



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

"Fraude a la legítima en sociedades de familia"

2013

Tutor: Dr. Gerónimo José Martínez

Alumna: Mignacco, Angelina

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Agosto 2013

Dedicatorias y Agradecimientos

Dedico este trabajo a mi familia, especialmente a mi papá, por siempre haberme apoyado y ayudado a lograr mi meta.

Agradezco a mi tutor el Dr. Gerónimo José Martínez, a las autoridades académicas. Y en especial a mi hermana Cecilia por su incondicional apoyo.

1. Resumen

El tema a investigar es el “Fraude a la legítima al constituir sociedades de familia”.

Este trabajo está diagramado en 4 Capítulos en donde en el **Primer Capítulo** explico el concepto y aspectos generales de la legítima, en el cual antiguamente en el primitivo derecho romano, el causante a través del testamento podía decidir el destino de todo su patrimonio para después de su muerte. Es decir gozaba de una libertad absoluta para disponer de sus bienes. Actualmente en nuestro país, el Código fija un límite al causante para disponer de sus bienes para luego de su muerte, dicho límite tiene por finalidad mantener intacta una porción del patrimonio del causante para que después de su muerte sea dividida entre los herederos forzosos. Esta porción del patrimonio es llamada “legítima”. Se llama así legítima a la porción del patrimonio del causante que le corresponde a los herederos forzosos y de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación o indignidad.

Al fallecer una persona que tiene herederos forzosos, su herencia estará conformada por dos porciones: una destinada obligatoriamente a los herederos forzosos (la legítima) y la otra porción se llama disponible, es a voluntad del causante, sobre esta parte de la herencia, el causante puede disponer libremente, ya sea por testamento o por donaciones hechas en vida. Podrá distribuirla equitativamente entre sus herederos forzosos, mejorar la porción de alguno o incluso beneficiar a un tercero.

Una de las grandes discusiones que presenta nuestro derecho sucesorio, se plantea en torno a si la legítima de los herederos forzosos forma parte de la herencia (pars hereditatis) o si por el contrario, forma parte de los bienes (pars bonorum). Lo importante es determinar si el heredero forzoso para gozar de la legítima debe mantener su condición de heredero (teoría sostenida por quienes consideran a la legítima como parte de la herencia) o si por el contrario podría renunciar o verse privado de la herencia manteniendo su derecho a la legítima (teoría sostenida por quienes consideran a la legítima parte de los bienes). Nuestra legislación se pronunció a favor de la teoría que sostiene que la legítima es parte de la herencia (pars hereditatis), por lo tanto únicamente recibirán su porción legítima aquellos que mantengan la condición de herederos y acepten la herencia. Aquellos con derecho a recibir la legítima son denominados “legitimarios” ¿Quiénes son legitimarios según nuestro derecho? Los descendientes, ascendientes y cónyuges. Las porciones legítimas son las siguientes:

- Legítima de los descendientes: abarca las 4/5 partes del patrimonio del causante.

- Legítima de los ascendientes: abarca las 2/3 partes del patrimonio del causante.
- Legítima del cónyuge: abarca la 1/2 del patrimonio del causante ¿Qué pasa si concurren el cónyuge y descendientes del causante? El cónyuge goza de su porción legítima únicamente sobre los bienes propios del causante, en los bienes gananciales del causante los descendientes lo desplazan.

Además en el primer capítulo hago hincapié en cómo se calcula la legítima y especialmente la protección de la legítima, las distintas acciones para protegerla hasta llegar al Fraude a la legítima que es el tema que me compete.

El **Segundo Capítulo** trata del posible fraude a la legítima y en especial al constituir una sociedad de Familia, explicando las distintas opciones de fraude, el concepto y aspectos generales de las Sociedades de Familia, son sociedades cerradas que a ellas el causante ha efectuado el aporte de sus bienes, sustrayéndolo de su propio patrimonio particular y sustituyéndolo por acciones al portador que no cotizan en bolsa y de las que puede disponer.

En el **Tercer Capítulo** analizo las posibles soluciones según la doctrina y jurisprudencia al cometer fraude a la legítima en el momento de constituir una sociedad de familia.

Por último en el **Cuarto Capítulo** concluyo el tema con las distintas propuestas superadoras.

2. Estado de la cuestión:

Para dar soluciones a los problemas de fraude, a través de la utilización de la figura societaria la doctrina y jurisprudencia considera en un primer supuesto la teoría de la penetración o de la desestimación de la personalidad (Teoría del disregard of legal entity). Conforme a la misma, 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. Por detrás de las sociedades 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. Es un medio de penetrar eficazmente en la forma societaria para constatar la verdadera naturaleza de los hechos y comprobar si ha existido un abuso de la figura social para violar normas imperativas en perjuicio de terceros, desestimando la personalidad que se pretende oponer para lesionar intereses legítimos.

Algunos de los principales autores como Zaldívar, señala que “la penetración es una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna”. Por su parte, Villegas sostiene que siendo la sociedad un “medio técnico” que el derecho proporciona a las personas físicas para actuar asociativamente y la personalidad jurídica un atributo concedido por la ley teniendo en miras un interés general, “cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica societaria lo hagan apartándose de esos fines que tuvo presente el legislador, la imputación de los derechos y obligaciones no se hará ya a la sociedad sino directamente a los socios, desestimándose o prescindiendo de la ‘personalidad jurídica’. El juez puede, en tales supuestos, ‘romper el velo’ de esa sociedad jurídica y ‘penetrar’ en la realidad, atribuyendo a los seres humanos que actuaban detrás de ese velo, o encubiertos por él, directamente, las responsabilidades emergentes de ciertas conductas antijurídicas”. Y es en este aspecto que reside la esencia de esta doctrina: en la posibilidad de efectuar una ‘directa imputación’ de las responsabilidades por actos antijurídicos a los socios. Otro autor: Borda enseña que el derecho tiene como sujeto esencial “al hombre de carne y hueso. Si la complejidad del mundo jurídico ha hecho necesario reconocer ese otro sujeto que son las personas jurídicas, es a condición de que sirvan ellas también a los fines propiamente humanos que las justifican. Cuando se desvían de esos fines, cuando se ponen al servicio de la mala fe del propósito de burlar la ley o de perjudicar a terceros, los jueces deben intervenir para impedir que ello ocurra”.

La jurisprudencia también ha hecho aplicación de esta teoría. Así, en el marco una acción de simulación –y de desestimación de la personalidad jurídica en subsidio– interpuesta por la cónyuge supérstite y los hijos del de cujus respecto de dos sociedades extranjeras (atribuyéndosele al causante la propiedad de las acciones de otras tres sociedades locales registradas a nombre de una de las primeras), se resolvió “desestimar la personería de las referidas sociedades, a fin de impedir la consumación de un fraude a la ley en perjuicio de los causahabientes de P. V., al infringirse mediante su reconocimiento la legítima hereditaria (art. 54 in fine, Ley 19.550). Desde la perspectiva civil, tratándose de sociedades ficticias, que nada tienen de real, adolecen de simulación absoluta, que cabe reputar ilícita (arts. 956 y 958, Cód. Civil)”.

En segundo lugar, menciono lo que se conoce en doctrina como una nueva corriente o enfoque de la personalidad de la sociedad comercial (inoponibilidad de la

persona jurídica) que entiende que la sociedad comercial constituye una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Pero se considera ineficaz a la sociedad que haya excedido el marco normativo impuesto por la ley para servir de sostén a una exclusión de herederos legitimarios.

El art. 54 de la Ley de Sociedades, en su párrafo tercero, prevé expresamente la inoponibilidad de la personalidad de la sociedad en los siguientes supuestos:

a) cuando la actuación de la sociedad encubra la obtención de fines extrasocietarios;

b) cuando la sociedad constituye un recurso, un medio para violar la ley, el orden público o la buena fe; y

c) cuando sea un medio para frustrar derechos de terceros.

La aplicación de esta norma requiere, entonces, que la actuación de la sociedad sea un mero recurso para violar la ley, es decir, que la conducta antijurídica produzca una desviación abusiva de la finalidad del ente social. Luego, las conductas antijurídicas descritas en el citado artículo producen ciertos efectos jurídicos:

I) imputación directa de dichos actos a los socios y/o controlantes que la hicieron posible, quienes quedan obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad (lo cual no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad);

II) que dichas personas responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados

Méndez Costa sostiene que el amparo de la legítima en el Código Civil ha sido superado por los hechos que no llegan a conmover sus fundamentos. Se trata, entonces, de asegurarla sin menoscabo de otros intereses sociales que pueden también hallarse en juego. Por ello opina que la inoponibilidad de la persona jurídica sociedad a los aquejados por una perturbación de su derecho hereditario intangible, en virtud de la constitución o vicisitudes de aquella, adquiere los perfiles de una solución de fondo destinada a incorporarse a su sistema protector mientras no sean previstas reglas especiales para las “sociedades de familia”.

Por último, hago hincapié en la teoría sostenida por Zannoni del negocio jurídico en fraude a la legítima. Describe dicho negocio como aquel acto jurídico que encubre bajo una apariencia de licitud una causa final o móvil ilícito: la sustracción del patrimonio de bienes que, de encontrarse en él a la época del fallecimiento, integrarían el acervo hereditario. Tenemos así dos elementos: el fraude, como noción genérica, y la

interposición de persona como el medio para consumarlo. La sociedad comercial es, entonces, un sujeto interpuesto que sirve a un fin fraudulento: violar las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria respecto a ciertos herederos forzosos.

En cualquiera de los casos los herederos alegarán la inoponibilidad de la forma societaria, sin perjuicio de que la sociedad, amparada en la genérica licitud de su objeto, sea válida respecto de los constituyentes.

La inoponibilidad es consecuencia lisa y llana de la afectación de la legítima – hecho absolutamente objetivo en el que se vinculan una realidad patrimonial y las normas del derecho sucesorio– con absoluta prescindencia de la intencionalidad del causante al constituir la sociedad.

Se trata de una ineficacia relativa del vínculo societario respecto de determinados terceros. Un caso de inoponibilidad de dicho vínculo y no de nulidad en cuanto se pretendiera hacer valer para fines “extranormativos”, o sea que exceden la disciplina normativa societaria. Por lo tanto, se reduce el aporte efectuado por el causante y se incorporan dichos bienes al sucesorio, siendo inoponibles las normas que regulan la personalidad societaria, sin perjuicio de que los actuales socios decidan reducir el capital manteniendo el ente, o disolverlo definitivamente.

La causa ilícita en la faz constitutiva o la antijuridicidad funcional en la estructura societaria son datos que revelan el trasfondo fraudulento de una persona jurídica. La constitución ficticia de una sociedad, al privar a algún heredero legitimario de su participación accionaria, o bien la mera y dispar atribución de acciones, en ambos supuestos al fallecer el causante, puede condicionar o afectar la legítima. La notoria yuxtaposición entre la sociedad mercantil y su régimen, por un lado, y la protección de la vocación legitimaria, por el otro, indican que debe prevalecer la legítima (art. 3591 CC) siempre que los elementos de convicción indiquen que la personalidad societaria puede afectar injustificadamente dicha intangibilidad.

3. Marco teórico:

La Legítima consiste según el art. 3591 del Código Civil: *“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”*.

La Dra. Dido Martínez Ledesma la define como “una parte del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinada categoría de herederos, muy próximos a él, y de la cual no van a ser privados sin justa causa de desheredación”

Otro concepto importante que se va a tratar es el Fraude a la legítima, consiste “en toda maniobra que bajo la cobertura de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, se concluye con miras a eludir las normas imperativas relativas a la legítima, en perjuicio de sus destinatarios que serian sus herederos legitimarios”. El jurista romano Paulo lo definió de la siguiente forma: “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe, en fraude de ella, el que, respetando las palabras de la ley elude su sentido”. Por su parte, dice Jorge O. Perrino que el fraude a la ley se realiza con el fin de alcanzar un resultado manifiestamente incompatible con lo establecido por las leyes. El Código Civil Español en su art. 6 dispone: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir”. De Castro lo define como “Uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con esta finalidad”. De los Mozos dice que es: “todo artificio, maquinación o astucia tendiente a impedir o eludir un interés legítimo de terceros o a obtener un resultado contrario a derecho bajo la apariencia de la legalidad”

4. Introducción:

El tema que elegí pertenece al área del Derecho Privado, y dentro de éste en el Derecho Sucesorio y el título es “Fraude a la legítima en Sociedades de Familia”.

La cuestión que se pretende estudiar aborda la problemática que padecen ciertos herederos forzosos ante la constitución de sociedades de familia, ya sea por ejemplo sociedades anónimas donde el causante ha hecho participar a terceros o a algunos de los herederos, realizando aportes nominales, no reales a tal sociedad. Producida la muerte del causante sus hijos en lugar de los bienes que integraban su patrimonio heredan esas acciones. Parecería que estamos frente a valores equivalentes pero no es así, ya que tales acciones no tienen el precio que sus coherederos y socios quieran imponerle.

El presente trabajo intentará demostrar a modo de hipótesis que existe soluciones específicas en orden a la cuestión referida al fraude a la legítima en sociedades de familia.

El Objetivo General es la:

- Investigación, análisis y estudio sobre esta forma de fraude.

Y los Objetivos Específicos son la:

- investigación de la actualidad jurisprudencial del fraude a la legítima al constituir una sociedad de familia,
- investigación de las distintas opiniones en doctrina,
- analizar las diversas soluciones legales,
- analizar los mecanismos legales que sirvan para un adecuado asesoramiento jurídico en miras a la prevención de estos artilugios.

CAPÍTULO I

“LA LEGITIMA: concepto, naturaleza jurídica y principios generales”

Sumario: 1.Introducción 2.Concepto 3.Restricciones a la libertad de testar
4.Naturaleza de la legítima 5.Antecedentes: evolución histórica 6.Nuestro Código Civil
7.Legitimarios: herederos forzosos 8.Determinación de la legítima 9.Cálculo de la legítima 10.Protección de la legítima: Acciones. 11. Conclusión

1. Introducción

En primer lugar habría q definir el vocablo "sucesión" que proviene del latín succesio-nis, que significa suceder. En términos gramaticales es la transmisión que se da de una persona o cosa a otra. Jurídicamente significa continuar el derecho cuya titularidad pertenecía a otro.

Hay dos especies:

- Sucesión particular: una persona sustituye a otra en un determinado derecho o relación. Por ejemplo un contrato de compraventa, donación, etc.
- Sucesión universal: una persona sustituye a otra en la totalidad de sus relaciones patrimoniales consideradas como una entidad compleja. Solamente es mortis causa, no se verifica por actos entre vivos.

La sucesión mortis causa, según el art. 3279: *"La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código."*

La sucesión puede ser legítima o testamentaria. Es legítima o ab intestato o intestada cuando el llamamiento proviene de la ley, en cambio es testamentaria cuando se basa en la voluntad del causante, expresada en testamento válido. Art. 3280: *"La sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley."*

La sucesión legítima funciona en forma Supletoria o en forma Imperativa. Supletoria significa que la ley suple la voluntad del causante, al no haber testamento y lo llama Orden de los que heredan. En cambio en forma Imperativa le reserva a herederos forzosos una porción legítima (que varía según el grado de cercanía con el causante) y de la cual no pueden ser privados sin causa justa de desheredación, o sea que aún en contra de la voluntad del causante expresada en el testamento la ley se impone, si no hay herederos forzosos el causante tiene amplia facultad de disposición, si no lo hace lo hace la ley. La porción disponible es la porción que resta una vez cubierta la legítima, queda a voluntad del causante.

