

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Reglamento del Instituto Argentino de Cultura Notarial. Presidió la Comisión Reformadora de la Ley N° 6191, Orgánica del Notariado, donde su voz fue escuchada con suma atención por su experiencia, conocimientos y la calidad humana que representaban sus opiniones.

El hombre, Raúl Adolfo Moneta brilla con el mismo fulgor que el dirigente notarial. Nacido en 1918, casado con Alicia E. Lucini, formó una hermosa familia, con cuatro hijos y diecisiete nietos. En diciembre de 1940 se graduó de notario en la Facultad de Derecho, dependiente de la Universidad local, y llegó a la titularidad del Registro N° 29 de Lomas de Zamora en agosto de 1941, ejerciendo su profesión hasta la fecha.

El ejercicio de la profesión, la dirigencia notarial, la dedicación amorosa a los suyos, su profunda fe católica, forman los marcos de la personalidad de este amigo. Virtudes que lo condecoran además de las distinciones que ha recibido y que forman el reconocimiento material de sus profundos méritos morales: Gran Collar Cruz San Raymundo de Peñafort, España; Caballero de Gracia Magistral Soberana, Orden Militar de Malta; Titular Orden San Silvestre Papal, otorgada por Su Santidad Juan Pablo II, y Ministro Extraordinario de la Eucaristía en la Parroquia de San Martín de Tours.

Raúl: no puedo silenciar - pese a que puedo herir tu proverbial sencillez - que es un alto honor para el notariado argentino que el cargo vacante por Núñez Lagos tú lo ocupes a partir del Congreso de Cartagena, siguiendo la ruta que nos marcó José Adrián Negri, desde el momento que en este país se puso en funcionamiento esta obra de amor, de dignidad, de esfuerzo, de vocación de servicio, que es en definitiva la Unión Internacional del Notariado Latino. En este abrazo, testimonio toda nuestra alegría y nuestro reconocimiento. Sabemos de tu entereza para sobreponerte en momentos difíciles. La fe en Dios te ha hecho superar todas las dificultades: esa misma fe será tu compañera en el lugar de honor que el notariado internacional te ha otorgado.

Muchas gracias, querido Raúl.

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

TEMAS DE DERECHO PRIVADO III() (144) (Segunda Parte)*

Tema: LAS SOCIEDADES FRENTE A LA TRANSMISIÓN HEREDITARIA

Invitados: PROFESORES DOCTORES SANDRO SCHIPANI, ANDREA DI PORTO, CESARE MIRABELLI Y ANTONIO SERRA (ITALIANOS)

Relatores: PROFESORES DOCTORES AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y EDUARDO ZANNONI

Participantes: DOCTORES CECILIA GROSMAN, SARA FELDTEIN DE CARDENAS, DIEGO LÓPEZ OLACIREGUI Y HECTOR DELLA COSTA

Fecha: 19 DE AGOSTO DE 1990

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. -

Iniciamos hoy una reunión que, como todas las anteriores - y esto vale como recordatorio -, se hace sobre la base de los temas que han de tratar las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en Buenos Aires del 4 al 7 de setiembre de 1991.

En unos momentos más, se integrarán a esta mesa redonda varios distinguidos profesores italianos, y a su ingreso el doctor López Cabana hará las presentaciones del caso. Desde ahora pido excusas a los expositores por alguna interrupción circunstancial.

Hoy el departamento se ve honrado por tener como relatores a dos de los juristas más brillantes del país, dos juristas integrales, pero son una especial preocupación por los temas del derecho de familia - naturalmente, dos profesores titulares de la Facultad que accedieron por concurso a la cátedra - : el doctor Augusto César Belluscio y el doctor Eduardo Zannoni. Ellos van a disertar y a dialogar sobre el tema relacionado con las sociedades y la transmisión hereditaria.

Por orden alfabético, en primer término lo hará el doctor Belluscio.

DOCTOR BELLUSCIO.

Hablaré en primer término no sólo por orden alfabético, sino porque con el doctor Zannoni hemos convenido en que yo trate la situación normal y él la situación patológica de la transmisión hereditaria vinculada con la participación del causante en sociedades.

Hay varios problemas a considerar, y el tema que se plantea para las Jornadas del año próximo es un poco difuso. Nosotros hemos intentado precisarlo, de manera que, por mi parte, me referiré a lo que entendemos por situaciones normales, que son, en primer lugar, la conclusión de la sociedad civil por el fallecimiento de uno de los socios; en segundo término, la situación que se presenta con respecto a la participación del causante en las sociedades comerciales; y en tercer lugar, un tema de contenido más bien procesal, que se relaciona con la determinación del valor de las participaciones sociales y la asignación de ese valor a los fines de la partición.

El primer punto, el de si la sociedad civil se extingue o no como consecuencia del fallecimiento de uno de los socios, si es vinculante para los socios sobrevivientes y para los herederos del socio prefallecido el pacto de continuación de la sociedad a pesar del fallecimiento, viene siendo discutido desde antigua data.

Desde los primeros comentadores del Código Civil se ha señalado, y así lo considera la mayor parte de la doctrina, que hay una contradicción insalvable entre los artículos 1670 y 1761 del Código Civil, pues parecen dar soluciones contradictorias a un mismo problema.

En efecto, el artículo 1670 dice que "no tienen calidades de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si ésta no fuese convenida con el socio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero". Este artículo plantea, como consecuencia del fallecimiento, dos posibilidades de que la sociedad continúe: la primera, el pacto entre los herederos o legatarios de los derechos sociales y los socios sobrevivientes; y la otra, la convención que hubiese sido establecida en el contrato social y aceptada por el heredero.

Según este artículo, parecería que es necesaria la convención con los herederos sobrevivientes o la convención con el socio prefallecido, con lo cual, en el caso de que por vía del contrato social o de una convención complementaria de éste se hubiese pactado la continuación de la sociedad, los socios sobrevivientes estarían siempre obligados a respetar tal pacto.

En cambio, el artículo 1761, continuando la idea del 1760, que se refiere a la continuación de la sociedad después de la muerte de alguno de los socios, dice que "lo mismo se observará aun cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuaría con los herederos, a no ser que éstos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad".

Es decir, que, mientras el artículo 1670 para la continuación de la sociedad obliga a los socios sobrevivientes cuando hubiesen pactado la continuación en el contrato social o en una convención complementaria, el artículo 1761 requiere una nueva conformidad de los socios sobrevivientes, porque establece que los herederos y los otros socios deben convenir la continuación de la sociedad.

Como ya he dicho, la mayor parte de la doctrina ha encontrado una contradicción insalvable entre esos dos artículos, de manera que aproximadamente la mitad se pronuncia por la prevaencia del artículo 1670 y el resto, por la precedencia acordada al artículo 1761.

Pero a mi juicio, y de acuerdo con una doctrina minoritaria que en este siglo ha sido sostenida por Fassi, éste no es un buen criterio hermenéutico; no puede suponerse una inconsecuencia en el legislador que lo haya llevado a establecer disposiciones contradictorias.

¿Cuál es, entonces, la idea interpretativa que puede permitir la coordinación de estos dos artículos?

El artículo 1761 viene desarrollando una idea expuesta en los artículos anteriores, a partir del 1759, que se refiere a la disolución de la sociedad cuando "muere el socio administrador nombrado por el contrato, o el socio que pone su industria - el socio industrial -, o alguno de los socios que tuviese tal importancia personal que su falta hiciere probable que la sociedad no pueda continuar con buen éxito". Creo que aquí está la clave, como lo sostuvo Fassi, para la interpretación coordinada de una u otra disposición. El artículo 1670 se refiere al caso general de muerte de cualquier socio y el 1761, en cambio, al caso de muerte del socio administrador, o del socio industrial, o del socio que tuviese tal importancia en la actividad social que ésta no pueda ser continuada normalmente sin su intervención. Por eso es lógico que en este segundo caso se requiera una conformidad expresa de los socios sobrevivientes para que la sociedad pueda continuar con los herederos o legatarios de los derechos sociales, mientras que en el caso general basta con que ellos queden obligados por el contrato social.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El segundo de los puntos se vincula más específicamente con las sociedades comerciales y se trata del problema que se presenta cuando a raíz del fallecimiento del socio que tiene una determinada participación en la sociedad, la división de las cuotas o de las acciones de la sociedad entre los herederos determine que los derechos de cada uno de ellos sean mínimos o lleguen inclusive a ser ilusorios.

