

Sociedades comerciales y los derechos del heredero del socio fallecido

María Fernanda Zarich

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SOCIEDAD COMERCIAL Y LA MUERTE DEL SOCIO. **1) Antecedentes. 2) Pactos de incorporación de herederos.** a) Sociedades de personas. b) Sociedades de responsabilidad limitada. c) Sociedad anónima. d) Los pactos de incorporación de herederos y el régimen de imputación de responsabilidad. d.1) Sociedad colectiva y sociedad en comandita simple. d.2) Sociedad de responsabilidad limitada. III. FRAUDE A LA LEGÍTIMA HEREDITARIA A TRAVÉS DE SOCIEDADES. **1) Introducción. 2) La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. 3) Crisis de la personalidad: evolución. 4) Análisis jurisprudencial. Supuestos y alcances.** a) Sociedad totalmente simulada y fraudulenta. b) Donación simulada de bienes aportados. c) Sociedad entre uno o varios progenitores, con sus hijos, habiendo uno de ellos rehusado a integrarse. d) Sociedades sin empresa. e) Sociedad entre uno o ambos progenitores con alguno de sus hijos, constituida con aportes reales de cada uno, que explota efectivamente una empresa. f) Aumento de capital y no ejercicio del derecho de preferencia. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos del heredero del socio fallecido vinculan dos institutos jurídicos de diferente raigambre y creados desde concepciones distintas.

La dificultad consiste en que las normas del derecho sucesorio, que fueron creadas para una economía agraria, cuya riqueza se basaba en la propiedad de la tierra, deben aplicarse a la transmisión de partes, cuotas o acciones de una sociedad, cuya regulación tiene su ideología en una economía capitalista y de mercado en constante cambio, para poder adecuarse a las necesidades del sistema, no satisfechas por el perenne derecho civil.

Para solucionar los conflictos que acarrea este contraste, muchas veces se intenta buscar soluciones pretendiendo imponer uno de los dos institutos.

El derecho es uno solo; sus diferentes ramas se entrecruzan constantemente. Si bien cada una de éstas tiene sus propios principios, instituciones y objetivos, nunca debe perderse de vista que en el derecho no hay compartimentos estancos. No se puede legislar sobre una de sus ramas ignorando o contrariando al resto.

II. LA SOCIEDAD COMERCIAL Y LA MUERTE DEL SOCIO

1) Antecedentes

La muerte de un socio tiene mayor influencia en las sociedades de personas que en las de capital, especialmente en las llamadas "sociedades de familia", donde tiene notoria importancia la calidad de éste.

"En el derecho romano, las sociedades se componían, generalmente al morir el padre, entre los hermanos que deseaban continuar la actividad que había desarrollado aquél, a cuyo efecto constituían una sociedad comprometiendo su responsabilidad solidaria e ilimitadamente"¹.

Al vínculo social se unía un vínculo de sangre entre los integrantes de la sociedad; excepcionalmente se admitía a un extraño, al que se llamaba "afradachi" y se le reconocía un lazo de sangre ficticio.

Al morir un socio se disolvía la sociedad y, para proseguir con la actividad, era necesario constituir una nueva entre los socios sobrevivientes, en la que se podía incorporar a los herederos.

¹ CÁMARA, Héctor. *Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 23.

Con el objeto de evitar este procedimiento, paulatinamente, comenzaron a surgir cláusulas estatutarias de supervivencia de la sociedad, en caso de fallecimiento de un socio, ya sea: a) entre los socios supervivientes, o b) entre éstos y los herederos.

El Código Civil francés receptó el sistema y mantiene el principio de que la muerte de un socio disuelve la sociedad, salvo que se hubiera pactado expresamente cualquiera de las dos cláusulas mencionadas.

El derecho germánico, sin embargo, sigue la concepción contraria: la sociedad no se disuelve por muerte de un socio (Ordenanza de Prusia de 1794).

Nuestro Código de Comercio de 1862, en el artículo 444, inc. 5, se adhirió a la solución francesa. Sin embargo, la comisión de reformas de 1889, en el art. 419, reguló como causal de rescisión parcial de la sociedad, la muerte de uno de los socios, si no se pactó su continuación con los sobrevivientes. Se omitió traspasar la cláusula que posibilita pactar la continuación con los herederos, que legislaba el Código de VÉLEZ y ACEVEDO². La doctrina se dividió entre la validez o no de esta estipulación.

Con respecto al alcance de la obligación de estos pactos, MAURICIO YADAROLA³ elaboró la siguiente postura, que divide al tema en dos aspectos: a) el valor de la obligación asumida por el socio que resulta sobreviviente a la muerte del otro; y b) el valor de la convención otorgada por el socio que luego fallece con relación a sus herederos destinatarios de la cláusula. En el primer caso existe una declaración unilateral de voluntad del socio dirigida al heredero del otro socio; y por lo tanto para el que la formula es vinculante (art. 1150 del Código Civil). En el segundo supuesto nos encontramos frente a una estipulación a favor de terceros (art. 504 del Código Civil), que trae aparejada el derecho, no la obligación, de incorporarse a la sociedad en las condiciones estipuladas en el contrato social entre el causante y los socios sobrevivientes.

La ley N° 19.550 admite expresamente el pacto de inclusión de herederos en forma obligatoria en el artículo 90, para las sociedades colectivas y en comandita simple, y en el artículo 155 para las sociedades de responsabilidad limitada.

² CÁMARA, Héctor. *Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 25.

³ CESARETTI, Oscar D. *Convenios de incorporación de herederos*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 109.

Se contraponen distintos intereses. Por un lado, el de los socios sobrevivientes, que desean precaverse contra la injerencia de los herederos o evitar una liquidación inoportuna, ya sea total o parcial. Al mismo tiempo, debe contemplarse el bienestar de la colectividad que no se beneficiaría con la extinción de empresas a raíz de los desembolsos que hubieran de efectuarse para adquirir la cuota del socio desaparecido. Pero a su vez, es necesario proteger a los herederos del asociado premuerto, para que no se lesionen sus derechos con pagos insuficientes u obligaciones excesivas⁴.

2) Pactos de incorporación de herederos

a) Sociedades de personas

El artículo 90 de la ley N° 19.550 sienta el principio de resolución parcial del contrato en caso de muerte de un socio en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en partición.

En el segundo párrafo admite que se pacte la continuación con los herederos, en las sociedades colectivas y en comandita simple. Dicha estipulación obliga a éstos, que sólo pueden condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria.

La ley permite los pactos de incorporación de herederos en forma obligatoria. Se apoya en el argumento "de no diferir la situación del sucesor socio a la del sucesor deudor, y que nadie tiene derecho a heredar un patrimonio activo sin obligaciones, por lo cual del mismo modo que un heredero debe responder por las deudas del causante también debe cumplir la obligación de incorporarse a la sociedad"⁵.

El ingreso coactivo a la sociedad de los herederos dio lugar a numerosas críticas, por parte de la doctrina y la jurisprudencia⁶, por vulnerar el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Para NISSEN⁷ es una excepción no justificada al principio general en materia contractual, previsto en los artículos 504 y 1195 del Código Civil,

⁴ GUASTAVINO, Elías P. *Cuestiones sucesorias en las leyes N° 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos*, La Ley, tomo 147, pág. 1064.

⁵ GUASTAVINO, Elías P. Ob. cit., pág. 1065. Es necesario aclarar que el autor citado critica esta postura.

⁶ En contra: ACQUARONE, María. *Pactos de incorporación y exclusión de herederos, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág.129; Guastavino, Elías P. Ob. cit., LL. tomo 147, pág. 1065; Nissen, Ricardo. Exposición en el curso *Las sociedades frente a la transmisión hereditaria*, organizado por el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina, ob. cit., pág. 198.

⁷ NISSEN, Ricardo. Exposición en el curso *Las sociedades frente a la transmisión hereditaria*, organizado por el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina, ob. cit., pág. 198.

conforme al cual los acuerdos contractuales no pueden afectar intereses de terceros. El artículo 504 es categórico al respecto, cuando exige como requisito indispensable para la validez de una estipulación a favor de terceros, la expresa aceptación por parte de éstos.

VÉLEZ SARSFIELD, en la nota al artículo 1670 del Código Civil, sostiene que nadie puede ser socio por herencia, o de otra manera contra su voluntad. Prever, como único medio de eludir la incorporación a la sociedad, el camino de la renuncia, es altamente inconveniente, pues ello implícitamente forzaría a los herederos a ingresar como socios, contra su íntima voluntad o predisposición, para no perder la herencia, y al faltar la *affectio societatis*, es probable que las actividades societarias se resentan de un modo pronunciado.

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, en Buenos Aires, en el año 1991, se propuso *de lege ferenda* que la incorporación de los herederos quede subordinada a su previa conformidad.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial⁸, en un fallo anterior a la ley N° 19.550, declaró nula la cláusula de un contrato social que pretendió imponer a los herederos continuar en la sociedad con los socios sobrevivientes. El fundamento se basó en que el heredero es una persona incierta, conforme a la nota del artículo 1761 del Código Civil, y no puede subsistir una obligación de tener una sociedad con una persona que aún no exista o que no se conozca.

En la exposición de motivos de la ley N° 19.550, el legislador establece que para evitar que la obligatoriedad de la incorporación a la sociedad pueda ir en detrimento de los sucesores, en cuanto se impondría una responsabilidad personal, se dispone que puedan condicionar su incorporación a que su parte sea transformada en comanditaria.

Para NISSEN, al tratarse de sociedades de personas, se necesita el acuerdo unánime de los socios para transformar a la sociedad en otro tipo societario. Por lo tanto, frente a la negativa de alguno de los socios de aceptar dicha transformación se debe aplicar el principio general previsto en el artículo 90, primer párrafo, de la ley N° 19.550, que implica la resolución parcial del contrato con respecto al socio fallecido, con derecho de sus herederos de obtener el valor de su parte.

b) *Sociedad de responsabilidad limitada*

⁸ Fallo "Columbia Hermanos S.R.L.", del 30 de septiembre de 1947, LL. tomo 50, pág. 146.

El artículo 155 de la ley de sociedades dispone que: "Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios".

Se impone la misma obligatoriedad que en las sociedades de personas. La doctrina se opone a esta solución por los mismos argumentos que expusimos en el título precedente.

