibles problemas de interpretación, dejamos aclarado, que cuando nos refiramos a Sociedad Conyugal, lo haremos, relacionando a aquella que nace con la celebración del matrimonio y cuando mencionemos la Sociedad de Bienes, será aquella que nace del reconocimiento de la Unión Concubinaria.

3. Nacimiento de la Sociedad de Bienes

3.1 Bienes adquiridos con posterioridad a la Sentencia de Reconocimiento. Análisis comparativo con los Bienes gananciales.

Nacida la Sociedad de Bienes entre concubinos, con el reconocimiento judicial de la Unión, y oponible luego de su inscripción, corresponde concluir que todos los bienes adquiridos por los concubinos, con posterioridad a la misma, son bienes de naturaleza concubinaria o concubinados

(3) Rivero Mabel-Ramos Beatriz-Unión Concubinaria-Págs.81 -FCU.

que integran la Sociedad de Bienes , a los cuales se les aplicarán las normas de la Sociedad Conyugal. En consecuencia, a cada uno de los componentes del Concubinato les corresponderá la mitad de los mismos y en etapa de liquidación de la Sociedad de Bienes podrán hacer uso del sistema de recompensas, previsto en nuestro Código Civil, a fin de recomponer los desajustes, que puedan probar, producidos con sus aportes reales y respectivos, así como de las reglas de administración y enajenación previstas para los bienes gananciales.

La ley dispone que los bienes son concubinados, siempre y cuando su adquisición, se haya hecho a partir del caudal común.

En la Sociedad Conyugal, la situación es la misma. Sin embargo, Vaz Ferreira⁴ hace un exhaustivo análisis, entendiendo la importancia que tiene el distinguir en forma precisa los bienes propios de los gananciales y partiendo del estudio del artículo 1964 del Código Civil que consagra la presunción de ganancialidad , efectúa salvedades que consideramos importantes y que relativizan las conclusiones. El artículo citado establece: "...se reputarán gananciales todos los bienes existentes en poder de cualquiera de los cónyuges al momento de disolverse la sociedad, si no se prueba que pertenecían privativamente al marido o a la mujer,..." (destacado nuestro).

Por otra parte, el artículo 1955 No. 1 del CC dispone que "Son gananciales los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga por la comunidad o por uno solo de ellos."

Esta disposición habla del caudal común, como también lo hace, en forma casi idéntica la Ley 18.246.

En ambos casos, parte de la doctrina ha interpretado, a contrario sensu de las respectivas normas comentadas, de que los bienes adquiridos a costa del caudal propio, no son gananciales, sino propios.

El Prof. Vaz Ferreira discrepa con ésta última afirmación e imputa a las diferentes fuentes del Código Civil, la contradicción de los textos. Es así que, por un lado, existe la influencia del proyecto de García Goyena que admite el instituto de la subrogación con una gran amplitud y por otro, el proyecto de Vélez Sarsfield, el cual, incluye las normas de la subrogación condicionadas al estricto cumplimiento de ineludibles formalidades, como fue recogido por nuestro Código Civil.

En consecuencia, para Vaz Ferreira⁵ son bienes gananciales todos aquellos adquiridos tanto a costa del caudal común como del caudal propio, generándose en el segundo caso, el derecho de compensación que no nace en el caso de que el dinero utilizado para la adquisición, fuera ganancial.

Esta opinión, que es aplicable a la Unión Concubinaria, no es compartida por las autoras Rivero-Ramos⁶, quienes sostienen que, de probarse que el bien, no ha sido ingresado a la Sociedad de Bienes, a costa del caudal común, éste tendría el carácter de propio.

(4) op.cit Pág 304-# 120

(5) (op.cit.pág 322)

(6) (op.cit)

No compartimos, esta afirmación, en primer lugar porque creemos que se aparta de las pautas del ordenamiento jurídico, que más allá de las contradicciones provenientes de sus distintas fuentes, tiene una regulación clara, que ha sido magníficamente desarrollada y convincentemente explicada por el Prof. Vaz Ferreira. Sostener lo contrario nos lleva a aplicar las normas de la Sociedad Conyugal, en forma parcial, eliminando incomprensiblemente, por ejemplo la posibilidad de recompensas.

En segundo lugar nos preocupa que, el hecho de sostener que en la Sociedad de Bienes puedan existir bienes adquiridos con posterioridad a su reconocimiento, con diferentes naturalezas, genera inseguridad jurídica, ya que aquella dependería de la prueba que pudiera presentarse en cada negociación. Hacemos la salvedad obvia que esto ocurre, siempre y cuando dicha adquisición no tenga una causa anterior al reconocimiento, o no se hubiera producido por herencia legado o donación.

En la posición que en principio más nos convence, el problema queda reducido a los cónyuges y ahora a los concubinos, pero no involucra, a terceros ajenos a dichas relaciones. En todo caso el bien, aún proveniente del caudal propio de uno de los concubinos, tiene naturaleza concubinaría; y entre los miembros de la UC generará recompensas y los terceros no estarían sometidos a la prueba respecto de la procedencia del dinero aplicado a la adquisición, que cambiaría esta conclusión.

3.2 Frutos, rentas e intereses procedentes de los bienes propios

El artículo 1955, numeral 4º dispone que también son gananciales los “frutos, rentas e intereses percibidos durante el matrimonio, sean procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges”.

Esta norma aplicada a la Unión Concubinaría es de aquellas que crean múltiples problemas, especialmente en Derecho Societario.

El Prof. Vaz Ferreira⁷ recuerda que “se da generalmente el nombre de frutos a los productos ordinarios de una cosa, es decir a los productos que la cosa da y está destinada a dar en épocas periódicas más o menos repetidas”.

Los frutos provenientes de bienes propios producidos, inmediatamente después de la celebración del matrimonio o del reconocimiento de la UC, tienen naturaleza ganancial o concubinaría, respectivamente. Aquí se transgrede en alguna medida, el principio ya comentado, de no aceptar el enriquecimiento de un cónyuge o concubino, en perjuicio del otro. Siguiendo siempre a Vaz Ferreira, recordamos que éste intenta revertir tal injusticia, y citando a Planiol y Ripert, aplica una interpretación tomada del Derecho francés, según la cual, la comunidad debe recompensar al cónyuge propietario o al concubino propietario, por la inversión hecha para la producción de esos frutos.

Al final de la comunidad, el propio Código dispone el prorrato, para los frutos aún pendientes (artículo 2009).

(*) (op.cit)

Existen pues dos soluciones distintas y hasta contradictorias, para dos momentos diferentes de los mismos institutos: el del nacimiento de la Sociedad Conyugal o Sociedad de Bienes y el de su finalización. Por lo que nos parece compartible la solución que Vaz Ferreira aplica, a los efectos de recomponer una evidente injusticia.

Retomaremos este análisis más adelante cuando estudiemos la naturaleza de las utilidades de las Sociedades Comerciales, de participaciones sociales, de naturaleza propia.

3.3 Posibilidad de optar por una administración diferente a la legal

Lo visto hasta el momento, es sin perjuicio de las posibilidades de que gozan los cónyuges y los concubinos, de darse, por vía convencional, regímenes diferentes al legal. Para el caso del matrimonio están reguladas las capitulaciones matrimoniales en el arto. 1938 y siguientes del Código Civil, las que deberán otorgarse antes de la celebración de aquel, so pena de nulidad. Para la Unión Concubinaria el multicitado artículo 5, hace la remisión a las normas de la Sociedad Conyugal, con lo cual, quizás, hubiera alcanzado para concluir que los concubinos pueden otorgar capitulaciones matrimoniales, previo al reconocimiento de su unión. Pero, la norma, y en forma expresa dispone que se aplican las normas de la Sociedad Conyugal, siempre y cuando no optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración.

Hay comentarios en la discusión parlamentaria que traslucen la amplitud del legislador para la recepción de esta posibilidad. Tendrán pues los concubinos, la libertad de convenir un régimen distinto, como la que gozan los cónyuges, salvo las limitaciones impuestas por el propio Código y aquellas, contenidas en el artículo 188, que tienen relación directa con la naturaleza del instituto.

En cuanto a las formalidades, deberán aplicarse aquellas previstas en el artículo 1943 del CC, e inscribirse en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Uniones Concubinarias, de acuerdo al artículo 34 de la Ley 16.871 con la modificación incorporada por los artículos 12 y 13 de la Ley 18.246.