En las sociedades comerciales, la existencia de mayoría del capital tiene una importancia trascendente para numerosas decisiones que deban tomarse en la vida de la sociedad o para la conclusión de ésta. Así, en la sociedad colectiva el artículo 129 de la Ley de Sociedades Comerciales exige mayoría para la remoción sin causa del administrador designado por el contrato social o por otra convención posterior. Y esta mayoría, de acuerdo con el artículo 132, debe ser mayoría absoluta de los capitales, salvo disposición en contrario del contrato social.

Parece obvio que si el causante por sí solo tenía la mayoría del capital social, en sus manos estaba la posibilidad de remover al administrador sin necesidad de causa; pero si las cuotas sociales se dividen entre varios herederos y cada uno de ellos resulta minoritario, la decisión de este tipo ya no puede ser adoptada sino con el acuerdo de todos los herederos, o mediante el acuerdo de algunos de los herederos con los otros socios de la sociedad colectiva.

En la sociedad de responsabilidad limitada también tiene trascendencia la existencia de mayoría porque el artículo 160 exige una mayoría mínima para modificar el contrato social, y esa mayoría mínima es de los tres cuartos de capital a falta de estipulación. La mayoría tiene que ser del capital presente en la asamblea de la sociedad. También en este caso si el causante tenía tres cuartos del capital social o una proporción mayor, la división de ese capital entre los herederos, si éstos no se ponen de acuerdo, motiva que ninguno de ellos pueda adoptar la disposición que habría podido tomar el causante.

Quizás todavía mayor sea la importancia en las sociedades anónimas, especialmente en las de gran trascendencia o cuya acciones se cotizan en Bolsa, en cuanto a que todas las decisiones deben adoptarse por mayoría absoluta de votos presentes en la asamblea, salvo que los estatutos exijan mayor número de votos presentes. Así lo establecen los artículos 243 y 244 de la ley de sociedades comerciales; y no sólo se requiere esta mayoría para adoptarlas decisiones, sino que también el artículo 236 fija un capital mínimo para pedir la celebración de la asamblea. El requerimiento de asamblea sólo puede ser hecho por accionistas que representen el 5 por ciento del capital social si los estatutos no establecen una representación menor. En este caso, si el causante hubiese tenido una participación, por ejemplo, del 10 por ciento, de por sí solo habría podido pedir la celebración de asamblea, y si su capital se divide entre cuatro herederos, ninguno de ellos individualmente tendrá el mismo derecho.

Esto es trascendente, pero tal vez más trascendente sea la existencia de un paquete mayoritario de acciones, porque este paquete, que en manos del causante permitía el control de la sociedad, dividido entre los herederos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impide que cada uno de ellos, o que quizás varios si no llegan a representar la mayoría del capital, puedan continuar con el manejo de la sociedad. Esto implica al mismo tiempo que exista una disminución del valor de las acciones, porque no es lo mismo el paquete mayoritario que tiene el manejo de la sociedad, que una porción de ese paquete que necesita aliarse con otros accionistas para poder tomar decisiones respecto de la marcha del ente. Es decir, el valor no va a ser proporcional al número de acciones; el 51 por ciento de las acciones de la sociedad tiene un valor global mayor que el que tendrían sumadas participaciones menores que representarían el 51 por ciento.

Si hay otros bienes en la herencia que permitan la división en especie, el problema puede no llegar a tener demasiada trascendencia, porque bastaría con adjudicar el paquete accionario a uno de los herederos y otros bienes equivalentes a los otros, y entonces nadie se vería perjudicado. Pero si el paquete accionario fuese la mayor parte del haber hereditario, o si no hubiese otros bienes en la herencia, entonces el perjuicio para cada uno de los herederos parece evidente puesto que el valor de su proporción en el capital disminuye no en proporción a la parte que le corresponde en la herencia, sino que es menor a la alícuota que le correspondería en los derechos hereditarios.

El problema es de difícil solución. Se nos ocurre que la solución la puede tener en sus manos transitoriamente el causante por aplicación del artículo 51 de la ley 14394, que le permite establecer la indivisión de bienes determinados hasta por el plazo de diez años. La solución es evidentemente transitoria, pero mientras no exista una disposición legal que establezca la indivisión forzosa de los paquetes accionarios y la decisión por mayoría de los herederos de cómo debe obrar un representante común de todo el paquete, no cabe otra solución.

También cabría la solución del artículo 52 de la misma ley, según la cual los herederos pueden pactar la indivisión, pero su aplicación es inútil porque si la pactan quiere decir que están de acuerdo, y si están de acuerdo, también pueden estarlo en el manejo de la sociedad.

Finalmente, el tercer problema que, como dije es de índole un poco procesal, está suscitado por la fijación del valor de las participaciones accionarias a los efectos de la partición en los juicios sucesorios.

Existen pocos antecedentes sobre el tema. Por mi parte, sólo he obtenido un fallo de la Sala C, del 21 de setiembre de 1983, que dice que "cuando la herencia es la formada por acciones y cuotas de participación en sociedades comerciales, dichos fondos pueden ser divididos en base a una simple operación aritmética. Basta, pues, con la presentación de un escrito en que se las distribuya, sin que resulte necesario realizar ninguna obra de las tareas habituales en una partición judicial".

Evidentemente, es lo es así mientras el haber hereditario esté representado exclusivamente por la participación en una sociedad. Pero si hay otros bienes, esta verdad, que parece ser sentada como inconclusa por la Cámara, no creo que sea tanto, ya que en este caso es necesario fijar el valor de las acciones porque la partición no va a versar sobre ellas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solamente, sino también sobre los otros bienes integrantes del haber hereditario.

Continúa diciendo el fallo: "que tales títulos expresen por sí mismos el estado patrimonial de las empresas y su reparto de acuerdo con las proporciones que la ley y el testamento han establecido significará la más perfecta partición del activo y del pasivo" (recalco, "significará la más perfecta partición del activo y del pasivo", mientras éste sea el único bien hereditario, pero no cuando hay otros bienes).

"Es innecesario desde todo punto de vista tasar e inventariar los bienes muebles e inmuebles a que aquellas pertenecen así como también establecer cuáles son las deudas".

"En definitiva, lo que el causante ha dejado son esas acciones y por tanto ése será el objeto de la distribución. Nada tiene que ver tampoco el valor en dinero de las acciones ya que cualquiera sea éste, mediante un reparto ajustado a las respectivas proporciones, en la misma medida se trasladará a cualquier diferencia con el valor nominal".

Así crecen mis objeciones a las expresiones del fallo. Me parece inadmisibles decir que nada tiene que ver el valor en dinero de las acciones, o que es innecesario fijar el valor de las acciones, no quizás por el procedimiento de tasación de los bienes sino por un procedimiento contable que establezca cuál es su valor.

Todo esto es verdad cuando sólo existe en el haber hereditario la participación accionaria en una sola sociedad; pero si hay otros bienes, como no necesariamente la partición debe hacerse por un lado con las acciones y por otro lado con los demás bienes, sino que debe hacerse globalmente, me parece evidente que es necesario que se exija el valor de las acciones a los fines de la partición.

El fallo termina diciendo que no deben confundirse el inventario y avalúo propios del proceso de partición con un inventario y tasación de los bienes de las sociedades, pues resulta jurídicamente improcedente realizar cualquier procedimiento de esta naturaleza porque sólo las cuotas y las acciones están dentro del acervo.

Reitero que esto es parcialmente verdad y que no lo es cuando existen otros bienes en el haber hereditario. ¿Cuál ha de ser el procedimiento para fijar el valor de las acciones? No necesariamente el inventario y el avalúo de los bienes de la sociedad. Creo que lo normal será que, mediante los procedimientos que suministra la ciencia contable y el auxilio de un perito contador, el juez fije el valor de las acciones y también el valor de los demás bienes para posibilitar que se efectúe la partición.

Cedo la palabra al doctor Zannoni para que se ocupe de las situaciones anormales.