El ingreso del heredero se hace efectivo al acreditar su calidad, que se logra mediante la inscripción en la sociedad de la declaratoria de herederos. En el ínterin actúa en su representación el administrador de la sucesión.

El segundo párrafo del artículo 155 brinda la posibilidad a los herederos de que, en el plazo de tres meses desde su incorporación, puedan ceder libremente sus cuotas, sin que les sea oponible el régimen de limitaciones a su transmisibilidad. A su vez, se le otorga a la sociedad una opción de compra por el mismo precio, que deberá ejercer dentro de los quince días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de ceder, la que deberá ponerlo en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medios fehacientes.

El artículo 155 de la ley N° 19.550, es una norma incompleta porque no establece cuál es el principio, si se pacta expresamente la no incorporación de los herederos o si no se pacta sobre esto.

ACQUARONE⁹ interpreta que en caso de tratarse de una sociedad con cuotas libremente transmisibles, frente a la inexistencia de pacto, la incorporación sería obligatoria, ya que regirían los principios de las sociedades de capital. Sin embargo, en caso de haberse acordado la exclusión, se estaría ante una restricción a la transmisibilidad de las cuotas, que traería aparejada la resolución parcial. En el supuesto de sociedades con restricciones a la transmisibilidad, regirían los principios inversos, y ante la falta de previsión interpreta que corresponde la resolución parcial¹⁰.

Para NISSEN, frente al silencio del contrato, la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad, con derecho de los herederos de reclamar el valor de la participación del socio fallecido.

Una opinión contraria es sostenida por VÍTOLO¹¹, quien, en el supuesto tratado, considera que no hay resolución parcial del contrato, ya que la sociedad de responsabilidad limitada no se encuentra comprendida entre

⁹ ACQUARONE, María. *Pactos de incorporación y exclusión de herederos*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 129.

¹⁰ CESARETTI, Oscar D. *Convenios de incorporación de herederos*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 1117.

¹¹ VÍTOLO, Daniel Roque. *La situación de los herederos en las sociedades de responsabilidad limitada*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 151.

las mencionadas en el artículo 90 de la ley N° 19.550. Lo que trae aparejada una situación compleja, al no existir obligación a la incorporación ni para los herederos, ni para la sociedad. El conflicto surgiría en caso de que una de las partes quisiera la incorporación y la otra no.

c) Sociedad anónima

El artículo 214 de la ley N° 19.550 expresa: "La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia...".

El principio en materia de sociedades anónimas es la no resolución parcial del contrato por muerte del socio, ya que la personalidad de éste es indiferente.

A pesar de lo expuesto, en la práctica se ha desvirtuado el concepto de este tipo societario y se lo utiliza para cualquier emprendimiento comercial. La mayoría de las numerosas sociedades anónimas que funcionan en nuestro país, son en realidad sociedades colectivas o de responsabilidad limitada disfrazadas, en las cuales no se cumple con todos los requisitos legales en el funcionamiento de sus órganos. La doctrina las denomina "sociedades anónimas de familia"¹².

El régimen impuesto por la ley N° 19.550, para el funcionamiento de las sociedades anónimas, está estructurado para empresas de gran envergadura, lo que resulta muchas veces incompatible para estas sociedades familiares, fundadas con el propósito de limitar la responsabilidad de los constituyentes.

En el marco pensado por la ley es coherente la no resolución parcial de la sociedad por muerte del socio, ya que el heredero podrá conseguir compradores para las acciones recibidas por herencia.

En la práctica, debido a la gran cantidad de sociedades anónimas de familia, el heredero del accionista ingresa a un esquema empresario familiar, donde su mercado para la venta de acciones se encuentra limitado a sus propios integrantes.

Estas sociedades también son utilizadas con el fin de vulnerar la legítima hereditaria. Es necesario, en cada caso, establecer si hubo un abuso de la figura societaria, para realizar un fraude sucesorio o no.

d) Los pactos de incorporación de herederos y el régimen de imputación de

¹² NISSEN, Ricardo A. *Incorporación y exclusión de herederos*, ob. cit., cap. VII, pág. 92.

responsabilidad

Una de las prerrogativas que otorga el derecho sucesorio es la aceptación de la herencia con beneficio de inventario. Este se traduce en un modo de aceptación para el heredero, en virtud del cual el patrimonio de la herencia no pierde su unidad y, a la vez, no se confunde, en su contenido de titularidades transmisibles, con el patrimonio del heredero. Su principal efecto, lo constituye el hecho de que los bienes hereditarios se transmiten al heredero, pero permanecen separados de los bienes personales de aquél¹³. Se excluye la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

El artículo 3371 establece: "El heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario, está obligado por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido en la herencia. Su patrimonio no se confunde con el del difunto y puede reclamar como cualquier otro acreedor los bienes que tuviere contra la sucesión".

El sistema del Código Civil de VÉLEZ, establecía la presunción general de aceptación pura y simple de la herencia (conforme artículo 3329 y concordantes). El beneficio de inventario era excepcional, ya que conforme al derogado artículo 3363 "la aceptación del beneficio de inventario no se presume; debe ser expresa".

La reforma de la ley N° 17.711 quebró todo el sistema de VÉLEZ, que se rige por el de sucesión en la persona, y sentó el principio opuesto. El actual artículo 3363 expresa: "Toda aceptación de herencia se presume aceptada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga".

d.1) Sociedad colectiva y sociedad en comandita simple

El ingreso del heredero a una sociedad colectiva o en comandita simple trae aparejado el problema de la responsabilidad ilimitada que afecta a los socios.

En este tema corresponde armonizar la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario que realizó el heredero, con su incorporación obligada a la sociedad que puede acarrear responsabilidades ilimitadas.

Debemos preguntarnos si los herederos responden con sus patrimonios particulares por las deudas que forman el pasivo social.

El artículo 90 expresamente permite a los herederos del socio fallecido

¹³ ZANNONI, Eduardo A. *Manual del derecho de las sucesiones*, pág. 137 y ss., segunda edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 151.

condicionar su incorporación a la sociedad a la transformación de su parte en comanditaria. Como consecuencia, su responsabilidad se limitará al capital que se obligaron a aportar. Por tanto, en conformidad con el artículo 134 de la ley de sociedades, no responderán por las obligaciones sociales, ni con el resto del patrimonio del causante, ni con el suyo propio.

Creemos que debe distinguirse el momento en que la sociedad asumió la deuda, para encuadrar el régimen de imputación de responsabilidad al heredero.

- 1) Las deudas anteriores a la muerte del socio.
- 2) Las deudas posteriores a la muerte del socio y hasta la inscripción de la transformación.
- 3) Las deudas posteriores a la inscripción de la transformación.

En el primer supuesto, no hay inconveniente en afirmar que la responsabilidad del heredero por las deudas sociales está cubierta por el beneficio de inventario. Éste responde con todos los bienes de la herencia.

Conforme lo expuesto, los acreedores de la sociedad estarían facultados para exigir al socio la confección del inventario, en los términos establecidos por el artículo 3366 del Código Civil¹⁴.

El problema se plantea en el segundo supuesto. El beneficio de inventario cubre al heredero con una responsabilidad *intra vires hereditatis*, pero ésta se limita a las deudas y cargas de la sucesión, no a las adquiridas con posterioridad a la muerte del causante. Por lo que si aplicásemos el artículo 75 de la ley de sociedades comerciales¹⁵ se dejaría al heredero con una responsabilidad ilimitada desde la apertura de la sucesión y hasta la inscripción de la transformación de la sociedad.

Para ZUNINO¹⁶ no se le puede oponer a un tercero de buena fe una limitación de la responsabilidad de alguno de los integrantes de la sociedad que no resultare del contrato debidamente inscripto y publicado en su caso. Por tanto, frente a terceros, el heredero responde con todo su patrimonio, ya que estas deudas no están cubiertas por el beneficio de inventario. La cuestión queda reducida al aspecto interno de la sociedad: así, como la trans-

¹⁴ Art. 3366 del Código Civil: "El heredero perderá el beneficio si no hiciese el inventario dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada".

¹⁵ Art. 75 LSC: "La transformación no modifica la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios, aun cuando se trate de obligaciones que deban cumplirse con anterioridad a la adopción del nuevo tipo, salvo que los acreedores lo consientan expresamente".

¹⁶ ZUNINO, Jorge O. *Sociedades comerciales. Disolución y liquidación*, tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984.

formación de la parte en comanditaria no se presume, sino que es una facultad del heredero, si éste no notificó a la sociedad clara y expresamente su intención en tal sentido, nada podrá reclamar; en cambio, si al aceptar la herencia se dejó constancia expresa de que se había optado por ingresar como socio comanditario, si bien el heredero deberá responder frente a terceros de buena fe con todo su patrimonio, podrá luego repetir de la sociedad, por la diferencia, siempre y cuando la demora en los trámites de inscripción no se haya producido por su culpa.

En una interpretación distinta, DE GÁSPERI¹⁷ afirma que siendo la participación en la sociedad consecuencia del pacto social y de la manifestación de voluntad del heredero implícita en la aceptación de la herencia (con beneficio de inventario), por ilimitada que fuese la responsabilidad del autor, sólo subsistirá *intra vires hereditatis*, tanto por las obligaciones sociales anteriores a la apertura de la sucesión, cuanto por las sucesivas o posteriores.

No coincidimos con esta interpretación; el beneficio de inventario es inaplicable en esta etapa, por las deudas que contraiga la sociedad, a través de su órgano de representación. La ley impone un régimen de control de los bienes hereditarios sujetos al beneficio de inventario en los artículos 3382 y siguientes, que implica limitaciones a su libre administración, en beneficio de los acreedores y legatarios. Su incumplimiento trae aparejada la pérdida del beneficio. En su órbita se incluyen las participaciones sociales.

El órgano de administración social no puede quedar sujeto a estas limitaciones. Sus funciones no se alteran con la muerte de los socios y en su giro comercial puede generar nuevas deudas sociales, que generan responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios -con beneficio de excusión-.

Hay una diferencia clara y tajante entre la administración de los bienes sociales y de la sociedad.