Creemos que se podrán, entonces otorgar capitulaciones, por vía contractual, o incluir la opción de un régimen distinto, en la declaración, en este caso de ambos concubinos, al solicitar el reconocimiento de su Unión, y siempre y cuando se enmarque en el inciso final del artículo 1943 CC. No corresponderá esta última opción si el reconocimiento de la UC es solicitado por uno solo de los concubinos.

3.4 Bienes adquiridos con anterioridad a la sentencia de reconocimiento

Los bienes adquiridos con anterioridad a la sentencia de reconocimiento de UC, no deberían integrar la Sociedad de Bienes, pues de acuerdo a los principios generales, deberían tener naturaleza de bienes propios de cada uno de los concubinos.

Sin embargo la Ley 18.246, en su artículo 5, establece que la declaración de promoción del reconocimiento, hecha por ambos concubinos o por uno de ellos en forma separada, contendrá la fecha de comienzo de la unión y **la indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común, para determinar las partes constitutivas de la nueva so-**

ciudad de bienes (destacado nuestro).

En una primera lectura podemos concluir que la Sociedad de Bienes que nace con la sentencia de reconocimiento de la UC, estaría integrada por bienes concubinados (adquiridos con posterioridad, como ya afirmamos, ya sea a partir del caudal común como del propio); por los frutos, rentas e intereses, generados con posterioridad a la sentencia de reconocimiento y provenientes de bienes propios de cada uno de los concubinos; y eventualmente, por otro tipo de bienes adquiridos con anterioridad a la sentencia, (en principio propios del que lo adquiere) pero durante el período de convivencia exigido por la ley (mínimo 5 años).

Antes de seguir adelante, es conveniente recordar, que las conclusiones serán distintas si el solicitante del reconocimiento judicial, es soltero, viudo, divorciado o casado.

En la primera de las opciones de estado civil, no existen dificultades.

En el caso de que fuera divorciado pueden estar presentes los derechos del excónyuge no concubino, respecto de los bienes adquiridos vigente la Sociedad Conyugal, y siempre y cuando estuvieran, aún en indivisión postcomunitaria.

En el caso de que estuviera casado aún, bajo el régimen legal, y en virtud de que el reconocimiento de la UC produce la disolución de su Sociedad Conyugal, pueden tener que atenderse los derechos del cónyuge no concubino, respecto del bien originariamente ganancial.

En el caso del viudo, los derechos perjudicados pueden ser, eventualmente, los de los herederos, si aún persiste la indivisión hereditaria.

La sentencia de reconocimiento judicial de la UC disuelve la Sociedad Conyugal existente; pero no lo hace con retroactividad al momento en que se probó la convivencia, sino que la disuelve a partir del reconocimiento de la UC. Y es a partir de ese momento, que la comunidad existente, de tipo germánico (gessammte hand) pasa a un régimen románico.

La gessammte hand, teoría tomada de Alemania, ha sido aquella utilizada por Vaz Ferreira⁸ para explicar la naturaleza de la comunidad que se forma con la Sociedad Conyugal, diferente a la de tipo romano. En la primera, una de sus características fundamentales, es que cada cónyuge no tiene una cuota, sino una participación en cada uno de los objetos que integran el patrimonio común, no pudiendo expresarse numéricamente, no pudiendo disponer de ella y existiendo la administración de mano común. Recién después de disuelta la Sociedad Conyugal, se pasa a una comunidad de tipo romano, en la cual se expresa numéricamente la participación de cada cónyuge, y existen cuotas definidas de cada uno⁹.

Como afirma Masse citado por Vaz Ferreira, en la Sociedad conyugal existe la sensación de un patrimonio separado donde hay tres patrimonios, uno común y los otros dos propios de cada uno de los cónyuges.

Es el patrimonio común, que a raíz del reconocimiento de una Unión Concubinaria sería “in-

(*8) op. cit.

(*9) Ema Carozzi. Manual de la sociedad conyugal-FCU

vadido” por los derechos del concubino no cónyuge. Pero nos preguntamos si esta “invasión” puede destruir los derechos nacidos en la comunidad, especialmente los del cónyuge no concubino.

Una respuesta a esta interrogante estaría en que una vez disuelta la Sociedad Conyugal, (en este caso por el reconocimiento de la UC) nace la designada por Vaz Ferreira como indivisión postcomunitaria, indivisión de tipo romano donde hay cuotas partes numéricamente distinguibles. El cónyuge no concubino tendría pues, su mitad de gananciales intocada e intocable, y el cónyuge concubino compartiría su cuota con su concubino, en razón del reconocimiento de su Unión.

Ejemplificando, y para mayor comprensión de lo que queremos expresar, supongamos que, vigente la Sociedad Conyugal, se adquirieron bienes que, de acuerdo a la normativa aplicable, tienen la naturaleza de bienes gananciales.

Sin embargo, si uno de los cónyuges prueba que convivió- en las condiciones que la ley exige- durante por lo menos, los últimos 5 años con otra persona y esos bienes, en realidad, se adquirieron a partir del caudal común de los concubinos, según lo afirmado por Rivero-Ramos¹⁰, el bien, pasa a tener naturaleza concubinaria abandonando su naturaleza ganancial.

En esta hipótesis y tratándose de un bien inmueble y siendo bien ganancial, para su enajenación deberían confluir los consentimientos de ambos cónyuges. Pero si éste cambia la naturaleza, y pasa a ser un bien concubinado, su enajenación requeriría el consentimiento de ambos concubinos prescindiendo de aquel del cónyuge.

Hemos sostenido en trabajo presentado a la Jornada Notarial Uruguay del año 2008, realizada en Colonia, que no compartimos esta solución por convertir la Ley 18.246, en retroactiva y generar grandes inseguridades en la contratación. No tenemos dudas que los bienes adquiridos, vigente la sociedad conyugal y con anterioridad a la sentencia de reconocimiento judicial de la UC, tienen naturaleza ganancial, habiéndose ya producido el efecto de tal.

Hagamos memoria de la clasificación que hace Roubier en su obra, citado por las Dras. Rivero y Ramos¹¹ diferenciando las leyes retroactivas, de las de aplicación inmediata y de las de aplicación diferida. Las leyes retroactivas son tales cuando la nueva ley vuelve sobre efectos ya consumados, bajo la ley anterior; es decir modifica los efectos ya producidos antes de la vigencia de la nueva ley. Las leyes de aplicación inmediata proyectan sus efectos en el tiempo con posterioridad a su sanción, aunque sean derivados de una situación anterior que aún no ha producido efectos. Finalmente las leyes de aplicación diferida regulan relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a su sanción.

La alteración de la naturaleza jurídica de los bienes gananciales, con el reconocimiento de una UC, convierte a la Ley 18.246 en una ley retroactiva violando el artículo 7 de nuestro Código Civil, en razón de que modifica efectos ya consumados.

Nos gustaría recordar lo afirmado ut supra, y que se aparta de lo defendido por Rivero-Ramos, que el hecho de que el bien ingresado a la Sociedad de Bienes, provenga del caudal común o del

(*10) op.cit.

(*11) Roubier “Conflicto de las leyes en el tiempo, citado por Rivero-Ramos

caudal propio, resulta irrelevante, ya que lo único que cambia, en la última hipótesis, es el derecho de recompensas que se le genera, disuelta la Sociedad, a un concubino contra el otro, quien no colaboró económicamente en la adquisición. Por otra parte, también hemos consignado la opinión coincidente del Prof. Vaz Ferreira, emitida en relación con la Sociedad Conyugal.

Los autores, para admitir esa transformación en la naturaleza de los bienes, se han apoyado en dos argumentos.

El primero es de texto, ya que el arto.5 de la Ley 18.246 dispone que la indicación de bienes se hace para “determinar las partes constitutivas” de la nueva Sociedad de Bienes.

Nosotros pensamos, que el legislador, al remitirse a las normas de la Sociedad Conyugal, no tenía la necesidad de referirse a esa “determinación”, ya que esos bienes siempre serán la mitad para cada concubino, no habiendo posibilidad de otro porcentaje, salvo aquel que le pertenece al cónyuge cuya Sociedad Conyugal se disuelve con la sentencia de reconocimiento, que no lo debe perder, ya que es un derecho que nació con anterioridad a la sentencia de reconocimiento.