DOCTOR LÓPEZ CABANA. - Si me permite, doctor Zannoni...

DOCTOR ZANNOM. - Como no.

DOCTOR LÓPEZ CABANA. - Como un acontecimiento felizmente normal dentro de nuestra vida institucional, la Facultad tiene firmado un acuerdo con la segunda Universidad de Roma, y el Departamento de Derecho Privado ha recibido la visita de varios profesores italianos que tenemos el gusto y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

honor que nos acompañen.

Junto a nosotros están dos de ellos: el profesor Cesare Mirabelli, que es el Presidente del Consejo de la Magistratura italiana, y el doctor Andrea Di Porto, que es profesor de Derecho Romano en la Universidad de Turín.

En unos momentos más se harán presentes en este salón los profesores Sandro Schipani, titular - ordinario, como se dice en Italia - de Derecho Romano, y Antonio Serra, que nos acompañó en un acto previo a esa reunión y que es profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Sassari.

Dejamos así presentados a nuestros ilustres visitantes que han tenido a bien acompañarnos en esta mesa redonda.

Los dejo ahora con el doctor Zannoni, que ha de exponer sobre el tema de las situaciones anormales que anunció el doctor Belluscio.

DOCTOR ZANNONI. - El doctor Belluscio ha desarrollado el encuadre jurídico de la transmisión hereditaria de acciones o cuotas de capital en sociedades civiles o comerciales de las cuales era titular el causante.

El tema también nos permite incursionar, desde otra perspectiva, en la patología, que consiste en la utilización de las sociedades o el recurso técnico de la personalidad jurídica como un medio para defraudar los derechos hereditarios.

Este tema, por supuesto, no es novedad entre nosotros. Conocemos precedentes, y también el desarrollo que ha tenido la doctrina relativa a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, el disregard de los norteamericanos, la redhibición de la personalidad, como le llamó aquí el profesor Colombres, etcétera, tendiente a penetrar en la persona jurídica recorriendo el velo de la personalidad y descubrir los intereses individuales que se escudan tras la forma jurídica para defraudar los derechos hereditarios.

Si bien digo que este tema no constituye ninguna novedad, hay que advertir, asumiendo el contexto normativo de nuestro Código Civil, y particularmente el libro relativo al derecho de las sucesiones, que no vamos a encontrar norma alguna que nos venga en auxilio.

Bien sabemos todos que para el Código Civil la mayor riqueza patrimonial estaba constituida por la propiedad inmobiliaria, por los inmuebles, propio del estadio socioeconómico de producción que vivía el país y el mundo precapitalista - diría yo -, que prácticamente era el que existía en el Río de la Plata, nuestro país a mediados del siglo XIX.

Al Código Civil le preocupó principalmente proteger la porción legítima de los herederos forzosos pensando especialmente en la propiedad inmobiliaria, en los inmuebles.

¿Qué duda cabe - lo reitero - sobre este particular celo del Código en tutelar todo aquello que implique desnaturalizar o derivar la propiedad inmobiliaria de modo que escape a los legítimos herederos que son los destinados a continuar, diríamos, la empresa patrimonial familiar que básicamente se desarrolla a partir de la propiedad inmueble?

Las acciones de reducción, de complemento de la legítima, la acción derivada de la preterición del heredero forzoso, etcétera, presuponen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siempre enajenaciones, actos de disposición; algunos pueden ser simulados, otros pueden ser francamente actos gratuitos, poniendo en funcionamiento el mecanismo de protección de la legítima en la medida en que el valor de estos bienes donados, estos bienes transferidos, simulada o no simuladamente, excedieran la porción disponible.

No me voy a detener en este tema, pero lo debemos tener bien presente.

En rigor, nuestro Código tampoco se ocupó de los negocios en fraude que podría haber concluido el causante para privar a quienes serán herederos forzosos el día de su muerte, de bienes que integran su patrimonio ganancial por parte de uno de los cónyuges, como para sustraer bienes del patrimonio y que obviamente están afectados por la legítima hereditaria.

Todos sabemos que en nuestro Código Civil básicamente el fraude como vicio propio de los negocios jurídicos lo estudiamos a propósito del fraude pauliano, y de la acción revocatoria que ejercen los acreedores quirografarios de fecha anterior a actos de disposición o no, pero en definitiva actos que provocan la insolvencia de una persona y perjudican, por ende, a dichos acreedores. En la acción pauliana - artículos 961 y siguientes - está delineado el remedio en relación con el fraude de los acreedores.

Que el fraude todo lo corrompe - traducción del aforismo latino que heredamos significa que el derecho no tutela el fraude. Y aun cuando no exista una norma precisa que genéricamente condene y combata todo acto en fraude a intereses de terceros, ese fraude será invocable y los actos fraudulentos, atacables.

Precisamente, tanto en materia de actos de disposición entre cónyuges, o sea en relación con el régimen de comunidad de gananciales para sustraer bienes del patrimonio ganancial por parte de uno de los cónyuges, como para sustraer bienes del patrimonio y perjudicar a los herederos forzosos, el fraude se ha hecho presente.

Tengo para mí - y ésta es una digresión que hago y es una invitación a la reflexión y probablemente sea motivo de reflexión válida para las jornadas del año próximo - que hay que redefinir la función que cumple el derecho hereditario cuando se ha transformado la base social económico - productiva, que presuponía la legislación de Vélez.

No me cabe duda de que hoy la riqueza más importante no está necesariamente constituida por inmuebles. Los paquetes accionarios, las inversiones en títulos públicos, los activos financieros, las patentes, los acuerdos entre empresas, etcétera, dominan también el panorama y en definitiva la producción, que antes se desenvolvía en la familia, mediante una infraestructura productiva agraria, es decir, a través de la propiedad del capital inmobiliario, hoy se vincula más, en las grandes empresas, con la tecnología, con la tenencia de activos financieros y accionarios. Y estos valores, estos bienes que representan en las sociedades industrializadas quizás lo más significativo de la riqueza productiva de una sociedad, no encuentran adecuada protección a la hora de defender los intereses de aquellos que están llamados a suceder en estos derechos.

El derecho moderno ha hecho de la circulación de los títulos valores, de todo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo que significan estos activos representados en títulos, en papeles, en - digamos - materia intangible, sus propias leyes y sus propias normas de transmisión. Las acciones al portador se transmiten por simple entrega; la constitución de una sociedad anónima con acciones al portador es lisa y llanamente la puerta abierta a la posibilidad de que el tenedor de ese paquete accionario pueda prácticamente distribuir esas acciones por simple entrega sin necesidad de ningún tipo de cortapisas, diluyendo así las expectativas de herederos forzosos o de algunos de ellos.

Quizás debería pensarse el derecho hereditario en función de una realidad económica que pasa por otros carriles que los que tuvo en cuenta nuestro codificador, y por los que transita el Código Civil cuando considera la propiedad inmueble, ésta que está acá, inmóvil, tangible, como el capital más importante.

¿Dónde están hoy los capitales más importantes? Están y no están; y no sabemos cómo ni dónde los controles reales - digamos, el control económico - se pueden manejar con normas y principios de circulación totalmente distintos.

La normativa de la ley de sociedades ha permitido a muchas personas constituir las que solemos llamar sociedades de familia, sociedades que constituye una persona con su cónyuge y sus hijos, en muchos casos en forma de anónima, a veces en forma de sociedad en comandita por acciones, y en las que el constituyente suele ser el socio comanditario con las acciones de la sociedad, del paquete fuerte, y quizás los hijos son los socios solidarios o socios que aparecen en la gestión de la sociedad y que en el día de mañana recibirán por vía hereditaria esas acciones, como surge de la propia normativa, distribuidas de modo que el causante pueda así transformar su patrimonio individual en el patrimonio de una sociedad a través de títulos o acciones.