2. Concepto

El art. 3591 define a la Porción legítima: *“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”*. El límite a que se refiere la norma marca la distinción entre la porción legítima y la porción disponible del testador con la cual él *“puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos”* (art. 3605) ¹

Según Pérez Lasala podemos definir a la legítima como *“una limitación legal y relativa de disponer de los bienes para después de la muerte, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia, o de los bienes líquidos, a favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento”* ²

La Dra. Dido Martínez Ledesma la define como *“una parte del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinada categoría de herederos, muy próximos a él, y de la cual no van a ser privados sin justa causa de desheredación”* ³

Otro autor que podemos consultar es Borda el cual considera que el concepto de legítima *“... es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito”* ⁴

3. Restricciones a la libertad de testar

Existen tres sistemas en el derecho comparado:

- Libertad de testar: (anglosajones) se dispone de la totalidad de los bienes, no hay legítima. Existen a determinados herederos (descendientes y el cónyuge) la posibilidad de exigir la renta razonable (tiene su basamento alimentario).
- Sistema que establece porción legítima: establece una porción legítima a favor de determinados herederos de la cual no se la puede privar

¹ Zanoni, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, T II, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1983, p 165

² Pérez Lasala, José Luis, “Derecho de Sucesiones”, vol. II, parte especial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 792

³ Martínez Ledesma, Dido Teresa. “Nociones de derecho Sucesorio”. Ed. Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2010, p 332, 333

⁴ Borda, Guillermo A.- “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones” Segunda Parte – Sexta Edición Actualizada. Editorial Perrot Buenos Aires. 1987. Pág. 84.

sin justa causa de legitimación. Que como contracara tiene una porción disponible de la cual el causante dispondrá libremente. Hay dos subsistemas:

- Sistema que establece que esa porción legítima es variable de acuerdo a la cantidad de herederos que se presenten a recoger la herencia (Italia y Francia)
- Sistema que establece esa porción fija e invariable sin importar el número de miembros que presente (Argentina): **Sistema de mejora impropia.**
- **Sistema de mejora propia:** (España) establece una porción legítima a favor de determinados herederos y la posibilidad que esa porción legítima se mejore a los descendientes.

4. Naturaleza de la legítima

A ciertos parientes con vocación legítima a la herencia la ley les garantiza una parte en la sucesión del causante de la cual no pueden ser privados o excluidos sin justa causa de desheredación. Pero se pregunta si esa parte es recibida por ellos como consecuencia de ser herederos, o si, en cambio, pueden aspirar a ella aunque no asuman el carácter de tales, es decir independientemente de que sean herederos. Si el derecho de la legítima hereditaria es consecuencia de la adquisición hereditaria, forma parte de la herencia y entonces quien renuncia a la sucesión, carece del derecho a recibir esa cuota. Si el derecho a la legítima es independiente de la adquisición hereditaria, el legitimario puede conservar ese derecho aunque no sea heredero. En el primer caso se dice que la legítima integra la herencia, forma parte de la herencia (es parte de ella, pars hereditatis): quien no tiene derecho a la herencia, tampoco lo tiene a la porción legítima. En el segundo caso se dice que la legítima constituye una parte del caudal relicto, es decir de los bienes (pars bonorum) al que tienen derecho los legitimarios aunque no conserven llamamiento a la herencia.⁵

Jurisprudencia: la cuestión sobre la naturaleza de la legítima motivó, antes de la sanción de la ley 17.711, el fallo en pleno de la Cámara Nacional Civil del 10/08/53, en la causa “Francisco de Asís Cambó”. En esa causa el tribunal resolvió por nueve votos contra tres, que “quien es titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su

⁵ Zanoni, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, Ob. Cit. p 168

calidad de heredero del causante y tiene derecho que se lo declare tal si fue omitido por este último en su testamento”, este es el argumento de la mayoría.

Los hechos que motivaron el pronunciamiento fueron los siguientes: el causante, en su testamento, instituyó como única heredera a su hija e hizo un legado a su esposa. Ésta solicitó se la declarara heredera sin perjuicio de la institución testamentaria a favor de la hija y en cuanto no vulnerara su porción legítima. El caso planteaba la cuestión de saber si cabía a la esposa la acción de preterición. Sin embargo, como la institución testamentaria había sido en favor de quien era también heredero forzoso (la hija), los argumentos expuestos se centraron más bien en el problema del título para recibir la legítima, y si, en el caso, la esposa tenía derecho a obtener como heredera la posesión de la herencia o si debía conformarse con recibir el legado como legitimaria no heredera.

Los argumentos de la minoría integrados por los votos de los doctores Bargalló y Sánchez de Bustamante pretendieron caracterizar la legítima como *pars bonorum*. Señalaba el doctor Sánchez de Bustamante que si se autoriza al heredero forzoso a quien el causante dejase por cualquier título menos de su legítima a pedir su complemento y si, según el art. 3354 (actualmente derogado), el heredero forzoso podía renunciar a la herencia “sin perjuicio de tomar la legítima que le corresponda”, parecería evidente que la legítima se desvincula de la herencia para trascender como un derecho que no exige investir, necesariamente, la calidad de heredero.⁶

5. Antecedentes: evolución histórica

- Derecho romano: en Roma el pretor confirió a los *sui heres* (herederos suyos) que hubiesen sido omitidos por el causante al testar en beneficio de otras personas, una acción para dejar sin efecto el testamento. Se trata de la querrela de inoficiosidad. Esta querrela se explica en el contexto de la libertad de testar que el derecho romano confirió al *pater familias* y constituye la primera conquista del parentesco natural y del deber de afección que de él surge. Sin embargo, la querrela de inoficiosidad presentaba el grave inconveniente de hacer nulo el testamento en su totalidad. El que los parientes del testador pudiesen valerse de semejante acción y quedarse con toda la herencia hubo de parecer excesivo. El proceso de evolución del *ius civile* tiene que ver con la *lex falcidia*, a los comienzos del Imperio (año 40 a. C.), pretendió conciliar los derechos de los herederos civiles sin perjudicar absolutamente a los legatarios o herederos instituidos. Recorriendo una larga trayectoria jurisprudencial,

⁶ *Ibidem* p 176 y 177

la ley Falcidia estableció que un cuarto del haber hereditario, quedado por muerte del testador, debía en todo caso corresponder a los herederos ab intestato, reduciéndose proporcionalmente los legados si el testador no hubiese respetado ese mínimo. Es decir que sin necesidad de acudir a la ficción de la antigua querrela de inoficiosidad, el derecho de los parientes les aseguraba, en la sucesión del difunto, un cuarto de los bienes o del activo hereditario cuyo importe se determinaba incluyendo las donaciones inter vivos hechas por el causante y deduciendo las deudas anteriores al testamento, como el valor de los esclavos manumitidos por testamento. Este cuarto, conocido como la cuarta Falcidia, es el origen de la pars legítima, denominación que alude a su fijación y determinación por la ley. Este cuarto también garantizaba al testador de que sus demás disposiciones no serian atacadas. O sea que le bastaba con dejar legados que cubriesen la pars legitima a los parientes, para que estos no pudiesen atacar el testamento. Y esta legitima no requerirá, de ningún modo, la institución de herederos: el derecho de los parientes se limitaba a una parte de los bienes que, por cualquier titulo, les dejase el causante. Si el difunto no respetaba la cuarta, a aquellos solo restaba la querrela de inoficiosidad, que durante el Bajo Imperio, fue sustituida por la acción de complemento de la legítima, establecida en una constitución de Juliano y Constancio (año 361). Con Justiniano la pars legítima se extenderá a un tercio de la herencia si el causante tenía descendientes, el tercio se elevaba a la mitad si los hijos eran cinco o más. Aquí se limitó la libertad testamentaria en base a un derecho concedido a los parientes, sucesores ab intestato, a recibir por muerte del causante una parte de los bienes (pars bonorum). Pero esta parte de los bienes no estaba subordinada a que tales parientes fuesen instituidos como herederos. El causante podía satisfacer la legítima por cualquier titulo, incluso mediante donaciones inter vivos que completasen la porción debida. Justiniano impuso a los ascendientes, tanto paternos como maternos, con respecto a sus descendientes y a éstos con respecto a aquellos, el deber de instituirlos herederos, no bastando con que le dejaran la legítima por cualquier otro título, salvo que existieren causas de desheredación legales. Así nace la querrela nova cuando los herederos fuesen preteridos o desheredados sin justa causa, que no producía la invalidación total del testamento sino la rescisión de la institución de heredero a favor del demandante y por la parte que a éste correspondiere.⁷

⁷ Zanoni, Eduardo. "Derecho de las Sucesiones", Ob. Cit. p 169 y 170

- Derecho germánico: regía el principio de que “sólo Dios puede hacer herederos”. Su consecuencia más importante fue, que la calidad de heredero estaba determinada por el parentesco de sangre; el causante no puede instituir herederos por su voluntad. Por eso la sucesión era un derecho de familia unido a la comunidad doméstica en lo patrimonial; el derecho hereditario estaba limitado al círculo reducido de los parientes consanguíneos constituidos a partir de los abuelos y sus descendientes. Por influencia del derecho romano y, también, de la Iglesia, había una mayor libertad para disponer por causa de muerte. Durante el período feudal se propiciarían las instituciones piadosas por influencia del clero, en un primer momento aliado a la monarquía para legitimar el poder real. La Iglesia fue poderoso sustento político, y su poder se acrecentó económicamente y consolidó muchas veces a costa de la aristocracia, cuyos intereses eran totalmente distintos.

Luego nació la reserva feudal como instituto propio destinado a evitar que los bienes, sustento del poder económico de la aristocracia, pudiesen pasar a terceros en perjuicio de la familia, base de la organización feudal. Por eso tiene razón Guaglianone, dice Zanoni cuando escribe que la reserva feudal, unida a las reglas, fueron los pilares en los que se asentó el sistema político y familiar de la Edad Media, defendido vigorosamente por los señores contra la tendencia a las disposiciones piadosas, que a su vez eran favorecidas por la poderosa influencia del clero. La reserva, así, no era otra cosa que la herencia ab intestato, o sea, “la transmisión hereditaria legal, sobre la que no podía operarse ninguna modificación mediante testamento”. La reserva estaba constituida por bienes hereditarios y a su adquisición tenían derecho sólo quienes, a la muerte del causante, investían el carácter de herederos que, excluyen la disposición testamentaria. Por eso se llama a tal reserva *pars hereditatis*, parte o porción de la herencia, que no era un derecho simplemente a una cantidad de bienes dejados por cualquier título, sino que era expectativa del heredero: quien no fuese o invistiese tal condición, no tenía participación en la reserva.⁸

- Derecho español: se prohibió al padre y a la madre, al abuelo y a la abuela dar a los extraños más de la quinta parte de sus bienes, quedando el resto como legítima de los hijos o descendientes aunque autorizándose al padre para dar a alguno de éstos hasta la tercera parte de todos los bienes en concepto de mejora. Esta legítima establecida en favor de descendientes fue mantenida por el Fuero Real y las Leyes del

⁸ Zanoni, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, Ob. Cit. p 171 y 172

Estilo. Las Partidas establecieron más adelante la legítima de los ascendientes, en caso de que el causante no tuviese hijos legítimos, fijándola en la tercera parte de los bienes. En cuanto a los hijos ilegítimos, se distinguió no eran herederos forzosos respecto del padre, pero con relación a la madre tenían igual derecho que los hijos legítimos aunque concurrieran con éstos, aunque la Ley IX de Toro incluida en la Novísima Recopilación, dispuso luego que los hijos naturales sólo eran herederos forzosos de la madre en defecto de hijos y descendientes legítimos y, en ningún caso, si eran fruto de uniones adulterinas o incestuosas. Finalmente, respecto del cónyuge supérstite viudo no tuvo en la legislación española derecho a legítima, sin embargo, el Fuero Juzgo ordenó que la madre viuda tuviese en usufructo una parte igual a la de los hijos, mientras no contrajere nuevo matrimonio, y la ley VII dispuso que la viuda pobre de marido rico pudiese obtener, aunque existiesen hijos, hasta la cuarta parte de la herencia del marido, con tal que esta cuarta no excediese de cien libras de oro, fue conocida como la cuarta marital.⁹

6. Nuestro código civil

El Código de Vélez traía disposiciones que avalaban al sistema Romano y Germánico, producto de la disparidad de fuentes.

El art. 3591, que encabeza el título *“De la porción legítima de los herederos forzosos”* y define la misma, parece que se enrola definitivamente en la corriente que ve en la legítima una parte de la herencia (pars hereditatis): *“la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia...”*.

Antes de la reforma de 1968, a esta norma se oponía la del art. 3354, en cuanto establecía *“Los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponde”*. Es una solución que no se concibe si se ve en ella una parte de la herencia, puesto que ésta no puede aceptarse o repudiarse parcialmente. Con la lectura de esta norma, se pensaba que el sistema era el de la parte en los bienes (pars bonorum).

Al igual que la segunda disposición, el art. 3714 fija que *“Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación”*. Asimismo, las disposiciones de los arts. 3593, 3594 y 3595, hablar de 4/5, 2/3 y 1/2 de los bienes.

⁹ Ibidem. p 173 y 174

Con la Reforma de 1968, se deroga el art. 3354, lo que hace con el objeto de disipar toda duda y de dejar en claro que la legítima es parte de la herencia. Pero, con los citados artículos aún subsistentes, de ninguna manera podemos hablar de solución.

Con la reforma se introduce la figura de la nuera viuda sin hijos, que en tanto se adopta la postura doctrinaria que ve en ella una legitimaria no heredera, habría que admitir la legítima como parte de los bienes.

La importancia de una u otra posición se da, principalmente, alrededor de la figura del “legitimario no heredero”: sólo de admitirse a la legítima como parte en los bienes, cabría tal figura, y no si la consideramos como parte de la herencia, puesto que no podríamos escindirla de la condición de heredero.

La postura mayoritaria es la de considerar que se sigue a la legítima como parte de la herencia. De admitirla como pars bonorum, es necesario determinar quiénes son estos legitimarios no herederos, según el art. 3600 que fija: *‘El heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento’*. Ellos serían:

1. Legitimario donatario: si el causante durante su vida hubiera efectuado, a favor del legitimario, donaciones que cubren su legítima, en su testamento puede manifestar que esa porción legítima ha quedado cubierta con aquellas donaciones; o simplemente no decir nada, distribuyendo la totalidad de sus bienes. Naturalmente, tampoco el legitimario podría reclamar nada a los beneficiarios de ese testamento.

2. Legitimario legatario: el causante puede instituir a sus legitimarios como legatario, mediante la atribución de legados que colmen su porción legítima. Se dice que en tal caso los instituidos no tienen que aceptar la herencia para recibir su legítima, la cual como puede dejarse por cualquier título, es recibida, en este caso, a título de legatario y no de heredero.

3. Legitimario preterido: el art. 3715 establece que la preterición de un legitimario, en el testamento donde se instituye heredero, no invalida la institución testamentaria hecha por el testador, ya que “salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido”. La doctrina se pregunta entonces quién es el verdadero heredero después de 1968. La postura mayoritaria sostiene que el heredero siempre es el forzoso omitido, y si bien la ley llama “heredero” al extraño instituido, su situación es la de un legatario en la disponible. Otros autores consideran que aquí se da un claro supuesto de legitimario no heredero. Finalmente Fassi cree que pueden coexistir la calidad de heredero instituido y legitimario preterido, es decir, que ambos son herederos.

4. Legitimario beneficiario de cargo: es el caso de aquel legitimario a quien se le cubre su porción legítima con un cargo impuesto a los otros herederos.

