

SOCIEDAD DE FAMILIA – PROTECCION DE LA LEGÍTIMA

Con fecha 09 días de Abril de 2013, la Sala I de la Exma. Cámara de Apelación en lo Civil y comercial de Azul dictó sentencia en la causa "BARBALARGA MARIA FERNANDA C/HERMI S.A. Y OTROS S/ ACCION DE SIMULACION Y/O FRAUDE- DAÑOS Y PERJUICIOS" (Causa N° 57.390), en materia de Sociedad de familia, y de alcance de la protección de la legítima

Causa N° 1-57390-2012 -

"BARBALARGA MARIA FERNANDA C/HERMI S.A. Y OTROS S/ ACCION
DE SIMULACION Y/O FRAUDE- DAÑOS Y PERJUICIOS"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 4 - AZUL

N° Reg. 24

N° Folio 246

En la Ciudad de Azul, a los 9 días del mes de Abril de 2013
reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de
Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi,
Lucrecia Inés Comparato y Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los
autos caratulados: **"BARBALARGA MARIA FERNANDA C/HERMI S.A. Y
OTROS S/ ACCION DE SIMULACION Y/O FRAUDE- DAÑOS Y**

PERJUICIOS ", (Causa Nº 1-57390-2012), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO - LOUGE EMILIOZZI - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 477/484vta.?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

I.a) En estas actuaciones la **Señora María Fernanda Barbalarga**, promueve demanda declarativa de inexistencia y/o nulidad absoluta por **simulación ilícita de compraventa**, de la escritura de compraventa Nº 200 pasada por ante el Registro Nº4, de Gral Alvear del inmueble matrícula Nº 4269, Circ.: I, Sec: A, Mz:62, Parcela 9-d, contra **Elida Herminia Giles, Fernando Alberto Barbalarga y Hermi S.A;** y acción de **colación** contra el heredero **Fernando Alberto Barbalarga** a fin de que se reintegre al acervo hereditario de autos "Barbalarga Fernando José s/ Sucesión", el inmueble referido ut-supra, a valores al tiempo de la apertura de la sucesión(26/08/05).

Solicita se cite como tercero en forma obligada y coactiva al tercero Ernesto Mario Furlone (síndico societario).

Sostiene en su escrito de inicio (fs. 27/56), que con fecha

23/02/79 se formalizó la constitución de "HERMI S.A.", integrada por su padre Fernando José Barbalarga (40% de acciones), su madre Herminia Elida Giles (40% de acciones) y simulando la participación societaria de su hermano Fernando Alberto Barbalarga (20% de las acciones), ya que sus padres aportaron la totalidad del capital, sociedad que tenía por objeto la explotación directa de establecimientos hoteleros, prestación de todos los servicios anexos y la realización de toda clase de operaciones comerciales relacionadas con la industria hotelera.

Que, el capital se estableció en \$10.000.000, ley 18.188, estableciéndose en el artículo 10º que el directorio tenía todas las facultades para administrar y disponer de los bienes incluso aquellas para las cuales la ley requiere poderes especiales conforme el art. 1881 del C. Civil y art. 9º del Dec. Ley Nº 5965/63.

Refiere que la representación de la sociedad corresponde al presidente y al vice- presidente del Directorio que actúan en forma indistinta. Destaca que esta sociedad se constituyó por consejo profesional del Contador Ernesto Mario Furlone a la sazón de Síndico titular de la misma.

Señala que la participación societaria de su hermano Fernando Alberto fue un acto simulado y que la constitución de la sociedad también lo fue, expresa que éste nunca gozó de una situación económica independiente a la de los padres, estando frente a una típica sociedad de familia, que al momento de interposición de la demanda está en un proceso de inactividad total y de franca disolución.

Manifiesta que el 22 de noviembre de 1979 mediante escritura

nº 200 pasada por ante el Registro Nº 4 de la escribana Elida Libertad Martinez de Gral. Alvear su padre Fernando José Barbalarga vendió a la sociedad HERMI S.A el inmueble matrícula Nº 4269 de Gral. Alvear en la suma de \$ 9.000.000, que el vendedor dice haber recibido con anterioridad al acto escriturario. Que, dicha venta fue simulada, que la sociedad dice haber pagado \$ 9.000.000 cuando solo se había integrado \$ 2.500.000 de capital, que el pago no se efectuó por ante la notaria actuante, concluyendo que la venta fue una simulación absoluta e ilícita.

Se expide también sobre la prueba de la simulación y dice haber tomado conocimiento de la integración de HERMI S.A. en febrero de 2007 y de la titularidad dominial del inmueble en enero de 2008.

Respecto de la acción de colación, expresa que Fernando Alberto Barbalarga deberá colacionar en la sucesión de su padre el valor del inmueble enajenado simuladamente por el valor al tiempo de apertura de la sucesión (26/8/05), más intereses a la tasa activa desde la fecha de fallecimiento del causante (01/10/98).

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita se haga lugar a la demanda, condenando en forma solidaria a todos los codemandados y al tercero citado.

b) A fs. 168 el Sr. Juez de la instancia de origen, impuso al trámite normas del proceso ordinario.

A fs. 191vta. se designa a la Sra. Defensora Oficial para que represente a HERMI S.A., la que contestó a fs. 192/193vta., la que solicita se declare que no se da el supuesto que contempla la norma contenida en el

art. 341 del ordenamiento de forma para habilitar la intervención del Ministerio Público, toda vez que en autos consta domicilio inscripto de la sociedad demandada.

A fs. 202/204 se presentan los codemandados Fernando Alberto Barbalarga y Elida Herminia Giles quienes se allanan lisa y llanamente a la demanda instaurada por lo que solicitan se los exima de las costas de rigor.

Refieren haber constituido por decisión familiar la sociedad para la explotación de servicios hoteleros y gastronómicos, aportando todos los integrantes de la sociedad sus ahorros para la formación de la misma, y que Fernando José Barbalarga vendió a HERMI S.A. el inmueble, teniendo actividad comercial hasta el año 1996.

A fs. 231/233 contesta la demanda el tercero citado, Sr. Furlone, negando todos y cada uno de los hechos expuestos en la misma, considerando que su citación resulta improcedente.

Señala que la participación como síndico societario fue desarrollada conforme las normas técnicas que regulan dicha participación. Que, la sociedad tuvo actividad comercial por lo que no fue inexistente, que funcionó normalmente y que la compra del inmueble fue real.

Ofrece prueba y funda en derecho.

c) Luego de producida la prueba, y presentado el alegato de la parte actora, el Sr. Juez de grado a fs. 477/484vta. hizo lugar a la demanda promovida por María Fernanda Barbalarga por simulación relativa de compraventa, declarándose que la misma es una donación, celebrada el 22 de noviembre de 1976 mediante escritura nº 200 por ante el registro N°4 de

Gral. Alvear, del inmueble matrícula N° 4269 de Gral. Alvear, contra HERMI S.A., con costas a la demandada HERMI S.A. y rechazó la demanda por simulación contra los codemandados Elida Herminia Giles y Fernando Alberto Barbalarga, con costas a la actora. Asimismo, rechazó la acción por colación contra Fernando Alberto Barbalarga, con costas a la actora y contra el contador Ernesto Mario Furlone con costas a la actora, difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad prevista por el art. 27 del Dec. Ley 8904/77.

La sentencia es recurrida por la actora a fs. 492, habiendo sido concedido libremente a fs. 493, y por la Defensora Oficial a fs. 494, siendo concedido en forma libre a fs. 495.-

Una vez arribados los actuados a este Tribunal, expresó agravios la parte actora a fs. 529/576vta.; y la Defensora Oficial a fs. 578/579vta.

Sintéticamente, procederé a enumerar los agravios de las partes dispositivas de la sentencia en crisis a la que hace referencia la accionante recurrente:

- a) La parte dispositiva que hace lugar a la demanda promovida por María Fernanda Barbalarga por simulación relativa de compraventa -declarándose que la misma es una donación-;
- b) El rechazo de la demanda por simulación contra los codemandados Elida Herminia Giles y Fernando Alberto Barbalarga;
- c) El rechazo de la acción por colación contra Fernando Alberto Barbalarga con costas a la actora;

d) El rechazo de la demanda interpuesta contra el contador Furlone, con costas a la actora.