Podríamos decir que no es ilícito, que no es reprobable, en principio, que una persona decida realizar su actividad o su explotación a través de la forma societaria, pero cuando ahondamos un poco, nos damos cuenta de que si bien, en muchos casos, aparece la existencia formal de una sociedad, sigue siendo el mismo causante el que explota personalmente el negocio, que ha distribuido un número insignificante de acciones entre sus hijos, por ejemplo, para mantener el control. Esas acciones nominalmente aparecen en asamblea, pero en muchos casos ni se han emitido, solamente hay certificados, que en última instancia están en alguna caja fuerte, bien asegurados, en poder de la persona que constituye la sociedad. Nos damos cuenta, entonces, de que la forma societaria está utilizada o manipulada no para obtener a través del aporte de capitales o del esfuerzo común una empresa que de otro modo individualmente no podría lograrse, función que cumple una sociedad de capitales como es la sociedad anónima, sino para crear una ficción que sirva de soporte a un patrimonio atribuido a la sociedad.

En otros casos, más patológicos aún, puede utilizarse la forma societaria no en el momento de su constitución, sino durante su existencia para derivar o para enriquecer su patrimonio en detrimento del patrimonio del causante.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta situación la vemos con mucha frecuencia en materia conyugal. Vale decir, sociedades conyugales que no existen en realidad porque todos los bienes los adquiere la sociedad durante el curso de los años, de manera que a la finalización del régimen por divorcio, porque hay conflictos, suele suceder que el cónyuge del socio no tiene en el haber más que acciones. Pero - ¡oh, sorpresa! - esas acciones fueron vendidas la semana anterior, digamos, y el cónyuge tiene apenas el 2 por ciento en este momento de su participación societaria.

Lo digo en forma dura, si se quiere; pero afortunadamente hoy día a través de nuestros jueces una maniobra de esta naturaleza sería desbaratada. Sin embargo, se puede hacer en forma más sutil porque en definitiva la utilización de la forma societaria para defraudar al cónyuge puede servir para defraudar a los herederos.

En general, no se trata de defraudar a todos los herederos sino a uno en particular, a aquel al que el causante no quiere o, por ejemplo, a la hija mujer. ¿Puede la hija mujer interesarse en la empresa que alguien constituyó y funcionó a lo largo de su vida si fueron realmente los tres hijos varones los que pusieron el hombro? En un momento dado este patrimonio, del que esa hija recibiría una cuarta parte, supongamos, en concurrencia con sus tres hermanos, se va a transformar en el día de mañana en la tenedora titular de la cuarta parte de las acciones de una sociedad anónima en la que las tres cuartas partes serán administradas por sus hermanos. Será minoría, podrá pedir la convocatoria de una asamblea, la que no le va a resolver favorablemente ninguna petición y en la que sólo podrá ejercer los derechos del socio minoritario.

Estas sociedades anónimas no cotizan en Bolsa, son sociedades cerradas, sociedades de familia. Por lo tanto, las acciones valen lo que buenamente quiera pagar el que las controla y entonces pueden llegar a canjearse por algún bien de la sucesión o por algún poco valor, y el control accionario queda como el causante quería, en poder de los tres hijos que eran, a su juicio, los llamados a continuar con la empresa.

No quiero extenderme en los indicadores del fraude porque son infinitos; la mente humana tiene un ingenio que no reconoce fronteras ni límites. Pero la figura del fraude aparece precisamente en estos momentos, cuando se presentan estas situaciones ante el reclamo razonable de algún heredero que resulta excluido y perjudicado porque se le pretende incorporar a través de esa forma societaria ideada por el causante para impedirle recibir en especie, como hubiera tenido derecho, los bienes que constituían el patrimonio del causante.

Ustedes podrán decirme: Y bueno, doctor, en vez de recibir un cuarto de los bienes del causante, recibe la cuarta parte de las acciones de una sociedad anónima. Sí, ¿pero qué hace alguien con un cuarto de acciones de una sociedad anónima? Nada. En cambio, ¿qué hace con un cuarto del precio del producido del campo o con la cuarta parte del campo, o como condómino del campo o de la explotación, o de los bienes que fueron aportados a esa sociedad?. Es una expectativa patrimonial muy distinta.

Así se han suscitado causas judiciales en las que algún heredero ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

planteado contra sus coherederos las acciones relativas a la desestimación de la personalidad de la sociedad.

El primer precedente en nuestro país que yo recuerdo es del año 1978. Obsérvese que no es un precedente demasiado lejano.

Probablemente el primer precedente en esta materia, no en materia sucesoria, fue el famoso caso de la extensión de la quiebra que se hizo a todas las empresas del grupo Deltec a raíz de la quiebra del frigorífico Swift, fallo dictado unos años antes de este otro. Este pronunciamiento fue muy comentado a raíz de la quiebra de las empresas vinculadas. La Corte luego lo dejó parcialmente sin efecto, pero de alguna manera implicó sostener que la forma de operar del grupo hacia que una sociedad se vaciara en provecho de ese grupo. En aquel momento, esto llevó a desestimar la personalidad independiente de cada una de las sociedades para considerar que las empresas constituían un grupo controlado y por ende participe de las maniobras o de los actos que habían conducido a esa situación de impotencia patrimonial del Swift. Este caso fue traído luego al ámbito nuestro, al ámbito del derecho sucesorio, al ámbito de las acciones entre cónyuges para descubrir también, a través de la creación o de a utilización de un sujeto interpuesto, que se puede obtener la finalidad fraudulenta de perjudicar los derechos del cónyuge o de los herederos forzosos.

Como dije, el primer precedente publicado es el del año 1978.

Se trataba de una sociedad en comandita por acciones constituida por el causante, con exclusión de uno de sus hijos. A la muerte del causante los hermanos dijeron al otro: ¿ Qué problema hay?... El causante aportó a la sociedad la totalidad de sus bienes, de manera que usted va a recibir su parte en las acciones...

Obviamente, socio accionista comanditario, por ende sin facultades de representar a la sociedad, que sí tenían los otros hermanos, que eran los socios comanditados, ya en vida del causante. Y éste se había reservado nada menos que el 99, 9 por ciento de las acciones...Entonces, ¿qué problema hay, si en definitiva usted va a recibir el porcentaje de las acciones que le correspondan?

En la práctica se despojaba fácticamente a este heredero de la posibilidad de partir en especie el patrimonio hereditario. Allí, la Cámara Comercial de la Capital, a raíz de una acción entablada en relación con la sociedad, resolvió que la personalidad de la sociedad debía ser desestimada haciendo aplicación de la teoría del disregard, de descorrer el velo y descubrir los intereses que habían guiado a los partícipes, a las personas físicas para constituir esta sociedad, demostrándose que nada había cambiado, que para nada se había necesitado la forma societaria y que en definitiva este acto encubría la creación de un patrimonio.

Creo que aquí está la clave. Quien no recurre a la complicidad de un tercero, puede crearlo, para lo cual echa mano del recurso técnico de la constitución de una sociedad.

Tuve oportunidad de comentar ese fallo. Por ese prurito dogmático que tenemos los juristas de formación latina, la teoría del disregard, eso de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

descorrer el velo y penetrar en la personería o en la personalidad, me pareció una construcción muy pragmática. A veces parece como que es una solución práctica, pretoriana, que logra el valor Justicia, pero no da explicación suficiente a la necesidad de preservar la doctrina de la personalidad jurídica, no obstante que aquí se considera razonable entrar en ella y eventualmente desestimarla.

Al comentar el caso ensayé un camino que conduce al mismo resultado. Aludí, entonces, a la inoponibilidad del acto constitutivo. Han pasado ya varios años y hoy, con la experiencia que vamos acumulando, cualquier camino que conduzca a una solución justa, bienvenido sea.

Así, por este afán de aferrarme a una solución más dogmática, dije que la desestimación de la personalidad societaria o de la personalidad jurídica no está en juego. Simplemente se está planteando la inoponibilidad en relación con el heredero excluido, no porque se esté negando la personalidad de la sociedad, que tiene su objeto lícito, que puede seguir funcionando, lo mismo que un acto en fraude a los acreedores no está cuestionando la personalidad del tercero que adquiere mediante concilio fraudulento para insolventar al deudor. No; nunca hemos cuestionado la persona del tercero o del cómplice en el fraude.

Si esta sociedad constituida sirve a un fin fraudulento, es necesario aceptar que en la constitución del negocio también el causalismo tiene su entrada; es decir, habrá que indagar la base subjetiva del negocio de constitución de la sociedad.

