



UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO NO ADMINISTRADOR EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ARGENTINA

EDSON ANTONIO SPERANDIO

Buenos Aires, Octubre 2016.

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mis familiares, mi esposa, mi hijo, mis profesores, y a todos los que de alguna manera me ayudaron a desarrollarlo.

Agradecimiento

Agradezco a mi familia, mi esposa, mis profesores, en especial al Dr. Jorge Augusto De Medeiros Pinheiro, mi Director de tesis, la Dra. Marta Martins Ferraz Paloni, Codirectora y la Dra. Paola Urbina, profesional que se dedicó incondicionalmente para que el trabajo se desarrolle.

Abreviaturas

LSC – Ley de Sociedades Comerciales

LGS – Ley General de Sociedades

CCiv – Código Civil

CCyC – Código Civil y Comercial

CCB – Código Civil Brasileño

CCP – Código Civil del Paraguay

CCU – Código Civil del Uruguay

CTNB – Código Tributario Nacional Brasileño

CTU – Código Tributario del Uruguay

SRL – Sociedad de Responsabilidad Limitada

CFB – Constitución Federal Brasileña

CCom – Código de Comercio

LCT – Ley de Contrato de Trabajo

CLT – Consolidación de las Leyes del Trabajo

RESUMEN

El presente trabajo fue desarrollado con la finalidad de investigar la responsabilidad del socio no administrador en la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Argentina con la intención de descubrir si es él responsable por los actos practicados por los administradores en la sociedad y, si fuera, en cual situación respondería. Fue abordado sobre los presupuestos de la responsabilidad civil como preparación de identificación de esta posible responsabilidad. Con el objetivo de situar mejor el tema en la materia, fue tratado en tema de la sociedad y sus derivaciones. Para mejor la comprensión del tema, fueron traídos algunos apuntes del derecho brasileño, uruguayo y paraguayo, cuando se trató de la responsabilidad en el derecho del trabajo y tributario. Y por fin, se investigó las diversas posibilidades de responsabilidad de los socios en la Ley 19.550/72 (Ley General de Sociedades) y sus alteraciones.

Palabras claves: Sociedad de responsabilidad limitada. Responsabilidad civil. Socio no administrador.

ABSTRACT

This work was unfolded in order to investigate the responsibility of the partners no administrator in Limited Liability Company in Argentina with the intention of discovering is he is responsible for the acts performed by administrators in society and left, in which situation will respond. He was approached on the budgets of liability in preparation for identification of this potential liability. Aiming to better situate the subject matter was treated the subject of society and its derivations. For a better understanding of the subject, he was brought some notes of Brazilian, Uruguayan and Paraguayan law when it came to responsibility for labor law and taxation. And finally, the various possibilities of liability of the partners in Law 19.550/72 (General Law Societatis) and its alterations were investigated.

Keywords: LLCs. liability. No partner administrator.

ÍNDICE GENERAL

1. INTRODUCCIÓN.....	10
2. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	13
2.1. Marco conceptual (conceptos y paradigmas).....	13
2.2. Definición de responsabilidad civil.....	14
2.3. Responsabilidad civil y el derecho de daño.....	17
2.4. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	19
2.5. Clases de responsabilidad.....	21
2.6. Responsabilidad civil objetiva.....	23
2.7. Responsabilidad civil subjetiva.....	24
2.8. La conducta.....	24
2.9. La antijuridicidad.....	27
2.10. La imputabilidad.....	31
2.11. El factor de atribución.....	33
2.12. La relación de causalidad.....	38
2.13. El daño.....	44
2.13.1. Eximentes de responsabilidad.....	47
3. SOCIEDADES.....	48
3.1. Marco metodológico (materiales y métodos).....	48
3.2. Las sociedades.....	48
3.2.1. Características de las sociedades.....	51
3.2.2. Sociedad, empresa y empresario.....	52
3.2.2.1. Sociedad.....	52
3.2.2.2. Empresa.....	53
3.2.2.3. Empresario.....	54
3.2.3. Los socios.....	55
3.2.4. El administrador.....	58
3.2.5. Teoría del órgano.....	61
3.2.6. Derecho de información del socio.....	64
3.3. Sociedades de hecho.....	67
3.4. Responsabilidad de los socios en la sociedad de hecho.....	68
3.5. Sociedades irregulares.....	71
3.6. Responsabilidad de los socios en la sociedad irregular.....	73
3.7. Sociedad de responsabilidad limitada.....	73
3.7.1. Concepto de sociedad de responsabilidad limitada.....	76
3.7.2. Naturaleza jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada.....	77
3.7.3. La <i>affectio societatis</i> en la sociedad de responsabilidad limitada...78	
4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO TRIBUTARIO.....	80