5. Descendientes del desheredado: según el art. 3749 los descendientes del desheredado heredan por representación.

6. Nuera viuda sin hijos: La nueva viuda, en la sucesión de sus suegros y en las condiciones previstas por el art. 3576 bis Cód. Civil *“La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3.575”*, es una sucesora universal no heredera. La parte a que tiene derecho no es recibida a título de legitimaria, para sostenerlo así habría que probar, previamente, que la legítima es independiente de la adquisición hereditaria en nuestro derecho, lo que no es así.

El codificador respeta el derecho vigente hasta ese momento en cuanto al porcentaje de la legítima de los hijos, es decir, mantuvo lo 4/5 pero suprimió la mejora.

El art. 3605 dice que *“De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos”*. La norma en realidad debió hablar de herederos forzosos o legitimarios.

Así, la mejora consiste en nuestro derecho, en la posibilidad que tienen los herederos forzosos de recibir, además de la porción que les corresponde, un agregado que sale de la porción disponible del testador. Podríamos decir que, como regla, toda mejora debe ser hecha por testamento.

Tratándose de una donación a heredero forzoso, sólo se entenderá como un anticipo de herencia, con lo que esa donación estará sujeta a la acción de colación, salvo que el causante en su testamento hubiera dispensado al heredero forzoso donatario de la obligación de colacionar.

Es posible mencionar tres casos de mejora por actos entre vivos, que son, a la vez, tres supuestos de pactos sobre herencia futura permitidos:

1. La dispensa de colación hecha por los padres en las donaciones a sus hijos, siempre que en el acto de la donación se impute lo donado a la porción disponible.

2. El art. 3524 in fine establece la posibilidad de atribuir la porción disponible en la partición donación (acto entre vivos) a uno o alguno de sus hijos.

3. El art. 3604 C.C. (primera parte) habla de las enajenaciones de apariencia onerosa, a un heredero forzoso, con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia, las cuales la ley presume gratuitas, e imputa el valor de la enajenación a la porción disponible, debiéndose traer lo que exceda de esa porción disponible, a la masa.

7. Legitimarios: herederos forzosos

Los herederos forzosos son aquellos a quienes la ley reserva una porción legítima en el patrimonio del causante, del cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación. Según el art. 3592, tienen derecho a la porción legítima de la herencia *“todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinados en los cinco primeros capítulos del título anterior”*.

Con la sanción de la ley 23.264 el número de legitimarios ha quedado reducido, siendo:

1. Descendientes: la legítima de los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales, es de $\frac{4}{5}$ de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado (3593 C.C.). La palabra “hijos” se usa para referirse a todos los descendientes, incluyendo también a los hijos y a los descendientes del causante llamados por representación. Se trata de una porción muy alta, la cual se propuso transformar a $\frac{2}{3}$ en los proyectos de reforma.

2. Ascendientes: la legítima de los ascendientes es de $\frac{2}{3}$ de los bienes de la sucesión y los donados (3594 C.C.). También se la considera elevada, proponiéndose reducirla a $\frac{1}{2}$.

3. Cónyuge: la legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595 C.C.). Así, de los bienes gananciales, al cónyuge supérstite le corresponde la mitad por la disolución de la sociedad conyugal, y la mitad de la mitad que le corresponde al cónyuge, es decir, un total de $\frac{3}{4}$ partes. De los bienes propios le corresponde $\frac{1}{2}$. Así, el causante podía disponer del 25% de los gananciales y del 50% de los bienes propios.

Puede suceder que concurren a la sucesión herederos con distinta legítima, aplicando el art. 3592 C.C.: *“Tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada, en el orden y modo determinados en los cinco primeros capítulos del anterior”*. Esto significa que los herederos que excluyen a otros en la sucesión intestada también lo excluyen en cuanto a la legítima; así, por ejemplo, no tendrán

derecho a una porción legítima los ascendientes si hay descendientes, ni el cónyuge sobre los gananciales si concurre con descendientes. Y, en el caso de concurrencia, la porción legítima se distribuye entre herederos siguiendo las pautas que regulan los supuestos de concurrencia en la sucesión intestada.

Las legítimas no se acumulan, sino que la mayor absorbe a la menor. Todas las porciones legítimas deberán salir de la más elevada de entre las que concurren, dejando siempre intacta la porción disponible. Así, si concurren hijos y cónyuge, la legítima a respetar es de $\frac{4}{5}$, debiendo distribuirse ese monto en la porción fijada en la sucesión ab intestato.

8. Determinación de la legítima¹⁰

Tomando como base la formación de la masa de cálculo de la legítima y el monto de las porciones legítimas establecidas, in abstracto por la ley, estaremos en condiciones de determinar, en concreto, tanto la porción legítima de la herencia como la cuota de legítima del heredero, suponiendo que al recibir la herencia concurre más de un legitimario. A tales efectos deben distinguirse las operaciones destinadas a calcular la legítima global, de las destinadas a repartir el caudal correspondiente entre los legitimarios. En cuanto a la porción legítima de la herencia, se trata de establecer los $\frac{4}{5}$, $\frac{2}{3}$ o $\frac{1}{2}$ sobre la masa de cálculo. Establecida la legítima global, se estará en condiciones de saber si el causante, en vida, ha realizado donaciones inoficiosas o, en su caso si los legados o mandas del testamento sobrepasan la diferencia, que se llama porción disponible. En efecto, porción disponible, o de libre disposición del causante, es aquella que se obtendrá restando de la masa de cálculo (activo líquido + donaciones) la porción legítima y que, en abstracto, se fija en $\frac{1}{5}$ cuando a la herencia concurren hijos legítimos o adoptivos, o sus descendientes; $\frac{1}{3}$ si concurren ascendientes legítimos; $\frac{1}{2}$ si se trata del cónyuge supérstite, hijos extramatrimoniales o padres naturales; finalmente, $\frac{1}{10}$ si concurren juntamente hijos legítimos y extramatrimoniales.

Porción legítima: actúa en la relación jurídica existente entre el testador y los legitimarios, con absoluta independencia del número de estos últimos.

Cuota de legítima: constituida por la proporción en que se ha de dividir el acervo en el supuesto de concurrencia de legitimarios de igual o distinta clase, concierne a la

¹⁰ Zanoni, Eduardo. "Derecho de las Sucesiones", Ob. Cit., p 189, 190, 191, 194, 195

relación jurídica que se crea entre todos los partícipes; y en ese concepto rige, por esa razón, en todos los supuestos de concurrencia de herederos, es decir, aún cuando se trate de quienes no son legitimarios.

Para determinar la cuota de legítima de cada heredero se aplicarán, las mismas normas de la sucesión ab intestato. Así, por ejemplo si los hijos legítimos del autor de la sucesión, sean de uno solo o de varios matrimonios, lo heredan por derecho propio y en partes iguales (art. 3565 C.C.), a efectos de fijar la cuota de legítima deberá dividirse la porción legítima global por el número de hijos que concurren. Así lo dispone expresamente el art. 3593 in fine. Si lo hacen legitimarios con distinta porción legítima global, como, por ejemplo, hijos legítimos y cónyuge o ascendientes legítimos, hijos extramatrimoniales y cónyuge, es evidente que la legítima individual o cuota de legítima de cada heredero se obtendrá conforme a las normas de concurrencia aunque los herederos con legítima menor se beneficiarán de la legítima global mayor: éste es el sentido del principio que afirma que la legítima menor se obtiene de la mayor. El único caso en que ello no ocurre, es el de concurrencia entre hijos legítimos y extramatrimoniales, en el que la legítima se eleva a 9/10 del acervo hereditario: en tal hipótesis de concurrencia la ley 14.367 (art. 9) ha establecido una legítima especial.

Porción disponible: Determinada la legítima sobre la masa de cálculo contable integrada por el acervo, como activo líquido, y sumadas las donaciones (art. 3602 C.C.), se habrá reconstruido en valores útiles la masa a los efectos del cálculo de aquella porción de la herencia de la que los herederos forzosos, o legitimarios, tienen derecho a recibir libre de gravámenes y condiciones (art. 3598 C.C.). La diferencia constituye precisamente la porción disponible. Si, establecida la legítima, el activo líquido integrado con bienes hereditarios es suficiente para colmar la cuota correspondiente, las donaciones hechas en vida por el causante se reputarán efectuadas con imputación a la porción disponible, salvo que hubiesen beneficiado a un heredero legitimario, en cuyo caso, por expresa disposición del art. 3474 C.C., habrán de considerarse como un anticipo de su porción hereditaria y deberán colacionarse. Con imputación a la porción disponible *“el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos”* (forzosos), (art. 3605 C.C.), ya que su capacidad para disponer libremente por testamento *“solo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”* (art. 3591 in fine C.C.). Es decir que, con la porción de libre disposición, el causante goza de entera libertad para ejercer

el derecho de testar ya sea mediante la institución de legatarios e, incluso, mejorando a cualquiera de sus herederos legitimarios.

Mejora: Según el concepto de Martínez Paz, la mejora consiste en un legado o donación que se hace por el causante al heredero legítimo, tomada de su porción disponible: la mejora en relación a los otros herederos.

La mejora en el Código Civil: El Código Civil argentino no legisla sobre la mejora en el sentido clásico de la institución. El espíritu liberal excluyó ya con la Asamblea de 1813 “la fundación de mayorazgos, no sólo sobre la generalidad de los bienes, sino sobre las mejoras de tercio y quinto, como, asimismo, cualquier otra especie de vinculación que, no teniendo un objeto religioso o de piedad, transmita la propiedad a los sucesores, sin facultad de enajenarlas”¹¹. La mejora requiere, estrictamente, la cláusula expresa en el testamento. Es decir que sobre la porción disponible el causante puede mejorar a cualquiera de sus herederos legitimarios, “*pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora*” (art. 3524 C.C.). Esto con respecto a los legados que el causante dispusiese a favor de los legitimarios en su testamento: es decir, que si no existe expresada la voluntad clara de mejorar, el legado, forzosamente, habrá de imputarse sobre la cuota de legítima que corresponda al beneficiado. En cuanto a las donaciones hechas por el causante, también a favor de alguno o algunos de sus herederos forzosos, éstas constituyen siempre un anticipo de su cuota de legítima y, por lo tanto, debe imputarse como valor recibido. Así lo dispone el art. 3476, salvo que el causante dispensase de colacionar la donación. Pero la dispensa de colación “*sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible*” (art. 3484 C.C.). Constituye un típico caso de legado de liberación.

Se llama mejora a la parte de la porción disponible que el causante otorga a un heredero forzoso. La “mejora” consiste en un legado o donación llevada a cabo por el causante, justamente con la intención de “mejorar la porción correspondiente a algún heredero forzoso”. El causante, para favorecer a algún heredero forzoso deberá utilizar obligatoriamente la porción disponible. ¿Cómo debe llevarse a cabo la mejora? La mejora puede hacerse por legado o por donación.

Si se mejora por legado: debe estar claramente expresada en testamento válido la intención de mejorar la porción correspondiente a determinado heredero; sino se

¹¹ Martínez Paz, p. 352

computará a la porción hereditaria correspondiente al heredero, o sea que no se importará a la porción disponible.

Si se mejora por donación en vida del causante: es indispensable que el causante deje expresado en testamento válido su intención de mejorar con dicha donación la porción hereditaria del heredero. ¿Cómo se realiza? A través de la “dispensa expresa de colacionar”. Porque si no existiera una dispensa expresa en testamento válido se considerará que no hubo mejora y la donación se computará como un anticipo de herencia que deberá ser colacionada por el heredero, o sea que no se imputará a la porción disponible.

9. Cálculo de la legítima

La legítima se calcula en base a una masa patrimonial integrada por el activo líquido sumando a las donaciones efectuadas en vida por el causante. Se computa el valor que tenían los bienes dejados por el causante al momento de abrirse la sucesión. De esa suma se obtiene el “activo bruto”, al cual una vez que se le deducen las deudas que gravan la sucesión, se logra el “activo líquido”. Finalmente, se suma el valor de las donaciones efectuadas.

La deducción de las deudas sólo se hace de la masa hereditaria, pero no de las donaciones, ya que las liberalidades hechas en vida por el causante no están afectadas al pago de sus deudas. Las deudas deben ser probadas fehacientemente, sin que baste el reconocimiento de los coherederos, de lo contrario éstos podrían indirectamente disminuir el activo, y así la porción disponible.

En cuanto a las cargas, como los gastos funerarios, misas, y demás la ley ha dispuesto que las mismas salen de la porción disponible. En cambio, los gastos comunes como el inventario, la tasación y la partición, se sacan de la masa, debido a que favorecen igualmente a todos.

En caso de que una disposición testamentaria sea de un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción de ejecutar la disposición testamentaria, o entregar al beneficiario la cantidad disponible (art. 3606 C.C.). Algunos entienden que la opción únicamente podría ser ejercida por el heredero cuando demuestre que la liberalidad excede la porción disponible, lesionando la legítima. En cambio, la opinión mayoritaria afirma que la opción puede ser ejercida siempre, lo cual es de gran practicidad para desterrar toda incertidumbre, sacándose un problema.

Respecto a los contratos entre el causante y los herederos forzosos, no existe una norma o principio que los impida, aunque siempre son sospechosos de encubrir donaciones por las cuales el futuro causante trata de favorecer al adquirente. Nuestro Código, dice en el art. 3604 que *‘Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designado por ley una porción legítima’*. Así, si bien establece una presunción iuris et de iure de gratuidad, no considera tales transferencias como anticipos de herencia, sino que les da el carácter de mejoras y, por lo tanto, con imputación a la porción disponible.

A esta norma se le puede criticar que en lugar de “testador” debería decir “causante”, ya que la hipótesis contemplada puede darse tanto en una sucesión testamentaria como en una ab intestato. Además, se le achaca que hubiera sido importante eliminar la referencia a la transmisión “en plena propiedad”, lo cual no se da en uno de los supuestos previstos: la transmisión con reserva de usufructo a favor del enajenante.

Finalmente, puedo decir que el reconocimiento de onerosidad que hacen los coherederos a la transmisión efectuada, señalado por la última parte del artículo, constituye una excepción a la prohibición de pactos sobre herencia futura

10. Protección de la legítima

Según Fornieles que "es incuestionable que los principios que fundamentan el resguardo de la legítima no hacen al interés particular de las partes sino que comprometen el orden público".

En salvaguarda de esta institución limitativa de la libertad de disponer, cuyos principios son de orden público según lo afirma la doctrina y la jurisprudencia, el codificador otorgó diferentes acciones, tendientes a impedir que se violara la valla de la libre disposición y que se aniquilara el derecho de los legitimarios de percibir una porción determinada de los bienes o de la herencia.

Existen así, expresamente determinadas por el legislador, acciones que tienden a proteger indirectamente a la legítima, como las acciones de petición de herencia y de

preterición por error, y acciones de protección directa a la legítima como las de preterición intencional; de desheredación injusta y de suplemento de legítima, acción de reducción o rescisión.

Como instituto de orden público la legítima de los herederos forzosos está legalmente amparada por diversas garantías y acciones, cuyo objetivo es impedir todo acto lesivo de su integridad, así:

1. Está prohibida cualquier cláusula o disposición que importe una restricción a la plena propiedad de esta porción, siendo de ningún valor las cargas, condiciones o gravámenes impuestos a ella por el causante.
2. Es nula toda renuncia o pacto sobre la legítima futura.
3. Estando afectada la legítima por liberalidades del causante, el legitimario dispone de la acción de reducción, para que ella quede incólume.
4. En caso de partición por ascendientes que afecte la legítima, la ley reconoce las acciones de reducción, de rescisión y de nulidad.

Acciones:

❖ **Acción de complemento y acción de reducción:** Cuando las liberalidades efectuadas por el causante exceden la porción disponible, afectando la porción legítima, las mismas deberán ser reducidas.