El segundo argumento, utilizado por los autores para sostener que en realidad el bien ganancial pasa a ser un bien concubinado, se basa en que nuestro Código reguló un cambio de naturaleza semejante en el artículo 1996 del Código Civil, que permite el cese de la separación judicial de bienes, volviendo todo al estado anterior como si ésta no hubiera existido.

Pero, esta posibilidad está regulada de forma muy restringida, y se produce exclusivamente en la hipótesis regulada, cuando el cese, haya sido decretado por el Juez y solicitado por ambos cónyuges. La regulación del 1996 del CC es tan específica que no la consideramos aplicable a la Unión Concubinaria, ni por vía analógica.

Que el CC, haya previsto eficazmente la posibilidad de un cambio sustancial en la relación entre cónyuges, no es asimilable a la que supuestamente se produce con la ley 18.246. Primeramente porque no hay indicios en la Ley concubinaria, de la regulación de una disolución de la Sociedad de Bienes, por vía judicial. Exclusivamente normó la disolución de la Unión Concubinaria, guardando silencio absoluto, en relación con los efectos patrimoniales que ésta produciría.

La reversión al régimen legal dispuesto por el arto.1996, está previsto para la existencia de la separación judicial de bienes durante el matrimonio, hipótesis que, en principio, no parece aplicable a la Unión Concubinaria. Y aunque se considerara aplicable, esto deberá suceder con las exigencias que el propio artículo 1996 regula, las cuales son rigurosas y reiteramos, no aplicables por vía de analogía.

Por otra parte, las consecuencias de la reversión al estado anterior, se produce entre los cónyuges, que prestan, ambos, su consentimiento.

En cambio en la situación de la UC, no se puede retrotraer las cosas al estado anterior, entendiéndose como éste a la Sociedad de Bienes, ya que ésta nunca existió, sino que recién nace con la sentencia de reconocimiento judicial de la UC. Por otra parte, en esta hipótesis, los derechos alterados, no son exclusivamente los de los concubinos, sino que se proyectan hacia terceros, (cónyuge, excónyuge, herederos) como quedó explicado anteriormente.

En los hechos, hay una coexistencia de la Sociedad Conyugal con la Unión Concubinaria, que produce efectos que deberán respetarse, tales como los derechos adquiridos del cónyuge o excónyuge no concubino, sobre los bienes gananciales, reitero, independientemente si colaboró o no, con la adquisición. Si no colaboró deberá recompensas, pero la titularidad de su mitad no deberá ser alterada.

Sin embargo y antes de cerrar el presente capítulo, nos gustaría presentar otra interrogante, aún siendo concientes de que no contribuya a la aclaración, en cuanto a si el reconocimiento de la UC, no constituiría finalmente, la prueba que destruye la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos, vigente la Sociedad Conyugal.

Afirma la Dra. Ema Carozzi¹² que el artículo 1964 del CC establece una presunción relativa, que tiene alcance meramente probatorio. Conforme con dicha presunción, dichos bienes se reputarán gananciales si no pudiese probarse lo contrario, siendo dicha presunción relativa y de naturaleza probatoria, no sustancial. Sostiene la autora citada que: "...a efectos de destruir esta presunción será necesario probar que el título y modo de adquisición del bien de que se trate, no determina la ganancialidad del mismo. Probada fehacientemente la manera en que fue adquirido, la presunción de ganancialidad cesa de producir efectos.... Frente a una disposición muy similar a la nuestra, Somarriva expresa respecto del derecho chileno, que la finalidad de esta norma es salvaguardar los intereses de los terceros acreedores de la sociedad y facilitar la liquidación de ésta. La norma chilena expresa en el inciso 2 del artículo 1739 del CC, que ni la declaración de uno de los cónyuges, ni la confesión del otro, se estimarán suficiente prueba del carácter propio del bien..... Idéntica presunción relativa y de prueba está tomada en el Derecho argentino y en el actual Derecho francés...".

Surgen de la cita transcripta dos elementos importantes: el primero referido a que la destrucción de la presunción de ganancialidad se debe basar en el título y modo de adquirir el bien ganancial. El segundo, se relaciona con la protección a los derechos de los terceros. Y nos lleva a concluir, que si bien no tenemos norma similar a la chilena, por aplicación de los principios generales, la declaración de uno de los cónyuges -el concubino- no deberá estimarse como suficiente prueba del carácter propio del bien.

En consecuencia, si el título y modo de adquisición se producen vigente la sociedad conyugal, la confesión del concubino-cónyuge, no es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad.

El reconocimiento de la Unión Concubinaria del cónyuge concubino no debe perjudicar los derechos adquiridos del cónyuge no concubino.

3.5 Breve referencia a la causa

Es indispensable hacer una breve referencia a la noción de causa.- Esta obviamente no ha sido clara no obstante su importancia, en razón de lo cual, hay diferentes interpretaciones en doctrina.

El Escribano Eugenio Cafaro¹³ hace un estudio del artículo 1961 del Código Civil y después

(12) op. cit. Pág 68

(13) Cafaro Eugenio -Revista AEU, Tomo 68, Números 7-9 Pags- 219 a 222

de analizar separadamente las nociones de título y causa concluye que son conceptos sinónimos, existiendo “inevitablemente equivalencia entre título y causa de la adquisición.

Significan para el autor, la razón o motivo de alguna cosa, que permite explicar por qué se ha producido algún efecto; un hecho precedente que guarda una relación de necesidad, según la cual, de no haber sido por el hecho anterior no existiría el posterior.

Por su parte Vaz Ferreira¹⁴ analizando el mismo artículo, también afirma que la noción de causa es muy controvertida, incluso cita diferente jurisprudencia que se inclina por diferentes acepciones.

El autor de referencia, reconoce el antecedente del artículo en un texto de Pothier¹⁵ que es reproducido por nuestro Código casi en forma literal en el cual también hay una referencia a “título o causa”.- Además cita las afirmaciones de Huvelin¹⁶, en el sentido de que la tradición es un simple hecho consistente en la entrega material que se produce por la voluntad recíproca de hacerla y esta intención recíproca se reconoce en la causa, colocándola como fundamento de la tradición.-

Arturo Iglesias, también citado por Carozzi¹⁷ diferencia título de causa, entendiendo que el primero se relaciona con los modos de adquirir derivados, mientras que la última se refiere al modo de adquirir originario.

Recientemente Gamarra¹⁸ en lo que podríamos llamar un nuevo concepto de causa, expresa: “La reciente evolución doctrinaria en torno a la causa como elemento del contrato ha marcado un cambio en la noción de ésta como función económica. La noción abstracta (en su versión francesa o italiana) no permitía la valoración de los motivos. La causa como función económico-social comenzó a ser sustituida por la causa como función económica individual, lo cual significa un pasaje desde lo abstracto hacia lo concreto. Aparece entonces una nueva noción de causa en la que varía la manera de apreciarse la función económica del contrato, con una perspectiva más realista que enfatiza la causa real y la función práctica. Como consecuencia, se replantea el tema de la relevancia de los motivos y su penetración en el contenido del contrato, en virtud de lo cual se atendería a las particularidades y especificidades de cada contrato.”

Esta opinión, que podría calificarse como la doctrina más moderna en el concepto de causa, se respalda en la doctrina italiana más reciente (Gazzoni, Breccia, Bessone, Roppo entre otros, quienes siguen la posición sustentada por Ferri) y que afirman que: “La causa es función económica individual porque el interés y la regulación negocial son individuales. El intérprete es convocado entonces a una tarea de escrutinio y averiguación concienzuda sobre las particularidades del negocio; los intereses que fueron determinantes comienzan a ser valorados, aunque vayan más allá de la esquemática descripción aportada por el tipo. Con la doctrina tradicional quedan afuera todas las circunstancias que no se habían objetivado en cláusulas contractuales, las cuales, en muchos casos constituyen la verdadera razón del acuerdo.

Es así que según esta posición deberán considerarse las particularidades y especificidades de

(14) op. cit. Págs 360/361

(15) Pothier-Traité de la Communauté citado por Vaz Ferreira,

(16) Huvelin Cours Elémentaire de droit romain citado por Vaz Ferreira

(17) op.cit (Yglesias Arturo-Revista de Derecho de Familia No.4 Pág.109)

(18) Gamarra Revista Crítica de Derecho Privado No.5 Año 2008 Pág 113

cada contrato. Para saber cuál fue la causa del contrato en análisis no puede prescindirse de averiguar cuáles fueron los intereses individuales que determinaron el acuerdo, no alcanza la mera comparación con el tipo, sino que habrá que buscar la común intención.