4.1.	Hipótesis elegida.....	80
4.2.	La responsabilidad en el derecho del trabajo: la empresa y el empresario.....	80
4.2.1.	Responsabilidad empresarial o del grupo de empresas frente al trabajador.....	81
4.2.2.	La responsabilidad solidaria entre el transmitente y el adquirente del establecimiento.....	83
4.2.3.	La responsabilidad de los socios con los trabajadores.....	85
4.2.4.	La responsabilidad del socio no administrador en el derecho del trabajo.....	86
4.2.5.	Breves apuntes sobre el derecho brasileño.....	91
4.2.6.	Breves apuntes sobre el derecho uruguayo.....	93
4.2.7.	Breves apuntes sobre el derecho paraguayo.....	95
4.3.	Responsabilidad de los socios en el derecho tributario.....	96
4.3.1.	Criterios de responsabilización.....	100
4.3.2.	La responsabilidad del socio no administrador en el derecho tributario.....	103
4.3.3.	Breves apuntes sobre el derecho brasileño.....	104
4.3.4.	Breves apuntes sobre el derecho uruguayo.....	109
4.3.5.	Breves apuntes sobre el derecho paraguayo.....	111

5. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITA.....115

5.1.	Aplicación (análisis y resultados).....	115
5.2.	La sociedad de responsabilidad limitada.....	116
5.3.	Responsabilidad de los socios en la Ley 19.550/72.....	116
5.4.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 23 de la Ley 19.550/72.....	117
5.5.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 68 de la Ley 19.550/72.....	118
5.6.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 94, inciso 8 de la Ley 19.550/72.....	120
5.7.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 99 de la Ley 19.550/72.....	122
5.8.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 146 de la Ley 19.550/72.....	127
5.9.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 147 de la Ley 19.550/72.....	127
5.10.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 150 de la Ley 19.550/72.....	128
5.11.	Responsabilidad de los socios prevista en el art. 157 de la Ley 19.550/72.....	131
5.12.	Responsabilidad de los socios por la no fiscalización prevista en el art. 158 de la Ley 19.550/72.....	132
5.13.	Desestimación/Inoponibilidad de la personalidad jurídica.....	135

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN (análisis y aplicación).....	141
7. CONCLUSIÓN.....	143
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146
9. NOTAS	155

1. INTRODUCCIÓN

En derecho societario, la persona se une a otra persona para perseguir determinados fines. Constituida la sociedad, ella precisará ser administrada. Entonces, puede que algún socio sea él mismo el administrador o pueda que sea nombrado un tercero para administrarla. Nombrado un tercero o siendo alguno de los socios el administrador, surgirá, entonces, la figura del socio no administrador, objeto de estudio.

El propósito de este trabajo es investigar la responsabilidad del socio no administrador en la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Argentina con el objetivo de descubrir si él es responsable por los actos practicados por los administradores en la sociedad y, si lo fuera, en qué situación respondería.

Con esta investigación, se espera traer una contribución a la comunidad jurídica, sobretodo, la académica, también como para el derecho empresarial, que es una rama importante del derecho en el mundo moderno, donde, las relaciones jurídicas, son cada vez más complejas, desarrollando, mayor responsabilidad aquellos que contratan.

La Ley 19.550, llamaba Ley de Sociedades Comerciales, recientemente pasó por algunas modificaciones traídas con la sanción de la Ley 26.994, que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015 por fuerza de la Ley 27.077, y que, más allá de otras, alteró su denominación que pasó a ser la Ley General de Sociedades.

La Ley General de Sociedades, (en adelante LGS), trae expresamente situaciones de responsabilidad de los socios, no obstante, en un primero momento, les es atribuida responsabilidad limitada a la integralización de las cuotas que ellos suscribieran o adquirieran, sin embargo, luego, les atribuye responsabilidad solidaria e ilimitada por la integración de los aportes suscritos o adquiridos y no integrados y, también trae otras previsiones de responsabilidades para los administradores sociales.

El trabajo tiene como objetivo general, investigar en qué situación el socio que no tiene poder de administración puede responder ante la sociedad y terceros a fin de definir si es o no responsable, y si es, en qué grado.