Seguidamente hace un extenso análisis de los considerandos expuestos por el sentenciante que le causan agravios, para finalmente solicitan a este Tribunal que se dicte la sentencia declarativa de inexistencia y/o nulidad absoluta por simulación ilícita de compraventa de la escritura N°200, contra Elida H. Giles, Fernando A. Barbalarga y HERMI S.A si antes no se declarara su inexistencia o nulidad; se dicte sentencia de colación contra el heredero Fernando A. Barbalarga a fin de que reintegre al acervo hereditario el inmueble en cuestión, haciéndose extensiva la condena a los demás codemandados y al tercero citado, con más intereses, tasa activa, a partir del fallecimiento del causante.-

En tanto, la Defensora Oficial al expresar agravios alega que el fallo en crisis le resulta agravante en cuanto hace lugar a la demanda promovida por la actora por simulación relativa de compraventa, declarándose que la misma es una donación, e impone las costas a la Sociedad Anónima que representa, toda vez que la accionante no acreditó en autos que el precio de la compraventa no se abonó, ni atacó la declaración efectuada por las partes en la escritura de compraventa de fs. 20/22, donde manifiestan que el pago no se efectuó por ante la notaria actuante, porque el vendedor expresó haber recibido el precio con anterioridad, peticionando se revoque la sentencia en crisis en lo que fuera materia de agravios, con costas a la actora vencida.

II) Comenzaré tratando los agravios de la actora, para luego

referirme a los cuestionamientos de la sociedad demandada, desde que, aquello que se proponga al acuerdo respecto de la apelación de la actora, podrá tener directa incidencia respecto de la restante apelación.-

Aclarado ello, he de decir que, conforme surge de la demanda, y luego de los agravios, la actora persigue la declaración de simulación del acto de compraventa llevado a cabo por su progenitor (causante en los autos “Barbalarga Fernando José s/ sucesión”), y Hermi S.A., declarada la simulación del acto solicita se ordene la colación del bien en cuestión, y asimismo en forma algo confusa solicita se declare simulada la constitución de la sociedad demandada por resultar dicha sociedad también creada a los efectos de beneficiar a un heredero (a la postre su hermano) vulnerándose a su respecto el derecho a la legítima (arts. 3591, 3592, 3593 y cctes. Código Civil).-

Tal como lo resolviera esta Sala en causa n° 56.359 “Del Zotto Marta c/ Del Zotto Dante s/ acción de colación y simulación” del 18/09/2012, “cuando se acumulan, como en este caso, las acciones de simulación y colación, parece obvio destacar que el objeto principal del litigio es la obligación de colacionar, ya que la de simulación es el medio a que debe acudir el heredero forzoso para acreditar que el causante efectuó una liberalidad; así, la finalidad de la acción principal queda subordinada al éxito de esta última, donde debe quedar demostrada la liberalidad que ha sido encubierta por el acto fingido (SCBA causa Ac. 76.373, con sentencia del 30/08/2000)”, de allí que, si el demandado no tuviera o no revistiera la calidad de obligado a colacionar, la acción de simulación perdería

virtualidad.- Como resulta sabido los únicos que tienen obligación de colacionar son los herederos legítimos del causante (arts. 3476, 3478, del Código Civil), de allí que una sociedad desde que no resulta ser una heredera forzosa ergo no puede ser demandada por colación en forma directa.-

En el mismo sentido, se ha referido la Dra. Maria Victoria Schiro en la obra "Empresas de Familia-aspectos societarios, de familia y sucesiones. Concursales y Tributarios", donde expone: "¿Quienes se hallan obligados a colacionar? Los descendientes y ascendientes, tuvieran o no el carácter de legitimarios al momento de la donación. Se excluye al cónyuge que si bien es heredero forzoso, no puede recibir donaciones del causante, por encontrarse entre los contratos prohibidos (excepción hecha de las donaciones Propter nupcias, o de aquellas efectuadas luego de la separación personal al cónyuge inocente cuya vocación sucesoria no se encuentra contrariada). En caso de que funcione el derecho de representación, el representante deberá colacionar los valores donados por el causante a su representado (cualquiera fuere la causa que origina la representación). Del otro lado, los legitimados para incoar la acción son los herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge), y sus acreedores, por medio de la acción oblicua. El objeto de la colación lo constituyen todas las donaciones, esto es, aquellas liberalidades que tengan por objeto transmitir la propiedad de una cosa. Quedarían excluidas del concepto, pero son colacionables, las sumas de dinero y los créditos cedidos a título gratuito. También pueden ser objetos de colación las sumas donadas

en vida como rentas de su capital: los dividendos de las acciones de sociedades comerciales. Pero las liberalidades enunciadas en el artículo 1791 del Código Civil no pueden ser objetos de esta acción” (pág. 415, ob. Citada).

No he de pasar por alto que las acciones de simulación y colación resultan acciones independientes (mas allá que en autos se acumularon), y que la actora diferencia en cada caso a los demandados, así por la acción de simulación acciona contra su progenitora, hermano y la S.A. y por la acción de colación solo se dirige contra su hermano.- Ahora bien, del modo en que fueron planteadas, no resulta posible tratarlas en forma independiente sino tal como se expuso en la causa Del Zotto citada, es que en ningún momento la actora alegó ni probó que el bien en cuestión ingresara de algún modo al patrimonio de su hermano, o que éste hubiera usufructuado para su propio beneficio el mismo, sino que por el contrario y tal como seguidamente se expondrá el bien ingresó a la sociedad quien como vimos no se encuentra obligada a colacionar.- En su caso y probado que fuera la donación del bien a la sociedad (simulación relativa), la actora contaría en su caso con una acción de reducción (conf. arts. 1830, 1831, 1832, 3593 y cctes. Código Civil), mas no de colación como lo pretende.-

III) Sin perjuicio de ello, y si bien en forma algo confusa, la actora planteó otra acción que estimo resulta preliminar y esencial para la solución del caso y que se refiere a la simulación o inexistencia de Hermi S.A.- El Sr. Juez de grado se refirió a ello en el considerando 3 in fine, en donde afirma que no se ha demostrado que Hermi S.A. resulte una sociedad simulada y

que por tratarse de una sociedad de familia no la convierte por sí en inexistente, sin que ello fuera expresamente tratado en la parte resolutive.-

Ello no impide su tratamiento en este estado, toda vez que, tal como lo resolviera esta Sala en las causas acumuladas n° 54.832, 54.841 y 54.842: *“Los considerandos de las sentencias también están alcanzados por la cosa juzgada, si ellos sirven para interpretar razonablemente la parte dispositiva. Precizando aún más el análisis, y sobre la base de consistir la sentencia una norma individual, se llega a la conclusión de que el límite procesal de la cosa juzgada debe determinarse con referencia al contenido de la norma creada por el juez, en cada caso concreto y en tanto su constitución sea requerida para la solución de las cuestiones planteadas, con prescindencia del lugar de pronunciamiento en el cual aparecen decididos.”* (ésta Sala causa n° 34173 del 151-92 S 22-10-1992 “Champión, José Antonio c/ Colegio Médicos s/ Acción de amparo”, en el mismo sentido causa n° 51.611 “Banco Hipotecario...” del 16-04-08 y sus citas Palacio-Alvarado Velloso, “Código Procesal...”, T° 4, pág. 407; causas n° 44.145, “Bailardo...”, del 07.08.02.; n° 46.664, “Andiarena...”, del 05.05.04. y n° 50.940, “Oresti...”, del 05.09.07., entre otras).- De allí que corresponde atenderlos, conforme seguidamente se expone.-

Tal como claramente lo expone la reconocida doctrinaria Maria Josefa Mendez Costa “La legítima es una porción del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinadas categorías de herederos, restringiendo al excedente sobre ella las facultades de disposición de eficacia definitiva de su titular. El patrimonio queda dividido en dos

porciones, la legítima de los herederos forzosos y la disponible. El derecho de los legitimarios se actualiza a la apertura de la sucesión, siendo necesario entonces recomponer el patrimonio sumando a los bienes hereditarios líquidos el valor de las donaciones efectuadas por el causante calculado a la fecha de su muerte (art. 3602, Cód. Civil y su remisión -Adla, XXVIII-B, 1799-).” (autora cit. “Legítima y sociedades de familia” LL t° 1979-D).-

La herencia es para el legitimario esa masa resultante o una parte alícuota de la misma, de una fracción de la cual no puede ser privado sin justa causa de desheredación siempre que sea digno, dependiendo de él transformarse de sucesible en heredero mediante la aceptación. En este sentido, la legítima es parte de la herencia, tal como conceptúa el artículo 3591 concertadamente con la definición de heredero forzoso enunciada en el art. 3714.