Afirmar que si el administrador beneficiario cumpliera con las normas del Código Civil, para mantener el beneficio de inventario, pero el órgano social continuara endeudándose, la responsabilidad del heredero sería *intra vires hereditatis*, sobre estas deudas, extenderíamos el beneficio de inventario, más allá de las deudas y cargas de la sucesión, como expresamente lo establece el artículo 3371 del Código Civil.

La solución a este problema no se encuentra en la figura del beneficio de

¹⁷ DE GÁSPERI, Luis. En *Anteproyecto de Código Civil*, Asunción, Paraguay, Ed. El Gráfico, 1964, pág. 464, citado por Guastavino, Elías P. en ob. cit., nota pág. 1066.

inventario, sino en el propio artículo 90 de la ley de sociedades, al disponer: "pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria". Del mismo texto de la ley se desprende que el heredero no es socio desde la apertura de la sucesión, una vez aceptada la herencia, sino que su incorporación está sujeta a una condición suspensiva, cuyos derechos y obligaciones nacerán con la transformación de la sociedad.

Las obligaciones del heredero como socio, en virtud del pacto de incorporación, nacen con la transformación de la sociedad y de su parte en comanditaria, con efectos retroactivos a la apertura de la sucesión.

Esta afirmación no contradice las normas del derecho sucesorio que establecen que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles. Una vez aceptada la herencia tiene efecto retroactivo a la apertura de la sucesión.

VÉLEZ, como manifestamos *ut supra*, en la nota al artículo 1670 del Código Civil, sostiene que nadie puede ser socio por herencia, o de otra manera, contra su voluntad. Prever, como único medio de eludir la incorporación a la sociedad, el camino de la renuncia, es altamente inconveniente, pues ello implícitamente forzaría a los herederos a ingresar como socios, contra su íntima voluntad o predisposición, para no perder la herencia, y al faltar la *affectio societatis*, es probable que las actividades societarias se resientan de un modo pronunciado. En el sistema del Código Civil, la calidad de socio no es parte del acervo hereditario.

El principio general en este tipo de sociedades es su resolución parcial por fallecimiento del socio. El pacto de incorporación que obliga al heredero, está sujeto a una condición suspensiva; cumplida ésta se incorpora como socio, momento en que comienzan sus derechos y obligaciones como tal, con efectos retroactivos a la apertura de la sucesión.

Se debe partir de la premisa de que el ingreso del heredero no es automático y simultáneo con la aceptación de la herencia, sino que es para éste la transmisión de una obligación condicionada a la transformación de su parte en comanditaria.

Una vez aceptada la herencia, parte del acervo hereditario es la obligación de incorporarse como socio, pero dicha obligación contiene un derecho: la calidad de socio comanditario. La obligación no puede desvincularse del derecho, salvo renuncia expresa del heredero.

En este punto, nos encontramos con dos normas, que para el caso concreto, traen soluciones opuestas: el principio de los artículos 75 y 12 de la ley N° 19.550 y el artículo 547 del Código Civil.

Mientras el artículo 75 de la ley de sociedades establece que la trans-

formación no varía la imputación de responsabilidad por las deudas anteriores, y el artículo 12, que toda modificación de reglamento para ser opuesta a terceros debe inscribirse, el artículo 547 del Código Civil estipula que cumplida la condición suspensiva, los derechos y obligaciones se retrotraen, en este caso, a la apertura de la sucesión.

Creemos que el artículo 90 segunda parte de la ley N° 19.550 se debe armonizar con el artículo 547 del Código Civil y es una excepción a los artículos 75 y 12 de la citada ley.

Por lo que sostenemos que transformada la sociedad, o la parte del socio en comanditaria, los efectos de ésta con relación al heredero se retrotraen a la apertura de la sucesión (conforme artículos 90 segunda parte LSC y 547 del C.C.), lo que implica la limitación de la responsabilidad a partir de dicho momento.

En síntesis: la calidad de socio comanditario del heredero es un derecho que forma parte de la masa hereditaria, si bien nace con la transformación de la sociedad o de su parte en comanditaria, tiene efectos retroactivos a la apertura de la sucesión, y por ende su responsabilidad limitada.

Los derechos y obligaciones derivados de sucesiones universales *mortis causa* se adquieren fuera del registro, no están sujetos al régimen de publicidad registral, para su oponibilidad frente a terceros¹⁸.

Muerto el socio se produce lo que la teoría registralista denomina una "inexactitud registral" que es todo desacuerdo entre la realidad jurídica registral y lo extrarregistral.

"La inexactitud externa puede producirse por hechos sobrevinientes a la inscripción; es decir, en el momento en que se verifica el asiento, éste es exacto; pero el asiento pretende hablar para el futuro y el registro no domina el futuro, pues el futuro transcurre en la vida, en la realidad material. Fallece el adquirente, la realidad material es que ya no existe, que ha dejado de ser dueño"¹⁹.

Esta situación trae como consecuencia la colisión entre los derechos de los herederos (nacidos extrarregistralmente) y los de los acreedores posteriores que contratan sobre la base del derecho publicitado inexactamente.

¹⁸ Si bien el tema se trató, por la doctrina y la jurisprudencia, con relación a la oponibilidad de las transmisiones *mortis causa*, frente a acreedores del cónyuge titular del inmueble posteriores a la muerte del no titular, los principios se aplican a todas las transmisiones hereditarias. Ver entre otros "Unión Soc. Coop. de Crédito Ltda.", Suprema Corte de Mendoza, 17/9/84, con voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y nota a fallo de Eduardo Zannoni, JA. 1985-I, pág. 496.

¹⁹ LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando. *Curso introductorio al derecho registral*, Astrea, Buenos Aires, pág. 364, citado en el fallo referido en la nota antecedente.

Dicha controversia debe resolverse teniendo en cuenta todo el plexo normativo. Este ordenamiento incluye las normas sucesorias que expresamente hacen al heredero titular indiviso de una universalidad, desde la muerte del causante.

Mediante la organización del proceso sucesorio se satisfacen expectativas de publicidad que el derecho ha juzgado imperativas antes de conferir el pleno ejercicio de los derechos reales (en este caso la obligación de adquirir la calidad de socio condicionado a su carácter de comanditario) que emergen de la calidad de sucesor²⁰.

Por lo que consideramos que los terceros no podrán oponer la no inscripción de la transformación, para exigir una responsabilidad ilimitada del heredero.

Con relación al tercer supuesto, las deudas posteriores a la inscripción de la transformación, el heredero responde como socio comanditario, conforme lo regula el artículo 134 de la ley N° 19.550.

En caso de no poder juntarse las mayorías necesarias, que exige el estatuto, para la transformación de la sociedad o para la adecuación de su parte en comanditaria, debe aplicarse el principio general del artículo 90, primera parte, que implica la resolución parcial del contrato social con respecto al socio fallecido, con derecho de sus herederos de obtener el valor de su parte, más los daños y perjuicios por el incumplimiento estatutario, que como se expresó *ut supra*, también obliga a los socios sobrevivientes.

No dudamos que esta resolución parcial tiene efectos retroactivos a la muerte del socio, ya que sería manifiestamente arbitrario sostener que el heredero fue socio (y por tanto responsable ilimitadamente) desde la apertura de la sucesión hasta la resolución parcial del contrato, por no lograrse por parte de la sociedad, los requisitos necesarios para su transformación.

El heredero nunca tuvo la calidad de socio, ya que la condición suspensiva a la que estaba sujeta, o sea la transformación de su parte en comanditaria, no se cumplió. El no cumplimiento de la condición hace que la obligación sujeta a ésta no nazca (artículo 548 del Código Civil).

d.2) Sociedades de responsabilidad limitada

En este tipo societario, si bien por la misma índole de la responsabilidad pareciera no haber problemas, la dificultad radica en la garantía ilimitada y solidaria que asumen los socios por los aportes frente a terceros.

El artículo 150 de la ley N° 19.550 dispone: "Los socios garantizan ilimitada y solidariamente a los terceros la integración de los aportes en dine-

²⁰ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de sucesiones*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, tomo 2, N° 212, citado en fallo nota 18.

ro, así como la efectividad y valor asignado a los aportes en especie al tiempo de la constitución en el plazo del artículo 51, último párrafo. En caso de transferencia de cuotas esa garantía subsiste, solidariamente con los adquirentes, por las obligaciones sociales contraídas, hasta dos años después de la inscripción de la transferencia. Cualquier pacto en contrario es ineficaz respecto de terceros”.

La responsabilidad ilimitada y solidaria que establece el citado artículo para la garantía de integración de los aportes, no debe interpretarse como una excepción al beneficio de inventario legislado por la ley civil; este instituto se aplica en forma plena. Los herederos del socio que se obligó, responden con todo el patrimonio del causante, no sólo con el aporte societario, pero no con sus patrimonios particulares.

Para GUASTAVINO la responsabilidad *intra vires hereditatis* surge del propio espíritu de la ley N° 19.550, que al tratar la incorporación de herederos a las sociedades de responsabilidad ilimitada, como son las sociedades colectivas y en comandita simple, se preocupó por encontrar una solución que permitiera limitar la responsabilidad del heredero, otorgándole el derecho de transformar su parte en comanditaria.

“Si en los casos de sociedades colectivas y en comanditas los herederos del socio no asumen responsabilidad ilimitada, tampoco deberían asumirla cuando suceden en las cuotas de una sociedad”²¹.

Asimismo, si el socio fallecido tiene una deuda con la sociedad por la no integración del aporte en las condiciones pactadas, conforme lo dispone el artículo 37 de la ley de sociedades, debe aplicarse el régimen sucesorio de deudas.

Las deudas del causante se dividen de pleno derecho entre los herederos desde la apertura de la sucesión²². Se aplican los artículos 3491 y 3492 del Código Civil, cada uno de los herederos puede liberarse de toda obligación pagando su parte en la deuda. En caso de que la demanda hubiese sido dirigida contra todos, cada uno será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria.

Esto no significa que, durante la indivisión, en la medida en que todo el patrimonio hereditario sea la garantía común de los acreedores, estos no estén facultados para embargar bienes suficientes hasta cubrir el importe de la totalidad del crédito. La divisibilidad del crédito no empece a que su

²¹ GUASTAVINO, Elías P. Ob. cit., pág. 1066.