Para esto, hemos que definir los presupuestos de la responsabilidad civil a fin de identificar en cuales situaciones la conducta del socio no administrador se subsume a estos requisitos/presupuestos, para entonces, precisar si el actuar, es o no pasible de responsabilidad.

También, es necesario delimitar cuál es el ámbito de responsabilidad del socio no administrador en el derecho argentino, para que él, no sea penalizado por acciones u omisiones, cuando no debería serlo.

Hemos de analizar la responsabilidad del socio no administrador en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, (adelante SRL), en el ámbito del derecho del trabajo y tributario, en la sociedad irregular y de hecho, así como, los casos más específicos previstos en la Ley General de Sociedades.

Para llevar a delante este propósito, es necesario analizar la legislación, el posicionamiento doctrinario y jurisprudencial argentino, respecto del asunto y, en la medida de ser posible, compararlo con el existente en Brasil, haciendo también, breves apuntes sobre la legislación del Uruguay y del Paraguay como manera de enriquecer el estudio ahora propuesto.

Elegimos como hipótesis de este estudio, la que, el socio no administrador tiene, en principio, responsabilidad frente a la sociedad y terceros, justo porque, la ley, le atribuye responsabilidad solidaria por la integralización de las cuotas suscriptas, sea por él, sea por otro socio.

Para llevar a cabo el propósito, será realizado un abordaje cualitativo de la materia, con la revisión de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia. Por tanto, no se trata de un estudio experimental, tampoco, explicativo, pero, revisional, descriptivo y cualitativo, utilizando, para tanto, el método deductivo.

El trabajo está estructurado en (seis) 6 partes, siendo divididos en una introducción, el capítulo primero que habla de los presupuestos de la responsabilidad civil, el segundo capítulo que trata de la formación de las sociedades, el tercero que habla sobre la responsabilidad del socio en el derecho del trabajo y tributario, el cuarto capítulo que habla de la responsabilidad de los socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada y, por fin, la conclusión.

También se hace necesario aclarar que, cuando se refiere al administrador en la trayectoria de la investigación, está haciendo referencia a todos aquellos que representan o administran a una sociedad o colectividad, o sea, el administrador aquí representa la figura del director, del gerente, del gestor y de todos los otros representantes de entes colectivos. El administrador acá, está empleado en su sentido lato, general.

Igualmente, para la finalidad del estudio, el interés, es analizar la situación del socio no administrador. Entonces, cualquier situación que no envuelva la figura del socio, en principio, no interesa al estudio, o sea, el administrador que no sea socio

poco interesa. Así, la norma, la doctrina y la jurisprudencia no serán estudiadas sobre el punto de vista del administrador simplemente, sino, del socio administrador.

Es imperioso decir también, que la base del estudio es la ley, la doctrina y la jurisprudencia argentina, no obstante, como ya se ha referido, en algunas situaciones, se hace referencia a la ley, la doctrina y la jurisprudencia brasileña, uruguaya y paraguaya, como forma de enriquecer el estudio.

De acuerdo con lo que ya se ha expresado, la Ley 19.550, recientemente ha pasado por algunas alteraciones y, entre ellas, la posibilidad actual de constituir una sociedad unipersonal, no siendo más necesario, que la creación del ente sea colectiva, siendo suficiente una persona para constituir la sociedad, no siendo ahora, muy apropiado el termino sociedad constituida por una sola persona, ya que sociedad, indica pluralidad.

Esto, aún, no alteró la situación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que la ley, claramente, mencionó que solamente se constituye Sociedad Unipersonal la Sociedad Anónima, refutando, por lo tanto, las demás formas de constitución, incluso, las SRL.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En este capítulo se abordará sobre los presupuestos de la responsabilidad civil, considerando la situación en el derecho argentino. Así, se hará referencia a estos presupuestos para identificar sus características y definir cuando el sujeto, en este estudio, el socio no administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, puede o no, ser responsabilizado por su conducta frente a la sociedad, sea esta por acción u omisión.

2.1. Marco conceptual (conceptos y paradigmas):

Este trabajo nació como consecuencia de otro anterior, que he desarrollado al concluir el curso de derecho (abogacía) en el año de 2006 en Brasil; en aquella ocasión, fue desenvuelto un estudio sobre “la responsabilidad del socio no administrador en la sociedad de responsabilidad limitada” en dicho país.

La instigación surgió nuevamente, ahora, con foco en la sociedad de responsabilidad en argentina.