Es indiscutible que la legítima es institución de orden público, ya se conciba el orden público como la protección inviolable que el Estado dispensa a un ordenamiento jurídico para asegurar su vigencia integral en vista de una peculiar apreciación del bien común, la seguridad y la justicia o como "el conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida" (Llambias, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", t. I, núm. 184, p. 161, Buenos Aires, 1970, Salvat, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", t. I, núm. 247, p. 245, Buenos Aires, 1964). Es su consecuencia lógica inmediata la preceptuada en el art. 21 del Código: "Las convenciones particulares no

pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". La substracción categórica de la legítima a la voluntad individual tiene doble consagración expresa en el Código Civil: en el art. 3598 se prohíbe al titular del patrimonio "imponer gravamen" o "condición alguna" sobre ella, bajo sanción de tenérselas por "no escritas", y en el art. 3599 se fulmina con la de ineficacia absoluta, el "ningún valor", a la renuncia del sucesible a la legítima futura y a todo pacto sobre la misma. La ley ha tenido cuidado de dejar a salvo la legítima aun en un convenio permitido que podría afectarla: la estipulación prevista en el apart. 3º del art. 1654. Igualmente es consecuencia del orden público la inaplicabilidad de la ley extranjera que lo contraría, principio que tiene su correspondencia en materia de derecho hereditario en la norma del art. 3410. Dados estos presupuestos, la protección del legitimario organizada en la ley inviste el carácter de imperativo y los medios especialmente previstos no pueden estimarse excluyentes de otros que sean aptos para concretar dicha defensa y condigan con los principios generales del derecho a que responde nuestro sistema legal en su letra y en su espíritu.-

En ese marco es que resulta razonable analizar si la constitución de la sociedad en ciernes -que resulta ser de las llamadas sociedades de familia, cuyos accionistas son ascendientes y descendientes- implicó entonces una vulneración de la legítima a la que tiene derecho la actora, a tal fin deberá correrse el velo societario sin perjuicio de no tratarse de un medio específicamente previsto para recomponer el patrimonio del causante (arts. 3.600, 3715, 3601, 3602, 1830, 3536, 3537 y 3476 C.C.) y analizarse si

hubo simulación, fraude o abuso de la personalidad jurídica, lo que podría importar llegar a nulificar la sociedad con lo que se obtendría su disolución y liquidación.-

En la obra citada "Empresas de familia...", la Dra. Schiro continúa diciendo: "Pero las posibilidades de afectar la legítima o la igualdad entre los herederos forzosos, no se agotan en la donación. Las sociedades de capital en que son accionistas padres y descendientes, las empresas de familia, han dado lugar a una manera sutil de llevar a cabo tal afectación. No existe restricción legal a que ascendientes y descendientes conformen tales sociedades; la única limitación está dada entre los cónyuges, que solo pueden integrar entre sí sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones (arts. 27 y 29 LSC)" (págs. 416/417 ob. Cit. "Empresas de Familia...").-

Es así que resulta necesario analizar la constitución de Hermi S.A. En ese orden he de tener por probado que: La sociedad anónima Hermi conformada por Fernando José Barbalarga, Herminia Elida Giles y Fernando Alberto Barbalarga, fue constituida en el año 1979 (conf. fs. 9), que conforme los socios que la integran –ascendientes y descendiente- se trata de las denominadas sociedades de familia, dicha sociedad incorporó a su patrimonio el bien inmueble identificado con la matrícula 4269 de General Alvear, único bien inmueble propiedad del Sr. Fernando Jose Barbalarga (progenitor de la actora), al momento de constituirse la sociedad la actora contaba con diez años de edad, que no fue ficticia la existencia de la misma conforme los fundamentos señalados en la sentencia en crisis (fs. 483 vta.),

allí se señaló la prueba pericial contable (fs. 367/371), los dichos de los demandados (socios de la demandada) y el tercero citado –síndico de Hermi S.A.- (fs.348/349, 419/419vta.), la obtención del préstamo hipotecario solicitado al Banco de la Nación (fs. 24), la cancelación del mismo (fs.24), que la sociedad actuó comercialmente durante un tiempo prolongado.-

Asimismo no resulta probado que fuera constituida a efectos de vulnerar la legítima de la actora si tenemos en cuenta la fecha de constitución de la sociedad, la edad con que contaba la misma a dicha fecha, el momento del deceso del causante, la posición asumida por los demandados y el tercero citado quienes admiten que fue creada por una estrategia contable.- Es cierto por otra parte que no puede afirmarse que Hermi S.A. pese a tratarse de una sociedad de capital, se trató de una auténtica unión de capitales y que actuó como una verdadera sociedad impersonal.- Es que el único bien inmueble propiedad de la misma provino de un solo socio (el progenitor de la actora), que conforme los dichos de los demandados y socios de Hermi, la sociedad era llevada adelante por el Sr. Fernando Jose Barbalarga, y al fallecer el mismo nadie lo reemplazó ni en su cargo de director, como así tampoco en la conducción de la sociedad.- De allí que mas allá de haberse constituido Hermi S.A. tal como legalmente corresponde conforme la ley de sociedades, no ha sido una verdadera y auténtica unión de capitales de diversos sujetos destinados a posibilitar una producción determinada, sino que la sociedad cobijó el patrimonio de una sola persona, el causante, ya que los aportes de los demás socios no resultaban significativos en relación al bien inmueble adquirido, recordemos

que dicho bien tenía un valor de \$ 9.000.000 y el aporte social al momento de constituirse la sociedad ascendía a \$ 2.500.000, conf. fs. 14.-

Resulta así que sin perjuicio que el bien inmueble ingresó a la sociedad bajo la forma de una compraventa, atento las circunstancias señaladas, se trató de un aporte del causante, de modo tal **que su aporte a la sociedad no solo fue de acciones nominales** sino también de un valor real en bienes, y ese aporte es el que podemos decir ha afectado la legítima de la actora porque representaba el mayor valor en bienes que poseía el causante a ese momento.-

Ello así, toda vez que, si se admitiera como patrimonio transmitido por el causante sus acciones en la S.A., le tocaría a la actora obviamente un número minoritario de ellas, quedando como controlador de la sociedad su hermano -socio y heredero-.-

Ante los hechos descriptos, podemos inferir que, estamos frente a una sociedad auténticamente constituida, tanto en su formación, gestión y desenvolvimiento comercial, pero que la contribución mayoritaria mediante acciones o bienes ha sido del padre, que asimismo el aporte de su hijo teniendo en cuenta la edad con la que contaba al momento de la constitución de la sociedad y no habiendo podido demostrar a lo largo del proceso de donde provenía el dinero para adquirir o componer las acciones, ha sido con bienes del padre.- El contrato constitutivo tiene cláusulas que no son sinceras (art. 955 del Código Civil), pero no basta para transformar en ficticia a la sociedad.- Y finalmente ha de concluirse que en ese marco, la actora solo tiene derecho a recibir acciones de una sociedad, pero no

bienes, condicionándose de ese modo su derecho a la libre disposición de la legítima vulnerándose lo normado por los arts. 3591, 3592 y cctse. del Código Civil.- El artículo 3598 del mismo ordenamiento legal declara que no es posible imponer gravámenes ni condición alguna a las porciones legítimas, dando la solución a tal vulneración al prescribir que, si se hiciese "se tendrán por no escritas".-

En la causa caratulada "Morrogh Bernard, Juan c/ Grave de Peralta de Morrogh..." publicada en LL 1979-D, y comentada por Mendez Costa, con aristas similares a la plataforma fáctica del presente se dijo que "Es oportuno transcribir algunas reflexiones de Jorge Fornieles -nota en E. D., diario del 27/4/70-: "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 oponerse a la reforma del estatuto". Se pregunta el citado autor. "Podemos afirmar que en tales condiciones usa y goza de la legítima, sin gravámenes ni condiciones según lo dispone el art. 3598 del Cód. Civil? En realidad aquí no juega tanto el uso y goce de la legítima como su integridad".