La acción por la cual el heredero pretende el complemento de la legítima afectada, se denomina acción de reducción. Así, el art. 3600 del C.C. habla de la acción de complemento, diciendo que *“el heredero forzoso a quien el heredero dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento”*. Y el art. 3601 del C.C. trata la acción de reducción: *“las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, a solicitud de éstos, a los términos debidos”*.

Aparentemente serían dos acciones distintas, lo cual se entiende por el distinto origen de las mismas. Sin embargo, ambas acciones se identifican: la acción de complemento apunta a la integración de la cuota, en tanto que la reducción prevé el modo de obtenerse dicho complemento mediante la reducción de las disposiciones testamentarias contenidas en legados o, en su caso, de las donaciones hechas por el causante en la medida que sean inoficiosas. Son legitimados activos de esta acción todos los herederos forzosos y también los acreedores de los herederos legitimarios, en

uso de su facultad de subrogación. En materia de donaciones, el art. 1832, inc. 1° dispone que la reducción solo puede ser demandada por los herederos forzosos que existían a la época de la donación; empero, si existiesen descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación.

La acción de reducción afectará primero a los legados. Si pese a haber sido ellos dejados sin efecto, aún estuviera afectada la legítima a causa de las donaciones hechas por el causante, se procederá a la reducción de éstas. Así, los actos susceptibles de ser atacados por la acción son:

1. Legados: si con la porción disponible no se alcanza a cubrir los legados, se pagarán primero los de cosa cierta, luego los remuneratorios y por último los de cantidad. Para su reducción, se realiza en forma inversa al orden de pago, y dentro de cada categoría caen a prorrata. Esta disposición legal cede ante la voluntad del testador.

2. Donaciones: la reducción de las donaciones sólo puede ser demandada si las mismas fueron gratuitas, y no cuando fueren remuneratorias o con cargo, salvo en la parte en que son gratuitas (art. 1832 C.C.). Se deben reducir en orden inverso a las fechas en que se hicieron, debido a que las últimas fueron las que han provocado el exceso sobre la porción disponible.

La doctrina francesa, entiende que se trata de una acción que engloba dos a la vez una personal y una real. Es personal porque va dirigida contra el donante y tiende a obtener la resolución de la liberalidad. Pero, al mismo tiempo, es real de reivindicación para recuperar el bien donado en cualquier mano que se encuentre. Así, el plazo de prescripción es de 10 años, como todas las acciones personales, comenzando a correr desde la muerte del causante.

La restitución debe hacerse en especie, puesto que el art. 3475 bis del C.C., que refiere a la partición, dice que la misma debe hacerse en especie. Asimismo, el art. 3955 del C.C. confiere efectos reipersecutorios a la acción de reducción, permitiendo que se reclame la restitución del bien aún a los terceros que los hubiesen adquirido del donatario.

Se ha planteado la cuestión de si, acreditando que el legado o la donación han sido inoficiosos, podría el demandado conservar el bien, desinteresando al heredero accionante mediante el pago del valor, de la suma de dinero necesaria para completar la

legítima. Para algunos no sería posible dado que la ley autoriza la persecución del bien en especie, en tanto que Fornieles admite que sí sería posible, ya que el derecho del legitimario radica en recibir un valor equivalente a la cuota parte que la ley le asigna, sin que sea necesario que lo tome de determinada clase de bienes.

A. Donación a herederos: Hay discrepancia en la doctrina acerca de si los efectos de la acción deben ser los mismos, tanto si la donación inoficiosa ha sido hecha a extraños, como si ha sido hecha en vida del causante a un heredero forzoso excediendo, naturalmente, la porción disponible y afectando la legítima.

Algunos entienden que en caso que la misma sea hecha a un heredero forzoso, el mismo no está obligado a restituir en especie y sólo debería los valores dados en vida por el causante. Se fundan en que el art. 3477 del C.C., dice respecto a los ascendientes y descendientes que *“deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto”*. Otros, en cambio, sostienen que debe mantenerse el principio de la restitución en especie, entendiendo que no cabe distinguir según quién haya sido el destinatario de la donación inoficiosa, ya que no existe razón de lógica o equidad que explique el distingo.

B. Efectos con relación a terceros: Respecto a los muebles se aplica lo dispuesto en los arts. 2412 y 3271 del C.C., de los cuales surge que la posesión de buena fe de cosa mueble no robada ni perdida hace presumir la propiedad. En cuanto a los inmuebles, el problema gira en torno a los terceros adquirentes a título oneroso del bien donado, el art. 1051 del C.C. fija que *“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”*.

La mayoría entiende que el efecto reipersecutorio subsiste, ya que la vicisitud que sufre el acto no es la nulidad por un vicio al tiempo de su otorgamiento, sino la inoficiosidad que depende de acontecimientos futuros e inciertos. Borda, además, acota que el art. 1051 del C.C. sienta una regla de carácter general que debe ceder ante la norma específica contenida en el art. 3955 del C.C.

❖ **Acción de Colación**: Deriva del verbo latín confero, que significa “llevar”.

Aplicada al derecho sucesorio, señala el hecho de aportar o llevar, a la masa hereditaria, bienes o valores.

Es la imputación de las liberalidades hechas en vida por el causante a uno de sus herederos forzosos, a la cuota de ese heredero.

El art. 3476 del C.C. dice que “*Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria*”.

No se exige el reintegro del bien donado por el causante en vida a su heredero, sino que se trata de una verdadera y simple operación contable que consiste en computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante en vida efectuó a un heredero forzoso, que concurre con otros herederos forzosos, e imputar a la hijuela de ese heredero, dicho valor, al hacerse la partición.

Si el valor de lo donado supera la parte que le corresponde en la partición, la opinión mayoritaria dice que debe colacionar el exceso, consideran que la obligación de colacionar es el acto negativo de recibir menos en el reparto de herencia (Fornieles, Martínez Ledesma).

El fundamento radica en que se parte de la idea de que cuando una persona dona un bien a uno de sus herederos forzosos, tan sólo le está haciendo un adelanto de su porción hereditaria. La finalidad de la colación es borrar las diferencias, procurando la igualdad y la proporcionalidad. Sólo se entenderá que la intención del causante es favorecerlo cuando así lo disponga expresamente en su testamento, siempre dentro de su porción disponible, evitando que colacione ese bien.

Elementos de la colación:

Guastavino señala cinco elementos de colación:

1. Pluralidad de herederos: debe haber dos herederos forzosos, al menos.
2. Computación: reconstitución del acervo, con los valores dados en vida por el causante.
3. Imputación: asignar los valores donados por el causante a la parte hereditaria correspondiente al obligado a colacionar.

4. Ausencia de dispensa: se configura con la inactividad del causante, ya que no ha dispensado de la obligación de colacionar al heredero que recibió la donación.
5. Exigencia: sólo funciona a pedido de parte interesada y legitimada para exigirla.

Diferencia entre la acción de colación y la acción de reducción:

1. Sujetos: la acción de reducción la tienen los herederos forzosos contra los donatarios y legatarios. La de colación funciona entre herederos forzosos.
2. Finalidad: la acción de reducción tiende a preservar la legítima y se abre para reparar los agravios que pudieron haberla lesionado, en tanto que la de colación se encamina a asegurar la igualdad, y funciona aún en el caso de que la legítima no se viera afectada.
3. Resultado: la acción de reducción se hace, en principio, en especie. La de colación se traduce en una mera operación contable.

La acción de colación en el derecho comparado:

Existen dos modos de colacionar:

1. Real: el heredero debe reintegrar a la masa partible el mismo bien recibido por donación.
2. Ficta o en valores: debe reunirse a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto. Es el criterio seguido por Vélez, siendo mejor dado que no se realiza un aporte material, sino que se trata de una operación aritmética, descontando de la hijuela lo ya percibido.

Momento de colacionar:

En cuanto al momento en que se calculan los valores, si se trata de bienes donados, deberá colacionárselos al valor que tenían al momento de la apertura de la sucesión, allí es donde se opera la transmisión de derechos. En cambio, si se tratan de créditos o sumas de dinero, se deja librado a la apreciación judicial la revalorización de la suma en cuestión, de acuerdo al caso.

Prescripción de la acción de colación:

La prescripción de la acción de la colación corre en el plazo de 10 años, contados desde la muerte del causante.

Sujetos en la acción de colación:

Respecto a los sujetos, nuestro Código, en una posición intermedia, sostiene que son los herederos forzosos (art. 3477 C.C.). En igual sentido completa el art. diciendo que *‘Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria’*.

Todos los que están obligados a colacionar tiene, a su vez, derecho a demandarla. Se trata, de un derecho o de una obligación de carácter recíproco, que sólo funciona entre herederos forzosos.

En lo que hace al demandante, basta con que revista el carácter de heredero forzoso al momento de la muerte del causante. En cambio, el demandado debe serlo al tiempo en que tuvo lugar la donación, de lo contrario no podría considerarse como un anticipo de herencia (Borda, Fornieles). Zannoni es contrario a esta última postura.

En cuanto a los acreedores de la sucesión, sólo pueden reclamar la colación cuando su deudor sea aceptante puro y simple, lo cual se justifica en que en tal supuesto el patrimonio del causante se confunde con el del heredero, y los acreedores del causante se convierten en acreedores del heredero.

Los acreedores del heredero siempre pueden reclamar la colación en nombre de su deudor, por vía de la acción oblicua.

Respecto a los legatarios no existe acuerdo en la doctrina. Una postura entiende que en ningún caso, ni por sí ni por subrogación, pueden exigir la colación a los herederos, lo cual genera un problema cuando los bienes hereditarios no alcanzan para pagar el legado, aunque dicho legado no excediere la porción disponible. La mayoría de la doctrina considera a los legatarios como acreedores de la sucesión, por lo que pueden solicitarla siempre que la aceptación sea pura y simple.

Finalmente, en cuanto al cónyuge, hay quienes consideran que, pese a ser heredero forzoso, no estaría obligado a colacionar, basándose en que si bien el art. 3476 del C.C. lo comprende cuando habla de herederos forzosos en general, el art. 3477 C.C. lo omite. Asimismo dicen que por el art. 1807 C.C. los cónyuges no pueden hacerse donaciones durante el matrimonio, y que las convenciones prematrimoniales no están comprometidas dado que en ese momento no están casados.

Sin embargo, la mayoría de los autores afirman que sí puede pedirla, argumentando que el art. 3476 C.C. los incluye y que el art.3477 C.C. se equivoca al omitirlos. Reconocen que es cierto que no pueden hacerse donaciones mutuamente, pero

las convenciones matrimoniales son válidas, desde el punto que están condicionadas a la celebración del matrimonio (Borda, Lafaille).

Es necesario aclarar que las convenciones matrimoniales son supuestamente raras en nuestro país, pero es importante esa posibilidad dada la reciprocidad de la acción de colación: si el cónyuge está obligado a colacionar, también puede pedir que otro heredero forzoso colacione.

Liberalidades no sujetas a colación:

Según el art. 3479 del C.C., las liberalidades enumeradas en el art. 1791 C.C., que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas a colación:

1. La renuncia a una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada.
2. Dejar cumplir una condición a la que se está subordinando un derecho eventual.
3. La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre.
4. Dejar cumplir una prescripción.
5. Servicio personal gratuito, por el que se acostumbra a pedir un precio.
6. Todos los actos por los que las cosas que se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o adquirir el dominio de ellas.

Asimismo, el art. 3480 C.C., fija que no deben ser colacionadas las siguientes:

1. Alimentos: siempre que sean normales, de acuerdo a la fortuna de la familia.
2. Gastos de estudio y educación: es un verdadero deber de los padres, conforme a su condición y fortuna, si el gasto fuera extraordinario, sí está sujeta a colación.
3. Regalos de uso y amistad: no están sujetos a colación siempre que guarden relación con las circunstancias y posición económica del causante al tiempo de efectuarlos.
4. Pago de deudas: únicamente se excluyen las pequeñas deudas o pagos efectuados para atender a gastos ordinarios de familia.

Colación de donaciones disimuladas:

En caso de que una donación hecha a un heredero forzoso se disimule como un contrato oneroso, en tal caso el heredero está obligado a colacionar, el art. 3484 permite sólo la dispensa a través de un testamento.

El art. 3604 presume gratuitos los contratos celebrados entre el causante y alguno/s de sus herederos forzosos cuando sean con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo. En este caso, la ley presume la simulación pero, al mismo tiempo, presume la voluntad de mejorar al heredero, y sólo lo que exceda de la porción disponible será traído a colación.

Colación de deudas:

Ya sea a título de compensación de deuda, o de colación, siempre deberá descontarse de la hijuela del heredero el monto de su deuda con el padre. Y si ésta excede el monto de la hijuela, deberá reintegrar a la masa el valor excedente. Supuestos:

- a. Insolvencia del heredero: En este caso, al debitar de la hijuela de ese heredero se perjudican sus acreedores personales, quienes tendrán menor cantidad de bienes de donde poder cobrarse. En cambio, de admitir que las deudas no se colacionan, se perjudican los coherederos, que habrán de concurrir al concurso con los acreedores personales del heredero deudor, para cobrar a prorrata, su porción en el crédito.

En la tesis afirmativa se enrolan Segovia y Guastavino, y la mayoría de la jurisprudencia, quienes creen que las deudas deben colacionarse, argumentos:

1. Argumentos supralegales:
 - i. De orden lógico: no cabe concebir que el causante entregaría voluntariamente y a título gratuito, por sucesión mortis causa, bienes a un heredero sin antes exigirle la cancelación de sus deudas. El fundamento del derecho sucesorio en general lo avala.
 - ii. De orden axiológico: mediante esta solución se reafirma la igualdad de los coherederos y se previene el riesgo de la insolvencia del coheredero deudor.
2. Argumentos legales:
 - i. Art. 3477 C.C.: dice que los herederos forzosos aceptantes de la herencia, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto.
 - ii. Art. 3649 C.C.: dice que el partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos, a

favor de la sucesión, y lo que cada uno de estos deba colacionar.

- iii. Art. 3494 C.C.: sostiene que la deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión, al igual que los créditos que tuviera contra ella, no se extinguen por confusión sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria.

En la tesis negativa, Fornieles y Borda nos dicen que cuando hay varios acreedores y los bienes no alcanzan para hacer frente a las deudas, todos los acreedores deberán ser pagados a prorrata, a no ser que exista un privilegio expresamente contemplado por la ley. Así, al no haber ningún privilegio consagrado por la ley en este caso, no existe tal preferencia de la sucesión.

- b. Prescripción de deudas: Si se admite la colación de deudas prescriptas se perjudica al heredero deudor, se lo tiene debiendo algo que, en teoría, ya no debe. Por el contrario, si se lo considera eximido de su deuda, los perjudicados son los coherederos, quienes legítimamente pueden pensar que fue intención del causante dejar prescribir esa deuda en beneficio del heredero forzoso.

Fornieles entiende que debe colacionarse porque si el causante deja prescribir esa deuda, lo más probable es que su intención haya sido la de hacerle una liberalidad. Borda se opone a la colación.

11. Conclusión

Estas acciones fueron previstas para impedir que el testador por medio de donaciones o de disposiciones testamentarias tratara de ampliar su cuota de libre disposición, es decir burlara el límite legal impuesto y redujere el derecho de los legitimarios. Todos estos remedios, que eran suficientes en el siglo pasado y principios de este siglo, cuando la base de las fortunas eran los bienes inmuebles, resultan actualmente escasos para proteger la legítima, ya que la base de la fortuna está constituida en muchos casos por valores mobiliarios, traducidos en acciones de una sociedad.