²² No es tema de esta tesina, analizar las distintas posturas acerca del momento en que se dividen las deudas del causante.

ejecución afecte el activo de la comunidad, siendo que, en la partición -como dispone el artículo 3474- deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión²³.

III. FRAUDE A LA LEGÍTIMA HEREDITARIA A TRAVÉS DE SOCIEDADES

1) Introducción

El tema que abordaremos, la legítima hereditaria frente a las sociedades comerciales, abarca dos importantes institutos del derecho civil y comercial que deben armonizarse entre sí, para que la protección de uno no perjudique al otro.

Sin embargo, como lo señalamos al inicio, la sustancial diferencia entre las normas que regulan el derecho sucesorio, cuyas bases fueron concebidas en Roma y se mantienen estáticas a través del tiempo, y las que rigen el estatuto jurídico de la empresa, que es un derecho dinámico en constante evolución, hace que dicha armonía no siempre sea posible.

"Todo conflicto jurídico, es antes que nada y valga la redundancia, un conflicto, o sea el enfrentamiento de dos pretensiones, de dos valores que tratan de prevalecer el uno sobre el otro"²⁴.

Ambos institutos se contraponen cuando a través de una sociedad, generalmente de familia, se intenta vulnerar la legítima hereditaria.

Nos encontramos frente a la utilización de la personalidad jurídica para fines extrasocietarios.

El causante con el objetivo de perjudicar a todos o algunos de sus herederos forzosos sustrae los bienes de su patrimonio por medios fraudulentos, pero bajo la cobertura de un negocio jurídico legítimo, como es la constitución de sociedades.

El juez, en cada supuesto concreto, deberá establecer si la sociedad se constituyó o funciona, para frustrar los derechos del heredero forzoso.

Cuando el legislador diseña un instituto de orden público, dicta en consecuencia normas para su protección, con el fin de evitar el fraude. Sin embargo, es muy difícil que pueda prever todas las formas posibles de desvirtuarlo, máxime cuando pueden utilizarse medios jurídicos creados con

²³ ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 277.

²⁴ GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro. *La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales*, en ponencia de la Delegación Argentina al XII Congreso Internacional del Notariado Latino, tema IV, subtema b, 1973, Consejo Federal del Notariado Argentino, pág. 109.

posterioridad.

Es la experiencia ulterior de cada día lo que le revelará los procedimientos utilizados por quienes desean evitar las consecuencias de las normas. Es muy frecuente que luego de observarse la forma en que los hombres fraguan el instituto se dicten leyes posteriores para impedirlo. Sancionadas éstas, comienza nuevamente el ciclo, porque la mente del ser humano es tan hábil para crear como para destruir.

En nuestro derecho, cuando VÉLEZ SANSFIELD instaura el instituto de la legítima hereditaria, paralelamente dicta un conjunto de normas para su protección, tratando de evitar su vulneración. No obstante, éstas resultaron insuficientes, ya que el causante que quería distraer los bienes de la masa hereditaria los transmitía a una sociedad, limitando el derecho de disposición y administración de éstos por parte de sus herederos forzosos. En este tema nos explayaremos más adelante.

Para dar soluciones a los problemas de fraude, a través de la utilización de la figura societaria, la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica, receptada luego por el artículo 54, segunda parte, de la ley N° 19.550, modificada por la ley N° 22.903.

No hay acuerdo entre civilistas y comercialistas, acerca del ordenamiento jurídico que debe aplicarse a los abusos societarios para vulnerar la legítima. Para los civilistas, corresponde regirse por la teoría del fraude a la ley; en cambio, los comercialistas buscan la solución en la figura de la inoponibilidad societaria.

La solución debe evaluarse en cada caso concreto. Después de 30 años de jurisprudencia sobre el tema, nos encontramos que hay supuestos que no pueden resolverse a través del artículo 54 de la ley de sociedades o de la teoría del fraude a la ley, sino que se encuadran en la figura de la simulación.

Si bien la aplicación de uno u otro instituto tiene efectos diferentes, no hay que descartar ninguno *a priori*. El juez es el que decidirá, acorde con las circunstancias, cuál corresponde. Máxime, cuando cada día el hombre se ingenia para crear nuevas formas de fraude, sin que puedan preverse todas.

Previamente a tratar los supuestos de violación a la legítima a través de la creación de una sociedad comercial, que es para nuestra ley un sujeto de derechos, debemos delinear sus características.

2) La personalidad jurídica de las sociedades comerciales

Las sociedades comerciales son sujetos de derecho con el alcance fijado en la ley N° 19.550.

El artículo 32 del Código Civil define a la persona jurídica como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Lo que le confie-

re los tres atributos de la personalidad: nombre, domicilio y patrimonio.

Son personas enteramente distintas de sus miembros y los bienes de la sociedad no pertenecen a éstos (conforme art. 39 del Código Civil).

La teoría de la personalidad ha debido recorrer un largo camino. Esta materia es un cúmulo de controversias; todo se discute: el concepto, los requisitos, los mismos principios²⁵.

En sus comienzos, estuvo destinada a satisfacer un interés público, y para este fin, la autoridad concedía personalidad jurídica a comunidades de personas y a comunidades de bienes, lo que tuvo amplia difusión en el derecho intermedio²⁶.

En la Edad Moderna, el instituto se aplicó también a actividades económicas, atribuyéndose personalidad jurídica a las compañías coloniales holandesas, inglesas, francesas y españolas destinadas a la explotación mercantil de ultramar.

En cada caso, se requería una decisión del soberano, del rey o del parlamento y se otorgaba con los alcances que éstos fijaban.

El Código Civil francés de 1807 toma el instituto de derecho público de la personalidad jurídica y plasma una nueva sociedad comercial. Crea lo que denomina sociedad anónima, con las características de sujeto de derecho, aunque supedita la concesión de la autorización de cada sociedad en concreto a una intervención del Consejo de Estado.

En 1811, en el estado de Nueva York, se dicta una ley general de incorporación de empresas manufactureras. Para fundar una sociedad anónima, sólo se debía inscribir en un registro.

En Inglaterra, luego de una serie de reformas, se dicta en 1862 la "*Companies Act*", que regula un régimen para la creación de compañías con irresponsabilidad de sus miembros, mediante la mera inscripción en el registro²⁷.

La ley francesa de 1867 sigue el mismo criterio y lo introduce en el derecho continental.

En nuestro derecho, el texto originario del artículo 33 del Código Civil dio lugar a controversias doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la per-

²⁵ FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, traducción de la segunda edición revisada italiana, por Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1922, pág. 122, citado por Pelosi, Carlos A. *La revisión del concepto de persona jurídica*. Ponencia al XII Congreso Internacional del Notariado Latino, tema IV, subtema b. Ob. cit., pág. 189.

²⁶ OTAEGUI, Julio C. *El art. 54 de la ley de sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica*. ED. 121, pág. 807.

²⁷ OTAEGUI, Julio C. Ob. cit., pág. 807.

sonalidad de las sociedades civiles y comerciales. Al legislar sobre las personas jurídicas de derecho privado, realiza una enumeración incompleta, incluyendo: "Las sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir derechos y contraer obligaciones, y no subsistan de asignaciones del Estado".

Con la sanción de la ley N° 17.711, en 1968, que reforma el artículo 33, se disipa toda duda, al establecer que son personas jurídicas de derecho privado las sociedades civiles y comerciales o entidades, que conforme a la ley, tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

En forma concordante, la ley de sociedades comerciales N° 19.550 del año 1972 prescribe en su artículo 2° que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en dicha ley.

Su exposición de motivos expresa: "Que la sociedad resulta así, no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley -reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad-, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. *Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación*".

3) Crisis de la personalidad: evolución

La personalidad jurídica de las sociedades comerciales permitió que fueran utilizadas para fines distintos de los que la ley tuvo en miras al regularlas.

Surge, en consecuencia, por obra de la jurisprudencia norteamericana, la teoría del *disregard of legal entity*, que niega la forma de la personalidad jurídica cuando estima que es una pantalla inconciliable con el sentido del ordenamiento jurídico y se utiliza como fraude a la ley. Se levanta el velo de la ficción de su fachada jurídica, para penetrar en el sustrato personal, con lo que se desconoce la distinta personalidad entre el ente social y sus miembros²⁸.

“En el fondo lo que se trata de descubrir es el fin que la personalidad jurídica encubre²⁹”.

Algunos autores afirman que el *disregard of legal entity* no puede ser recibido como una teoría, sino tan sólo, como la nota denominativa de los múltiples supuestos empíricos en los que, por fundamentos varios y característicos del *common law* norteamericano, ha sido desestimada la personalidad jurídica³⁰.

ROLF SERICK fue quien difundió en el derecho continental esta “teoría” y sistematizó las causales que permiten agredir la personalidad, así como los fundamentos que justifican esta acción. “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros”³¹.

La aplicación de la “teoría” de la penetración de la sociedad en el derecho continental, de tradición dogmático positiva, tuvo el inconveniente de no poder establecer principios generales, que comprendan la diversidad de situaciones que se presentan en la realidad, para impedir los abusos de la forma societaria.

En Italia, ASCARELLI realizó las primeras observaciones a esta construcción pragmática, de desestimación de la personalidad en casos de abuso, fraude o simulación, y a partir del pensamiento axiomático se propone revisar el concepto de persona jurídica antes de agredir su personalidad.

En nuestro país es seguido por FARGOSI y COLOMBRES, quienes sostienen que la ley otorga personalidad jurídica a los efectos del cumplimiento del objeto lícito previsto estatutariamente, y no más allá.

La sociedad debe actuar dentro de los límites de su objeto. El artículo 2º de la ley N° 19.550 sigue este pensamiento.

Para ZANNONI³² lo planteado no resuelve el problema de la constitución fraudulenta de sociedades con objeto lícito, o los actos fraudulentos realizados por las sociedades dentro de la genérica licitud de su objeto, que son los casos que dan lugar a la creación de la “teoría del *disregard*”.

²⁸ PELOSI, Carlos A. Ob. cit., pág. 196.

²⁹ ZANNONI, Eduardo A. *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pág. 109.

³⁰ COLOMBRES, Gervasio. *Curso de derecho societario* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, pág. 39, citado por Zannoni, Eduardo A. Ob. cit., pág. 118.