"A su vez Busso en su interesante y esclarecedora nota en E. D., t. 12, p. 814, analizando un caso similar el de autos nos dice: "Nos encontramos así con un hijo que tiene en sus manos una determinada

cantidad de acciones frente a sus hermanos que conciertan un grupo mayoritario. Sábese todo lo que puede hacer en una sociedad anónima el grupo mayoritario sin contar con el asentimiento del minoritario", y más adelante, agrega: "Parecería, pues que el sucesor legítimo del causante que no se hallase conforme con la marcha de la sociedad o con los manejos del grupo mayoritario tendría siempre la facultad de desprenderse de sus acciones. Teóricamente es, en efecto, así. Pero en la práctica, ¿quién le compraría esas acciones que no se cotizan en Bolsa, cuando el grueso del paquete accionario se halla exclusivamente en manos del grupo familiar? Sólo sus hermanos se hallarían en condiciones de comprárselas, pero sería preciso que estuvieran dispuestos a hacerlo, y ¿por qué valor? Por el que ellos mismos decidieran. ¿A qué ha quedado reducida la legítima de este hijo cuyo padre en la opulencia no le ha transmitido sino papeles que nada valen? Se dirá que no hay aquí jurídicamente nada de irregular, que la sociedad anónima tiene una personalidad distinta de sus accionistas, y que es ella la propietaria de los bienes que componen su activo. Que el causante sólo poseía acciones y todas ellas las transmite a sus hijos. Es ésta una explicación que podría satisfacer al espíritu estrictamente lógico de algunos juristas, pero que está reñida con la realidad que se esconde bajo la caja de una máquina jurídica construida con un objetivo distinto. ¿Podrá ser ello compatible con un régimen que supone una porción legítima de bienes, respecto de la cual no serían válidos los pactos anteriores a la muerte del padre, ni serían admisibles los actos que entorpecieran la libre posesión o administración de los bienes comprendidos en ella, ni sería susceptible de

someterse a condiciones ni a afectaciones de ninguna especie?".

"Por su parte, Fornieles -nota citada- sostiene: "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, a su normal funcionamiento, su disolución etc.; normas contractuales de cuyo apartamiento no se sigue necesariamente la violación al orden público"; y más adelante afirma: "Creo haber demostrado que la entrega de las acciones -en minoría- en pago del haber correspondiente al heredero, viola disposiciones expresas de nuestro Código destinadas a proteger la legítima -arts. 3591; 3598; 3599; 3601, etc.- y como lógica consecuencia viola también el fundamento de la colación hereditaria. Es, por tanto, un principio de orden que está en juego. Pero si nos atuviéramos exclusivamente a las normas legales que emanan de la existencia de las sociedades anónimas, o en comandita por acciones, superando cualquier otra consideración, incurriríamos en evidente abuso del derecho".

"Complementando, si cabe, los atinados conceptos de los autores antes transcritos, podemos reflexionar por sobre la personalidad de la S. A., codemandada, por sobre su titularidad de los bienes aportados por el causante, por sobre la realidad meramente formal de las acciones dejadas por el "de cujus", emerge en el caso otra auténtica realidad económica, no formal: el patrimonio del causante se transmite y conserva después de su muerte; lo administra su núcleo familiar cerrado y aunque ello se haga dentro de la organicidad de una sociedad anónima, esa administración en los hechos, se emparenta cercanamente a un verdadero condominio indiviso del

núcleo familiar, en el que por otra parte, hay un predominio absoluto de los herederos forzosos del causante -actualmente sus hijos, por el posterior fallecimiento de la esposa-. La realidad del auténtico patrimonio transmitido y de los sujetos beneficiarios de esa transmisión, autoriza desplazar la integración de la herencia de las acciones del causante en la SA. hacia los bienes de ésta recibido de aquél a su constitución, solo así, se puede asegurar que la legítima del actor se vea respetada tanto en su uso y goce como en su integridad auténtica, real, en especie, no formal sino material.”

En el mismo sentido expuesto la Cámara Nacional Civil Sala B, con primer voto del Dr. Mizrahi dijo: “Uno de los grandes conflictos que se presentan en estos casos es la ausencia de una regulación específica de las sociedades anónimas de familia como lo es la entidad emplazada pues la experiencia judicial ha demostrado que éstas, aún encuadradas sin objeciones dentro del ámbito de las sociedades comerciales, a menudo se convierten en instrumentos que, en los hechos, permiten eludir preceptos de orden público vigentes en el derecho sucesorio. La tensión se presenta, reitero, en sociedades anónimas como la que aquí está en juego donde, en verdad, lejos está de constituir un ente en el que media una unión de capitales con un grado sustancial de despersonalización; que acuden al ahorro público; y que, en fin, emiten acciones que se cotizan en la Bolsa de Comercio. Por el contrario, en casos como los de autos lo que se percibe más bien -tras el fallecimiento del causante- es un conjunto cerrado de familiares que operan en una suerte de "indivisión hereditaria", con los efectos de un “condominio indiviso”. Quiero decir, que en el fondo lo que

existe es una realidad subjetiva los hermanos de la actora, la madre que funcionan como auténticos titulares de los bienes, aunque encubiertos detrás del ropaje societario (ver Cám. de Apel. Civ. y Com. de Concepción del Uruguay, "Morrogh Bernard, Juan F. v. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y Otros", LL, 1979-D-237; Méndez Costa, María J., "Legítima y sociedades de familia", LL, 1979-D-237; Vidal Taquini, Carlos H., "Colación y donación de gananciales", LL, 1979-D-177; Busso, Eduardo B., "Algunos aspectos de la protección de la legítima", ED, 12-815; Fornieles, Jorge S., "La Protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia", ED, 31-1039)." (Tribunal citado en causa "F.S. c/ N.S" del 12/11/2009, publicado en Abeledo Perrot on line n°70058655).-

El primer fallo citado "Morrogh..." halló cause de respuesta en la previsión del artículo 3598 del Código Civil: la legítima se encontraba condicionada. La porción de cada heredero, al concretarse en determinada cantidad de acciones del causante, resulta para el accionante una legítima condicionada, pues queda sujeta al poder de la mayoría. El patrimonio del causante se transmite y conserva después de su muerte, lo administra su núcleo familiar, y aunque ello se haga dentro de la organicidad de una sociedad anónima, esa administración se emparenta con un verdadero condominio indiviso, con predominio de los herederos forzosos. La sociedad en cuestión vulnera entonces normas destinadas a la protección de la legítima y el fundamento mismo de la colación. Así, la realidad del auténtico patrimonio autoriza a desplazar la integración de la herencia de las acciones

del causante en la SA hacia los bienes de ésta recibidos de aquél en su constitución. (conf. ob.cit. "Empresas de Familia..." pág. 418/419).-

Conforme los argumentos expuestos y como ya lo señalara, puede inferirse que en el sub-lite se ha afectado la legítima de la actora condicionándola a recibir acciones en lugar de un bien inmueble (art. 3598 C.C.), ante ello estimo que la solución mas adecuada y en orden a la plataforma fáctica resulta ser la declaración de inoponibilidad de la personería jurídica de Hermi S.A. a la heredera tal como lo resolviera la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay en la causa citada "Morrogh..." y la Cámara Nacional Civil Sala B en el fallo citado, sin tener que llegar a declararse la simulación o nulidad de la sociedad demandada (conf. lo normado por los arts. 2 y 54 de la ley de sociedades).-

Al respecto en la causa citada de la Cámara Nacional Civil Sala B Mizrahi refirió: "Como quiera que sea, lo cierto es que en esta causa deviene innecesario pronunciarme acerca de si estamos ante una sociedad simulada; lo cual, incluso, lo estimaría improcedente dado el sostenimiento de la autenticidad social por todos los accionistas restantes (con la única exclusión de la actora) y también, y ello lo debo resaltar, por las largas décadas de existencia de "Ferretec S.A" por más de cuarenta años (ver fs. 789 y 1675) y sin que pueda afirmarse que haya tenido en su operatividad una finalidad ilícita (ver el dictamen pericial de fs. 1674/1679). Por ello, en concreto, parece a todas luces injustificada la aspiración de la accionante de nulificarla a esta altura, sin perjuicio de destacar que para mi juicio un requerimiento de esta naturaleza excedería claramente sus intereses

legítimos.