Si se descubre una causa que contraría los fines que la ley tiene en cuenta al reconocer la persona jurídica lo razonable es plantear, como en la acción de fraude, la inoponibilidad del acto constitutivo y de los aportes realizados por el causante en perjuicio del heredero forzoso, que obligará a los demás coherederos a reintegrar al acervo sucesorio los valores computando en el patrimonio como existentes los aportes fraudulentamente hechos, del mismo modo que si la sociedad no existiera.

Pero los socios pueden continuar con la sociedad, y ésta deberá prever la forma de restituir al acervo sucesorio bienes o valores suficientes para cubrir la parte correspondiente al heredero excluido.

Ello ha provocado la reacción de la doctrina comercialista, que sostiene que esto producirá la reducción del capital de la sociedad, lo que, a su vez, puede poner en peligro a la sociedad o a los terceros frente a la sociedad.

Pero aquí entran en colisión los intereses que están en juego; el interés del heredero forzoso que queda excluido, el interés del tráfico jurídico y de los terceros que han contratado con la sociedad.

Si hay que salvar el derecho hereditario, la sociedad - que en definitiva fue creada para servir de cobertura a un patrimonio y excluirlo del patrimonio del causante -, así como el tercero interpuesto, así como el tercero que acepta una transferencia simulada para que los acreedores no persigan al deudor, deberá la sociedad, es decir, los socios, responder frente al heredero para devolverle los bienes que correspondan a la alícuota de este heredero.

Creo que en este caso se produce un caso típico de inoponibilidad, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supuesto de ineficacia, pero relativa.

Ya sabemos que la inoponibilidad, a diferencia de la nulidad no implica pronunciarse sobre los efectos que pueda producir el acto en relación con otros sujetos. Respecto del heredero que fue excluido o a quien se pretende entregar acciones, en definitiva minoritarias, esta forma de sociedad, este enfoque jurídico societario tanto como acto, como relación jurídica y como realidad, es inoponible. Es algo así como una interposición fraudulenta de personas, si ustedes quieren, que mediante el recurso técnico de la creación o de la utilización de la persona jurídica puede asimilarse a las figuras tradicionales.

Esta idea es más compatible con nuestro prurito conceptualista, salvando la personalidad, pero, en definitiva, son dos caminos: uno pragmático, pretoriano, el otro, respetando quizás un poco más los principios de la personalidad jurídica y echando mano del instrumento al que conocemos a través del fraude y sus efectos.

Hubo un segundo precedente bastante parecido al anterior, que de alguna manera puso a prueba la idea de interposición fraudulenta de persona, porque también allí se constituyó una sociedad y el causante instó a todos sus hijos a integrarla. El padre dijo que quería distribuir todo por partes iguales; vale decir, no había en el padre un propósito fraudulento, pero uno de sus hijos no quiso participar del negocio. Yo diría que éste fue una especie de pacto sobre herencia futura, como un modo de distribuir los bienes de otra manera, a través de la constitución de una sociedad.

La sociedad se constituyó y el hijo quedó excluido. Cuando se planteó el problema, el hijo accionó por fraude. El causante en ningún momento intentó defraudar. Más aún, se probó que invitó al accionante a que recibiera acciones en la misma proporción que sus hermanos. Sin embargo, objetivamente quedó excluido a través del negocio constitutivo de la sociedad, y por esa razón se prefirió mantener la doctrina del disregard más que hablar de una interposición fraudulenta.

Este tipo de cuestiones se ha intensificado en el tribunal. En los tiempos que me tocó integrar la Cámara Civil, he visto una media docena de acciones insinuadas, de medidas cautelares y demás, ya sea en juicios de disolución de la sociedad conyugal como en juicios sucesorios.

El tema es hoy moneda corriente, y el planteo que hago aquí me parece útil y valioso como aporte que debemos hacer a las próximas Jornadas.

En todo este tipo de acciones, si preservamos el valor de la personalidad jurídica como un valor dogmático, parecería que las sociedades deberían ser demandadas.

¿Estamos planteando la inoponibilidad o queremos descorrer el velo o queremos trabar medidas cautelares? Queremos de alguna manera aseguramos los bienes del acervo a través de las pretensiones que se deducen en las respectivas demandas.

No podemos contentarnos con demandar exclusivamente a los coherederos o al otro cónyuge sin demandar conjuntamente a la sociedad como partícipe del negocio fraudulento, del negocio cuya inoponibilidad estamos atacando. De lo contrario, y así nos ha ocurrido más de una vez en el tribunal, se han

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rechazado, y esto es jurisprudencia, yo diría, uniforme.

Las sociedades no pueden verse afectadas por medidas cautelares, si no han sido demandadas y traídas al juicio donde pueden ejercer su defensa, por mucho que creamos que prácticamente el interés de la sociedad y el interés de los socios coinciden.

Por lo tanto, es importante determinar la necesidad de que a la sociedad se le cite al juicio para que le sean oponibles los efectos de la cosa juzgada, porque en caso contrario como sociedad no operarán, a su respecto, los efectos de la sentencia ante un eventual acogimiento del planteo de inoponibilidad.

Toda esta teoría, todo este desarrollo debe hacerse y es conveniente hacerlo en materia sucesoria, y tiene hoy una referencia legal. Me refiero simplemente al artículo 54 de la ley 19550, que actualmente incorpora la tesis de la desestimación de la personalidad o de la inoponibilidad de la forma societaria cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un recurso para violar la ley o frustrar derechos de terceros, en cuyo caso tal actuación se imputa directamente a los socios, con responsabilidad ilimitada y solidaria.

Esta incorporación normativa a la ley 19550 nos permite también decir que el causante que constituyó una sociedad para defraudar a sus herederos forzosos o a su cónyuge se transformó en controlante de una sociedad y, por ende, aunque él no era una sociedad, fue un controlante que de alguna manera participó en esta maniobra que al cabo defrauda intereses patrimoniales legítimos de terceros.

El tema es de sumo interés, y hasta aquí llegamos con la patología y quedamos a disposición de ustedes.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Como ustedes saben, ahora corresponde que se les planteen a los panelistas las inquietudes que hayan surgido con motivo de sus exposiciones. Por supuesto, nos agradecería especialmente que los juristas italianos que hoy nos acompañan formulen algún interrogante para complicarles la existencia a estos profesores de nuestra Facultad.

- Risas.

DOCTOR LÓPEZ CABANA. - En el día de ayer el profesor Di Porto expuso con claridad meridiana los orígenes de la responsabilidad limitada de las sociedades, que no es nada nuevo porque ha demostrado que el tema de las sociedades controlantes y controladas tuvo su nacimiento en el Derecho Romano, sobre todo en la explotación marítima.

Propongo que se invite al profesor Di Porto a hacer una síntesis de sus valiosas aportaciones, y con el mismo fin, al profesor Mirabelli.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Invito al profesor Di Porto a hacer uso de la palabra.

DOCTOR DI PORTO. - El modelo organizativo romano admitía que el esclavo pudiera poseer un patrimonio llamado peculio, separado del patrimonio del patrón. A ese peculio en particular van las ganancias de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

empresa, por lo que puede sostenerse que este modelo permite, a través de esta solución, una responsabilidad limitada del titular de la empresa que responde, entonces, frente a sus acreedores, con quienes contrata solamente hasta el límite de ese patrimonio separado.

En síntesis, modernamente se ha operado sobre este modelo organizativo y prácticamente este instrumento ha subsistido, aunque no deja de ser una paradoja que la persona jurídica sociedad fuera representada por el peculio del esclavo.

Si nosotros hacemos esta operación de sustituir un patrimonio por otro, tenemos el mismo juego organizativo que nos permite arribar a la limitación de la responsabilidad, que puede proyectarse también a un grupo de empresas.

El peculio de los romanos era un peculio separado, un patrimonio de afectación del patrimonio personal del empresario.

Funcionalmente, estos modelos organizativos tienen una analogía impresionante con los actuales, y se realizan a través de diversos instrumentos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Escucharemos ahora al Doctor Mirabelli.