³¹ SERICK, Rolf, según transcripción de Colombres, Gervasio, ob. cit., pág. 19.

³² ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 121.

El fraude es un concepto genérico que no se circunscribe al fraude en perjuicio de los acreedores. La categoría de negocio en fraude a la ley es un negocio o acto jurídico anómalo. Se intenta con un negocio o acto jurídico evitar las normas imperativas de otro acto jurídico que prohíben conseguir el resultado deseado. Es un medio diferente para llegar al fin no querido por la ley.

Para este autor, en estos supuestos, no se trata de desestimar la personalidad jurídica, como lo resuelve la "teoría del *disregard*", ni de considerar que los actos fraudulentos exceden su disciplina normativa, sino que se ejecutan precisamente dentro de ésta.

Siguiendo a CARMUÑO CASTAÑO, concluye que la ilicitud se encuentra en la causa de tales actos, en el principio de orden público defraudado, no en el objeto que formalmente parece inobjetable si sólo se tiene en cuenta la norma de cobertura que posibilita el fraude.

El vicio radica en la ilicitud causal, y por lo tanto no involucra un problema de personalidad, ni de capacidad de la persona jurídica. Lo que hay que desestimar es el acto, no la persona³³.

Con anterioridad a la modificación del artículo 54, segundo párrafo, de la ley de sociedades, nuestros tribunales receptaron jurisprudencialmente la desestimación de la personalidad societaria; en este trabajo desarrollaremos su evolución con relación al fraude a la legítima hereditaria.

La desestimación de la sociedad puede ser en sentido activo, o sea en beneficio de terceros, o en sentido pasivo, es decir en beneficio de la propia sociedad o de los socios.

La desestimación activa puede a su vez, clasificarse en dos categorías: directa, a favor de los acreedores de la sociedad; e indirecta, en beneficio de los acreedores de los socios³⁴.

En materia de derecho sucesorio nos encontramos frente a la desestimación activa indirecta, que fue aplicada por la jurisprudencia. Los bienes adquiridos por la sociedad se consideran como si estuvieran en cabeza del socio.

La ley N° 22.903, como expresamos *ut supra*, modificó la ley de sociedades y reguló la figura de la "inoponibilidad de la personalidad jurídica", en la segunda parte del artículo 54, que dispone: "La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frus-

³³ ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., pág. 127.

³⁴ OTAEGUI, Julio C. Ob. cit., pág. 808.

trar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

4) Análisis jurisprudencial. Supuestos y alcances

Un análisis de la jurisprudencia y la doctrina nos permite sentar las bases para clasificar y distinguir los casos en que hay abuso de la sociedad, con el objeto de vulnerar la legítima hereditaria. Lo que, como ya expresamos, traerá aparejado la inoponibilidad de la persona jurídica societaria al heredero forzoso, que se vio afectado en sus derechos o la aplicación del fraude a la ley.

a) Sociedad totalmente simulada y fraudulenta

Se trató jurisprudencialmente en el “fallo Artesiano”³⁵. Las características salientes de este caso, que se tomaron en cuenta para la resolución, son:

- Constitución de la sociedad con el cónyuge y todos los herederos excluyendo a uno (sociedad de familia).
- Aporte de todo el patrimonio del causante, con excepción de un bien.
- Término por 99 años renovable.
- Edad avanzada del causante al momento de la constitución.
- Se constituyó una sociedad en comandita por acciones, en la que los hijos asumieron el carácter de comanditados, y por tanto únicos administradores de la sociedad, y el causante recibió como socio comanditario la totalidad de las acciones de la sociedad, que son las que forman parte del acervo hereditario.

Como consecuencia de lo expuesto, los derechos del heredero excluido se afectan en:

- La no disposición de los bienes por el plazo de 99 años (o *sine die* si se renueva por la mayoría), lo que imposibilita su disfrute material.
- El derecho a títulos accionarios en minoría, lo que deriva en no poder tomar decisiones dentro de la sociedad. A esto se suma el carácter de socio comanditario, lo que le impide ser administrador.

En el pronunciamiento judicial se resolvió la entrega material de los bienes que correspondan de acuerdo a la legítima, basándose en la clara

³⁵ “Artesiano, Mónica I. y otra c. Gianina Soc. en Com. por Accs.” C. N. Com. Sala A, de fecha 27 de febrero de 1978, LL. tomo 1978-B, pág. 195 y ss.

violación al artículo 3598 del Código Civil, a través de la constitución de una sociedad con el propósito de excluir a un heredero forzoso. Se aplicó la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

ZANNONI arriba a la misma solución, pero por un camino diverso a la teoría del *disregard*. Para este autor, estamos frente a una interposición fraudulenta de personas, que se estudia en el contexto del negocio jurídico simulado. "Hay aquí dos elementos: el fraude, como noción genérica, y la interposición de personas como el medio de consumarlo. La formación de la sociedad es un medio de interponer un sujeto distinto -tercero- en una relación jurídica. En el caso comentado, la constitución de la sociedad en comandita por acciones pudo importar el medio de sustraer del patrimonio del causante bienes que, encontrándose en él al día del fallecimiento, debían integrar el acervo hereditario. La sociedad en comandita por acciones es, entonces, un sujeto interpuesto que sirve a un fin fraudulento: violar las disposiciones legales sobre legítima hereditaria, respecto a ciertos herederos forzosos. Adviértase que el procedimiento es conceptualmente idéntico, si en lugar de constituir la sociedad los bienes se hubiesen transferido a un tercero"³⁶.

b) Donación simulada de bienes aportados

Es el caso de una sociedad auténtica constituida por uno o ambos progenitores con algunos de sus hijos, cuyos aportes son donados encubiertamente, por los primeros.

La contribución de los hijos accionistas se efectúa por el padre con fondos o bienes personales suyos. Para MÉNDEZ COSTA "es indudable que en el acto constitutivo figuran cláusulas que no son sinceras (art. 955, C.C.), lo que no basta para transformar en ficticia a la sociedad. Habrá, eso sí, donación simulada bajo la apariencia del aporte, probablemente más que donación no ostensible, pues es evidente que concurren los requisitos de la simulación: la disconformidad entre la voluntad verdadera y la declarada, el acuerdo de donante y donatario para consumarla y el propósito de engaño sin el cual no se concibe la ocultación del origen de los fondos o bienes empleados. Demostrada la simulación por el legitimario afectado, procede colacionar el valor donado, acumulándose las acciones de simulación y de colación"³⁷.

³⁶ ZANNONI, Eduardo A. *La desestimación de la personalidad societaria -"disregard"- y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria*. LL. 1978-B, pág. 200.

En este caso no se aplica la inoponibilidad de la persona jurídica, la solución se encuentra en las normas del derecho civil. Estamos en presencia de una donación simulada a herederos forzosos.

Es necesario resolver cuál es el valor colacionable en este supuesto concreto. Debe establecerse si se colaciona el valor del objeto donado, conforme la regla del artículo 3477 del Código Civil, o la parte que tiene el heredero en la sociedad, con todo el aumento que pudo haber tenido el patrimonio social reflejado en el correspondiente aumento del valor de su parte de interés, cuota o acción y sobre los dividendos obtenidos por el heredero.

Para encontrar la respuesta se debe definir el objeto de la donación. Lo que se dona -en forma simulada- es el bien que se aporta. Esta donación es un acto previo a la constitución de la sociedad. Por lo que el heredero donatario es el verdadero socio. La simulación se realizó en un acto antecedente. El aporte no es simulado, es un bien que ya está en cabeza del heredero.

Como consecuencia de lo expresado consideramos que sólo debe colacionarse el valor del bien donado al tiempo de la apertura de la sucesión (artículo 3477 del Código Civil) con su correspondiente actualización a la época del pago efectivo.

Esta solución se desprende de las mismas normas del Código Civil que sostienen que la donación en vida a un heredero forzoso es un adelanto de su porción hereditaria (artículo 3476 del Código Civil), lo que implica recibir sus beneficios con anterioridad, sin tener los coherederos derechos a los frutos recibidos por el heredero donatario.

VÉLEZ, en la nota al artículo 3477, expresa: "Designamos los valores dados en vida por el difunto y no las cosas mismas como lo dispone el código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante y los frutos de las cosas donadas deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión. Lo mismo decimos cuando se ha dado dinero: el donatario no debe intereses a la sucesión desde que ella se abra, porque ese dinero es suyo y sólo está obligado a tomarlo a cuenta de la herencia que le corresponda".

La sociedad queda incólume. El coheredero que intente la acción de colación, no podrá pretender la inoponibilidad de la sociedad y que se entregue el bien donado, sólo tendrá derecho a su valor, el que se imputará a la hijuela del heredero beneficiario.

c) Sociedad entre uno o varios progenitores, con sus hijos, habiendo uno de ellos rehusado a integrarse

³⁷ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Legítima y sociedades de familia*, LL. tomo 1979-D, pág. 244.

Este supuesto fue tratado por nuestros tribunales en el fallo "Morrogh Bernard"³⁸, en el cual no hubo un propósito fraudulento del causante; no obstante se resolvió la desestimación de la personalidad societaria.

Del voto del Dr. Caffa surgen los supuestos fácticos del caso:

- Sociedad anónima formada por el causante, esposa, hijas y yernos, excepto el actor, al que se lo invitó a incorporarse y se rehusó. Por lo que no existe la ilícita intención del causante de excluirlo de su herencia.

- El capital está formado en casi su totalidad por un establecimiento comercial aportado por el causante, de un valor real muy superior a las acciones por él suscriptas.

- La posibilidad de venta de las acciones de la sociedad cerrada de familia es extremadamente acotada y el valor de las acciones no es razonablemente asimilable al que representa el patrimonio de la S.A., en orden a su participación hereditaria.

Entre los argumentos esgrimidos por el Dr. Caffa en su voto, para desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, destacamos los siguientes:

- "Aunque formal y legalmente nos hallamos ante una sociedad de capital, la realidad interna de ese patrimonio de origen unipersonal adquiere los visos de la administración de un condominio indiviso... nos encontramos con elementos de absoluto predominio de los individuos físicos que integran aquél, por un lado un patrimonio aportado en forma casi total por una de las personas fundadoras, por otro lado una administración con poder de decisión, el llamado poder político, concentrado en el causante primeramente, y luego de su muerte en el núcleo familiar cerrado e impenetrable..."³⁹.