Para decirlo en otras palabras, en tanto la intangibilidad de la cuota de legítima de la pretensora se resguarde con el empleo de otros mecanismos, estimo en la especie como excesivo que por una sentencia judicial se decrete nada menos que la desaparición jurídica de una entidad, con los impensados efectos negativos susceptibles de producirse. Es sabido que sólo se justifica acudir a estas herramientas la simulación y la nulidad consecuente en situaciones extremas y excepcionales y a falta de otros remedios jurídicos. Téngase presente que la regla a aplicar en estos casos es el principio general de conservación de los actos jurídicos, del cual deriva en el supuesto el principio del mantenimiento del sujeto de derecho mercantil (ver art. 100 Ver Texto de la ley 19.550; CN Com., Sala A, "Astesiano, Mónica I. y otra v. Gianina Sociedad en Comandita por Acciones Ver Texto ", 27-2-1978, La Ley Online; Méndez Costa, María J., "Legítima y sociedades de familia", LL, 1979-D-237; Zaldívar, Enrique, "Filosofía y principios de nuestra ley de sociedades comerciales", LL, 1975-D-555; Medina, Graciela, "Fraude a la legítima hereditaria", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n. 4, p. 126)."-

Ahora bien la teoría de la inoponibilidad de la personería jurídica no fue el primer recurso al que acudió la Jurisprudencia y doctrina a efectos de llegar a la solución de casos como el presente, sino que fue elaborada a través del tiempo.-

Estas teorías fueron extensamente desarrolladas en el fallo Morrogh... por lo que estimo pertinente citar lo allí expuesto: "Para obtener el

resultado aludido se han enunciado diversos criterios o doctrinas que trataré de analizar con brevedad; adelanto, sin embargo, que en el caso, los efectos o soluciones de todos ellos son convergentes.

Comenzaré por la llamada "teoría de la penetración" o de "la prescindencia de la forma de la persona jurídica", que es la que plantea el actor con su demandada.

La idea central de esta doctrina puede resumirse así: una persona jurídica es una creación o recurso de técnica jurídica mediante el cual pueden alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico autoriza, apoya o no desaprueba. Esos fines u objetivos fijan los límites dentro de los cuales cabe admitir la personalidad propia e independiente de la persona colectiva; si deliberadamente, o no, esa personalidad se aduce para procurar otros fines u objetivos que el orden jurídico o la equidad, buenas costumbres, moral etc. reprueban, cabe reconocer a los jueces la facultad de prescindir de la personalidad del ente societario, para relacionar directamente a los individuos que forman parte de aquél, o tomar en consideración los bienes o valores poseídos por la persona colectiva como si fueran individuales de sus componentes.

Transcribiré algunos párrafos de Antonio Polo Díaz en su prólogo a la erudita obra de V. R. Lesick, "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", Barcelona, 1958: "La forma de la persona jurídica tiene el valor de un procedimiento técnico, idóneo para obtener los resultados más varios y dispares. Sin embargo, en ese carácter eminentemente técnico, instrumental de puro método, que asignamos al concepto de la persona

jurídica, reside su neutralidad, que lo hace apto para servir a los fines más diversos, con independencia de los que presidieron y justificaron su nacimiento, y con entera abstracción de su intrínseca bondad o malicia"; luego continúa: "Frente a la exaltación de la persona jurídica como pura forma de organización, gana terreno hoy día la idea de que es necesario aportar limitaciones de orden moral y ético, como freno ante posibles extravíos y desviaciones en su utilización. Empieza a afirmarse que no basta el frío y externo respeto a los presupuestos señalados por la ley, para poder cobijarse bajo la máscara de la persona jurídica y disfrutar de sus innegables beneficios. El remedio frente a esta desviación en el uso de la persona jurídica se ha creído encontrar por los actores y la jurisprudencia en la posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal de aquélla, para penetrar hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparaban bajo aquella armadura legal".

La doctrina en análisis tiene interesantes y valiosos aportes de autores nacionales, entre los que cabe mencionar -sin pretensión de exhaustividad- Masnatta, Héctor, "La transferencia de la locación y la doctrina de la penetración de la forma de la persona jurídica": nota en J. A., 1961-VI, p. 575; ídem, "El abuso del derecho a través de la persona colectiva (Teoría de la penetración); Orbia, 1967, p. 17; ídem, "La teoría de la penetración en la persona colectiva", en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille", Ed. Depalma, 1968, ps. 505 y sigts.; Pérez Fontana, Sagunto "La prescindencia de la personalidad jurídica", revista de

Derecho Comercial -Sociedades Anónimas-, Montevideo, marzo-abril 1967, num. 207, p. 86; Gutiérrez Zaldívar, Alvaro, "La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales", Rev. LA LEY, t. 147, 9. 1045; Roth, Roberto, "La esfera de la aplicación de la teoría de la penetración", E. D., t. 43, p. 271; Pinedo y Waterhause, "Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales", E.D., t. 14, p. 871. Marzoratti (h.), "La teoría del disgregar of Legal Entity" Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, núm. 6; Otaegui, Julio, "Desestimación de la personalidad societaria", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, núm. 20; Borda, Guillermo, "El velo de la personería", Rev. LA LEY, t. 142. p. 1158; Zannoni, Eduardo, "La desestimación de la personalidad societaria. Disregard y aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria" nota en Rev. LA LEY, 1978-B, p. 195.

En general podemos afirmar que nuestros autores siguen con bastante fidelidad los lineamientos propuestos por Rolf Serick en la otra "ut supra" citada; este autor clasifica los casos en que es factible aplicar la doctrina en estudio del modo siguiente: 1) si la estructura formal de la persona jurídica resulta utilizada de manera abusiva, el órgano jurisdiccional podrá descartarla para impedir que se obtenga el resultado contrario a derecho, prescindiendo de la regla que separa la sociedad de sus socios; 2) esa desestimación sufre una excepción, si enfrenta la eficacia de una regla del derecho de sociedades de valor fundamental; 3) las normas que se apoyan en cualidades o capacidades humanas, deben aplicarse a las sociedades cuando la finalidad de esas normas corresponda a la de esta

clase de personas; se llegará, así, a los hombres que actúan dentro de la persona jurídica para determinar si en ellos concurren las hipótesis de que depende la eficacia de la norma; 4) si la sociedad se utiliza para ocultar la identidad entre las personas que intervienen en un acto, podrá descartarse la forma de la persona jurídica, cuando la norma presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es simplemente nominal sino verdaderamente efectiva (Serick ob. cit., ps. 241, y siguientes).

En el "sub lite", hemos puesto en evidencia más arriba que por detrás -o debajo- de una sociedad anónima cerrada, aparece nítida la realidad material de la transmisión del patrimonio del causante a su familia y el impedimento que el ente societario supone, para que el actor como legitimario llegue al uso, goce e integridad de su legítima real en especie, material y no formal.

Alrededor de la teoría de la penetración rondan los conceptos del abuso de derecho -Fornieles nota "ut supra" cit., diario E. D. del 27/4/70, de la supremacía de normas del derecho sucesorio sobre el de las sociedades -Sojo, Lorenzo, "Las sociedades de familia y las disposiciones sobre la herencia" nota en Rev. LA LEY, t. 151, p. 4, del fraude -Serick, ob. cit.-o simplemente de la equidad. Tal vez no sea osado afirmar que, en el caso, todos esos conceptos tengan vigencia concreta, sustentados en los presupuestos fácticos que se han descrito a lo largo de este voto.