DOCTOR MIRABELLI. - Después de haber escuchado las reflexiones del colega Di Porto, quiero señalar que en Italia, como en la Argentina, también se ha puesto el acento en la problemática de la gestión del patrimonio familiar. Se trata de unificar la gestión de ese patrimonio en el tiempo, y evitar su fragmentación, no tanto de la propiedad sobre los bienes familiares, sino en su aspecto de mantener unificada la gestión de esos bienes en algunos de los componentes del grupo familiar.

En la legislación vigente italiana se plantea un problema cuando se incorpora a una sociedad todo un patrimonio familiar, destinado exclusivamente a una sola familia y a sus descendientes. Esto lleva a convertir a los familiares que primitivamente eran propietarios inmobiliarios en propietarios financieros. Esta situación involucra a otro sujeto ajeno a la familia, un sujeto público, el fisco, que tiene que examinar los aspectos eventualmente fraudulentos o contrarios a las leyes fiscales, que exceden lo propiamente civilístico.

Esto quizás también deba ser examinado a la luz de las leyes impositivas argentinas, para el caso de evasión de algunos de los impuestos, a través de instrumentos societarios.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Como ustedes han advertido, durante la exposición del doctor Zannoni se incorporaron a esta reunión los profesores Schipani y Serra, que ya fueron presentados por el doctor López Cabana.

El doctor Zannoni quiere hacer una referencia a las expresiones que acabamos de escuchar.

DOCTOR ZANNONI. - Lo explicado por el profesor Mirabelli me trae a la memoria el tema de la nominatividad de las acciones en sociedades anónimas.

Este tema, que hemos manejado en nuestro país con un exclusivo criterio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fiscalista y en las modificaciones que ha sufrido nuestra legislación, puede ser motivo de crítica a la luz de los intereses del derecho sucesorio.

Es razonable que las acciones que no respondan a la captación pública de capitales - acciones que cotizan en Bolsa - sean nominativas no sólo por razones fiscales, lo cual no deja de ser interesante para el fisco, sino también porque de esta manera su transmisión, su traspaso exige dejar constancia, a diferencia de las acciones al portador.

En cuanto a las acciones que cotizan en Bolsa, sería absurdo, por ejemplo, que las acciones de Odol o las de Acindar funcionen con los criterios que inspiran la nominatividad. Todo el sistema de transmisión se trastrueca por razones fiscalistas y, en definitiva, termina la corruptela haciéndolas transmisibles por simple entrega a través de complejos mecanismos.

En Italia, una ley dictada en 1973, que ignoro si aún rige, estableció la nominatividad de las acciones de sociedades que no cotizan en Bolsa, o sea que no son acciones que respondan al ahorro público. Y esto parece razonable. De esta manera se concilia el interés del capital que sale a la calle a invertir - el verdadero sentido del anonimato de las acciones - con los intereses de las sociedades cerradas, de las sociedades de familia, en las que es conveniente que los capitales tengan algún resguardo frente a la posible libre transmisión de acciones sin ningún tipo de control o favoreciendo, tal como estamos aquí trabajando como hipótesis, el fraude.

DOCTOR LÓPEZ CABANA. - Deseo hacer una breve reflexión.

Lo dicho por el profesor Di Porto nos lleva al convencimiento de que no hay nada nuevo bajo el sol, como nos decía ayer el profesor Serra, y de lo que agregó el doctor Mirabelli concluimos que también en Italia se han suscitado situaciones similares a las nuestras.

Una de las preocupaciones del doctor Mirabelli, que fue contestada por el doctor Zannoni, se refería al tratamiento de las acciones, y a tender a evitar el fraude que significaría la falta de ingreso para el fisco del impuesto a la transmisión gratuita de bienes.

Al respecto, queremos informar a nuestros colegas italianos que en la Argentina este impuesto fue eliminado, pero, como nuestro fisco toma todas las precauciones posibles, grava las situaciones generadas por los testadores, o los causantes, en su caso, por las formas que adoptaron respecto de su patrimonio. Es así como tenemos vigentes el impuesto sustitutivo a la transmisión gratuita de bienes, el impuesto al patrimonio que grava a las sociedades, etcétera. Desde este punto de vista el fisco argentino está a cubierto de eventuales fraudes.

Si el problema que plantea el doctor Mirabelli es fiscalista, le podemos decir que nuestro fisco es bastante previsor.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Ahora escucharemos los interrogantes que nos planteen, y la aclaración de alguno de los expositores.

PARTICIPANTE. - La pregunta va dirigida al doctor Belluscio.

Dijo que se opone a la partición independiente del paquete accionario en el acervo hereditario.

¿Su oposición se debe a que el acervo hereditario es una universalidad, o tiene que ver con la pérdida del paquete accionario?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR BELLUSCIO. - En primer lugar, el haber hereditario es una universalidad, y en segundo término, los herederos no pueden ser obligados a las particiones parciales. Todo heredero tiene derecho a que la partición sea local.

PARTICIPANTE:. - Los herederos tienen derecho a una quinta.

¿De alguna manera su oposición al fallo que mencionó es por el hecho de la pérdida de valor del paquete accionario? Por ejemplo, ¿no ser comprador en una sociedad?

DOCTOR BELLUSCIO: No, porque el fallo da por cierto que es innecesario el avalúo de las acciones de la sociedad, al parecer con aplicación general. Si los herederos estuviesen de acuerdo, no hay ningún problema; pero no puede ser que en una partición entren bienes que se tasan por su valor real y acciones que se incluyan por su valor nominal, porque entonces puede haber diferencias entre los herederos que reciban las acciones y los herederos que reciban otros bienes.

PARTICIPANTE: - ¿Cuál es el problema que se presenta cuando disminuye el valor de las acciones?

DOCTOR BELLUSCIO. - El problema Está en la disminución del valor de las acciones que resulten minoritarias.

Aquí se trata del caso de las sociedades de tipo familiar, Especialmente, o que, sin que sean familiares, no cotizan en Bolsa, a las que se refirió el doctor Zannoni. En este caso, el valor de más el 50 por ciento de las acciones no es proporcional al valor de una porción menor, sino que es mayor.

PARTICIPANTE. - El doctor Zannoni habló del heredero excluido que quiere llevar a juicio a la sociedad además del coheredero. Pero si la sociedad es una persona ineficaz, ¿cómo se hace? Es una persona inocente en todo caso.

DOCTOR ZANNONI. - Hasta cierto punto. Lo que pasa es que la categoría de ineficaz que estamos planteando es de inoponibilidad.

Precisamente, la idea es que la sociedad existe, la sociedad es el esclavo con peculio de que nos hablaba el profesor italiano, que en definitiva sirve a un interés que en este caso es espurio.

La idea es que la sociedad sea demandada porque ella también responderá por los efectos de la sentencia, que eventualmente condene a integrar en especie bienes que fueron aportados para excluir al heredero forzoso. La sociedad puede seguir operando después. La sociedad existe, no cae, no es la nulidad de la sociedad, ella tiene su participación en el proceso, como que en definitiva también podrá ser condenada.

PARTICIPANTE. - En caso de fraude en una sociedad conyugal, ¿cómo se haría para investigar si el cónyuge forma parte de sociedades o qué partes tiene en esas sociedades?

DOCTOR ZANNONI. - Este tema suele ser uno de los capítulos laboriosos que tenemos los abogados. (Risas.) Hay que detectar los que se llaman indicadores del fraude: época de constitución de la sociedad, qué giro tiene ésta, qué objeto cumple. Y esto suele darse en sociedades que no tienen otra actividad que la de servir a la adquisición de bienes como sujeto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interpuesto. Normalmente es el titular que compra y escritura a su nombre.

PARTICIPANTE. - ¿Como se hace una averiguación? ¿ Hay algún mecanismo al respecto?

DOCTOR ZANNONI. - Estas son situaciones de hecho. Usted va a nombrar, por ejemplo, un interventor, un veedor, para que le informe sobre qué negocios sociales se están haciendo, cuándo se hicieron los aportes, cómo están los balances, que ejercicios se han aprobado, dónde están las acciones, cómo sesionaron las asambleas.

Cuando usted conozca, por ejemplo, que la sociedad no ha realizado una sola operación, que las asambleas eran siempre unánimes con dos socios, que el 99,9 por ciento lo tenía el marido, que ahora no hay más acciones, o que no se sabe dónde están o que las tiene un tercero, etcétera; en la medida en que va sumando elementos presuncionales, irá armando la situación fáctica que le permita hacer un planteo formal. Obviamente, usted no puede meterse en una sociedad por las suyas, sin plantear cuáles son los indicadores de ese fraude porque va a perder la demanda, con costas.