Si bien la ley establece la inviolabilidad de la legítima en su art. 3598 C.C. , que reza "*El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título...*", a través de figuras jurídicas nacidas en el amparo del derecho comercial se restringe, se limita y se desfigura la noción de la legítima,

destrozando sus mismas bases que son el límite a la libertad de disponer y el derecho de los legitimarios a la pars hereditatis o a la pars bonorum, siendo necesario, ante esta nueva perspectiva que nos presenta el mundo moderno, la elección de una de estas dos posibilidades: permitir el avasallamiento del sistema de legítima u oponerse a que se violente la institución.

Aunque reconociendo que no es beneficioso ni justo un régimen de legítima tan severo, siendo este de orden público, no se admite que por medio de formas societarias se burle el sistema, ya que no es posible en un sistema como el nuestro que una persona por su sola voluntad, pueda alterar el régimen de transmisión de bienes a sus herederos dejando de lado el límite impuesto por la legítima.

CAPÍTULO II

“FRAUDE A LA LEGITIMA: LOS POSIBLES FRAUDES Y EN ESPECIAL AL CONSTRUIR UNA SOCIEDAD DE FAMILIA”

Sumario: 1.Introduccion 2.Concepto de fraude 3. Requisitos del fraude a la ley en particular a la legítima 4. Concepto de sociedad de familia 5. Distintas modalidades societarias que pueden afectar la legítima. 6. Conclusión

1. Introducción

La protección de la legítima hereditaria no se agota con acciones, que fui explicando en el capítulo anterior, cuando el causante pudo haber recurrido a medios fraudulentos tendientes a sustraer de su patrimonio determinados bienes, en perjuicio de sus herederos forzosos, o de alguno o algunos de ellos. Estas maniobras es lo que se llama **fraude a la ley**.

2. Concepto

El fraude consiste “en toda maniobra que bajo la cobertura de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, se concluye con miras a eludir las normas imperativas relativas a la legítima, en perjuicio de sus destinatarios que serian sus herederos legitimarios”.

El jurista romano Paulo lo definió de la siguiente forma: “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe, en fraude de ella, el que, respetando las palabras de la ley elude su sentido”

De Castro lo define como “Uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con esta finalidad”

De los Mozos dice que es: “todo artificio, maquinación o astucia tendiente a impedir o eludir un interés legítimo de terceros o a obtener un resultado contrario a derecho bajo la apariencia de la legalidad”

Por su parte, dice Jorge O. Perrino que el fraude a la ley se realiza con el fin de alcanzar un resultado manifiestamente incompatible con lo establecido por las leyes.¹²

El Código Civil Español en su art. 6 dispone: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir”

La doctrina moderna considera al negocio en fraude a la ley como negocio o acto jurídico anómalo. Santos Briz lo caracteriza como la utilización de un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio. Pero el fraude intenta eludir o evitar una norma imperativa que

¹² Jorge O. Perrino. “Derecho de las Sucesiones”, Ed. Abeledo Perrot, p 1964

prohíbe conseguir con el negocio un resultado determinado, persiguiendo un resultado análogo. O sea el fraude habla de dos elementos: un elemento objetivo que consiste en la idoneidad del negocio realizado para conseguir un resultado análogo al prohibido, y en un elemento subjetivo que consiste en eludir la norma imperativa. Habrá fraude a la ley en relación a la legítima de los herederos forzosos cuando el acto jurídico encubra bajo una apariencia de licitud una causa final, un móvil ilícito que sería la sustracción del patrimonio de bienes que, a la época del fallecimiento, integraban el acervo hereditario. Para calificar el acto como fraudulento es necesario investigar si es el modo indirecto de lograr un fin reprobado legalmente. Son negocios en fraude a la legítima aquellos que se caracterizan por su ilicitud causal (art. 502 código civil) en cuanto el fin perseguido no fue, en realidad, obtener el resultado práctico que el negocio normalmente produce, sino vulnerar la intangibilidad de la legítima hereditaria, ese es el resultado ulterior, querido y buscado.

Un posible caso de fraude sería cuando podría disimularse, bajo la forma de una compraventa, una auténtica donación, ante la cual los herederos forzosos tienen la acción de simulación relativa.

Otra de las formas de fraude es crear un nuevo patrimonio, al cual se aportan bienes que, en lo sucesivo, serán de la titularidad de otra persona. Así, se trata de un negocio que no reviste un carácter simulado, pero que contiene un fin fraudulento: la utilización de la forma societaria para encubrir un fin distinto. Ello se puede concretar haciendo participar a terceros, quienes efectúan solo aportes nominales, y al fallecimiento del causante solo quedan acciones al portador, entonces esos terceros van a oponer a los herederos legitimarios esas cuotas o acciones regularmente adquiridas. A veces se da también a través de las llamadas “sociedades de familia” que son sociedades por acciones cerradas. A ellas el causante ha efectuado el aporte de sus bienes, sustrayéndolos de su propio patrimonio particular y sustituyéndolos por acciones al portador, que no cotizan en bolsa. Producida la muerte del causante, sus hijos van a heredar acciones, las cuales para ellos son invendibles por no cotizar en bolsa, con lo que solo se las comprarían sus hermanos a un precio más que abusivo. Así hay un ejemplo de Borda:

“El propietario de un campo constituye una sociedad a la que transfiere el inmueble, haciendas, etc., quedando solo como propietario de las acciones. Y estas acciones las distribuye a su antojo, prefiriendo a unos herederos sobre otros, desheredando a algunos, etc. O bien puede darse que el causante haya distribuido equitativamente esas acciones, pero, en virtud de conflictos (tan frecuentes) dentro del

seno de una familia, los herederos se encuentren con que los que constituyen la mayoría se imponen a los minoritarios.

Podría decirse que a los herederos que integran el grupo minoritario les quedaría la posibilidad de vender tales acciones, pero en la práctica ¿quién les compraría esas acciones que no se cotizan en bolsa, cuando el grupo del paquete accionario se halle exclusivamente en las manos del grupo familiar? Y surge la respuesta: Solo sus hermanos. Y de estar dispuestos a hacerlo, ¿a qué precio? Pensemos que tales acciones no tienen sino el precio que sus coherederos y socios quieran imponerle. Y es fácil advertir que, de formarse dos grupos, es el mayoritario el que lo va a imponer en desmedro del heredero minoritario, burlándose así la pretendida igualdad sucesoria, amen la legítima.”

3. **Requisitos del fraude a la ley en particular a la legítima:**¹³

- La existencia de una norma obligatoria de la cual pretende escabullirse el causante defraudador: se trata de burlar una norma que prohíbe determinado negocio jurídico, en este caso se está perjudicando el derecho de los herederos forzosos a la legítima.
- La intención de evitar la norma imperativa consistente en la mala fe para provocar un ilícito: se necesita que la acción dolosa tenga como fin perjudicar al otro cónyuge o al coheredero legitimario, tiene que haber dolo, no alcanza la culpa.
- La utilización de una ley que no es la obligatoria, es lo que llama Jorge Perrino Ley de Cobertura que es una ley, o sea un elemento lícito como la utilización de la ley 19550 que es la Ley de Sociedades para constituir una sociedad en comandita por acciones que no ampara suficientemente el acto jurídico del defraudador, en donde hay una ley imperativa que le impide arribar a su resultado o fin perseguido.

4. **Concepto de sociedad de familia**

Es muy común la constitución de sociedades comerciales integradas por personas entre las que existe un vínculo familiar. Estas sociedades de familia pueden surgir de manera espontánea en torno a la actividad que realiza el padre de familia y

¹³ Jorge O. Perrino. “Derecho de las Sucesiones”, Ob. Cit. p 1965

otro integrante de ésta, colaborando algunos familiares, hasta que el giro comercial y el buen orden imponen constituir una sociedad regular. En otros supuestos desde el inicio de la actividad se ha estructurado una sociedad comercial.

Si bien la expresión sociedades de familia aparece en numerosas elaboraciones doctrinarias, escritos y fallos judiciales, no existe una definición del concepto.

Una **empresa familiar** está controlada por los miembros de una misma familia en la que el capital y, en su caso, la gestión o el gobierno están en manos de una familia (y personas relacionadas personalmente con dicha familia), que tienen la capacidad de ejercer sobre ella una influencia suficiente para controlarla, y cuya visión estratégica incluye el propósito de darle continuidad en manos de la siguiente generación familiar.

Carece de trascendencia, por consiguiente, el tamaño de la empresa, que puede ser tanto una PYME como una gran corporación, así como la forma de la misma, que abarca tanto a las empresas individuales como a las organizadas como sociedad.

Lo realmente decisivo a la hora de calificar una empresa como familiar son dos cosas: una, la capacidad de control –político- que sobre la misma puedan ejercer una o varias familias (empresa unifamiliar o multifamiliar, según el caso); dos, el deseo de los propietarios de que la empresa continúe en manos de la propia familia mediante la incorporación de la siguiente generación familiar a la propiedad y, en su caso, a la gestión o al gobierno de la misma. Incorporación, que cuando se planifica adecuadamente, se lleva a cabo mediante la implantación de un protocolo familiar.

Por tanto, la gestión de la empresa puede estar en manos de terceros sin que por ello la empresa pierda el carácter familiar.

Existen, desde luego, puntos de vista diversos al respecto, algunos autores definen la empresa familiar como aquella en la que el control accionario está en manos los cónyuges ó de 2 ó más miembros consanguíneos de una familia y en la que trabaja más de un familiar también consanguíneo, pudiendo ser o no los inversionistas. Esta definición hace énfasis en la participación en la operación de la empresa y distingue así a la empresa familiar de la familia inversionista; ésta última puede contar con el control accionario pero no está involucrada en su operación. La diferencia es importante ya que el amor por la empresa se da en el primer caso de manera muy clara y difícilmente en el segundo.

Por otra parte, la Asamblea General, celebrada el día 27 de marzo de 2008, ha consensuado el siguiente concepto de empresa familiar: "Una compañía, tenga el tamaño que tenga, es empresa familiar si:

1. La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía, o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo (s) o herederos directos del hijo(s).
2. La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta.
3. Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.
4. A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social.

Una característica típica de las compañías cotizadas es la fragmentación de su propiedad. El mayor accionista (o bloque de accionistas) en muchas ocasiones tiene menos del 50% de los derechos de voto. En dichas compañías un accionista (o bloque de accionistas) puede ejercer influencia decisiva sobre aspectos fundamentales de gobierno corporativo sin tener la mayoría de los votos. El punto cuarto de la definición se refiere a empresas en las que la familia no cuenta con la mayoría de los votos pero que, a través de su participación accionarial, puede ejercer influencia decisiva."

Según otros autores, se considerará familiar aquella empresa fundada por uno o varios miembros de una familia, con la intención de participar en la propiedad, control y/o gestión de la empresa, y con el deseo de perdurar sus valores a través de generaciones posteriores.

Sucesión en empresas familiares: Según diversos autores, hay dos factores importantes que deben considerarse en el desarrollo de la empresa familiar y su proceso de sucesión: el tamaño de la familia, en términos relativos al volumen del negocio, y la idoneidad para conducir la organización, en términos de capacidad directiva, técnica y compromiso con el negocio. Arieu propone un modelo para clasificar a las empresas familiares según cuatro escenarios: político, apertura, management foráneo y sucesión natural.

5. Distintas modalidades societarias que pueden afectar la legítima¹⁴

Algunas formas societarias creadas por el derecho mercantil, pueden ser usadas en detrimento del destino y de los fines para los que fueron ideadas, para tratar de burlar las disposiciones de orden público que regulan la legítima. Entre ellas:

A) Trasmisión de acciones al portador de las sociedades anónimas: La constitución de una sociedad anónima por el causante, a la que aporta todos sus bienes, o una amplia mayoría, puede dar lugar a que transmita las acciones al portador a quienes quiere beneficiar, a través de esta rápida operativa. Esto trae aparejado que los legitimarios a la muerte del causante, se encuentren con que por haberse reducido el capital, la parte legítima que les corresponde de quien en vida fue el hombre rico, es a su muerte inexistente por haberse entregado las acciones al preferido.

B) Sociedades de familia: es la constitución por parte del causante de una sociedad por acciones, ya sean anónimas o en comandita por acciones, a la que el causante aporta todos sus bienes. Este supuesto estaría encuadrado dentro de lo que la doctrina llama "sociedades de familia" o "sociedad anónima cerrada de familia" subtipo societario que adquiere importancia dado el desarrollo que han tenido en la vida económica del país. Se trata de aquellas sociedades donde sólo los padres realizan aportes reales y no se persigue repartir el mayor lucro que surge del capital, no existe en ellas la voluntad de organizarse, ni de aportar bienes, ni de participar en los beneficios, aun cuando formalmente den cumplimiento a lo dispuesto por la ley 19550.

En este tipo de sociedades, al momento de la muerte del causante los herederos reciben una parte de las acciones ya que su causante había transformado su capital, así la masa partible se va a componer por valores mobiliarios (acciones) de una sociedad.

Por ejemplo un hijo que hereda determinada cantidad de acciones, frente a sus hermanos que forman el grupo mayoritario; en nuestro ordenamiento el accionante minoritario tiene muy limitados sus derechos, en cuanto a las decisiones que se adopten, a la administración, a la representación y a la disposición de los bienes, que siempre serán determinados por la voluntad de la mayoría (*arts. 243 de la Ley de Sociedades*:

¹⁴ Flores, Graciela. "El Fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades" Abeledo Perrot. 1983. JA 1983-I-699 Pág. 2,3,4

“Asamblea ordinaria, Quórum: la constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. Segunda convocatoria: En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de esas acciones presentes. Mayoría: las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número”. Art. 244 de la Ley de Sociedades: “Asamblea extraordinaria. Quórum: la asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento (60 %) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor. Segunda convocatoria: En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30 %) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor. Mayoría: Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número. Supuestos especiales: Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se registrará por las normas sobre aumento de capital”.

El heredero que tiene la minoría de las acciones ha perdido el control de la sociedad, en todo lo referente al reporte de utilidades y su pago en acciones, a la aprobación de los balances, del pase a reserva de utilidades y su pago en acciones, venta de bienes, etc., y en este sentido expresa Fornieles: "Su impotencia es tanto más injusta si no reúne el número de votos necesarios para oponerse a la reforma del estatuto. Remarquemos una de las posibilidades de tal reforma por la gravedad de las consecuencias: la prórroga del contrato social, supuesto que el estatuto lo permita. Esto equivale a dejar en manos de la mayoría la postergación por tiempo indefinido de la anomalía que venimos señalando...". Y el supuesto se agrava en el caso de que el padre haya aportado todos sus bienes a una sociedad en comandita por acciones formada con sus otros hijos y en calidad de socios comanditados, ya que el que hereda la minoría de

las acciones, no sólo se encuentra con el peso de la mayoría formada por sus otros hermanos sino que por su carácter de comanditario nunca podrá ejercer la administración. A la mayoría no le sería difícil colocar su paquete accionario; así el legitimario se encontraría sometido a una mayoría sin lazos de familia con el total control de la sociedad, y bastaría la administración desafortunada para que lo llevase al estado de cesación de pagos, y entonces este heredero vería desaparecer su legítima.

6. Conclusión

En estos casos de sociedades de familia a la muerte del causante se entregaría a cada heredero su legítima, pero si el de cujus sólo tenía títulos mobiliarios traducidos en acciones, lo que se transmitiría serían esas acciones y no bienes (ya que los bienes pertenecen a una sociedad que es una persona jurídica distinta). Con lo cual dejo sentado el problema para luego entrar en las distintas soluciones según la evolución de la doctrina y jurisprudencia.