La teoría de la penetración -o de la desestimación de la personalidad- ha sido observada por su falta de construcción o fundamentación dogmática. Refiriéndose al "disregard" -que es el

antecedente americano de aquélla- sostiene Colombres, "Curso de derecho societario", 1ª ed., vol. II, p. 14, que la teoría resulta 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 jurídica".

A su vez, Marta C. Marsili, "Actualización de la teoría de la personalidad", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 4, 1971, ps. 1 y sigts., dice que "si bien ha servido para resolver en equidad casos aislados, no puede por su excesiva vaguedad elevarse a la categoría de principio dogmático que al mismo tiempo que nos proteja contra posibles abusos cumpla con aquellas condiciones mínimas exigidas por la seguridad jurídica".

Por su parte, Freschi, Carlos Roberto, "La reformulación legislativa de la teoría de la personalidad jurídica", nota en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 9-1976, ps. 743 y sigts., nos dice, en esa misma línea de pensamiento: "Es así como la teoría se constituye con la sistematización de resoluciones jurisprudenciales que si bien han logrado amenguar en algo los excesos producidos, es aplicable sólo excepcionalmente y como medida heroica, que parte desde el ámbito externo de la personalidad para penetrar y llegar a su realidad patrimonial, basándose en conceptos metajurídicos para resolver un aparente conflicto de normas no previsto por el ordenamiento vigente. A nuestro entender, el gran valor de la doctrina en análisis radica en haber relativizado el concepto de "persona jurídica, hasta ese momento considerado absoluto y no en la

solución dada al problema que evidencia. Es que la teoría del "disregard" busca soluciones donde sólo puede hallar paliativos. Radica en el propio ámbito de la teoría de la personalidad la posibilidad de acabar en forma definitiva con la problemática planteada".

Como consecuencia de esas observaciones a la teoría de la penetración, y a modo de superación de su falta de dogmaticidad, ha aparecido en el derecho societario un replanteo sobre la teoría de la personalidad.

Ese replanteo que irrumpe en el dogma de la personalidad de los entes societarios, arrancaría de la obra del profesor italiano Tulio Ascarelli con su trabajo "Il negozio indiretto", que integra la obra "Studi in onore di Vivante", año 1931; profundizado luego en "Personalità giuridica e problemi delle società", en Rivista delle Società, noviembre-diciembre, 1957.

Horacio P. Fargosi, en el prólogo a la obra de Salvador Perrota, "Intervención judicial en las sociedades comerciales", 1965, receptó las ideas de Ascarelli, planteando tal vez por primera vez en la doctrina nacional la desestimación del dogma de la personalidad. Nos dice allí: "Ascarelli afirmó que en la actualidad y retomando una frase de Ihering puede decirse que en el lenguaje jurídico la expresión "personalidad jurídica" es un análogo de los paréntesis en el lenguaje matemático. La plasticidad de esta comparación es evidente. Es así como este maestro ha sostenido que con la fórmula de "persona jurídica" no se expresa otra cosa que una disciplina normativa referida siempre al hombre nacido de vientre de mujer; esta expresión no significa, entonces, otra cosa que la expresión abreviada de

una disciplina jurídica concerniente a relaciones entre hombres y que lo "colectivo" de la misma se reduce a una "relación entre hombres y no a la constitución de un no-hombre ("omoni") para concluir que esta fórmula se refiere, en definitiva, a una dinámica de relaciones entre individuos y no a una estática constitución de no-hombres ("omoni"). "La formulación de Ascarelli tiene a nuestro juicio el mérito indiscutible de eliminar el problema tradicionalmente planteado de la subjetividad de la sociedad y de los socios - con las incidencias que incluso desde el ámbito económico y financiero tiene- y en tornar en innecesario todo recurso dirigido a superar el "velo" de la personalidad porque parte de la base de que ésta no es otra cosa que la unidad de un complejo de normas, o sea, la disciplina unitaria de actos de personas físicas que no supone la abstracción ficticia de un dato prenormativo, real, ni la calificación de un dato de esta naturaleza.

La nueva concepción de la personalidad ubica a ésta no como una ficción legal, ni tampoco como una realidad sustancial, sino como una realidad jurídica; es un recurso de "técnica jurídica", para que el hombre logre ciertos objetivos lícitos difíciles o imposibles de alcanzar en forma individual.

Fargosi, "Nuevas cuestiones de derecho comercial", cap. I, p. 37, 1971, nos dice que la personalidad societaria no es una realidad sustancial sino de orden; dicho orden consagra una unidad no sustancial sino accidental.

La "persona jurídica" no recepta un dato prenormativo; es una disciplina de normas que regula relaciones entre hombres; la regulación societaria está dirigida a éstos, pues siguiendo a Kelsen, "Teoría pura del

derecho", Ed. Eudeba, 1960. p. 128, el ordenamiento jurídico no sólo constituye un sistema lógico normativo, que se agota en sí mismo, sino que el destino único que le da su razón de ser es el hombre.

Nos dice Marta C. Marsili, ob. cit., p. 14: "La superación, así entendida la expresión "persona jurídica", se operará en razón de la típica estructura de ésta en cuanto sólo constituye una forma para afirmar la aplicabilidad de la norma, por lo cual la afirmación o la negación de la personalidad no tiene otro objetivo que aquél de la aplicabilidad o no de las normas o de las solas normas que se asumen como la característica de la personalidad, por cuyo motivo la afirmación o negación de la personalidad equivale a la afirmación o negación de la aplicabilidad de dicha normativa y por ello no constituye la premisa para afirmar o negar dicha aplicación, sino la consecuencia de dicha afirmación o negación".

Por su parte Freschi, ob. cit., afirma: "Con ello, el problema y su solución quedan fuera del área del conflicto de normas, pues la sola hipótesis de colisión entre ellas hace que las regulatorias de la personalidad dejen de aplicarse. Esta hace que nos alejemos de los esquemas de la simulación o del fraude y aún del abuso del derecho. Por eso, la mentada no aplicación no tiene carácter sancionatorio por sí misma, pues implica dejar subsistente el esquema societario en otras cuestiones ajenas a la que se pretende resolver, pues su aplicación se efectuará todas las demás veces en que se den los presupuestos de su atribución".

En esta línea de pensamiento encontramos, además de los autores transcritos a Suárez Anzorena, "Cuaderno de derecho societario",

cap. 3º; Colombres, G., "Curso de derecho societario. Parte general", ps. 39 y sigts., y la CNCom., sala A, "in re": "Artesiano, Mónica I. y otra c. Gianina, S. C. A.", 27/2/78, diario E. D., 8/9/78 y Rev. LA LEY, t. 1978-B, p. 195, en un caso similar al de autos.

Comentando precisamente este caso en Rev. LA LEY, t. 1978-B, p. 195, Eduardo A. Zannoni propone para su solución la consideración de la interposición fraudulenta de persona. Sostiene, en síntesis, que la sociedad se constituye en un sujeto interpuesto para un fin fraudulento: violar las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria, dice que "sustancialmente, el procedimiento es conceptualmente idéntico si en lugar de constituir la sociedad los bienes se hubiesen transferido a un tercero". Afirma que la interposición no necesita ser ficticia o simulada, puede ser real, pero pese a ello, si resulta fraudulenta, no debe producir los efectos queridos por las partes al instrumentarla. Dicho autor sostiene la aplicación extensiva de la preceptiva de los arts. 961 y sigts. del Cód. Civil -fraude a los acreedores-, tal como para el fraude entre cónyuges llegan a la generalización Fassi-Bossert, "Sociedad conyugal", t. II comentario al art. 1298, ps. 5 y sigts.. La noción unitaria del fraude está puntualizada con acierto por Mosset Iturraspe, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", t. II, ps. 9 y siguientes.

Volviendo al ya analizado replanteo doctrinario sobre la personalidad societaria, Carlos Freschi, ob. cit., entiende que el art. 2º de la ley de sociedades comerciales -19.550- que dice "la sociedad es un sujeto de derecho, con el alcance fijado en esta ley" recepta la nueva concepción

de la "personalidad jurídica". Tal fue, al parecer, la intención de la Comisión Redactora, cuando dice: "Se declara expresamente la calidad de sujeto del derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica, y de este modo, como lo señaló en una oportunidad uno de los correddores, 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", y en otro párrafo se afirma, en la Exposición de Motivos de la ley 19.550: "La significación de la norma va más allá que el precepto citado del Código Civil (art. 33) al limitar la calidad de sujeto del derecho a los alcances fijados en la ley. Esto se explica si se tiene en consideración que mientras las sociedades constituidas regularmente gozan en principio de capacidad plena, existen respecto de ellas limitaciones que obedecen a circunstancias de distinta naturaleza...".