Estas citas doctrinarias, tan variopintas, con esta rotación tan importante por parte de Gamarra en el concepto de causa, nos conducen ineludiblemente a sostener que el mismo ha sido y es confuso.

Las conclusiones a que se podrá arribar, en cuanto a la naturaleza propia, ganancial o concubinaria, dependerán de la adhesión que hagamos a las posiciones tradicionales de los exégetas, con sus variantes, o por el contrario del camino que hagamos, comenzando a pensar sobre la base de la nueva doctrina que apoyada en la moderna doctrina italiana, ha empezado a defender Gamarra entre nosotros.

Definitivamente, no es un punto fácil de dilucidar, pero de ineludible consideración, en razón de ser uno de los elementos esenciales para la validez de los contratos (arto. 1261 CC).

4. Derecho Societario

Ley 16.060

Pasaremos al análisis de la aplicación de las normas y su interpretación, desarrolladas en la parte general del presente trabajo, en el Derecho Societario. Es así que tendremos en cuenta la naturaleza propia o ganancial de la parte social en las Sociedades Personales, y de las acciones en las Sociedades de Capital, según la constitución de las mismas fueran anteriores o posteriores al reconocimiento de la UC; utilidades de los socios o accionistas; necesidad del consentimiento del concubino en la enajenación de partes y acciones y la naturaleza de las acciones emitidas por aumento de capital.

Las normas de la Sociedad Conyugal, son de difícil armonización con el Derecho Societario, por las peculiares características del instituto sociedad. Frecuentemente se genera colisión de principios que desencadenan diferentes interpretaciones en doctrina y jurisprudencia. A esto se agrega, que cualquier análisis que se haga, debe abordar por separado, los diferentes tipos de sociedades, las personales y las de capital, en virtud de la diversidad de la problemática que cada categoría plantea.

A estas dificultades, luego de la sanción de la Ley 18.246, se incorporan las que presenta la Unión Concubinaria como tal, agravada por su deficiente técnica legislativa.

4.1. Sociedades Personales

Al momento de constituirse una sociedad comercial, cada uno de sus integrantes, cumplida que sea la obligación principal de aportar, adquiere la calidad de socio.

Joaquín Rodríguez Rodríguez¹⁹, tratando de desentrañar el concepto, citando a Dalmartello,

(19)Rodríguez Rodríguez Joaquín-Tratado de Sociedades mercantiles-Tomo II Págs. 89/91. Editorial Porrúa S.A.

afirma que el estado de socio es el conjunto de deberes y derechos, de las funciones y los poderes que el socio tiene frente a un centro idealmente subjetivizado. Ciertamente es una posición jurídica dentro de la sociedad, pero no exclusivamente. El estado de socio entraña también derechos y deberes, entre los socios, y frente a terceros, dependiendo del tipo social del cual se trate.

El estado de socio se representa, o materializa en una participación social, cuyos límites están fijados por su aporte, como alícuota del capital de la sociedad, la cual entra a formar parte del patrimonio individual del socio. La participación social es un bien mueble con un valor de mercado y por ende transmisible a otros, que de adquirirlo, reciben el status de socio que perteneció al enajenante.

En consecuencia, el estado de socio y la participación social, consecuencia de aquel, son dos aspectos de una misma situación.

A los efectos de nuestro estudio, son claramente diferenciables.

4.1.1. Constitución de una Sociedad Personal antes del reconocimiento judicial de la Unión Concubinaria por persona, soltera o casada.

Quien constituye la Sociedad comercial, es quien adquiere la calidad de socio y será quien en adelante ejercerá sus derechos sociales, con independencia del estado civil que tenga en ese momento.

El estado de socio pertenece al socio que constituye la sociedad y no a su cónyuge o a su concubino, aunque estuviera vigente o no, su Sociedad Conyugal o su Sociedad de Bienes. El ser socio es una cualidad, de la cual no participa el otro miembro de la pareja; éste último es un tercero para la sociedad, no genera vínculos con ella, sino que adquiere un derecho de crédito contra el miembro de la pareja socio.

Lo mismo sucede cuando la participación social se enajena. Quien la adquiere recibe el status de socio, y no su cónyuge o concubino, quien está en la misma situación que venimos de analizar en el párrafo anterior. Para que el cónyuge o concubino sea socios, deberá ser también adquirente o constituyente de la sociedad comercial.

En este sentido, Vaz Ferreira citando a Capitant²⁰ afirma que cuando el marido se ha convertido en socio de una sociedad, el interés que él tiene en dicha sociedad es común a ambos cónyuges, el interés cae en la comunidad. Pero el hecho de que la parte de interés se haga común, no permite concluir que la comunidad conyugal, en caso de disolución, pueda tomar el lugar del cónyuge en la sociedad. El cónyuge sigue siendo el marido, y los derechos de la mujer son a la mitad del valor de la parte social que quedó indivisa, pero “no puede inmiscuirse en los negocios sociales” (destacado nuestro). Incluso para partir ese valor, no es necesario esperar a la disolución de la sociedad, ya que la partición puede hacerse simplemente evaluando la parte y sin entorpecer en lo más mínimo el funcionamiento de la sociedad comercial.

Sin embargo, el estado civil del socio es importante para la determinación de la naturaleza de

(*20) op.cit págs 712/713

la participación social como sucede con todos los bienes que integran su patrimonio individual y para integrarla o no a la comunidad. Esta tendrá naturaleza propia, ganancial o concubinaria, dependiendo de la situación en que se encuentre el socio, su titular, al momento de constituirse la sociedad o al momento de su adquisición, porque es en esos contratos donde está contenida la causa. En el caso del concubino, interesará si al momento de constituirse la sociedad ya tenía su Unión reconocida judicialmente.

En consecuencia, todo lo visto en la primera parte de este trabajo, se aplicará a la naturaleza de la participación del socio. Pero con relación al estado de socio, el estado civil o su Unión Concubinaria reconocida, existente al momento de la constitución o al momento de la adquisición, no provoca alteración alguna.

Supongamos la hipótesis de una persona soltera, que constituye una sociedad comercial, la participación social es propia. Luego logra el reconocimiento judicial de una Unión Concubinaria, declarando entre los bienes aquella participación, adquirida a partir del caudal común o propio de los concubinos. De acuerdo a lo consignado en la primera parte, entendemos que debería seguir siendo propia. Sin embargo, en este caso, podríamos aceptar que cambiara de naturaleza y pasara a ser concubinaria, ya que con este cambio no se perjudica a terceros. Pero cualquiera sea la solución, desde el punto de vista de la calidad de socio, no hay variantes. El otro concubino no adquiere por el reconocimiento judicial de su UC, la calidad de socio.

La otra posibilidad es que el socio constituya la sociedad comercial siendo casado, vigente su Sociedad Conyugal; esta participación social tiene naturaleza ganancial. Luego logra el reconocimiento de una Unión Concubinaria, momento en que queda disuelta la Sociedad Conyugal ex nunc. Respecto del estado de socio, la situación es idéntica a la que analizamos en párrafos anteriores. El socio sigue siendo quien constituyó la sociedad. En consecuencia con respecto a este tema no nos interesa lo polémico de la interpretación señalada.

En la posición de las Dras. Rivero-Ramos, esta participación social cambiaría de naturaleza; pasaría de ganancial a concubinaria.

Como ya hemos reseñado, no compartimos esta posición. Creemos que la participación sigue siendo ganancial, ya que sostener lo contrario sería lesionar los derechos del cónyuge no socio, por acto unilateral.

Nos preguntamos nuevamente si el reconocimiento de la Unión Concubinaria operaría como la prueba en contrario, mencionada en el artículo 1964. Seguimos sin compartir la hipótesis, ya que la prueba no puede ser ofrecida por uno solo de los miembros del matrimonio, en perjuicio del otro.

Existirá un derecho de crédito del concubino no socio, no cónyuge, contra el otro concubino, cuando aportó dinero, tanto para la constitución de la sociedad como para la adquisición de la participación social y, en consecuencia deberá ser resarcido, por la Sociedad de Bienes.

Para la enajenación de la participación social, y en virtud que el reconocimiento de la UC disolvió la Sociedad conyugal, deberá obtenerse el consentimiento de ambos cónyuges. Para Rivero-Ramos el consentimiento necesario sería el de los concubinos.