- "La diferencia entre el valor nominal de las acciones suscriptas por el causante y el valor real de su aporte en bienes, constituye por parte de aquél un desprendimiento patrimonial sin contraprestación, sin retribución, que lo ubicaría entre los actos a título gratuito; aunque la transmisión de esos bienes fue a la S.A., ello no excluye el beneficio a los demás socios... Va de suyo que ello, por sí solo, implicaría una desigualdad sucesoria entre los herederos forzosos demandados y el actor, que también reviste ese carácter"⁴⁰.

- "... La inoponibilidad en el *sub iudice*, es consecuencia lisa y llana de la afectación de la legítima -hecho absolutamente objetivo en el que se

³⁸ "Morrogh Bernard, Juan F. c. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros". C.Apel.C.C. Concepción del Uruguay, de fecha 9 de febrero de 1979, LL. 1979-D, pág. 237.

³⁹ Fallo cit. pág. 241.

⁴⁰ Fallo cit. pág. 243.

vinculan una realidad patrimonial y las normas del derecho sucesorio-, con absoluta prescindencia de la intencionalidad del causante al constituir la sociedad anónima..."⁴¹.

Para GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, "no hace falta suponer, intención violatoria a la ley del constituyente, en el sentido de que el causante se propuso perjudicar a uno de los herederos en el uso y goce de la legítima, sometándolo al control de los demás. Esta falta de ilicitud no varía la penetración de la realidad; al contrario, la robustece. Lo normal es que el propósito perseguido haya sido el beneficio común y de haber sabido la discordia futura posiblemente no habría formado la sociedad"⁴².

Para ZANNONI, en este caso existe también una interposición fraudulenta de persona, a través de la constitución de la S.A. Si bien el causante no tuvo en miras excluir al hijo de su legítima, objetivamente resultó privado, al menos, de recibir mediante partición en especie, su cuota de legítima. La constitución de la sociedad fue para este hijo preterido un pacto sobre herencia futura que, objetivamente perjudicaba los derechos derivados de la vocación legítima excluida⁴³.

d) Sociedades sin empresa

Son aquellas sociedades que se constituyen como depósito de patrimonios personales, sin ninguna producción de bienes y servicios. En ésta se vuelcan todos o gran parte de los bienes de uso civil del constituyente. Los activos permanecen infructíferos, por tanto no hay empresa, el fin es extrasocietario. El heredero no tiene la menor expectativa de percibir dividendos y su participación sólo tendrá valor al momento de la liquidación. Mientras tanto la cuota o acción social de nada vale. Por ello, este tipo de sociedades podría afectar sus derechos y serles inoponible conforme los artículos 1º, 2º y 54 de la ley de sociedades⁴⁴.

Para GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, si la sociedad se constituyó para obligar a los herederos a no dividir los bienes y a mantenerse forzosamente unidos, tal obligatoriedad violaría los principios de nuestra legislación que en el artículo 2692 del Código Civil establece que cada copropietario está

⁴¹ Fallo cit. pág. 251.

⁴² GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro. Ob. cit., pág. 64. Este autor, a su vez, señala que esta es la opinión de Fornieles.

⁴³ ZANNONI, Eduardo A. *Sociedad entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pág. 201.

⁴⁴ LOSICER, Jorge Alberto. *La personalidad societaria de las llamadas sociedades de familia ante la sucesión del socio, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993 págs. 70/71.

autorizado a pedir la división de la cosa común cuando no se encuentra sometida a una indivisión forzosa. Para BORDA se burla también del principio que prohíbe al testador de indivisibilidad de los bienes⁴⁵.

La ley regula expresamente en el artículo 51 de la ley N° 14.394, la facultad del testador de imponer a sus herederos, aun forzosos, la no división de los bienes de la herencia por un plazo no mayor de diez años. En caso de tratarse de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste.

El referido artículo es una limitación a la legítima hereditaria, pero sujeta a un plazo máximo. La formación en vida por el causante de una sociedad, con el único fin de ser titular de su patrimonio, y sin empresa, es una forma de vulnerar la limitación en el tiempo, que impone el artículo 51 de la ley N° 14.394, a la indivisión de los bienes que forman el acervo hereditario.

Se vulnera también el principio de división en especie de los bienes heredados, conforme lo establece el artículo 3474 bis de nuestro Código Civil.

e) Sociedad entre uno o ambos progenitores con alguno de sus hijos, constituida con aportes reales de cada uno, que explota efectivamente una empresa

Este es el supuesto que más controversia acarrea en la doctrina. Son sociedades constituidas regularmente entre uno o ambos progenitores y algunos de sus hijos, con aportes efectivamente integrados por sus socios, que han adquirido sus activos mediante compra por un precio serio, con sus propios fondos de capital o con sus reservas, que desarrollan una actividad empresarial, que se han gobernado y administrado por sus órganos típicos, que no se formaron para vulnerar legítimas, adelantar herencias o encubrir donaciones⁴⁶.

No se incurre en ninguno de los vicios que según el artículo 54 acarrearán la inoponibilidad. Pese a ello, el heredero forzoso que recibe su participación social se encuentra en una posición desventajosa, ya que al igual que los casos anteriores es casi nula la posibilidad de venta de sus cuotas o acciones y a un valor real.

⁴⁵ GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro. Ob. cit., pág. 62.

⁴⁶ LOSICER, Jorge A. Ob. cit., pág. 71.

Una parte de la doctrina, que podemos definir como "clásica", sostiene la preeminencia de la defensa de la intangibilidad de la legítima. Para FORNIELES⁴⁷, "el hijo que se encuentra en tales condiciones ha perdido el control de la sociedad. Queda en minoría en todo lo referente a la aprobación de los balances, nombramiento de directores, reparto de utilidades y su pago en acciones, fijación de remuneraciones incluso a favor del directorio, del pase a reservas de utilidades ciertas u ocultas, venta de bienes, etc. Pero su impotencia es tanto más injusta si no reúne el número de votos necesarios para oponer la reforma al estatuto".

Se pregunta si podemos afirmar que en tales condiciones usa y goza de la legítima, sin gravámenes ni condiciones según lo dispone el artículo 3598 del Código Civil. En su opinión, en realidad aquí no juega tanto el uso y goce de su legítima como su integridad.

"Ante razones de tanto peso, pierden fuerza los argumentos esgrimidos, en cuanto al predominio de las normas legales relativas a la constitución de las sociedades, su normal funcionamiento, su disolución, etc.; normas contractuales de cuyo apartamiento no se sigue necesariamente la violación al orden público". El citado autor afirma que la entrega de acciones -en minoría- en pago del haber correspondiente al heredero, viola disposiciones expresas de nuestro código destinadas a proteger la legítima y el fundamento de la colación hereditaria. Si nos atenemos exclusivamente a las normas societarias, evitando cualquier otra consideración, incurriríamos en evidente abuso de derecho.

Ya expresamos en un punto anterior que, para este autor, no hace falta suponer intención violatoria a la ley por parte del constituyente, en el sentido de que el causante se propuso perjudicar a uno de los herederos en el uso y goce de la legítima, sometiéndolo al control de los demás⁴⁸.

Con igual opinión, Busso, luego de reflexionar acerca de la perjudicial situación del heredero en las sociedades de familia, sostiene que "la legítima de ese hijo queda reducida a papeles que nada valen"⁴⁹.

Para otra parte de la doctrina, sin embargo, en el caso puntual que tratamos, el desconocimiento de la personalidad societaria no tiene acogida

⁴⁷ FORNIELES, Jorge S. *La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia*. ED., tomo 31.

⁴⁸ GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro. Ob. cit., pág. 64. Este autor a su vez, señala que esta es la opinión de Fornieles.

⁴⁹ BUSSO, Eduardo B. *Algunos aspectos de la protección de la legítima*. ED. tomo 12, pág. 814.

en nuestro derecho.

Para LOSICER, aunque haya sido constituida por familiares, tal sociedad es perfectamente lícita y, por lo tanto, plenamente oponible en todos sus efectos (art. 2° LSC). El sucesor del socio deberá recibir su parte o herencia en la especie que dejó el causante (art. 3475 C.C.).

Argumenta que el principio de la intangibilidad legitimaria se dirige a asegurar al heredero la recepción de una porción del acervo, atendiendo a un criterio cuantitativo y no cualitativo (art. 3591 C.C.), que se cumple con la entrega de la parte proporcional de los bienes de la herencia; en caso de tratarse de cuotas o acciones de sociedades, se cumple dando su cantidad legítima.

La ley veda al testador imponer cualquier gravamen o condición a la legítima, pero el principio de intangibilidad no es aplicable cuando los bienes ya hubieran sido gravados por el causante. Por tanto, no podrá entenderse que se afecta este principio si los bienes pertenecen a una sociedad, esa titularidad dominial no es gravamen ni condición, salvo en caso de fraude.

Por otro lado, expresa el autor citado que, ni la ley civil ni la comercial contemplan la posibilidad de reparto de los bienes societarios para satisfacer la pretensión de un heredero insatisfecho por su situación minoritaria.

En nuestro país, la desestimación de la personalidad societaria está expresamente regulada en el artículo 54 de la ley de sociedades, en el cual no se encuadra el presente caso.

LOSICER concluye que es irrelevante que la sociedad sea entre familiares o de familia, lo decisivo se funda en la licitud de su oponibilidad (arts. 2° y 54 LSC)⁵⁰.

Desde el punto de vista civilista, tampoco se configura el fraude a la ley. Con igual criterio ZANNONI expresa que en cada caso lo fundamental es investigar si la voluntad del causante fue sustituir un estatuto legal, normas que rigen un modo de ser de la transmisión de bienes, para después de la muerte a través de una sociedad, o si realmente existió una sociedad, aportes y giro empresario, en cuyo caso, ninguna duda cabe, la sociedad es plenamente oponible y el heredero debe recibir las cuotas del capital que le corresponden de acuerdo al derecho sucesorio.

Por más que sea una sociedad de familia no encubre fines extrasocietarios⁵¹.