“Creemos que, en el caso, los presupuestos fácticos autorizan al progreso de la demanda, tanto por vía de la teoría de la penetración como por el nuevo enfoque legal de la personalidad de las sociedades comerciales y que en cualquier atajo que se tome la solución práctica de la litis debe ser

idéntica.

La tesis de Zannoni encontraría, aparentemente, en el sub júdice, un eventual óbice en el hecho de que hemos dado por demostrado que el causante no se propuso deliberadamente excluir al actor de su herencia, ni perjudicarlo en su legítima, sin embargo aunque no querido ni buscado, este efecto se ha producido.”.-

En el caso F.S. c/ N.F. Mizrahi, resuelve la cuestión aplicando directamente la teoría de la inoponibilidad de la personería jurídica, nuevamente y por considerar que lo allí expuesto resulta de suma claridad cito y hago mío los argumentos expuestos: “Corresponde dilucidar ahora si dado el caso de autos una sociedad anónima de familia donde se encuentra quebrada la unidad filial y existe un grupo mayoritario de tres hijos y su madre ha de quedar preservada la cuota de legítima de la actora. Un análisis detenido de la cuestión me conduce a una respuesta negativa. Veamos.

Queda claro para mi concepto que, aunque se tenga por no existente una intencionalidad perjudicial predispuesta del causante o de los mismos demandados y demás herederos citados, en los hechos sucederá que si la pretensora recibe acciones (en lugar de los bienes materiales que componen el patrimonio de la sociedad) no podrá efectivamente usar y gozar de su cuota de legítima y, más aún, ésta quedaría afectada en su valor real.

Repárese que si se mantuvieran incólumes las reglas societarias tendremos, por un lado, a una heredera la actora, habida de una unión anterior del causante que tendría en sus manos una determinada cantidad de acciones minoritarias; y, por el otro, a sus tres hermanos junto a la madre de éstos

que formarán un grupo terminantemente mayoritario; lo que significa que será este último grupo el que tomará las principales decisiones, debiendo ser acatadas por la socia minoritaria a pesar de su formal oposición. Esto es, que aquel grupo mayoritario hoy la co-demandada Franca Nóbile y sus tres hijos citados como terceros dispondrán por sí de qué manera se han de administrar los inmuebles de propiedad de la sociedad, usando y disfrutando de ellos; celebrarán los contratos de locación de los bienes sociales que estimen pertinentes; aprobarán el balance general, estados de resultados y distribución de ganancias (por ejemplo, los alquileres que se perciben); designarán a los directores y síndicos; fijarán las retribuciones de los miembros del directorio; etcétera (conf. arts. 233, 234, 255, 256, 261 y concordantes de la ley 19.550).

Lo que se acaba de referir significa que, si bien la porción de acciones minoritarias que reciba la pretensora representarán teóricamente la parte del patrimonio que le hubiera correspondido de no haberse constituido la sociedad, en verdad la cuestión ha de ser muy distinta para aquélla (por lo antes precisado); de manera que esa tenencia accionaria minoritaria lejos estará de poder identificarse con la parte respectiva de los inmuebles y otros objetos corporales que pertenecen a la sociedad.

Para decirlo de otra manera, de conservar la actora sus acciones, éstas en la realidad no han de representar, proporcionalmente, el valor de mercado que tienen los inmuebles sociales. Ello es así porque tales acciones no se cotizan en Bolsa y, por ende, no le será factible a la accionante acudir a un lugar público para su enajenación; lo que importa decir que, para ella, los

mentados papeles no tendrán un valor realizable en términos de razonabilidad. Es que, al encontrarse el grueso del paquete accionario en manos del grupo formado por Franca Nóbile y sus tres hijos, en resumidas cuentas serán éstos los únicos potenciales compradores y quienes terminarán fijando el valor de adquisición de esos títulos. Por otro lado, tengamos presente que si Silvia Ferretti ejerciera su derecho de receso y se separara de la sociedad, la ley establece que "las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias" (art. 245 de la ley 19.550); valor que muy probablemente nada tenga que ver con los precios reales de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad. A ello se le agrega la particular situación familiar, con los probables rencores, pasiones y rivalidades que se desatan; lo que torna más difícil aún que ellos puedan negociar sobre bases equitativas y razonables. En definitiva de mantenerse esa situación es de presumir que la cuota de legítima de Silvia Ferretti quedaría a merced de la voluntad de los otros. Por lo expuesto,

ante el formal requerimiento de la parte actora, habrá que disponer las medidas del caso para que la intangibilidad de su cuota de legítima no se borre de un plumazo y el art. 3598 del CCiv. quede convertido en letra muerta. Para ello no es necesario echar mano a la doctrina del "disregard of the legal entity", o a la desestimación de la personalidad para "descorrer el velo" de la sociedad, ya que ha sido dejado de lado el criterio de la impermeabilidad absoluta de la personalidad de las sociedades (ver CN Com., Sala A, 27-2-1978, "Astesiano, Mónica I. y otra v. Gianina Sociedad

en Comandita por Acciones ", La Ley Online; Richard, Efraín Hugo, "La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n. 4, p. 81, ed. Rubinza-Culzoni; Otaegui, Julio C., "El art. 54 de la ley de sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica", ED, 121-805).

En sintonía con lo anticipado, es de aplicación la previsión del art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, que incorpora la figura de la inoponibilidad de la persona jurídica. En función de este precepto es dable acotar los alcances de la personalidad, desmitificarla, para lo cual ya no se la considerará como una realidad prenormativa, sino con un carácter meramente instrumental; vale decir, un recurso técnico al servicio del hombre para satisfacer intereses que la ley considere legítimos. Es que, para decirlo sintéticamente, siempre estaremos ante relaciones entre seres humanos, pues las personas colectivas no tienen conciencia propia ni voluntad en sentido psicológico; de forma tal que se descarta una asimilación semántica entre las personas físicas y las ideales. Por ende, antes que agredir o penetrar la personalidad, de lo que se trata es de limitar los alcances de ésta para que por su intermedio no se violen preceptos expuestos de nuestro ordenamiento legal (ver Fragosí, Horacio, "Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria", LL, 1985-E-710, y los autores allí citados; Zannoni, Eduardo E., "La desestimación de la personalidad societaria disgregada y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima", LL, 1978-B-195; Méndez Costa, María J, "Legítima y sociedades de familia", LL, 1979-D-237; Richard, Efraín Hugo, "La frustración del

sistema jurídico por uso abusivo de sociedades").

La figura de la inoponibilidad de la personalidad de las sociedades está en directa conexión con la preceptiva contenida en el art. 2 de la citada ley 19550, ya que aquí se limita el sujeto de derecho al "alcance fijado en esta ley". Por ese medio se habilita a la judicatura a verificar las condiciones de uso de la persona jurídica, de modo de poder comprobar si en el caso concreto subsisten los presupuestos de aplicación que están subsumidos en la noción de "personalidad".

En la especie, la respuesta a la citada labor judicial -dada la ya mencionada situación en la que se halla la accionante- no puede ser afirmativa. En tal inteligencia, entonces, corresponde dar prioridad al derecho común; esto es, a los dispositivos de orden público vigentes en el derecho sucesorio. Ello tiene que ser así para no frustrar otros fines tutelados por el derecho la cuota de legítima que pertenece a la pretensora por lo que se impone que a su respecto se decrete la ineficacia de la forma societaria. Es que el recurso de la "personalidad" tiene que quedar enmarcado en un régimen de uso debido; de manera que en la causa corresponde neutralizar a aquél cuando, en un supuesto específico como el de autos, responde a intereses que se estimen claramente desviados o antifuncionales (ver Fargosi, Horacio, "Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria", LL, 1985-E-710).