En caso tanto de disolución de Sociedad Conyugal, como de disolución de Sociedad de Bienes y con respecto a la necesidad del consentimiento del cónyuge no socio y ahora del concubino no socio, hemos destacado, reiteradamente, la peculiaridad del mismo.

Las normas generales aplicadas a los bienes muebles gananciales o concubinarios, administrados por uno de los cónyuges o concubinos, decretada la disolución de la SC o UC, producen un desplazamiento, desde la administración absoluta que tenía uno hacia ambos, a consecuencia de lo cual, ya no es posible la realización de actos de administración o disposición exclusivamente por el que ingresó el bien a la Sociedad Conyugal o a la Sociedad de Bienes.

Una vez disuelta la Sociedad Conyugal o la Sociedad de Bienes pasamos de la *gessammte hand* a un régimen románico, que Vaz Ferreira denominó “indivisión post comunitaria”.

Creemos que el régimen común por el cual se regula la transmisión de bienes muebles gananciales o concubinados, en indivisión post comunitaria, no es aplicable a las sociedades comerciales, en forma directa. En este caso, no hay desplazamiento del estado de socio, ya que el otro cónyuge o concubino, no socio, en la indivisión post comunitaria no queda investido de la calidad de socio. Para la sociedad comercial, tanto el cónyuge no socio, como el concubino no socio, siguen siendo terceros aún en la etapa de indivisión postcomunitaria. Si bien y en forma indiscutible, la titularidad de la participación social es de ambos, el no socio no se vincula nunca a la sociedad y en consecuencia no puede ejercer derechos ni tiene obligaciones.

El consentimiento del cónyuge o del concubino, no socio, pues, pasa a ser un consentimiento sin contenido; no tiene nada que transmitir al adquirente porque de lo único que es co-titular es de la participación social, cuyos derechos no puede ejercer, porque no es socio.

Sabemos que la posición del Registro Nacional de Comercio ha sido la aplicación de las normas generales para la transmisión de los bienes muebles en indivisión post comunitaria, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges, apoyado por la doctrina civilista. Pensamos que ahora, el Registro citado agregará la exigencia del consentimiento del concubino en su caso.

Sin embargo, insistimos, que la situación en las sociedades, en lo que a la participación social se refiere, no es la misma que en el resto de los bienes muebles, y por lo tanto no se ajusta a las normas generales. El socio, independientemente de cual sea su situación tanto en la Sociedad Conyugal disuelta como en la Sociedad de Bienes disuelta, debería poder enajenar solo, ya que es el único, en condiciones de transmitir la calidad de socio y sus consecuencias.

4.1.2. Constitución de una sociedad personal con posterioridad al reconocimiento de una Unión Concubinaria.

En esta hipótesis, no hay duda que la participación es un bien concubinado o concubinario. Sin embargo, con respecto a la calidad de socio, reiteramos las consecuencias, ya analizadas. La calidad de socio, entendida como una parte alícuota en el capital que es la que determina la extensión o volumen de los derechos y deberes del socio, y que abarca toda una serie de relaciones jurídicas que forman un todo inseparable²¹, le queda reservada, únicamente a quien constituyó la sociedad.

(21) R. Fischer Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Volumen CI-XXI- Pág 197

Reiteramos aquí lo manifestado para la disolución de la Sociedad Conyugal y la indivisión postcomunitaria, pero recordando que la Ley 18.246 prevé la disolución de la Unión Concubiniaria pero no regula los efectos patrimoniales de la misma. Podemos concluir que, aplicando las normas de la Sociedad Conyugal, la situación del concubino no socio, tanto respecto del estado de socio, como respecto de la necesidad del consentimiento para la enajenación de la participación social, es la misma que venimos de analizar el numeral anterior.

Completando el análisis, afirmamos que, vigente la Sociedad de Bienes, los concubinos son alcanzados por la prohibición contenida en el artículo 1675 del Código Civil. Por lo tanto será nula la venta entre ellos, de las partes o cuotas sociales.

5. Sociedades Anónimas

Hemos optado por el estudio separado de las Sociedades Anónimas, en virtud de sus particularidades.

El hecho de estar ante una problemática de gran importancia, en cuanto a la titularidad de las acciones, no ha provocado el abordaje frecuente, por parte de la doctrina comercialista. En Derecho uruguayo, ha sido estudiado por dos civilistas Vaz Ferreira y Ema Carozzi en sus respectivas obras, reiteradamente citadas en el presente y por muy pocos comercialistas, entre los cuales hemos citado a Wonsiak.

Al no existir normas especiales que regulen la materia en sede de Sociedades Comerciales, rigen en la especie aquellas que en materia general están contenidas en el Código Civil en su Título VII, "De la sociedad conyugal y de las dotes", que ya hemos comentado en la parte general del presente trabajo²².

5.1. Emisión de acciones originarias y adquisición de acciones ya emitidas.

Volviendo a citar a R.Fischer²³ transcribimos: "Al crearse la sociedad anónima, se crean también los puestos de socio. La base sobre que descansa la corporación es la misma en que asienta la condición de socio: el estatuto... El traspaso de los derechos y deberes del socio por medio de documentos especiales es una de las características de este género de sociedades. Conviene advertir, sin embargo que la entrega de los documentos representativos de la condición de socio no es requisito condicionante del nacimiento de los derechos y deberes sociales en las personas primitivamente interesadas, toda vez que la condición jurídica de socio nace al nacer la corporación. El hecho de que la sociedad anónima no haya emitido todavía esos títulos o documentos no quiere decir que los puestos de socio no puedan transferirse a otras personas con eficacia, respecto de la propia sociedad. Lo que sí exige la ley es que la emisión de esos títulos esté prevista en los estatutos, aunque se aplace para un momento ulterior. Una vez emitido los títulos, el traspaso de la condición de socio queda condicionada al traspaso del título correspondiente, sin que quepa ninguna otra clase de traspaso".

Esta breve referencia a la obra de Fischer, nos hace concluir que el momento de la emisión

(22) Cf. María Wonsiak de Haskel- Acciones de sociedades anónimas y sociedad conyugal. Pág 327-José Ferro Astray. In memoriam. Ed. B de F

(23) op. cit. Pág 193

de las acciones es irrelevante en cuanto a la determinación de su naturaleza propia, ganancial o concubinaria, sino que ésta deberá estar determinada por la fecha de la constitución de la sociedad anónima.

Nos interesa hacer la distinción entre el momento de la constitución de la sociedad anónima, hecho que desencadena la emisión posterior de las acciones, en función del capital integrado, y el momento de la transmisión de dichas acciones a terceros, dejando para el final, el análisis de aquellas que son emitidas en función de un aumento de capital.

Como vimos en la cita que hacemos de Fischer, la constitución de la sociedad genera la condición de accionista y ésta es independiente de la emisión de acciones. Es decir que si el accionista fundador, quiere transmitir su calidad de tal, lo puede hacer aunque no se hayan emitido aún las acciones que le correspondan.

Pero, una vez emitida éstas, la única forma de transmitir la calidad de accionista es a través de la transmisión de ellas.

La condición de propias, gananciales o concubinadas, de las acciones emitidas para el accionista originario, la determinará la fecha del Estatuto y nunca la fecha de emisión de las acciones, porque es en el Estatuto donde radica la causa.

Distinta es la situación de los sucesivos adquirentes de las acciones, cuya naturaleza de propias, gananciales, o concubinadas, dependerá del momento en que ingresan a su patrimonio, ya que la causa radica en el contrato de adquisición.

Hacemos aplicable lo analizado en la parte general de esta obra, y tenemos en cuenta, el título o causa, anterior o posterior al matrimonio o al reconocimiento de la Unión concubinaria, en su caso, sin olvidar la situación confusa que genera el reconocimiento de la Unión concubinaria, que coincidió, en los años de convivencia declarados, con la existencia de una Sociedad Conyugal vigente. Para nosotros estas acciones no cambian de naturaleza, sino que continúan siendo gananciales, como afirmamos en ocasión del análisis de las sociedades personales, en razón de que la Sociedad Conyugal que finaliza con el reconocimiento de la Unión Concubinaria produce sus efectos "ex nunc".