CAPÍTULO III

“POSIBLES SOLUCIONES SEGÚN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA AL COMETER FRAUDE A LA LEGÍTIMA AL CONSTITUIR UNA SOCIEDAD DE FAMILIA”

Sumario: 1.Introducción 2.Acción de Simulación. 3. Improcedencia del pago de la legítima en acciones de la sociedad 4.Interposición fraudulenta de personas 5.Reglamentación legal de las Sociedades de Familia 6.Disolución de la Sociedad 7.La teoría del disregard o de la inoponibilidad de la persona jurídica 8.Límites normativos a la capacidad 9.Medidas Cautelares. 10. Conclusión

1. Introducción

En nuestro derecho cuando Vélez Sarsfield instaure el instituto de la legítima hereditaria, paralelamente dicta un conjunto de normas para su protección (acción de reducción y colación, ya analizadas en el capítulo I), tratando de evitar su vulneración. No obstante éstas resultaron insuficientes, ya que el causante que quería distraer los bienes de la masa hereditaria los transmitía a una sociedad, limitando el derecho de disposición y administración de éstos por parte de sus herederos forzosos.

La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que mediante la constitución de sociedades de familia puede en algunos casos concretos violarse la legítima, pero no concuerdan con la forma o medio de solucionarlo. Siendo varias las soluciones aportadas, algunas son analizadas en el presente capítulo.

2. Acción de simulación:

En este primer supuesto la solución es la acción de simulación; es otorgar a los legitimarios una acción para impugnar el acto por vía de la simulación. Si bien el sucesor universal ocupa la posición jurídica del causante, no puede ser tratado como parte, sino como tercero, porque la simulación está destinada a perjudicar sus derechos. La importancia de considerar al legitimario como un tercero se trata en que no se le requerirá el contradocumento para probar la simulación. Según la jurisprudencia: "El heredero forzoso puede oponer la simulación, a pesar de no exhibir contradocumento, pues en defensa de su legítima hereditaria actúa en interés propio y personal con independencia de su vinculación con el causante"¹⁵. La dificultad está, no en cuanto a otorgarle al legitimario la legitimación activa ni el carácter de tercero, sino en la prueba de la simulación, que debe cargarse sobre quien demanda. En general en este tipo de juicios el abogado tratará de llevar al ánimo del juzgador presunciones de certeza.

En la legislación comparada, se observan algunos medios preventivos para evitar este tipo de fraude, así en Francia, el heredero que oculta bienes, no sólo pierde el beneficio de inventario, como en nuestro país, sino que también pierde todo derecho a esos bienes que ha ocultado.

¹⁵ Jurisprudencia: Camara Nacional Civil Sala D, LL 73-669 y Sala A, JA 1950-II-424 y LL 97-

Según Medina Flores: el remedio que acuerda nuestro ordenamiento positivo para solucionar el problema planteado, es el ejercicio por parte de los legitimarios de la acción de simulación; considera que se evitaría mediante la prohibición de las acciones al portador. Sería necesario contar con normas propias que regulen las sociedades de familia, y que determinen que la configuración de las acciones o participación social no sean de libre transmisión, sino que esté restringida por la nominatividad registrable y la transmisibilidad restringida a determinadas personas.

Respecto a las acciones anónimas Borda expresa: "Las acciones anónimas son el medio más idóneo para burlar al Fisco y a terceros, y para defraudar las leyes de orden público y hasta la política que sigue el Estado fundado en razones de interés general. . . todo anonimato es sinónimo de irresponsabilidad. Y la nueva sociedad requiere hombres responsables. Responsables de su conducta y de sus bienes".

La solución expuesta fue criticada por el autor Carlos Ayarragaray, en "La Tierra y las sociedades Anónimas y en comandita", expresando que: "Se dirá que las acciones siendo al portador, pueden entregarse a terceros en fraude del derecho sucesorio, es decir en perjuicio del cónyuge y de los hijos y del principio de igualdad. Estos deslices no pueden evitarse si el propietario de ellas resuelve beneficiar a unos. Ni aún como persona visible se le podría impedir, si hipoteca una propiedad y entrega el producido en sigilo al preferido". Pero, según Graciela Medina, esta objeción carece de sustento, ya que si existe un abuso en una determinada situación no se lo va a dejar de tener en cuenta porque existan otras formas de defraudación.¹⁶

Jurisprudencia:

- en el caso S.V.A.M. y otros c/ Sucesión de H.Z. de S. V. y otros del 12 de Marzo de 2008 de la Cámara Nacional de Apelaciones en la Sala M se resolvió aplicar la acción de simulación incoada por los hijos del causante, a fin de que se declare la inexistencia de la presunta venta de un inmueble de su propiedad a favor de una sociedad anónima, así como también la asignación del 90% del paquete accionario de dicha sociedad a la esposa en segundas nupcias de aquél, pues el precio vil al cual fue vendido el inmueble sumado a la falta de prueba relativa al origen de los ingresos con los cuales la mujer del causante habría adquirido las referidas acciones, configuran indicios suficientes para sostener

¹⁶ Medina de Flores, Graciela. "El Fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades" Abeledo Perrot. 1983. JA 1983-I-699

que se trata de una simulación absoluta e ilícita, orquestada por el causante con la intención de distraer bienes de su patrimonio en desmedro de sus herederos forzosos.

- Otro caso: "P., M. del R. y otro c. S., M. C.", del 10 de Julio de 2007 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A. trataba del propietario de una estancia que vendió un bien a un precio vil a favor de una sociedad anónima cuyo paquete accionario pertenecía en un 90% a su esposa en segundas nupcias. Los herederos forzosos de aquél interpusieron demanda de simulación y de reducción. El juez de primera instancia hizo lugar a ambas acciones. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

3. **Improcedencia del pago de la legítima en acciones de la sociedad:**

Los sostenedores de esta tesis afirman que, si la mayoría de los socios está de acuerdo con la continuidad de la sociedad, no corresponde la disolución de la misma, y las legítimas de "los herederos forzosos" serán repartidas en acciones. Pero le otorga al heredero minoritario dentro de la sociedad, una acción para reclamar que su parte legítima no le sea entregada en acciones sino en bienes. Admitido tal criterio en la sentencia se fijará audiencia para que las partes determinen el precio, y su forma de pago, bajo apercibimiento de que si fracasara el acuerdo, la sociedad deberá llamar a asamblea extraordinaria para resolver el reintegro del capital al socio disidente.¹⁷

4. **Interposición fraudulenta de personas:**¹⁸

Los autores que comparten esta posición ven la constitución de la sociedad de familia, como la interposición fraudulenta de persona, con el fin de vulnerar la legítima, sustrayendo bienes de acervo sucesorio. Hay dos elementos: "El fraude como noción genérica, y la interposición fraudulenta como el medio para consumarlo".

Expresa el Dr. Eduardo Zanoni: "La interposición no tiene que ser realmente ficticia o simulada. Puede ser una interposición real en el sentido de que los derechos que se transmiten o se constituyen, son verdaderamente constituidos o transmitidos al

¹⁷ Fornieles, Jorge, "La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia", ED 31-1046.

¹⁸ Zannoni, Eduardo, ob. cit., LL 1978-B-195.

sujeto"¹⁹

Se parte de la premisa que todo negocio in fraudem legis no es oponible a quienes perjudican, y deducen como corolario que los perjudicados podrían solicitar la inoponibilidad del aporte fraudulentamente realizado en perjuicio de ellos, y la sociedad como tercero, deberá satisfacer el importe o valor reclamado por los herederos. Consideran idénticos los procedimientos, con los de la trasmisión de los bienes a un tercero.

El Dr. Eduardo Zanoni explica: “Los pronunciamientos referidos, implícitamente, permiten caracterizar al negocio societario como el medio de obtenerse la interposición fraudulenta de persona. La formación de la sociedad es un medio de interponer un sujeto distinto, tercero, en la relación jurídica. Lo que ocurre es que la interposición fraudulenta es real en el sentido de que los derechos que se constituyen o transmiten son verdaderamente constituidos o transmitidos al sujeto. Es decir, no hay negocio simulado, como en la llamada convención de testaferro, pues la sociedad como sujeto interpuesto queda investida jurídicamente de la relación que establece en su propio nombre y por tanto se ha convertido en propietaria y acreedora y tiene el pleno ejercicio de tales derechos, de ahí que toda acción de esta naturaleza deberá trabarse con la sociedad como codemandada, por aplicación del principio del litisconsorcio pasivo necesario. Lo que ocurre es que, a partir de entonces, los socios obtienen del causante el aprovechamiento exclusivo de los bienes constitutivos del aporte, no recibiéndolos en su patrimonio individual, sino participando en la sociedad a través de la cual aquél logra el resultado liberal que se propuso con exclusión de algún o algunos herederos forzosos”.²⁰

5. **Reglamentación legal de las Sociedades de Familia**²¹:

Para evitar que las sociedades de familia vulneren la institución de orden público de la legítima, éstas deberían reglamentarse. Las formas de reglamentación que se sugieren son diversas. Borda afirma que habría que reconocer en las mismas, el derecho a receso de los legitimarios calculado sobre la base de valores reales de los bienes que

¹⁹ Zannoni, Eduardo, "Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario", Astrea 1980, p. 110.

²⁰ Zanoni, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, Ob. Cit. p 243 y 244

²¹ Medina de Flores, Graciela. “El Fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades” Ob. Cit. Pág. 6

integran el patrimonio del causante.

Otros autores hablan de la duración de las sociedades anónimas en plazos cortos (3 años por ejemplo), y a la muerte del causante se disponga, que para continuar la sociedad se solicite el acuerdo unánime de los socios, lo que permitiría que los minoritarios, si no les convence o conviene la sociedad, disuelvan la misma.

Busso propone que en este tipo de sociedades se establezca un control sobre toda transferencia de acciones, y que a la muerte del padre el legitimario debe ser reintegrado en sus derechos; con tal fin sugiere que a la muerte del causante debería conferirse a los hijos el derecho de receso con la consiguiente tasación judicial de los bienes, a falta de acuerdo sobre el valor de los mismos.

6. **Disolución de la sociedad:**

Otra de las soluciones consiste en otorgar una acción a favor del legitimario para que solicite que se declare disuelta la sociedad anónima y se conviertan sus bienes en una comunidad hereditaria, conforme a las normas ordinarias del derecho civil, debido a que se hallaría afectado de una causa ilícita, el acto que medió para eludir una ley imperativa.²²

7. **La teoría del disgregard**²³

La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la teoría de la "penetración de la personalidad" conocida también como teoría del "disgregard".

Según Saldivar:"la penetración es una superación de la forma jurídica, persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella, para atender a sus realidades internas, y la que es propia de quienes informan o disponen de la voluntad que la ley les asigna. La penetración se efectúa, ya normativamente, mediante una disposición legal que en determinadas circunstancias y a determinados efectos prescinde de la persona y regula directamente sus realidades internas, bien mediante la acción jurisdiccional que resuelve el caso concreto, desestimándola y juzgando en definitiva, como si los socios y no aquélla fueran los titulares de la relación jurídica de que se trata o de los bienes sobre

²² Busso, Eduardo, p. 819

²³ Medina de Flores, Graciela. "El Fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades" Ob. Cit. Pág. 7

los que recae la acción o teniendo en cuenta tal circunstancia como factor decisivo para su consideración" ²⁴

Art. 54 (último párrafo) Ley 19550: “**Inoponibilidad de la personalidad jurídica**: La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Comentario de Zunino²⁵: el párrafo tercero de este artículo recoge los principios del *disregard anglosajón*, adoptándolo a nuestro sistema por vía del instituto relativo a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, con dos finalidades expresas:

- Permitir la imputación directa de los actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando la sociedad como pantalla o instrumento
- Con lo cual, las consecuencias que conlleve en cada caso el desbaratamiento del negocio abusivo o fraudulento según el punto anterior, sancionar la responsabilidad solidaria e ilimitada de socios y/o controlantes.

En su formulación original Rolf Serick recoge esta formulación de su aplicación en la jurisprudencia anglonorteamericana: “si la estructura formal de la persona jurídica se realiza de manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros”.

La doctrina del *disregard* fue recibida entre nuestros autores, considerándose que el art. 2 de la ley 19.550, al disponer que “*la sociedad en un sujeto de derecho con los alcances fijados en esta ley*”, importa un remedio técnico y su personalidad será reconocida mientras se mantenga dentro de los fines lícitos perseguidos y previstos por

²⁴ Saldivar, Enrique, "Cuadernos de derecho societario", t. 1, Aspectos jurídicos generales, Ediciones Madchi S.A. 1973, p. 157.

²⁵ Zunino, Jorge Osvaldo, “Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19550” Ed. Astrea Buenos Aires pág. 116 y 117

la ley. Cuando se aparta, dice Halperin, la ley y el juez deben prescindir de tal personalidad porque no puede emplearse con fines ilícitos, de engaños o de fraude.

La corriente doctrinaria más moderna supera la noción de “desestimación” de la personalidad societaria para acudir a la noción de inoponibilidad de ella respecto de los terceros a quienes perjudica. Porque los actos fraudulentos o ilícitos no pueden imputarse a la sociedad, sino a los individuos que actuaron ilícita o fraudulentamente.

Sobre estas bases conceptuales se ha considerado que es procedente reputar la inoponibilidad de la forma societaria si ésta constituyó, para el causante, el medio de subvertir en perjuicio de alguno de sus herederos forzosos, las normas relativas a la vocación legitimaria. Esto lleva a considerar inoponible el aporte fraudulentamente realizado en perjuicio de aquél, y, en consecuencia a condenar a los partícipes del acto fraudulento (los socios), a satisfacer el importe o valor de la cuota de legítima que a ese heredero forzoso corresponde en el acervo sucesorio.

Según la Jurisprudencia en los últimos años ha resuelto diversos casos en que la legítima pretendió ser vulnerada en perjuicio de algunos herederos forzosos por quien constituyó una sociedad con exclusión de ellos. Así, en un caso se declaró inoponible a los herederos legitimarios preteridos el aporte hecho por el causante de la totalidad, o casi la totalidad, de su patrimonio a una sociedad en comandita por acciones constituida por él como comanditario y su cónyuge y demás hijos (excluidos los nietos, hijos de un hijo premuerto) como socios comanditados (solidarios). En el caso, se condenó a los socios a integrar en la hijuela de los legitimarios preteridos el valor suficiente para cubrir su legítima en base a los bienes que constituían el aporte del causante.

Se ha resuelto similarmente en otro caso en que el causante había aportado a una sociedad anónima constituida juntamente con la totalidad menos uno de los herederos forzosos el valor equivalente al 95% del capital accionario.

En consecuencia se resolvió que es procedente la acción de inoponibilidad del acto constitutivo de la sociedad deducida por el heredero no participante, debiendo incluirse en el inventario del sucesorio los bienes aportados por el causante a la sociedad, la que deberá reducir su capital si los socios no optan por su disolución.²⁶

También la jurisprudencia ha dicho: "Puesto que la personería jurídica se

²⁶ Zanoní, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, Ob. Cit. p 241, 241 y 243

reconoce para facilitar el cumplimiento de ciertos fines prácticos, es lógico que cuando la utilización de ellas se desvía de esos fines no queridos al adoptarla, sea lícito atravesar o levantar el velo de la personería para llegar a la realidad que se oculta tras ella" ²⁷

Inoponibilidad del acto fraudulento: En los casos de constitución fraudulenta de sociedades por el causante, los herederos preteridos no reclamarán la nulidad del acto constitutivo de la sociedad, sino que alegarán la inoponibilidad de la forma societaria, sin perjuicio de que la sociedad, amparada en la genérica licitud de su objeto, sea válida respecto de los constituyentes. La legítima, en estos casos, deberá ser integrada en especie o en valor, tomándose en cuenta el valor real de los bienes constitutivos del aporte realizado por el causante. Es decir, no interesará a los accionantes el valor nominal atribuido a esos bienes en el acto de constitución de la sociedad, sino el valor actualizado al momento de la partición. Débase destacar que el valor nominal del aporte integra el elenco de disposiciones inoponibles para los herederos forzosos preteridos. Entonces la forma de la integración puede ser en especie o en valor. De igual modo que para el caso de la reducción, no es forzoso que se restituyan en especie estricta los bienes aportados por el causante, si los demandados ofrecen pagar su valor real y actual. De este modo, el pago pueden hacerlo personalmente sin gravitar la integración de la legítima en el capital de la sociedad, que, en caso contrario, debería reducirse. Aplicabilidad a los casos de fraudes en perjuicio del cónyuge supérstite sobre su parte en los gananciales: Lo expuesto permite también al cónyuge supérstite alegar el fraude mediante la sustracción por el causante de bienes que deberían existir en su patrimonio en carácter de gananciales. En este caso la inoponibilidad de la forma societaria se ejercerá hasta satisfacer la parte de gananciales que al supérstite corresponde recibir por liquidación de la sociedad conyugal.²⁸

El fundamento de la existencia de la teoría de la personalidad viene dado por la necesidad de evitar que un grupo de personas utilicen la personalidad jurídica contra los fines lícitos y declarados del Estado o de los particulares.