⁵⁰ LOSICER, Jorge A. Ob. cit. pág. 72 y ss.

f) Aumento de capital y no ejercicio del derecho de preferencia

El aumento de capital en una sociedad con suscripción de todas las acciones por una de las hijas y no ejercicio del derecho de preferencia por parte del progenitor para mantener su participación social, acarrea el problema de establecer si hubo o no violación a la legítima hereditaria.

Es necesario en cada caso dilucidar si el aumento de capital y la suscripción de las acciones fue legítima o sólo una maniobra para desvirtuar las participaciones sociales, ya que creemos que el solo hecho de no ejercer el derecho de preferencia por parte del causante no implica una donación encubierta.

La jurisprudencia resolvió dos casos con decisiones diferentes, pero debemos poner el hincapié que en un fallo se consideró la simulación en el aumento de capital, y en el otro, en el no ejercicio del derecho de preferencia.

El primer supuesto fue resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 1ra, en autos "Magnosio, Víctor, Sucesión"⁵². Se constituye una sociedad con aportes de ambos progenitores y aportes reales de sus herederos, pero a través de un acto societario lícito, se realiza una maniobra fraudulenta que beneficia a uno de los socios en detrimento del otro, con el propósito de vulnerar una ley de orden público.

La sociedad no se constituye para violar la legítima, pero durante su existencia, se utiliza para tal fin, realizándose un aumento de capital formal (simulado), únicamente con suscripción de acciones por la hija beneficiaria y no ejercicio del derecho de preferencia por sus progenitores, lo que acarrea un cambio sustancial en las proporciones que cada uno tiene en la sociedad y con las consecuencias que ello implica.

La Cámara, en el fallo citado, resolvió hacer lugar a la acción de colación con los siguientes argumentos:

- "Consagrando nuestro derecho positivo la distinta personalidad de la sociedad anónima respecto de las personas individuales que la forman y que con su aporte integran su capital (arts. 2º, 56 y 57 de la ley N° 19.550 y art. 33, ap. 2, inc. 2, C.C., según la reforma de la ley N° 17.711, y fundamentalmente el art. 39 del mismo cuerpo legal), parece lícito echar mano del mecanismo incorporado por el art. 54, ap. 2, ley N° 19.550, que consa-

⁵¹ ZANNONI, Eduardo A. *El fraude a la legítima en las sociedades*, en ob. cit., págs. 43/44.

⁵² "Magnosio, Victorio, suc. (Inc. de colación y reducción de donación por Magnosio, Doris, H)". C.Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ra, 21/10/93, JA. 1995-I, pág. 656.

gra en nuestro ordenamiento la teoría del *disregard of the legal entity*, en un supuesto donde o bien la sociedad ha desnaturalizado su objeto mediante actos que contrarían la razón para la que fue creada, o bien sus socios la han utilizado como mecanismo para mediatizar su objetivo concreto de violentar los límites a la disposición gratuita de su patrimonio, o esterilizar o neutralizar el principio esencialmente igualitario consustancial a la sucesión *mortis causa* de herederos forzosos”⁵³.

- “Si el aumento de capital de la sociedad se efectuó -sin razón objetiva que lo justifique- mediante la técnica de capitalizar el pasivo que mantenía con sus directores y accionistas, y representando tal expansión un incremento del 0,2 al 1,6% del patrimonio neto, permitió -ante la falta del ejercicio del derecho de preferencia consagrado en el art. 194 LSC y en violación al principio igualitario del art. 189 del mismo cuerpo- que una de las hijas del causante acrezca su participación del 1,75% al 45% de la cartera accionaria, tal mecanismo en sí mismo lícito, comporta en realidad una maniobra de traspaso patrimonial en violación a la igualdad de los herederos legitimarios forzosos”⁵⁴.

Posteriormente sostiene que, siguiendo la citada teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica o considerando el acto como fraudulento, la solución en el caso concreto sería la misma.

- “Si prescindimos de la aplicación libérrima del art. 52, parte segunda, de la ley... si consideramos que es posible atacar el eventual ‘fraude’, entendido con sentido lato, sin necesidad de destruir la persona jurídica -sociedad-, ni reputarla ineficaz, ni prescindir de ella, sino simplemente considerando el acto fraudulento en sí mismo -en este caso el acto simulado- como postura ZANNONI... arribaríamos a idéntica conclusión”⁵⁵.

- “... El negocio fraudulento se realiza (aquí) apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, ley defraudada... La ‘ley de cobertura’ es naturalmente la ley de sociedades, y específicamente dentro de ella, la técnica de capitalización empleada, que permitió ante la falta del ejercicio de preferencia y la no observación del principio igualitario informado por el art. 189, el traspaso patrimonial sin desembolso proporcional adecuado; y la ‘ley defraudada’ es claramente la normativa que establece los límites a la disposición gratuita en protección de la igualdad de los legitimarios (arts. 3476, 3477 y 3483

⁵³ Fallo cit., pág. 656.

⁵⁴ Fallo cit., pág. 656.

⁵⁵ Fallo cit., pág. 665.

C.C.)”⁵⁶.

- “En suma, que aun considerando lícita la actuación social del ente cuya revisión se postula, y aun siendo lícita la sociedad en sí, lo que aquí se discute es la ilicitud del fin del acto ejecutado dentro de la licitud genérica del objeto social”⁵⁷.

- “Si la emisión de acciones a valor nominal no tuvo otro objeto que el de procurar la licuación como mecanismo que, sin respeto del mecanismo actuado por el art. 189 LSC, posibilitara un traspaso patrimonial sin contraprestación, ello constituye una simulación ilícita (art. 957 C.C.) en la medida en que se convierte en vehículo de violación a la legítima de la accionante (art. 3591 y ss. C.cit.), quedando la favorecida por dicha transferencia obligada a colacionar (art. 3477 C.C.)”⁵⁸.

Con relación al alcance de la acción de colación se resuelve que el valor colacionable es el monto actualizado de lo donado por su padre en la maniobra, pero excluye expresamente el colacionar los dividendos obtenidos, ya que no se cuestiona la titularidad de la donataria, a quien le corresponden los frutos y rentas de la cosa donada, conforme lo establece el artículo 3483 del Código Civil. Tampoco corresponde sumar al monto colacionable los intereses, ya que no hay norma en nuestro ordenamiento jurídico que lo imponga.

- “No corresponde, finalmente, sumar al monto o capital colacionable, los frutos o rentas del mismo, en el caso de dividendos pretendidos, desde que por el imperio de la naturaleza propia del crédito en que se resuelva la colación, lo que se está obligado a colacionar a la masa relicta es el valor concreto de lo recibido en donación, que es empero de la titularidad no condicional de la donataria, lo que supone que su eventual acreedora no adquiere derecho sobre los frutos o beneficios recibidos de la cosa en el tiempo que va desde la donación, hasta el fallecimiento del causante, en que nace el crédito en función de la previsión del art. 3483 del mismo cuerpo legal de fondo que regula el instituto...”⁵⁹.

Para PEDRO DI LELLA⁶⁰ el hecho de que el vehículo para la simulación fuera la sociedad comercial, tiene el único interés de la mayor dificultad para probarse, pero que desde el punto de vista jurídico no hay diferencia con una donación bajo apariencia de una venta. En definitiva, civil o comer-

⁵⁶ Fallo cit., pág. 666.

⁵⁷ Fallo cit., pág. 666.

⁵⁸ Fallo cit., pág. 656.

⁵⁹ Fallo cit., pág. 669.

⁶⁰ DI LELLA, Pedro. *Sociedades Comerciales y legítima hereditaria*, en nota a fallo cit., JA. 1995 I, pág. 675.

cial, el derecho es uno.

El segundo supuesto a analizar fue resuelto por la Corte Suprema de la Nación⁶¹, la que arribó a una solución opuesta al considerar que el no ejercicio del derecho de preferencia, no implica una donación y rechaza la acción de reducción sobre las acciones suscriptas por el beneficiario, que había ordenado el juez de primera instancia.

El fallo de primera instancia afirmó que era trascendente averiguar si la disminución del capital accionario del causante obedeció a una donación que favoreció a la demandada. El *a quo* resolvió que el *animus donandi* se configuró al transferir el donante parte de sus derechos de preferencia a la demandada, quien lo aceptó al ejecutar su derecho de acrecer, incrementando su participación accionaria cuando suscribió acciones por un importe muy alejado de su valor real y mediante la utilización de los derechos de suscripción, que fueron cedidos gratuitamente por el causante, sin que conste que la demandada haya abonado precio alguno por la cesión de dichos derechos de preferencia. Expresó que excediendo la justa medida entre lo ingresado al patrimonio de la demandada y lo abonado por tal concepto, correspondía asimilar el concepto a una donación simple⁶², la que disminuyó efectivamente el patrimonio del causante en beneficio personal de la demandada.

La Corte consideró que el fallo de primera instancia se contradice porque por una parte sostiene que la acción de reducción se hará efectiva determinando las acciones que se deben reintegrar al acervo hereditario, lo cual importa sostener que el objeto de la donación lo constituyen las "acciones", es decir las "cosas" a que alude el artículo 1789 del Código Civil, pero por otra parte, de modo previo manifestó que la donación en rigor fue del ejercicio del derecho de preferencia que dejó de usar el causante y aprovechó la demandada⁶³.

- "La sentencia recurrida incurre en una inescapable contradicción, pues fundamenta una condena a restituir acciones en la supuesta donación del derecho de preferencia del causante, con lo cual no existe identidad entre el objeto de la donación -el derecho de preferencia- y el objeto de la condena -las acciones-. De los presupuestos fácticos y jurídicos del caso resulta evidente que nunca pudo haber existido donación de acciones, porque las acciones suscriptas e integradas por la demandada en el aumento de capital cuestionado nunca formaron parte del patrimonio del causante"⁶⁴.

⁶¹ "G.B., C.E. c. M., I.M.", CSN. 30/09/2003, LL. martes 24 de febrero de 2004, pág. 3.

⁶² Citas legales del fallo número 106.924.

⁶³ Del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo.

A su vez, la Corte, más allá de la referida contradicción, rechaza que el derecho de preferencia pueda ser objeto de donación y esgrime los siguientes argumentos:

- Las acciones nunca integraron el patrimonio del causante, porque para ello debió mediar la suscripción, extremo que no sucedió, al no ejercer el derecho de preferencia que le acordaba la ley y su calidad de accionista. Es decir, que tenía el causante un derecho eventual a esas acciones, porque ello estaba sujeto a una condición, que consistía en incorporar a su patrimonio las acciones del aumento de capital, a través del ejercicio del derecho de preferencia, opción que no utilizó.