De todos modos nos volvemos a preguntar aquí, si la presunción de ganancialidad existente y que forma la categoría 1, de la clasificación citada de Wonsiak²⁴, no es destruida por el reconocimiento judicial de la Unión Concubinaria, que operaría como la prueba exigida por el artículo 1964 del Código Civil.

Volvemos a responder con la negativa, ya que aceptar esta posibilidad sería otorgar a uno de los cónyuges -el concubino- la posibilidad de destruir la ganancialidad, en perjuicio del otro cónyuge, por acto unilateral, lo cual entra en contradicción con los principios generales de Derecho.

El estudio que hace Wonsiak²⁵ tiene en cuenta, únicamente la hipótesis de la adquisición de acciones y no la entrega de las acciones a los accionistas fundadores.

(24) op.cit Pág.330

(25) op.cit

Pensamos que la causa, según consignamos en párrafos anteriores, es diferente en un caso y en otro. La emisión originaria de acciones tiene su causa en el Estatuto, donde nace la condición de accionista. En la adquisición posterior de acciones ya emitidas, la causa está en el contrato por el que se adquieren.

A lo detallado con relación a la adquisición posterior de acciones, se agrega la dificultad, que existe en algunas clases, en cuanto a la determinación del momento de la transmisión.

Dicha dificultad no existe en las acciones nominativas, para las cuales nuestra Ley 16.060, exige dentro de las formalidades, la inscripción de su transmisión en el Libro respectivo, sin la cual no produce efectos; tampoco en las escriturales por la misma razón y por no poder ser contenidas en títulos negociables.

Sin embargo, la transmisión de las acciones al portador plantea otro panorama. Para la transmisión de éstas no se requiere ningún tipo de formalidades más que la simple entrega, la cual configura tradición. Esto convierte a la transmisión, en un acto de gran movilidad, que hace difícil la determinación del momento del ingreso al patrimonio del accionista y de la cantidad de transmisiones que pudieran haberse producido, aún entre los mismos contratantes y en momentos diferentes en el tiempo.

Estamos frente a la determinación del momento en que tiene lugar la causa de la adquisición, para la determinación de su naturaleza.

Aún nos queda por resolver, la aplicación o no de las normas sobre título valores, en su totalidad o parcialmente, a las acciones, cuyas respuestas, sin dudas, pueden cuestionar la existencia de la causa.

5.2 Características de los títulos-valores aplicables o no a las acciones de las sociedades anónimas.

Las afirmaciones hechas en el capítulo anterior, en cuanto al papel que desempeña la causa, tanto en la emisión como en la adquisición de las acciones deben complementarse con el análisis de la aplicabilidad de las características de los títulos valores a las acciones.

Una de las que resulta inaplicable a las acciones, es la literalidad.

La literalidad, que aparece en el artículo 1, del Decreto-ley 14.701, como un atributo definitorio de los títulos valores, significa que el contenido y la extensión de la obligación y del derecho correlativo debe resultar de los términos en que está redactado el título²⁶.

Nuri Rodríguez afirma en la obra citada, que: La literalidad no se presenta con iguales rasgos en todos los títulos valores. Existen algunos, en los cuales los derechos del poseedor no resultan de los enunciados del título y deben completarse con las constancias de otros documentos. Ejemplo claro de éstos: las acciones de sociedades anónimas.”

Las acciones no son títulos valores de contenido dinerario, sino títulos de participación en una

(26) Baccaro Castañeira, citado por Nuri Rodríguez en “Títulos Valores”, Pág 33, Ed. FCU

Sociedad Anónima, los derechos que tenga su titular surgirán del Estatuto de la Sociedad Anónima, y no de la propia acción.

En segundo lugar, nos parece inaplicable a las acciones la autonomía.

Esta significa que el derecho de cada tenedor es propio, nuevo, originario y autónomo frente a las relaciones de anteriores poseedores, produciéndose la adquisición para el actual poseedor *ex novo*²⁷.

El carácter de autonomía se relaciona en forma directa con el de literalidad. Dice Nuri Rodríguez: “funciona como un complemento de la literalidad”.

La autonomía tiene como función la independización de relaciones anteriores que podrían trabar la verdadera eficacia, en la transmisión. Es así que no se le podría oponer a su titular convenios existentes entre el anterior poseedor y la sociedad.

Y finalmente, mencionamos la abstracción como característica de los títulos valores, la que significa la independización de la relación fundamental, que se aplica indiscutiblemente a los títulos de contenido dinerario pero que genera dudas respecto de los títulos de participación.

La abstracción, es para nosotros, el punto neurálgico que cuestiona la aplicación de la causa a las acciones y es por eso que en ella concentraremos estos esfuerzos.

Dice Rippe²⁸ comentando sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno, que las acciones son títulos valores causados, sin perjuicio que exista, en doctrina, otra posición para la cual las acciones no son en verdad títulos valores, sino que, solamente, se les aplican las normas relativas a éstos por la remisión del artículo 316 de la ley 16.060.-El autor reafirma su convicción de que las acciones son títulos valores, por encuadrar en la definición legal contenida en el Decreto-ley 14.701, y el darles el carácter de causados amerita el análisis de su causa, entendiéndolo como tal, el negocio antecedente a una emisión o transmisión.

Las dudas en la doctrina sobre si las acciones son o no títulos valores, preceden a la sanción de la ley 16.060 y no han sido superadas con ésta. Pensamos que no se puede hacer la asimilación de las acciones a títulos valores de contenido dinerario, sin tener en cuenta, la particular característica de las primeras como títulos de participación y así poder adaptar a éstos las normas del Decreto-ley 14.701.

Nos parece muy interesante y compartible además, el análisis que hace el Dr. Rippe, comentando la sentencia referenciada.

El autor afirma que la abstracción cambiaría presupone una excepción al principio general de la causalidad, excepción que implica que el título valor se desvincula del negocio jurídico por el cual se crea o por el cual se trasmite y se traduce como consecuencia en que el deudor u obligado

(27) Nuri Rodríguez op.cit.

(28) Siegbert Rippe- De la causa de las acciones de las sociedades anónimas-Anuario de Derecho Comercial Vol. 9 -2001-Págs. 339-350

de aquel no puede oponer al tenedor del mismo, excepciones basadas en la causa.-Pero esta afirmación, el autor citado la circunscribe a la legislación cambiaria, en la cual el artículo 108 del Decreto ley 14.701, aún literalmente interpretado, sólo resulta aplicable a los títulos valores de contenido dinerario. Es así que, en materia de otros títulos valores, no rige la excepcionalidad de la abstracción cambiaria y por lo tanto desaparece el impedimento de interponer excepciones fundadas en la causa.

El autor concluye que el tenedor de la acción está obligado por ejemplo por los estatutos, por las resoluciones de los órganos sociales, ya sea accionista originario o adquirente posterior. En consecuencia las acciones se vinculan con negocios causales, y la causa opera también en lo relacionado con su emisión o transmisión.

Si bien, sabemos que esta posición no es unánime, nos ha parecido la más convincentemente fundamentada.

Finalmente el autor manifiesta que: “en las acciones, siendo títulos causales, la causa es de existencia necesaria, debe ser lícita y auténtica, se presume su existencia y licitud, legítima a su tenedor, sea o no propietario de las acciones para reclamar lo debido en su mérito, admite la prueba en contrario sobre su existencia, autenticidad y licitud y dicha prueba hace decaer la presunción y enerva la posibilidad de ejercicio de los derechos inherentes a las acciones”.

El pensar en aplicar los caracteres de los títulos valores a las acciones, y en el papel de la causa en ellas, despertaba en nosotros la sensación casi intuitiva, que los primeros no se podían trasladar lisa y llanamente a los títulos de participación y que el papel de la causa no debía ser relegado.- Sin embargo la complejidad del tema nos imprimía dudas permanentes.

Creemos haber encontrado en este estudio de Rippe los argumentos que aclaran nuestras dudas y nos permiten tomar posición.

En consecuencia, y considerando a las acciones como títulos valores y causales, la determinación de su naturaleza, como propias, gananciales o concubinarias, dependerá del análisis del negocio que dio origen a la emisión de las mismas o a su transmisión, ya que no se aplica el principio de abstracción.

5.3. Naturaleza de las acciones emitidas como consecuencia de aumentos de capital.

5.3.1. Capital en las Sociedades Anónimas.

Resulta de interés previamente al análisis del punto propuesto, hacer una mención de los diferentes tipos de capital existentes en una Sociedad Anónima y de las diferentes hipótesis de aumentos de capital, previstas en la ley 16.060.