Señala Verroculli que: "Es inadmisibles o por lo menos, históricamente incoherente, que el ordenamiento estatal (el formado históricamente como poder central) cree en su propio ámbito, con la concesión de un privilegio, sujetos que puedan

²⁷ CNac. Civ., sala A, 31|3|66, voto del Dr. Borda, JA 1966-III-306, ED 16-512.

²⁸ Zañoni, Eduardo. "Derecho de las Sucesiones", Ob. Cit. p 244 y 245.

erigirse en su contra, contra los fines y los intereses perseguidos por el Estado, o contra intereses de la colectividad organizada en el ordenamiento estatal y tutelados por éste".

En similar sentido el profesor francés Houin, afirma: "La personalidad supone por una parte la observación de las formalidades legales, especialmente en lo relativo a la formación de las sociedades por acciones y, por otra, un interés colectivo digno de protección. Si este interés colectivo digno de protección no existe, si se confunde con el interés del hombre, o de otra sociedad, la personalidad moral debe desaparecer.

En los últimos 20 años, encontramos en la jurisprudencia muchas y muy diversas aplicaciones de la teoría del *disregard*, siendo el caso más conocido el caso "Swift": Fallo "Cía. Swift de La Plata SA s/quiebra" este caso adopta la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, resuelto por la Corte Suprema (4/9/1973) en donde, La Compañía Swift de La Plata S.A., que se encontraba en cesación de pagos, presenta en 1971 un acuerdo preventivo para evitar su quiebra. Este acuerdo había sido votado y aceptado por los acreedores, entre los que se encontraban ciertas empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, denominado "Grupo Deltec". Lo relevante del caso era que Swift también pertenecía a dicho grupo económico. Se decía que era un grupo económico porque la gran mayoría de las acciones de dichas sociedades pertenecían a una misma empresa, denominada Deltec Internacional. Por lo tanto, Deltec Internacional era quien controlaba la voluntad de todas estas sociedades (entre las que se encontraba Swift). Entonces la pregunta que surge es la siguiente: ¿puede el juez homologar un acuerdo preventivo que fue votado (en su mayoría) por acreedores pertenecientes al mismo grupo económico que la sociedad concursada? Fallo de 1ra. Instancia: el juez de 1ra. Instancia rechazó el acuerdo preventivo y declaró en quiebra a Swift. Pero además, extendió la quiebra a las otras sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trataba de personalidades jurídicas diferenciadas, ya que todas respondían a la misma voluntad (la voluntad de Deltec Internacional). Había un hecho que corroboraba lo dicho: más del 80% de las ventas de Swift eran a empresas del mismo grupo, y a precios extremadamente inferiores a los que se fijaban para venderle a otros clientes. El hecho de que el acuerdo haya sido votado por acreedores pertenecientes al mismo grupo económico (Grupo Deltec) era un acto tendiente a perjudicar a los verdaderos acreedores de la concursada Swift. Es por ello que el juez corre el "velo societario" de Swift y responsabiliza no sólo a esta, sino también a las sociedades pertenecientes al mismo grupo. La concursada (Swift) apela, y se llega a 2da. Instancia. El Fallo de 2da. Instancia (Cámara de Apelaciones): confirma el rechazo

del acuerdo preventivo. Pero declara nula la extensión de la quiebra a las demás sociedades del Grupo Deltec, sosteniendo que éstas no fueron citadas. Fallo de la Corte Suprema: el 4 de septiembre de 1973, la Corte Suprema dicta sentencia, la cual puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Confirma la quiebra de Swift, y la extiende tanto a Deltec Internacional (sociedad controlante) como a las demás sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trata de personalidades jurídicas diferenciadas.
2. No se concede el beneficio de exclusión. Por lo tanto, los primeros bienes en ejecutarse no serán necesariamente los de Swift, sino que se realizará una ejecución colectiva sobre todos los bienes de las sociedades. Esto es así porque los patrimonios se encontraban confundidos, y por lo tanto no podían distinguirse los bienes de una u otra.

Vale afirmar que, si bien se utilizó la teoría del “velo societario”, no fue aplicado el art. 54 in fine, ya que todavía no había sido incorporado a la ley 19550.

La esfera donde más pronunciamientos tubo aplicación el *disregard*, es la concursal; también se ha hecho aplicación de la misma en el ámbito del régimen patrimonial del matrimonio, en materia locativa, sobre todo cuando regía el régimen de emergencia de locaciones urbanas, y en el derecho laboral, para evitar el fraude laboral, lo que dio lugar a la sanción de la ley 16593, acogida en el art. 23 de la LCT.²⁹

Jurisprudencia:

- Caso Morrogh Bernard, Juan F. c. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros de la Cámara Apelaciones Civil y Comercial de Concepción del Uruguay del 09/02/1979 publicado en: LA LEY 1979-D , 237, se trata de “Si todo el patrimonio del causante fue aportado por él en vida a una sociedad anónima constituida juntamente con la totalidad menos uno de sus herederos forzosos, aportación que representó el 95% del capital accionario aun cuando el valor de las acciones era sensiblemente menor al valor real de los bienes aportados al patrimonio transmisible "mortis causa" que determina la legítima del heredero que no participó en la sociedad no puede estar representado por las acciones del causante, ya que ello implicaría una evidente desigualdad entre los sucesores. En consecuencia, es procedente la acción de inoponibilidad del acto constitutivo de la sociedad, deducida por el heredero no

²⁹ Medina de Flores, Graciela. “El Fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades” Ob. Cit. Pág. 7 y 8

participante, debiendo incluirse en el inventario del sucesorio los bienes aportados por el causante a la sociedad, la que deberá reducir su capital si los socios no optan por su disolución definitiva”.

- Otro caso es “ De Luca, Patricia y otro c. Fider Company S.A. s/ Ordinario” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D del 01/08/2011 publicado en: La Ley Online; que se trata de: Los hijos de una persona fallecida demandaron a la segunda esposa de éste, a una sociedad uruguaya y a quien aparecía como último titular del paquete accionario, solicitando la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad con el efecto de incorporar al acervo sucesorio dos inmuebles cuyo dominio fue inscripto a nombre del ente. La demanda fue rechazada en primera instancia. La Cámara de Apelaciones revoca la sentencia, declara que la sociedad uruguaya es inoponible a la sucesión del padre de los actores y ordena incorporar a ella los dos inmuebles. “La sociedad extranjera constituida por el fallecido padre de los actores como único accionista y con la finalidad de mejorar la posición de su segunda esposa, es inoponible a la sucesión en tanto provocó como contrapartida un detrimento en la vocación hereditaria de sus hijos, siendo que se incorporaron a dicho ente dos inmuebles que en realidad fueron adquiridos por el causante, quien luego –mediante una interposición de persona– transfirió el paquete accionario a un codemandado”.

- Otro caso es de Silvia Ferretti, contra Franca Nóbile, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B del 12/11/2009 publicado en: LA LEY 12/04/2010; que trata de: “En una acción deducida por uno de los hijos del causante con sustento en que la transferencia accionaria gratuita realizada por su padre a favor de su concubina habría afectado su porción legítima, corresponde declarar inoponible al actor la personalidad jurídica de la sociedad y disponer que pertenecerá a éste la parte proporcional de los bienes que integran el patrimonio de dicha entidad, pues en virtud de la posición minoritaria que ostentaría en la sociedad anónima de familia, en caso de recibir acciones en lugar de los bienes, aquél no podría gozar efectivamente de su cuota legítima y ésta quedaría afectada en su valor real”.

8. Limites normativos a la capacidad:

A partir de la doctrina del *disgregard*, y como una superación de la misma, aparece esta teoría. Los orígenes de ésta los tenemos en un trabajo de Ascarelli en Italia, quien formuló las primeras observaciones a las construcciones pragmáticas del "disgregard". En nuestro país fue enunciada primeramente por Fargosi y más modernamente por Marsili y Freschi. Consideran que las soluciones dadas por el "disgregard" son correctas, pero le objetan el procedimiento, porque parten de valores metajurídicos: como son el abuso del derecho, el fraude, el orden público. . . , etc., y de una concepción sustancial de persona jurídica. Ellos parten en cambio de una revaloración del sentido de persona jurídica, y afirman que las mismas no son realidades sustanciales sino de orden, y dicho orden consagra una unidad moral, no sustancial, sino accidental. En consecuencia la personalidad societaria, se dará o no se dará según jueguen los datos normativos de su creación; o sea, según que la sociedad haya obrado dentro de los límites de la ley o no.

Dicha postura fue receptada por la ley de sociedades y plasmada en su art. 2 el que expresa: "*La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.*". Lo que conduce a considerar ineficaz a la sociedad que haya excedido el marco normativo impuesto por la ley.

Nuestra jurisprudencia registra un interesante fallo, en el que se resolvió haciendo aplicación expresa de esta doctrina. Se trataba de un causante -agricultor y comerciante- quien 3 años antes de su fallecimiento, constituyó una sociedad en comandita por acciones, con su esposa y tres de sus hijos, por una duración de 99 años, incorporando a la misma la casi totalidad de sus bienes, pero excluyó de la referida sociedad a los nietos de su hijo prefallecido, de quien se hallaba separado desde hacía 18 años, los nietos concurren a la sucesión por derecho de representación. Las distintas circunstancias que surgen del proceso, entre ellas la avanzada edad del causante cuando constituyó la sociedad, la desproporción de las prestaciones, el largo plazo fijado al ente colectivo, la adulteración del domicilio legal de los abuelos, el precio vil de las casas y campos aportados, la falta de motivo o razón social, el lugar de constitución de la sociedad, la acumulación de la administración en algunos herederos, permitieron al tribunal decidir que la exclusión de los nietos fue deliberada, de momento que al día de la apertura de la sucesión sólo existieran acciones representativas del capital, y los herederos excluidos del ente societario, quedaren en minoría con respecto al resto de los socios y le fuere imposible ejercer la administración. La cámara resolvió: "La solución del caso entonces, será la de hacer cumplir total e irrestrictamente con el régimen

hereditario y en consecuencia se habrá de admitir el pedido de entrega material de los bienes que correspondan de acuerdo a las reglas de la legítima instrumentadas en nuestro ordenamiento civil; ante esa operación jurídica, producto de esta sentencia, si mi juicio es compartido, la personalidad societaria y sus efectos no serán aplicables (art. 2 ley 19550, arts. 953, 3591, 3592, 3593, 3598, 3599, 3600, 3601 y concs. CCiv.) y el juez deberá disponer lo antedicho teniendo en cuenta las reglas de este último código para aquella institución".³⁰

9. Medidas Cautelares

Otra solución podría ser aplicar una medida cautelar para proteger la legítima como en el Caso Mario C. Calabi, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C del 15/05/1985 publicado en LA LEY1985-D, 80 que trata de: "Ante las funciones que desempeñan en la sociedad un hermano del causante y el tercer socio, ambos directores, con el objeto de asegurar en lo posible los intereses de la masa hereditaria, se considera prudente admitir la medida cautelar pedida por la esposa y la hija del causante que no perjudique la actividad de las sociedades y permita al mismo tiempo proteger la legítima de todos y cada uno de los herederos".

Otro caso que se resolvió aplicar la medida cautelar para proteger la legítima es el fallo en el cual el actor era Luis Brave, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C del 27/08/1981 publicado en: LA LEY1982-A, 274 que trata de: "Aun cuando los elementos de juicio aportados no justifiquen penetrar las formas societarias y desestimar la personalidad de éstas, ante las funciones que ocupa uno de los coherederos en las sociedades en que tenía participación el causante y el poder de decisión que presumiblemente tiene en ellas, con el objeto de asegurar en lo posible los intereses de la masa hereditaria, se considera prudente admitir una medida cautelar que no perjudique la actividad de las sociedades y permita al mismo tiempo proteger la legítima de todos y cada uno de los herederos".

10. Conclusión

Finalmente al analizar algunas de las soluciones, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclina en la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica en relación a los terceros a quienes perjudica, entendiéndose que los actos fraudulentos no

³⁰ CNac. Com., sala A, 27/2/78, LL, 1978-B-195

pueden imputarse a la sociedad sino a los individuos que actuaron en forma ilícita y como consecuencia sobre ellos (los socios) habrá de recaer el peso de la ley pudiendo ser condenados a satisfacer el importe o valor de la cuota de legítima que a ese heredero forzoso corresponde en el haber hereditario.

CAPÍTULO IV

“CONCLUSIÓN”

Sumario: 1.Introducción 2Propuestas: 2.1.Cuando una sociedad es creada para perjudicar a alguno de los herederos legitimarios. 2.2. Cuando una sociedad es creada con aportes simulados de los hijos en su calidad de socios, que encubren donaciones del causante. 2.3. Cuando una sociedad es creada sin intención de perjudicar a los legatarios, pero afectando la legítima.

1. Introducción

Según Zannoni el fraude a la legítima consiste “en toda maniobra que, bajo la cobertura de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, se concluye con miras a eludir las normas imperativas relativas a la legítima, en perjuicio de los herederos legitimarios”³¹, o sea se caracteriza por la ilicitud causal porque mediante éste el fin perseguido no fue, en realidad, obtener el resultado práctico que el negocio normalmente produce, sino violentar la intangibilidad hereditaria. Bajo la forma societaria puede esconderse un fin fraudulento que sería beneficiar a algunos de los legitimarios y excluir a otros de igual derecho.

La protección de la legítima hereditaria no se agota con las acciones que explique en el capítulo I, no son suficientes, existen como dije en el capítulo anterior, distintas soluciones cuando hay fraude a la legítima al constituir una sociedad de familia, según la doctrina y la jurisprudencia serían:

- Acción de simulación
- Improcedencia del pago de la legítima en acciones de la sociedad.
- Interposición fraudulenta de personas
- Reglamentación legal de la sociedad de familia
- Disolución de la sociedad
- Inoponibilidad de la persona jurídica
- Límites normativos a la capacidad
- Medidas cautelares

Según la mayoría de la doctrina y jurisprudencia (y en la cual comparto) la solución es la Inoponibilidad de la persona jurídica en relación a los terceros a quienes

³¹ Zannoni, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, Ob. Cit. p 239

perjudica, entendiéndose que los actos fraudulentos no pueden imputarse a la sociedad sino a los individuos que actuaron en forma ilícita, y como consecuencia sobre ellos (la sociedad y los socios) habrá de recaer el peso de la ley pudiendo ser condenados a satisfacer el importe o valor de la cuota de legítima que a ese heredero forzoso corresponde en el haber hereditario.