Debo destacar que, para decidir como se hará, no ha de constituir un requisito indispensable que la sociedad demandada se haya constituido con una finalidad ilícita, ni que el causante o los otros herederos

hayan tenido el propósito de defraudar o de privar a la actora de su cuota de legítima en el decurso de la vida societaria; bastando que la afectación a los derechos hereditarios se produzca en la realidad de los hechos, más allá de toda intencionalidad (ver Cám. Apel. Civ. y Com. de Concepción del Uruguay, "Morrogh Bernard, Juan F. v. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros ", 9-2-1979, LL, 1979-D-237; CN Civ., Sala G, "Hearne de de Alvear, Cora L. v. de Alvear, Jorge E. ", 11-4-1986, JA 1987-II-439; Busso, Eduardo B., "Algunos aspectos de la protección de la legítima", ED, 12-814; Fornieles, Jorge S., "La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia", ED, 31-1039; Méndez Costa, María J., "Legítima y sociedades de familia", LL, 1979-D-237).

En suma, ante la necesidad de evitar que la estructura societaria se erija en un instrumento jurídico que resulte apto para violar derechos, se ha de declarar la inoponibilidad de "Ferretec S.A" respecto de la aquí accionante, no rigiendo respecto de ella el beneficio de la personalidad; y tal como lo autorizan los arts. 2 to y 54, tercer párrafo, de la ley de sociedades."

En conclusión, y aplicando los conceptos antes expuestos e de decir que ha quedado demostrado como en el caso citado, que la constitución de la sociedad anónima y el aporte del único bien inmueble del causante a la misma, ha vulnerado el derecho a la legítima de la actora.- Ahora bien, tal como se resolviera en el caso citado, no resulta conducente declarar la nulidad de la sociedad, ya que la misma no resultó ficticia, como

así tampoco su objeto era ilícito, de modo tal que la solución se encuentra en declarar la inoponibilidad de la personería jurídica a la heredera actora tal como ya lo señalara.- Esta solución es la que menos efectos colaterales produce a terceros, desde que, como vimos la sociedad actuó comercialmente, sabido es que uno de los imperativos del sistema de sociedades comerciales es el mantenimiento de la empresa (conf. Zaldívar en Filosofía y principios de nuestra ley de sociedades comerciales, LL t° 1975-D, pág. 555, los autores argentinos coinciden en general con esta doctrina societaria (conf. arts. 100 y cctes. Ley 19.550) que en realidad jurídicamente y en forma estricta debe traducirse por el mantenimiento del sujeto de derecho mercantil creado por voluntad de los socios originarios (conf. Cám.Nac.Civ. y Com. Sala II “Asorte c/ Ibáñez...”, public. en LL t°1978-B, pág. 195 y ssgtes.).-

La solución que propongo al acuerdo, desplaza las restantes cuestiones traídas a la Alzada y las convierte en abstractas, ello así toda vez que, declarada la inoponibilidad de la personería jurídica de Hermi S.A., la consecuencia es que el bien inmueble que era propiedad del causante, e ingresado a la misma (mas allá de que se trate de una compraventa o donación) pasa a formar parte del acervo hereditario, por lo que resulta innecesario tratar las acciones de simulación y colación, por lo mismo no resulta conducente tratar los agravios esgrimidos por la Defensora Oficial.- En consecuencia tampoco ha de extenderse la condena a Elida Herminia Giles y Fernando Alberto Barbalarga, por lo que se mantiene en cuanto a tal cuestión las costas impuestas en la instancia de origen.-

Asimismo, y no habiéndose decretado la nulidad o inexistencia de Hermi S.A., corresponde confirmar el rechazo de la demanda incoada contra el Síndico de la S.A. Ernesto Mario Furlone, manteniéndose la condena en costas a la actora (art. 68 cpcc).-

IV) Resulta menester aclarar los alcances de lo aquí resuelto, es así que, se le reconoce a la actora el derecho de recibir en especie la parte que le corresponde como heredera forzosa de su padre Fernando Jose Barbalarga, computándose como bien transmitido el aportado por el causante a la sociedad anónima co-demandada.- Tal bien, con valores actuales, deberá incorporarse a la sucesión del mencionado causante en la que se determinará la partición correspondiente, adecuándola al estado de aquel, ya sea por su valor o en especie, lo que podrá evaluarse en un acuerdo de partes.-

A tales fines se declaran inoponibles las normas que regulan la personalidad societaria de la S.A. co-demandada (arts. 3598 y cctes. C.C., art. 2 y cctes. Ley 19.550) la que deberá reducir su capital, si los socios actuales no optaren por su disolución definitiva.-

Por la acción encausada de inoponibilidad de personería jurídica propongo al acuerdo se impongan las costas en ambas instancias a la co-demandada Hermi S.A. (arts. 68 y 274 cpcc).-

V) Por último y en consonancia con lo que por el presente se resuelve, en cuanto a la existencia de Hermi S.A. y mas allá de su inactividad, cuya consecuencia no resultan ser su inexistencia (conf. esta Sala causa n° 56.255 “Maida Hortensia...” del 28/06/2012, Nissen

“Naturaleza de las Sociedades que ignoran el proceso liquidatorio” public. en LL 27/02/2013), he de decir que tal como oportunamente lo planteara la actora y luego la defensora oficial, no resulta la co-demandada una persona incierta o de domicilio desconocido, sino que por el contrario y tal como lo resolviera esta Sala recientemente en causa n° 57.662 “las sociedades deben ser notificadas, salvo excepciones, en su domicilio legal en virtud de lo regulado por el art. 90 inc. 3° C.C. y las disposiciones de la ley 19.550 (arts. 11 inc. 2°, y 12). Es decir, en su domicilio social inscripto, donde la ley presume que es su lugar de residencia (Maurino, Alberto Luis, “Notificaciones Procesales”, Ed. Astrea, pág. 253 y ss; esta Sala, causa n° 53089, “Occhi...” del 7/5/09)”, de modo tal y sin perjuicio de lo actuado por la Defensora Oficial, deberá ésta última, proceder conforme lo normado por el art. 341 última parte, ordenándose en su caso en la instancia de origen el cese de su intervención.-

Así lo voto

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION: la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo: **1)** Declarar abstracto el tratamiento de los agravios – esgrimidos por la actora y por la co-demandada Hermi S.A.- en relación a las acciones de simulación y colación incoadas contra Elida Herminia Giles, Fernando Alberto Barbalarga y Hermi S.A., manteniéndose lo resuelto en la instancia de origen en cuanto a las costas impuestas, **2)** Declarar la inoponibilidad de la personería jurídica de Hermi S.A. con los alcances que

resultan del tratamiento de la segunda cuestión del acuerdo; 3) Confirmar el rechazo de la acción respecto de Ernesto Mario Furlone; 4) Desestimar la extensión de la condena decretada respecto de Hermi S.A., a los co-demandados Elida Herminia Giles y Fernando Alberto Barbalarga; 5) Las costas de Alzada se imponen por la acción que prosperó a Hermi S.A.; por las cuestiones declaradas abstractas costas por su orden (arts. 68 y 71 cpcc).-

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** **adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

- S E N T E N C I A -

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE:1)** Declarar abstracto el tratamiento de los agravios –esgrimidos por la actora y por la co-demandada Hermi S.A.- en relación a las acciones de simulación y colación incoadas contra Elida Herminia Giles, Fernando Alberto Barbalarga y Hermi S.A., manteniéndose lo resuelto en la instancia de origen en cuanto a las costas impuestas, 2) Declarar la inoponibilidad de la personería jurídica de Hermi S.A. con los alcances que resultan del tratamiento de la segunda cuestión del acuerdo; 3) Confirmar el rechazo de la acción respecto de Ernesto Mario Furlone; 4) Desestimar la extensión de la condena decretada respecto de Hermi S.A., a los co-demandados Elida Herminia Giles y Fernando Alberto Barbalarga; 5) Las costas de Alzada se imponen por la

acción que prosperó a Hermi S.A.; por las cuestiones declaradas abstractas costas por su orden (arts. 68 y 71 cpcc).- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 8904).- Notifíquese y regístrese.-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Si///

///guen las firmas.-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-