Existen tres tipos de capital, el contractual, el integrado y el suscrito. El capital contractual es el límite máximo, con relación al cual le será permitido a la sociedad emitir acciones. Pero la emisión deberá coincidir con el capital integrado que es el efectivamente aportado, dentro del capital contractual.

El capital suscrito es aquel que el accionista promete aportar si le es requerido, que no genera

emisión de acciones hasta que se produce su integración.

5.3.2. Aumentos de Capital

Los aumentos de capital contractual están regulados en los artículos 284 y 285 de la Ley 16.060 con las modificaciones de la Ley 17.243. Estos aumentos no provocarán una nueva emisión de acciones en la medida que no vayan acompañados de un aumento del capital integrado.

Daremos un ejemplo. Se constituye una sociedad anónima con un millón de pesos de capital contractual, del cual se integró efectivamente el 50 %, o sea quinientos mil pesos. La emisión de acciones debe hacerse por quinientos mil pesos. El aumento de capital contractual, por ejemplo a un millón quinientos mil pesos, pero que no modifique el integrado que sigue en quinientos mil pesos, no provoca una nueva emisión de acciones; lo que se produce es una ampliación que posibilita una futura integración.

En cambio los aumentos del capital integrado siempre provocan una nueva emisión de acciones. Por lo tanto es a esta situación a la cual nos vamos a referir.

5.3.3. Aumento nominal-Aumento real

Resulta útil hacer la distinción entre aumento nominal y aumento real, en virtud de que las conclusiones sobre la naturaleza de las acciones emitidas, no será igual en un caso y en otro.

El aumento nominal es aquel que no se produce con nuevas aportaciones de los socios, sino mediante una reexpresión de los rubros del patrimonio neto y se efectiviza mediante capitalización de reservas, capitalización por reajuste de los valores del activo, o por capitalización de otros fondos especiales, como por ejemplo las primas de emisión.

En estos casos, se produce la emisión de acciones denominadas liberadas que son entregadas a los accionistas, obligatoriamente en igual proporción a la que ya poseen, evitando así, que por esta vía, se altere el equilibrio existente entre ellos.

La naturaleza de estas acciones liberadas, cuya emisión se produce en momento diferente al de la constitución de la sociedad y cuando pudo haber cambiado la situación del accionista, en relación con su estado civil o reconocimiento de su Unión Concubinaria, ha sido difícil de resolver.

5.3.4. Naturaleza de las acciones liberadas emitidas a consecuencia de un aumento de capital por capitalización de reservas o por reajustes de valores del activo.

Las reservas de una sociedad anónima se forman con las utilidades no repartidas. Pueden ser legales o voluntarias (artículo 93 de la ley 16.060).

Las legales son obligatorias, existen desde la constitución de la sociedad y se forman con los aportes de los socios.

Las voluntarias pueden coincidir con las legales o no. En este último caso, son los accionistas quienes resuelven, coyunturalmente, cuando es necesario formar reservas, en forma permanente o transitoria, condicionadas, éstas últimas, al cumplimiento de una finalidad concreta.

En una primera apreciación de la última afirmación hecha, parecería que al hablar de utilidades estamos hablando de frutos provenientes del estado de socio, y deberíamos aplicar en la especie el inciso 4 del artículo 1955 del Código Civil.

Sin embargo la doctrina comercialista, ha distinguido los conceptos de utilidades y dividendos, dentro de la cual está la opinión de Nissen, citado por Wonsiak²⁹. Las utilidades son aquellos excedentes que se producen anualmente y que mientras no se resuelva su distribución, pertenecen a la sociedad. Antes de la aprobación de su distribución no generan expectativas a los accionistas. Nuri Rodríguez citada por Lapique³⁰, menciona que el accionista no tiene ni puede tener un crédito contra la sociedad por su alicuota en las reservas.

Los dividendos, son las utilidades, que al mediar una resolución de su distribución, hace nacer el derecho de los accionistas a exigirlos; ingresan en su patrimonio individual. Consecuentemente descartamos la aplicación del inciso 4 del artículo 1955, con relación a las utilidades.

De acuerdo a esta distinción, cuando se capitalizan reservas, se toman bienes que están en el patrimonio de la sociedad, y no en el patrimonio de los socios. En consecuencia, no nos parece adecuado, como lo han hecho diversos autores, basarse en la onerosidad o gratuidad del procedimiento, para determinar la naturaleza de las acciones liberadas, ya que el patrimonio individual del accionista no se ve involucrado.

Sin perjuicio de lo afirmado, es bueno precisar que si bien las acciones liberadas se integran con bienes de la sociedad, no es cierto que esto conduzca a sostener la gratuidad basándose en que el accionista no hace desembolsos, ya que la resolución de constituir reservas es siempre onerosa para el accionista, quien deja de recibir esos dividendos.

En el caso que el aumento se produzca por ajustes de valores del activo, nos enfrentamos a una situación muy similar a la que venimos de analizar.

También es un aumento nominal, que se produce al conferir a los bienes, ya existentes en el patrimonio de la sociedad, nuevos valores actualizados a la fecha.

Ambos tipos de aumento, no se producen con un aporte del accionista, que trasmita al patrimonio social, algún bien desde su patrimonio personal.

Entendemos, y siendo coherentes con las opciones hechas en el presente trabajo, que debemos centrarnos, una vez más en el estudio de la causa.

El aumento de capital por la vía de capitalización de reservas o por revaluación de los bienes del activo, permite la emisión de acciones llamadas liberadas, que deben ser entregadas a los accionistas, en la misma proporción que ya tienen. Los accionistas, adquirieron tal calidad, de forma originaria, con el otorgamiento del Estatuto o de forma derivada, al adquirir las acciones con posterioridad.

Interesa pues, saber cuál fue la causa que los ha convertido en accionistas, estado en razón del

(29) Ricardo Nissen, Ley de Sociedades Comerciales Tomo 2, Ed. Abaco, citado por Wonsiak op.cit.

(30) Luis Lapique, El capital de las sociedades anónimas, Pág 56, Ed. FCU

cual, tienen derecho a la entrega de las acciones liberadas.

Las nuevas acciones emitidas, deben ser entregadas a los accionistas y tendrán naturaleza propia, ganancial o concubinaria, en base al análisis de la causa que se haga, en cuanto a la adquisición del estado de accionista.

Si ha constituido la sociedad anónima siendo casado o con una Sociedad de Bienes vigente, proveniente de una Unión Concubinaria reconocida judicialmente, las acciones liberadas serán gananciales o concubinarias, respectivamente. Si ha constituido soltero, las acciones liberadas serán propias. Estas afirmaciones son sin perjuicio de que en el momento que las reciba, haya cambiado su situación.

Es correcto afirmar que la naturaleza de las acciones liberadas tienen relación con la naturaleza de las acciones que ya poseía el accionista, pero en el único caso que no haya cambiado la situación en que se encontraba cuando adquirió las anteriores. Fuera de este caso la afirmación es incorrecta, ya que, creemos que es confundir donde está radicada la causa.

No compartimos que la causa se encuentre en la resolución social que resuelve el aumento de capital. Cuando la Asamblea resuelve el aumento de capital, el órgano de administración no tiene otra opción que la entrega de las acciones que emita, a los accionistas y éstos son tales, ya sea porque otorgaron el Estatuto o porque adquirieron posteriormente acciones. Esto demuestra, a nuestro criterio que en la resolución del aumento de capital está la base para la emisión, pero no la causa en el concepto jurídico de elemento para la validez del contrato.

Sasot y Sasot Betes, citados por Wonsiak³¹ afirman que los accionistas tienen sobre las reservas derechos de disposición, como el de resolver su constitución y decidir su distribución como dividendos en efectivo, o capitalizarlas o distribuirlas como acciones. Wonsiak, en obra citada (Pág. 365) concluye que existen reservas y utilidades no distribuidas en el patrimonio de la sociedad que son propiedad de la sociedad y otras que pertenecen a los accionistas, y no a la sociedad quien simplemente las administra con facultades de disposición.

Nuestra opinión es que los derechos de disposición no son de los accionistas sino que éstos con sus decisiones emitidas en Asamblea forman la voluntad de la sociedad, quien es la que, en realidad, tiene tales derechos.