Se basa esta teoría en el art. 54 de la Ley 19550 (Ley de Sociedades), dice en su último párrafo: *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica: La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.”* Esta norma ha establecido que la separación patrimonial que surge necesariamente entre la sociedad y los socios, será respetada en tanto y en cuanto, a su vez, la sociedad respete los alcances fijados por la ley. Este artículo se caracteriza por describir comportamientos o fenómenos que dan origen a las sanciones que contiene. Cuando habla de *actuación* se refiere a todo acto de los órganos que integran la sociedad que expresen la voluntad de las personas, por lo que el alcance de la inoponibilidad es tanto respecto de terceras víctimas como de socios cuyos derechos puedan resultar afectados por el obrar ilegítimo. Además la norma sanciona la utilización de la estructura societaria con fines extrasocietarios, esto es cuando se utiliza la sociedad con el objeto de eludir el cumplimiento de otra norma jurídica de orden público.

Los efectos de la inoponibilidad consisten en imputarles a los socios, o controlantes del obrar ilegítimo o extrasocietario, la aplicación concreta de las normas que pretendieron eludir, utilizando la sociedad que constituyeron. Igualmente obliga a satisfacer a los socios o controlantes que hubieran posibilitado el comportamiento ilícito, los daños y perjuicios que produjeron.

2. **Propuestas**

Concluyendo voy a analizar distintitos supuestos específicos con sus soluciones:

2.1. Cuando una sociedad es creada para perjudicar a alguno de los herederos legitimarios:

Cuando el causante constituyó la sociedad para perjudicar a algún o algunos herederos legitimarios, no desarrollando sus actividades, ni repartiendo

consecuentemente utilidades. Es una típica sociedad fraudulenta, no obstante que se haya constituido bajo el amparo de la ley 19550.

En este supuesto se reúnen los requisitos del fraude a la ley:³²

1. El acto jurídico es lícito, porque reúne uno de los tipos societarios según la ley 19550. Pero se observa una ilicitud causal porque contraría la causa objetiva de la ley de cobertura, ya que su fin fue violar la legítima hereditaria.
2. Hay una ley imperativa que impide un resultado análogo. La norma imperativa es en este caso la del art. 3598 del Código Civil que dispone: *“El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hicieren se tendrán por no escritas”*

Por ejemplo; un padre aporta su casa y su finca, únicos bienes inmuebles que posee y sus dos (2) automóviles a una sociedad anónima, cuyo objeto social sería la venta de bienes raíces, pero que nunca operó como tal, sino que el causante continuó habitando su casa y dos de sus hijos, socios en la sociedad, viven en la finca, utilizando cada uno de ellos para su uso personal los automotores aportados por el padre. Dicha sociedad se ha constituido para violar la legítima de un tercer hijo, que a la muerte de su padre heredaría unas acciones minoritarias que a nadie podría vender. En este caso dice Graciela Medina de Flores que la forma de evitar que se viole a la legítima es aplicando los principios generales de la simulación. Estamos frente a una simulación absoluta porque se ha celebrado un acto que nada tiene de real (art. 956 Cód. Civil: *“La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter”*). Podrá objetarse a lo antedicho que las personas jurídicas no pueden simularse, puesto que el otorgamiento de la personería por el estado es un acto integrante de la nueva personalidad. Piensa que la acción del Estado nunca es lo bastante integradora como para impedir la simulación.

La acción que deberán ejercer los herederos burlados es la acción de simulación, según Graciela Medina de Flores. Pueden ejercer la acción de simulación todos los que demuestren un interés actual en la declaración de simulación. Por ende el legitimario a

³² Jorge O. Perrino. “Derecho de las Sucesiones” Ob. Cit. Pág. 1970 y 1971

quien se ha querido defraudar, es un legitimado activo por excelencia. También podrán ejercerla los acreedores de los herederos. La demanda debe ser intentada en contra de los socios y de la sociedad. El heredero puede utilizar cualquier tipo de prueba para demostrar la simulación no siendo imprescindible ni necesaria la presentación de contradocumento, ya que actúa por derecho propio y no por derecho de representación.

Para otra parte de la doctrina sostiene que el acto padece de nulidad y para otros que es inoponible. Quienes dicen que el acto es nulo sostienen que es celebrado por el causante para beneficiar a unos herederos legitimarios en fraude a la legítima de otros legitimarios, padece de nulidad porque está viciada la causa. No es unánime la doctrina si el acto es de nulidad absoluta o relativa. Según Méndez Costa es relativa si el negocio jurídico afecta solamente el interés individual. En cambio para Mosset Iturraspe será absoluta porque hay una norma imperativa, en cuya vigencia se encuentran interesados el orden público o las buenas costumbres, no siendo obstáculo para ello la falta de una sanción expresa, de una declaración concreta de nulidad. Como el efecto de la nulidad es retrotraer todo al estado anterior, se producirían graves consecuencias para el tercero.

Hay quienes dicen que la solución es por vía de la inoponibilidad contra el legitimario defraudado, satisfaciendo a éste su derecho en debida forma. La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia del acto jurídico, que priva a un acto válido de eficacia respecto de determinados terceros a quienes la ley especialmente protege, posibilitando que ignoren el acto jurídico e impidiendo a las partes que lo celebraron ejercitar sus pretensiones jurídicas contra el tercero. En este supuesto el acto se lo considera válido, pero no habrá de producir efectos, únicamente contra el tercero protegido. O sea a diferencia de la nulidad, donde la causa de la ineficacia es intrínseca (esta dentro del negocio jurídico), en la inoponibilidad, en cambio, la causa que la origina esta fuera del negocio (el interés que se protege es externo al acto).

Según Jorge Perrino, con el cual coincido, el acto fraudulento es de nulidad absoluta porque vulnera el orden público y porque aun cuando el defraudador hubiera utilizado la apariencia de licitud al apoyarse en una ley de cobertura que, le autorizaba el acto, no es merito alguno para aplicar una sanción menos gravosa. También se tiene como fundamento el art. 18 y 953 del Código Civil, en cuanto los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor.

Dice Graciela Medina de Flores el fin de la ley es circunscribir la capacidad del testador para hacer sus disposiciones a los límites de la legítima y asegurar a los herederos sus porciones de herencia. Este fin está claramente expresado en el art. 3591 del Código Civil: "*...La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos*". Qué sentido tendría limitar la capacidad testamentaria y permitir que por vía contractual se viole la legítima. El fin de la norma es claro, no se puede menoscabar la legítima, ni contractualmente ni testamentariamente. Igual fin se expresa en el art. 3600 del Código Civil "*El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento*". Y el art. 3601 del Código Civil: "*Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, a solicitud de éstos, a los términos debidos*" Considera que en este caso debe aplicarse la normativa creada para el fraude en perjuicio de los acreedores. Zannoni expresa que "el art. 965 Cód. Civil que reza: "*La revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos*"; y el Art. 966 cód. Civil: "*El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, o dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos*"; contienen normas específicas que prefiguran los alcances de la inoponibilidad de los actos del deudor insolvente. El primero señala el límite, la revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que lo hubieran pedido y hasta el importe de sus créditos".

Haciendo aplicación del art. 965 Código Civil dice Graciela Medina de Flores que la sociedad le será inoponible al heredero burlado hasta el importe de su legítima, suma que ingresa al caudal relicto y se imputará dicho valor en la hijuela del legitimario.

Efecto con respecto a la sociedad si se la constituye para perjudicar a alguno/s de los herederos legitimarios:

Según algunos autores al pagar la legítima si hay descapitalización casi total de la sociedad al ser distribuida se debería disolver la sociedad, fundándose en el artículo

94, inc. 4 ley 19550. “*La sociedad se disuelve:... 4) Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;*”

2.2. Cuando una sociedad es creada con aportes simulados de los hijos en su calidad de socios, que encubren donaciones del causante:

Cuando los padres constituyen una sociedad con sus hijos, aportando éstos como bienes propios los adquiridos por donación del padre. Aquí se trata de defraudar la legítima de los otros herederos legitimarios y la de la sociedad conyugal, de existir cónyuge supérstite.

En este caso, considero que hay una donación simulada bajo la apariencia de un aporte. La Dra. Méndez Costa lo soluciona de la siguiente manera: "Es evidente que concurren los requisitos de la simulación, la disconformidad entre la voluntad verdadera y la declarada, el acuerdo de donante y donatario para consumarla y el propósito de engaño sin el cual no se concibe la ocultación del origen de los fondos o bienes empleados. Demostrada la simulación por el legitimario afectado procede colacionar el valor donado acumulándose las acciones de simulación y colación"

Los legitimarios afectados por esta maniobra deben promover acción de simulación o colación para demostrar la simulación del aporte societario efectuado bajo la apariencia de bienes propios y exigir que oportunamente colacionen los bienes donados.

Para algunos autores se persigue defraudar a la legítima, no se trata de fraude a la ley, sino de un supuesto de simulación. Para otros es un supuesto de inoponibilidad, cuando se trata de un acto que persiga como fin frustrar los derechos de terceros (art.54 ley 19550), en mi opinión hay que ver cada caso en concreto.

Efecto entre las partes al constituir una sociedad creada con aportes simulados de los hijos que encubren donaciones del causante:

Hay una donación simulada, se dan los requisitos de la simulación: existe disconformidad entre la voluntad verdadera y la declarada, acuerdo del donante y del

donatario para consumarla y el propósito de engañar (de esta forma se oculta el origen de los fondos o bienes). Acreditada la simulación, procede a la reducción de lo donado en especies.

Efecto frente a la sociedad comercial, creada con aportes simulados de los hijos que encubren donaciones del causante:

Deben ser restituidos los bienes, que pertenecen a los legitimarios y al cónyuge supérstite, lo que importa una disminución del capital social. Estos bienes deben ser entregados en especie. Y por otro lado hay que ver si la acción de reducción es voluntaria o forzosa. Será voluntaria, para Dubois y Bargalló, porque no responde a pérdidas, sino a circunstancias de los socios, y por lo tanto se deberá seguir lo dispuesto en las normas de la Ley de Sociedades 19550. En cambio para Medina se requiere una sentencia que ordene la reducción de la sociedad, entonces será forzosa u obligatoria, ya que ella no se produce a través de un acuerdo de los socios adoptado en una asamblea, sino que emana de un mandato judicial al cual la sociedad no se puede oponer y los acreedores están imposibilitados de impedir.

Efecto frente a terceros al constituir una sociedad creada con aportes simulados de los hijos que encubren donaciones del causante:

Según Jorge Perrino la resolución de la donación como consecuencia de la acción de reducción genera la caducidad de todos los gravámenes reales constituidos por el donatario a favor de terceros, hipotecas, servidumbres, usufructos, prendas, etc., debiendo el donatario afrontar el pago de los daños y perjuicios provocados a los acreedores, según el art. 54 de la ley 19550.

2.3. Cuando una sociedad es creada sin intención de perjudicar a los legatarios, pero afectando la legítima:

La constitución de muchas sociedades y su desenvolvimiento pueden ser

producto de la actividad empresarial del padre y de alguno de los hijos, no existiendo intención alguna de perjudicar a los futuros legitimarios. Pero puede haber distintas circunstancias que provoquen esta afectación a los herederos forzosos.

Es el caso que fue resuelto por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Concepción del Uruguay del 9/02/79, en autos "M.B.J.F. v. G. de P. de M.B.E. y otros" se trata de una sociedad constituida en forma real por el causante y sus hijos, menos uno de ellos a quien se invita a participar y no acepta. Este último, a la muerte de su padre pretende que la sociedad le sea inoponible, por cuanto la misma lo perjudica por no cotizar sus acciones en bolsa, y ser socio minoritario. El acto de constitución de la sociedad es oneroso, no simulado, ni fraudulento. Expresa el fallo "la inoponibilidad en el sub judice es consecuencia lisa y llana de la afectación de la legítima -hecho absolutamente objetivo en el que se vincula una realidad patrimonial con las normas del derecho sucesorio- con absoluta prescindencia de la intencionalidad del causante al constituir la sociedad anónima. Para fundar la inoponibilidad, ese hecho objetivo de la afectación de la legítima no requiere de una determinada intencionalidad propuesta, ni a su vez la ausencia de ella no supone desplazar esa afectación como presupuesto en que se apoya con suficiencia la acción de inoponibilidad".

En consecuencia es procedente la acción de inoponibilidad del acto constitutivo de la sociedad, deducida por el heredero no participante, debiendo incluirse en el inventario del sucesorio los bienes aportados por el causante a la sociedad, la que deberá reducir su capital si los socios no optan por su disolución definitiva. La sociedad fue creada sin la intención de provocar un perjuicio al legitimario, pero generó un desmedro de las legítimas de uno de los legitimarios, al disminuirse el valor de los aportes se produjo una modificación ilícita de las tendencias accionarias.

Bibliografía:

1. General:

- Borda, Guillermo A.- “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones” Segunda Parte – Sexta Edición Actualizada. Editorial Perrot Buenos Aires. 1987
- Zanoni, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, T II, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1983
- Zunino, Jorge Osvaldo “Régimen de Sociedades Comerciales de la ley 19550”. Editorial Astrea. Año: 2007

2. Específica:

- Martínez Ledesma, Dido Teresa. “Nociones de Derecho Sucesorio” Editorial: Universidad Nacional de Rosario. Rosario. Año: 2010
- Medina de Flores, Graciela. “El Fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades” Abeledo Perrot. 1983. JA 1983-I-699
- Pérez Lasala, José Luis, “Derecho de Sucesiones”, vol. II, parte especial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981

- Perrino, Jorge Oscar. “Derecho de las Sucesiones”, Ed. Abeledo Perrot

Índice:

1.		R
	Resumen.....	2
2.		E
	Estado de la cuestión.....	3
3.		M
	Arco teórico.....	6
4.		I
	Introducción.....	7

Capítulo I

“La Legítima: concepto, naturaleza jurídica, principios generales”

1.		I
	Introducción.....	9
2.		C
	Concepto.....	10
3.		R
	Restricciones a la libertad de testar.....	10

		70
4.	N	
		11
5.	A	
		12
6.	N	
		15
7.	L	
		18
8.	D	
		19
9.	C	
		22
10.	P	
		23
11.	C	
		32

Capítulo II

“Fraude a la legítima: los posibles fraudes y en especial al constituir una sociedad de familia”

1. Introducción.....	34
2. Concepto de fraude.....	34
3. Requisitos del fraude a la ley en particular a la legítima.....	36
4. Concepto de sociedad de familia.....	36
5. Distintas modalidades societarias que pueden afectar la legítima.....	39
6. Conclusión	41

Capítulo III

“Posibles soluciones según la doctrina y jurisprudencia al cometer fraude a la legítima al constituir una sociedad de familia”

1. Introducción.....	42
2. Acción de simulación.....	42
3. Improcedencia del pago de la legítima en acciones de la sociedad.....	44
4. Interposición fraudulenta de personas.....	44
5. Reglamentación legal de las sociedades de familia.....	45
6. Disolución de la sociedad.....	46
7. La teoría del disregard.....	46
8. Límites normativos a la capacidad.....	52
9. Medidas cautelares	54
10. Conclusión.....	54

Capítulo IV

“Conclusión”

1. Introducción.....	55
2. Propuestas.....	56
2.1. Cuando una sociedad es creada para perjudicar a alguno de los herederos legitimarios.....	56
2.2. Cuando una sociedad es creada con aportes simulados de los hijos en su calidad de socios, encubren donaciones del causante.....	59
2.3. Cuando una sociedad es creada sin intención de perjudicar a los legatarios, pero afectando la legítima.....	61

Bibliografía

1. General.....	63
2. Especifica.....	63