PARTICIPANTE. - En caso del acervo hereditario en que hay un paquete accionario y herederos, si los socios no están de acuerdo y uno de ellos pide la parte, ¿hay que evaluar, hay que fijar el valor de la acción para poder compensar a los otros?

DOCTOR BELLUSCIO. - Si hay paquete accionario, se trata de una sociedad anónima, y, entonces, las acciones son independientes unas de otras, y cada uno puede vender sus acciones, no necesita la participación de los demás.

PARTICIPANTE. - ¿Cómo se hace para acreditar la transmisión?

DOCTOR BELLUSCIO. - Ese es el inconveniente que encontramos, y la solución está en la imposición de la indivisión hereditaria por el causante.

En la legislación no encontramos otra solución. ¿No es así, doctor Zannoni?

DOCTOR ZANNONI. - No hay otra solución, porque realmente se transmiten bienamente las acciones; realmente es un paquete accionario. El heredero debe aceptar las condiciones en que recibe ese paquete. Podrá ejercer los remedios que da la ley societaria, el derecho de receso, etcétera, dentro de los límites en que él se mueva, de acuerdo con el capital que tenga; no podrá exigir la disolución anticipada de la sociedad ... No hay otra forma.

PARTICIPANTE. - Una reflexión no más para el doctor Zannoni.

Existen sociedades que sin ser abiertas cotizan en Bolsa y están constituidas por paquetes accionarios no estrictamente familiares, sino por distintos socios que han formado esas sociedades. Incluso podría interpretarse que se trata de socios mayoritarios.

¿No le parece que algunas de estas sociedades pueden haberse constituido para operar en forma fraudulenta?

DOCTOR ZANNONI. - La mediana empresa puede ser constituida en forma de sociedad anónima, con verdaderos aportes de los distintos socios y un giro social regular. En este caso no hay posibilidad de plantear el fraude a través de la persona jurídica.

Cuando hablamos de fraude, nos referimos a las sociedades constituidas o utilizadas para defraudar, no a las sociedades auténticas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por eso hay que tener en cuenta los indicadores del fraude.

PARTICIPANTE. - Quiero preguntarle al doctor Zannoni o a un juez lo siguiente: ¿hasta qué punto un indicador de fraude es el giro empresario?

Una sociedad que está en el mercado y trabaja puede estar constituida por el padre y sus hijos varones y excluida la hija, lo cual es muy común con el argumento de que no sabe nada de empresa, que en el día de mañana se va a casar, etcétera. Este caso lo he visto en medianas empresas familiares. A la hija la ponen como presidenta de la fundación o en cualquier cosa. Los hijos y el padre están dispuestos a que, a la muerte de este último, se le dé a la hija un cuarto, un tercio, un quinto, que no le sirve para nada, porque en la empresa no puede controlar nada, ya que incluso en ella están las esposas de sus hermanos.

Sería muy difícil para el abogado de esa hermana plantear el fraude, porque en el mercado no lo es.

DOCTOR ZANNONI. - Es que en el caso que usted plantea la sociedad no es fraudulenta.

Cuando hay que enfrentarse con cierto panorama, como los que acaban de plantearse aquí, la pregunta que hay que hacerse es en qué medida esta sociedad, aun de familia y constituida por el padre y los hijos, sirve o ha servido o ha sido constituida para defraudar los derechos de un coheredero, o de uno de los cónyuges.

Si no ha sido constituida con ese fin, si ha tenido un verdadero giro, si ha tenido aportes que necesariamente debían integrarse bajo esta forma de actuar, no hay posibilidad de invocar el fraude.

Yo no quiero decir que toda sociedad constituida por el causante y sus hijos deba ser considerada fraudulenta, pero el giro tiene mucha importancia, no lo neguemos. Conozco muchas "sociedades" que están constituidas por la casa, donde vive el matrimonio, por uno o dos autos y por la casa en Villa Gesell. ¿Para qué sirve esta sociedad? Para nada, porque el día que la "sociedad" venda esa casa, compra otra. Recuerdo el caso de una esposa que hasta el automóvil que utilizaba era de una sociedad que controlaba el marido; todo era de la sociedad, incluso el hogar conyugal, de manera que en cuanto requiriera al marido alimentos, la sociedad podía disponer que ese automóvil tuviera otro uso, o que el inmueble fuese desocupado.

DOCTOR BELLUSCIO. - Me parece requisito necesario que la sociedad sea real para que sea fraudulenta, si no sería una sociedad simulada. El hecho de que tenga un giro verdadero no es incompatible con el fraude. En el caso del establecimiento agropecuario que se incorporó a una sociedad, era un verdadero establecimiento agropecuario y no por eso dejó de haber fraude.

DOCTOR ZANNONI. - En ese caso nos preguntábamos por qué razón se había constituido la sociedad; la explotación existía, el campo existía, las vacas existían, y hasta ayer el dueño la explotaba; ¿qué cambió luego de la constitución de la sociedad? Nada cambió.

Es importante la acotación del doctor Belluscio, porque la sociedad es real, es válida desde la perspectiva de los conceptos clásicos, pero su finalidad, su destino es la sustracción de bienes de un patrimonio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTORA GROSMAN. - Un caso frecuente se da cuando se constituye una sociedad por acciones a la que los cónyuges, de común acuerdo, transfieren todos los bienes gananciales: la casa, el auto, la quinta, etcétera. Al momento de la creación de la sociedad no existía intención fraudulenta; pasan los años y se produce la ruptura conyugal. El marido aprovecha la transmisión de los bienes gananciales al ente societario y dispone de las acciones, burlando los derechos de la esposa. En este caso, ¿cuál sería el camino a seguir?

DOCTOR ZANNONI. - Entendemos bien que cuando hablamos de fraude en la constitución o en la utilización de la persona jurídica no descartamos que a través de la aplicación de la normativa societaria el presidente del directorio - vamos a suponer que en este caso sea el marido - realice actos en fraude de su mujer, que en realidad es socia minoritaria, o no es socia. Aquí no está en juego la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica; aquí estamos frente al concilium fraudis, en alguna medida advertible a través de la actuación de la sociedad y de terceros, porque estamos hablando de disponer de los bienes de la sociedad para vaciarla, o sea hacer desaparecer sus bienes de capital. En ese caso, el fraude se regirá por la norma del artículo 1298 del Código Civil.

En definitiva, me refiero a la acción de fraude en el caso del cónyuge que podrá impugnar o podrá plantear frente a los actos que tiendan precisamente a burlar sus derechos en la sociedad conyugal. Pero ¡cuidado!, porque también los socios pueden impugnar los actos que impliquen un perjuicio social al patrimonio de la sociedad como accionistas, como socios.

DOCTORA GROSMAN. - Muchas veces, cuando son acciones al portador, para ejercer la acción de fraude deberá descorrerse el velo de la personalidad de la sociedad porque debe probarse que se trata de bienes gananciales.

DOCTOR ZANNONI. - Entonces, allí simplemente se trata de una acción entre cónyuges y se discutirá el carácter, verdadero o simulado, fraudulento o no, de la transmisión de las acciones de bienes que tienda a perjudicar los derechos de la ganancialidad.

DOCTOR LÓPEZ OLACIREGUI. - Según he entendido hasta ahora, todas las menciones que usted hizo se referían a la constitución de sociedades nacionales. Hay algunas que son más sutiles porque primero constituyen sociedades nacionales y luego constituyen el holding panameño, el que resulta apareciendo como dueño de las acciones de las sociedades nacionales.

En este caso que es más complejo, ¿qué se puede hacer?

DOCTOR ZANNONI. - Aquí se plantea un problema de derecho internacional privado. Habrá que ver cuál es el derecho aplicable a una situación que involucra elementos extraterritoriales y un conflicto de normas. No puedo contestarle muy definitivamente; habrá que analizar la situación: pero imaginemos que el planteo lo hacemos aquí, en la Argentina, en la medida en que estamos imputando a la constitución de ese holding una finalidad o un propósito defraudatorio. Habrá que traer al holding a litigar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ante nuestros tribunales, habrá que ver dónde se perfeccionaron los instrumentos, la transmisión de las acciones, la formación del holding, para que el juez resuelva, aun aplicando el derecho extranjero, en todo aquello que signifique la consideración de este caso.