No olvidemos la situación polémica generada por un posible cambio de categoría, cuando sobreviene un reconocimiento judicial de una Unión Concubinaria, de quien hasta ese momento era titular de una parte de una Sociedad Conyugal. Nos remitimos, a lo analizado en la parte general de este estudio.

5.3.5. Naturaleza de las acciones liberadas a consecuencia de un aumento de capital por nuevos aportes.

El aumento de capital por nuevos aportes, se puede producir por nuevos aportes de los socios o aportes de terceros o por la prima por emisión.

(*31) Sasot y Sasot Betes, Sociedades Anónimas citado por Wonsiak, op.cit.

Cuando los nuevos aportes son hechos por los ya accionistas, estamos en las mismas condiciones analizadas en el capítulo anterior. Las acciones tendrán la naturaleza según la situación del accionista al momento de constitución de la sociedad. Los nuevos aportes no proporcionan una nueva condición de socio; los nuevos aportes que hacen no los convierten en nuevos accionistas.

Vaz Ferreira, citado por Wonsiak³² afirma, en opinión que compartimos que la situación del accionista no varía; únicamente es diferente su participación y sus derechos sobre el activo, ya que ahora está representada por más acciones que las que tenía originariamente.

En cambio cuando los nuevos aportes vienen desde afuera de la sociedad, estamos ante una situación diferente. El tercero aportante, recién allí se incorpora a la sociedad y se convierte en accionista. Respecto de él, habrá que analizar su situación en el momento en que se convierte en accionista y en consecuencia cumple con su aporte, porque allí está la causa que le da derecho a la recepción de las acciones liberadas.

La prima por emisión es la diferencia que pagan los accionistas entre el valor nominal de la acción que reciben o adquieren y su valor real de mercado.

Al ser la emisión de acciones el reflejo del capital integrado, la suma del valor nominal de cada una de ellas, coincidirá con él.

Pero la sociedad anónima va transformando su patrimonio, y de acuerdo a éste las acciones van teniendo un valor diferente, el cual puede ser mayor o menor.

Dice Olivera García³³ respecto de la prima por emisión: "...tiene como finalidad compensar a los accionistas preexistentes, exigiendo a los nuevos una aportación equivalente al mayor valor real de cada acción que suscriben con respecto a su valor nominal. Es el sobre precio que abona quien aporta capital por sobre el valor nominal de las acciones que recibe, a los efectos de que los accionistas existentes no vean afectada su participación en la sociedad."

Duloup, citado por Lapique³⁴, explica el mecanismo basado en que las acciones no son exclusivamente representativas de una parte del capital social, sino que también representan una alicuota del patrimonio social.

La prima por emisión la pagan los terceros e igual que en el caso que efectúen nuevos aportes, allí reciben la calidad de accionistas, y reciben sus acciones.-Es en el momento en que se convierten en accionistas, que debe ser analizada la causa y así determinar la naturaleza de las acciones que reciben.

El artículo 297 de la Ley 16.060 dispone que el producido de la prima, descontado los gastos de emisión se reputa como ganancia y será vertido al fondo de reserva legal.

(32) op.cit.

(33) Olivera García Ricardo, La prima de emisión en el aumento de capital de las sociedades anónimas, ADCU Tomo 3 Pág. 71.

(34) Duloup Atilio (h) Prima de Emisión y derecho de suscripción preferente-El Derecho Tomo 128 Pág 817, citado por Lapique op.cit.

Esta solución legislativa ha sido criticada, en virtud de que la prima por emisión ni es ganancia, ni es reserva, ya que no se produce a partir de beneficios generados por la sociedad, sino a partir de aportes.

5.3.6. Acciones recibidas en ejercicio del derecho de preferencia

La doctrina ha dudado sobre si el derecho de preferencia que tienen los accionistas de suscribir o adquirir nuevas acciones, consagrado en el artículo 326 de la Ley 16.060, antes que los terceros, determina la naturaleza de las acciones que recibe.

Creemos que nuevamente se confunde la causa. El derecho de preferencia es un derecho de los accionistas y éstos son tales, ya sea porque constituyeron la sociedad o porque adquirieron acciones, con posterioridad. Y reiterando conceptos ya vertidos, es en estos dos momentos donde debemos evaluar la causa.

5.3.7. Aportes irrevocables

Los aportes irrevocables son aquellos que hacen los terceros, a cuenta de futuras emisiones que la Asamblea de la Sociedad Anónima deberá resolver en el futuro. En el caso de que resuelva favorablemente, aquel que anticipó los fondos, se convierte en accionista y como consecuencia recibe las acciones que le corresponden.

Parece, en principio, estar en la misma situación de aquel que adquiere acciones. Sin embargo no vemos claro en esta hipótesis si la causa está en la resolución social o ya aparece en el momento del anticipo?

Podría darse el anticipo cuando el sujeto está, por ejemplo, soltero, y ser concubino con su Unión Concubinaría reconocida, cuando la resolución es tomada por la Asamblea.

Responder en un sentido u otro, haría propias o gananciales las acciones recibidas.

Wonsiak³⁵ afirma: *“Los aspectos básicos a tener en cuenta para la dilucidación del tema en estudio son en primer lugar que las acciones ingresan al patrimonio del accionista en forma originaria y no derivada. Y en segundo lugar que con los aportes irrevocables el aportante no adquiere el estatus de accionista hasta que la resolución de la Asamblea resuelva aumentar el capital (...) Si ello ocurre cuando el accionista está casado, las acciones son gananciales con independencia de que los aportes irrevocables se hubieran efectuado antes del matrimonio y/o con dineros propios o gananciales (...)”*.

Compartimos con la autora citada que las acciones ingresan al patrimonio del accionista en forma originaria y también su segunda afirmación, porque pone el acento en el momento que adquiere la calidad de accionista. Si bien no lo explicita, no hay dudas que la conclusión a la que arriba, está determinada por el papel de la causa al momento en que el aportante adquiere la calidad de accionista.

Sin embargo, la nueva concepción de la causa expresada por Gamarra, según referenciamos

(35) Wonsiak op.cit. Pág 361.

en la parte general, nos hace preguntarnos, si en realidad el motivo relevante no está contenido en el momento de efectuado el aporte irrevocable.

5.3.8. Acciones recibidas en pago de utilidades

En el presente artículo, ya nos referimos a la propiedad de las utilidades, diferenciándolas de los dividendos. Cuando la sociedad resuelve dar a los accionistas acciones en pago de utilidades, en realidad distribuye dividendos.

La sociedad es la que produce beneficios, a través del desarrollo de su actividad, (utilidades), los que pertenecerán, una vez resuelta su distribución, en concepto de dividendos, a los accionistas.

No son las acciones las que producen los beneficios, ni son las acciones las titulares de ellos.

Las acciones son la medida, en función de la cual, se deben distribuir los dividendos, pero no son en sí mismas generadoras de ellos, por lo cual no consideramos correcto tratarlas como frutos civiles de acciones de naturaleza propia y considerarlas gananciales o concubinarias, por aplicación del artículo 1955 inciso 4.

Una nueva emisión de acciones, producida a consecuencia de un aumento de capital por pago de utilidades, no tiene una nueva causa, como tampoco la tenía por capitalización de reservas, revaluación de bienes del activo, o nuevos aportes. La entrega de acciones, en virtud del derecho de preferencia referenciado, tiene lugar porque quien las recibe, adquirió la calidad de accionista, ya sea en el momento de la constitución de la Sociedad Anónima, o cuando compró las acciones anteriores.

Conclusiones

Creemos que resulta obvio en el presente artículo, nuestra adhesión a la causa, para la determinación del carácter de propias, gananciales o concubinarias de las acciones emitidas en las oportunidades permitidas por la ley y que fueron analizadas.

Sin embargo, también es cierto que el concepto de causa no es unívoco. Por el contrario, existen dos grandes grupos, el tradicional, que quizás elegimos, supuestamente por formación y el que podríamos denominar moderno, expuesto por Gamarra, basado en reciente doctrina italiana.

No pretendemos en este artículo dar conclusiones acabadas, ya que nuestra intención es que sea un trabajo fermental, que nos permita seguir avanzando en una profundización de una problemática difícil y confusa.

Se requiere de estudios futuros, a partir de la conjunción de civilistas y comercialistas, que en el área del Derecho Privado Patrimonial, intenten obtener un concepto más claro de "causa" como elemento para la validez de los contratos y confronten sus conclusiones con la naturaleza de las acciones de la Sociedad Anónima.