- El artículo 1800 del Código Civil establece que sólo se pueden donar bienes que estén presentes en el patrimonio al tiempo que se efectúa, supuesto que no se configura en el caso de "acciones que no estuvieron en el patrimonio del causante y que la demandada adquirió mediante el uso de un derecho propio de preferencia que surgía de su tenencia accionaria".

- No se puede asimilar a una donación el ejercicio parcial del derecho de preferencia por parte del causante y el consiguiente ejercicio del derecho de acrecer por parte de la demandada en el aumento del capital cuestionado. El ejercicio parcial del derecho de preferencia no puede conllevar una donación, pues se trata de una opción de la cual puede o no hacer uso el accionista de acuerdo a su entera discrecionalidad. Si no lo hace, no lo adquieren gratuitamente los otros accionistas, sino que permite a aquéllos el ejercicio del derecho de acrecer⁶⁵.

La distinción entre lo resuelto en el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca y el fallo de primera instancia revocado por la Corte, radica en que en el primer supuesto se considera que el acto simulado o fraudulento es la maniobra de aumentar el capital en forma no genuina, lo que, sumado al no ejercicio del derecho de preferencia, implica una disminución en la participación social del causante y un aumento en la de la heredera, y lo que se colacionó fue el valor de ese aumento simulado o fraudulento que tuvo como objeto vulnerar la legítima. En el segundo caso, sin embargo, se resolvió que lo donado en forma simulada era el no ejercicio del derecho de preferencia, lo que trae aparejado, al igual que en el supuesto anterior, variar sustancialmente la participación accionaria de los involucrados, sin una contraprestación adecuada, ya que no hay coincidencia entre lo abonado y el valor de lo obtenido a cambio. Tampoco hay un

⁶⁴ Del voto del Dr. Fayt.

⁶⁵ Del voto del Dr. Fayt.

aumento totalmente genuino de capital. El Tribunal dispuso la acción de reducción sobre las acciones suscriptas, lo que dio causa a la mayoría de las críticas de la Corte, ya expuestas.

Si bien no hay donación en el acto puro del no ejercicio del derecho de preferencia, lo fundamental, como expresamos al comienzo, es establecer, en cada caso, si el aumento de capital fue genuino o un medio para vulnerar la legítima, utilizando como vehículo para dicho objetivo, actos societarios lícitos, pero con fines fraudulentos, lo que conllevaría a la inoponibilidad del acto societario, por aplicación del art. 52, punto 2, de la ley N° 19.550.

IV. CONCLUSIONES

- En las sociedades de personas y de responsabilidad limitada, la incorporación obligatoria de los herederos del socio, cuando hay un pacto al respecto, viola el art. 14 de la Constitución Nacional.

- En las S.R.L. no hay una clara solución legal ante la falta, en el contrato, de cláusula de incorporación de herederos. En caso de silencio corresponde la resolución parcial y el pago a los herederos de su participación.

- El principio en materia de sociedades anónimas es la no resolución parcial del contrato por muerte del socio, ya que la personalidad del socio es indiferente. Sin embargo en la práctica se desvirtuó el concepto de este tipo societario y se lo utiliza para cualquier emprendimiento comercial.

- El régimen impuesto por la ley N° 19.550, para el funcionamiento de las sociedades anónimas, está estructurado para empresas de gran envergadura, lo que resulta muchas veces incompatible para estas sociedades anónimas de familia, fundadas con el propósito de limitar la responsabilidad de los constituyentes.

- El artículo 90, segunda parte, de la ley N° 19.550 se debe armonizar con el artículo 547 del Código Civil y es una excepción a los artículos 75 y 12 de la citada ley. Por lo que sostenemos que transformada la sociedad, o la parte del socio en comanditaria, los efectos de ésta con relación al heredero se retrotraen a la apertura de la sucesión (conforme artículos 90, segunda parte, LSC, y 547 del C.C.), lo que implica la limitación de la responsabilidad a partir de dicho momento.

- La calidad de socio comanditario del heredero es un derecho que forma parte de la masa hereditaria; si bien nace con la transformación de la sociedad o de su parte en comanditaria, tiene efectos retroactivos a la apertura de la sucesión, y por ende su responsabilidad limitada.

- Los derechos y obligaciones derivadas de sucesiones universales *mor-*

tis causa se adquieren fuera del registro, no están sujetos al régimen de publicidad registral, para su oponibilidad frente a terceros.

- En caso de resolución parcial por la no transformación, el heredero nunca tuvo la calidad de socio, ya que la condición suspensiva, a la que estaba sujeta, o sea la transformación de su parte en comanditaria, no se cumplió. El no cumplimiento de la condición hace que la obligación sujeta a ésta no nazca (artículo 548 del Código Civil).

- En las sociedades de responsabilidad limitada, los herederos del socio fallecido gozan de la responsabilidad *intra vires hereditatis*, por la integración de los aportes que establece el artículo 150 de la ley N° 19.550.

- Si el socio fallecido tiene una deuda con la sociedad por la no integración del aporte en las condiciones pactadas, conforme lo dispone el artículo 37 de la ley de sociedades, debe aplicarse el régimen sucesorio de deudas.

- Las deudas del causante se dividen de pleno derecho entre los herederos desde la apertura de la sucesión.

- Se deben armonizar las instituciones de la legítima hereditaria y de las sociedades comerciales, para que la protección de una no perjudique a la otra.

- El juez, en cada supuesto concreto, deberá establecer si la sociedad se constituyó o funciona, para frustrar los derechos del heredero forzoso y, en tal caso, aplicará el tercer párrafo del artículo 54 de la ley N° 19.550 (modificado por ley N° 22.903), que recepta la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

- No debe descartarse *a priori* ninguna solución jurídica, para resolver los conflictos que genera la utilización de sociedades, con el fin de defraudar la legítima.

- Si la sociedad se constituyó con aportes efectivamente integrados por sus socios y desarrollan una verdadera actividad empresarial, la sociedad es plenamente oponible al heredero forzoso, que recibirá las acciones o cuotas del capital que le corresponden de acuerdo al derecho sucesorio. Por más que sea una sociedad de familia no encubre fines extrasocietarios. Lo decisivo se funda en la licitud de su oponibilidad (arts. 2° y 54 de la LSC).

BIBLIOGRAFÍA

- ACQUARONE, María. *Pactos de incorporación y exclusión de herederos*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- ARAMOUNI, Alberto. *Modificaciones de las sociedades comerciales*, en *Tratado de derecho privado*, pág. 207 y ss., Buenos Aires.
- BUSSO, Eduardo B. *Algunos aspectos de la protección de la legítima*, ED., tomo 12, pág. 814.
- CÁMARA, Héctor. *Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- CESARETTI, Oscar D. *Convenios de incorporación de herederos*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- COLOMBRES, Gervasio. *Curso de derecho societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.
- DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de Código Civil*, Ed. El Gráfico, Asunción, Paraguay, 1964, pág. 464, citado por Guastavino, Elías P. en ob. cit., nota pág. 1066.
- DI LELLA, Pedro. *Sociedades comerciales y legítima hereditaria*, JA. 1995-I, pág. 675.
- FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, traducción de la segunda edición revisada italiana, por Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1922.
- FORNIELES, Jorge S. *La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia*, ED., tomo 31.
- GUASTAVINO, Elías P. *Cuestiones sucesorias en las leyes N° 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos*, LL. tomo 147, pág. 1064.
- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro. *La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales*, en Ponencia de la Delegación Argentina al XII Congreso Internacional del Notariado Latino, tema IV, subtema b, 1973, Consejo Federal del Notariado Argentino.
- LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando. *Curso introductorio al derecho registral*, Astrea, Buenos Aires.
- LOSICER, Jorge Alberto. *La personalidad societaria de las llamadas sociedades de familia ante la sucesión del socio*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 70/71.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Legítima y sociedades de familia*, LL., tomo 1979-D.
- NISSEN, Ricardo. Exposición en el Curso *Las sociedades frente a la transmisión hereditaria*, organizado por el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- NISSEN, Ricardo A. *Incorporación y exclusión de herederos*, ob. cit.
- OTAEGUI, Julio C. *El art. 54 de la ley de sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica*, ED. 121, pág. 807.
- PELOSI, Carlos A. *La revisión del concepto de persona jurídica*, ponencia al XII Congreso Internacional del Notariado Latino, tema IV, subtema b.
- VÍTOLO, Daniel Roque. *La situación de los herederos en las sociedades de responsabilidad limitada*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- ZANNONI, Eduardo A. *Manual del derecho de las sucesiones*, segunda edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1990.

- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de sucesiones*, tomo 2, segunda edición, Astrea, Buenos Aires.
- ZANNONI, Eduardo A. *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ZANNONI, Eduardo A. *La desestimación de la personalidad societaria - "disregard"- y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria*, LL. 1978-B, pág. 200.
- ZANNONI, Eduardo A. *El fraude a la legítima en las sociedades*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- ZUNINO, Jorge O. *Sociedades comerciales. Disolución y liquidación*, tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984.

JURISPRUDENCIA

- "Artesiano, Mónica I. y otra c. Gianina Soc. en Com. por Accs.", CNCom. sala A, de fecha 27 de febrero de 1978, LL. tomo 1978-B, pág. 195.
- "Columbia Hermanos S.R.L.", del 30 de septiembre de 1947, LL. tomo 50, pág. 146.
- "G. B., C. E. c. M., I. M.", CSN. 30/09/2003, LL. martes 24 de febrero de 2004, pág. 3.
- "Magnosio, Victorio, suc. (Inc. de colación y reducción de donación por Magnosio, Doris, H)", CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala 1, 21/10/93, JA. 1995-I, pág. 656.
- "Morrogh Bernard, Juan F. c. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros". CApel.C.C., Concepción del Uruguay, de fecha 9 de febrero de 1979, LL. 1979-D, pág. 237.
- "Unión Soc. Coop. de Crédito Ltda.", Suprema Corte de Mendoza, 17/9/84, con voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y nota a fallo de Eduardo Zannoni, JA. 1985-I.