Desde luego, habrá que analizar ese caso en particular en función de la norma vigente.

Creo que sería lo mismo que alguien le transfiera bienes es un norteamericano o a un italiano; el tercero interpuesto es norteamericano o un italiano, que vive en los Estados Unidos, uno, y el otro, en Italia. Deberá notificárselos y traérselos a juicio y, en definitiva, obtener también la ejecutabilidad de la sentencia en los Estados Unidos o en Italia.

DOCTORA FELDSTEIN DE CÁRDENAS. - De acuerdo con su posición, ¿cuál sería el juez competente para dirimir el conflicto donde se debate la aplicación en los distintos supuestos de la teoría de la penetración.

DOCTOR ZANNONI. - La competencia estará determinada por la naturaleza de la materia que se está debatiendo.

Si se debate un problema de derecho hereditario, por ejemplo, la integración en especie de los bienes aportados fraudulentamente en el acervo sucesorio, o si se debate en la liquidación de la sociedad conyugal la restitución de bienes o de valores, entiendo que es competencia del juez civil del último domicilio del causante o del domicilio conyugal. La sociedad comercial va a tener que ocurrir ante ese juez civil a defender su derecho y eventualmente a ser oída.

Si el tema se plantea entre socios, es decir, si el problema es internamente societario, entonces será competencia de la justicia comercial, a menos que la utilización de la persona jurídica esté en función o sirva a un interés patrimonial que sea de naturaleza civil, como lo es el sucesorio o el matrimonial.

PARTICIPANTE. - Tengo la sensación de que estas seudosociedades que se forman desde el punto de vista comercial no son para nada sociedades, atento a la conceptualización de que la sociedad está constituida por un conjunto de personas que realizan aportes para la producción de bienes y servicios.

Me voy con la idea de que simplemente este tipo de sociedad es una figura jurídica al solo efecto defraudatorio a corto, mediano o largo plazo. No digo que siempre sean así, pero sí lo son la mayoría de las veces.

DOCTOR ZANNONI. - La gran pregunta que cabe formularse, a veces por razones impositivas, es ¿por qué toma la forma de anónima una sociedad que integran el padre, la madre y los cuatro hijos? ¿No sería más razonable constituir una SRL?

Yo siempre digo, en una idea simplificada, que la anónima de que hablamos es una colectiva con forma de anónima; no es nada más ni nada menos que una sociedad intuitu personae, porque la persona del socio es fundamental; que es lo típico de la sociedad de persona, de la sociedad colectiva. ¿Cómo se explica que tenga acciones al portador?

DOCTOR DELLA COSTA. - A través de todos los casos particulares que se han presentado, advierto que existe una situación limítrofe entre varias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

figuras de derecho que presentan entre sí una diferenciación muy tajante, pese a la apariencia de una similitud conceptual que en realidad no tienen. Están, por un lado, la "ficción"; por otro, la "simulación", y por el otro, el "fraude".

A veces una relación jurídica fundada en finalidades fraudulentas puede derivar de un hecho de simulación o de ficción, aunque esto no es siempre así. Por eso, cuando en el Derecho Romano hablamos de "ficción", ¿qué queremos decir? La ficción, como si fuese una acción teatral consiste en algo verdadero, pero sólo en la escena. Así, el público del teatro no ignora que ese actor que hace el papel de "villano" es en su vida real un bondadoso padre de familia.

Digamos que es éste el caso típico de la ficción: hay una verdad de todos conocida, y una forma exterior, no ajustada a esa verdad. Esa forma es también conocida por todos. En la manumisión de esclavos por la vindicta, el amo comparece ante el magistrado con el propósito verdadero de darle la libertad a su siervo; pero para poner un marco formal a esa voluntad, a vista y oídos de todos, los circunstantes "fingen" tomar parte en un litigio, o bien estar presenciándolo. El propio magistrado llama al efecto a uno de sus lictores para que actúe como adsertor libertatis (afirmador de la libertad); este proclama que el esclavo "es libre"; el amo, que en un pleito verdadero se le opondría, guarda silencio, como allanándose. Queda, así cumplida la manumisión solemne. La forma de juicio contradictorio subraya el contenido real del acto: dar la libertad al esclavo. He aquí una típica ficción.

En la "simulación" existe una verdad conocida de las partes solamente, bajo una forma, que es la que se muestra a los terceros y que no corresponde a esa verdad de las partes. Por ejemplo, el acto con fecha antedatada, la donación bajo apariencia de compraventa, etc.

En tercer lugar tenemos el "fraude". Aquí puede existir un acto absolutamente válido, absolutamente eficaz en condiciones normales, pero que, respecto de algunas personas, puede llegar a ser "inoponible"; por ejemplo, la donación realizada durante el período de sospecha en la quiebra.

De ahí el aforismo latino: *fraus omnia corrumpit*. ¿Qué quiere decir? Que, por verdadero que sea el acto, por eficaz que en circunstancias normales pudiera llegar a ser, es privado de efectos por la ley, frente a una o más personas que serían injustamente perjudicadas en caso de ser eficaz el acto.

Pienso que en todas las hipótesis que aquí han sido escuchadas, es previo plantear la tipicidad de cada una de ellas, según la naturaleza de la *fattispecie*.

Ficción y simulación, aclaremos, se excluyen entre sí, porque los terceros no pueden saber e ignorar al mismo tiempo la discordancia entre la intención de las partes y la forma que la envuelve.

En cambio, el fraude puede tener lugar mediante actos ficticios, simulados o absolutamente sinceros, ya que el fraude consiste en la circunstancia objetiva del daño injusto, casi como una variante del "abuso del derecho".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por ejemplo, en Roma, la manumisión por el "censo", sin nada de ficción ni de simulación, siendo en cambio un acto verdadero y sincero, por la Lex Aelia sentía puede ser desestimado por los acreedores del amo, quienes pueden reintegrar el esclavo al patrimonio de su deudor, para cobrarse su crédito.

Esas son las diferencias conceptuales que, a propósito del tema en consideración, he querido poner de relieve.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Mi agradecimiento a los distinguidos profesores italianos que nos honraron con su presencia y sus intervenciones; a los doctores Belluscio y Zannoni, por sus enjundiosas exposiciones, y a todos ustedes que nos acompañaron esta noche.

- Con lo que terminó el acto.

Tema: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Relatora: PROFESORA DOCTORA STELLA MARIS BIOCCA

Participantes: DOCTORES MARÍA LUISA CASAS DE CHAMORRO VANASCO, FEDERICO N. VIDELA ESCALADA Y SARA FELDSTEIN DE CÁRDENAS

Fecha: 19 DE SEPTIEMBRE DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Damos comienzo a la reunión, pero con una particularidad: hasta el momento vamos a tener una mesa redonda con un solo expositor. Los restantes profesores comprometidos al efecto no han comparecido hasta el momento. No sé qué razones han impedido su presencia; me imagino que serán circunstancias de fuerza mayor. Pero esa desventura tiene como contrapartida la fortuna de que la doctora Stella Maris Biocca nos acompañe y, seguramente, con su solvencia, con su profundo conocimiento del derecho internacional privado y, en particular, sobre este lema, cubrirá las expectativas que evidentemente se han despertado.

La doctora hará su relato y luego atenderemos a las reflexiones que ustedes tengan al respecto. Por ahora nos manejaremos de esta forma, tal vez tengamos que modificarla si los otros profesores se hacen presentes.

Tiene la palabra la doctora Biocca.

DOCTORA BIOCCA .

Gracias a usted, doctor Alterini.

Vamos a tratar de encarar el tema en forma genérica porque obviamente, yo también había preparado esta exposición en función de otras exposiciones.

El tema se vincula con las motivaciones que determinaron la protección internacional del consumo y también con respecto a la situación en la Argentina. Por eso, previamente vamos a hacer una mínima referencia, si ustedes quieren, de orden sociológico y económico a los fines de poder