La responsabilidad civil es el instituto que regula las relaciones entre personas, sean estas, personas físicas o jurídicas, entre personas y el Estado, entre Estados. En realidad, regula la cuestión obligacional entre todos los entes, sean de existencia física o ideal.

La responsabilidad civil remonta del derecho romano, donde la reparación se daba por la venganza personal, pasando posteriormente, por evoluciones sustanciales como la responsabilidad tarifada, en que la ley ya definía el monto que debería repararse y, más adelante, desarrolló para la llamada responsabilidad “aquiliana”, también conocida como responsabilidad civil delictual y extracontractual, en donde la reparación pasó a ser definida de acuerdo a la extensión del daño, considerando entonces el dolo y la culpa.

Así, la responsabilidad civil se desarrolló hasta los días de hoy, constituyéndose en responsabilidad civil objetiva y subjetiva; contractual y extracontractual; haciendo con que la reparación, cuando debida, se aproxime lo máximo posible a lo justo.

Esta evolución, desarrollo presupuestos para atribuirse responsabilidad, donde, solamente se responsabiliza a alguien cuando esté demostrado la ocurrencia de una conducta (hecho), que referida conducta sea antijurídica, que haya un daño, que este

daño sea atribuido a un tercero, que esta persona (tercero) sea imputable y, por ende, que haya una relación de causalidad entre el daño y la conducta (el hecho).

En materia societaria empresarial, también hay situaciones de atribución de responsabilidad a aquellos que, de alguna manera, estén vinculados con la sociedad (empresa), por eso, la importancia de estudiar sobre la temática.

En la comunidad académica existen estudios realizados sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades, como los gerentes, por ejemplo; sin embargo, poco se estudió sobre el socio no administrador, hecho que fue clave para la toma de decisión en estudiar esta temática.

El Doctor Germán L. Ferrer, desarrolló una tesis sobre la responsabilidad de los administradores societarios. Ese estudio, sirvió de referencia para el desarrollo del presente trabajo, ya que la cuestión teórica se asimila; quedando entonces, la investigación sobre el comportamiento de aquel socio que no tiene el poder de administrar, o sea, el socio no administrador.

También, el Doctor Altamirano ha desarrollado una tesis doctoral titulada “Responsabilidad tributaria de los administradores de entes colectivos desde la perspectiva del actuar en lugar de otro”, o sea, igualmente estudia la responsabilidad bajo la óptica del administrador.

Con efecto, el derecho societario, empresarial, así como todo el derecho, es dinámico y siempre está atravesando modificaciones, así como, se ha reformado a lo largo del tiempo el instituto de la responsabilidad civil.

2.2. Definición de responsabilidad civil:

La responsabilidad civil es la obligación que una persona asume cuando causa un daño a otra persona, o sea, un tercero. Este resultado dañoso puede ser provocado o darse contra una persona física o jurídica, ya que, las personas jurídicas, también son sujetos activos de actos dañosos o pasibles de soportar una conducta dañosa¹.

Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio (art. 1109, CC.). Esta era la definición traída por el revocado Código Civil.

El actual CCyC, en su art. 1716 trae la responsabilidad civil por violación al deber de no dañar a otro, disponiendo que “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Si el hecho no causa daño a aquél que lo sufre, entonces, no hay necesidad de reparación. El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna. Así decía el art. 1111 del revocado CC.

La obligación surge cuando, es violado un derecho y que dicha violación no tenga una justificación. Si el hecho es justificable, sea por cualquier razón, entonces, el autor del hecho, no está obligado a reparar el daño. En este sentido, es la redacción del art. 1717 del CCyC., donde cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Entonces, si la acción o la omisión es justificable, con efecto, deja de ser antijurídica y, por lo tanto, de ser indemnizable.

La doctrina tiene definida la responsabilidad civil, también llamada “responsabilidad por daños”, como la que tiene como objetivo el resarcimiento de aquellos daños producidos a intereses humanos legítimos reconocidos legalmente (Boretto, 2006, p. 32).

El derecho, consiste en un conjunto de normas y principios que fueron creados para que las personas tuviesen un orden establecido y la ruptura de este orden, con la ocurrencia de un daño, haga que, el dañador, sea responsabilizado a indemnizar, haciendo que, las cosas, no obstante no vuelven a su estado de origen, se restablezcan lo más próximo posible a aquello que deberían ser, trayendo al dañado la recomposición mínima esperada.

Herrera (s.f., p. 1), en su Introducción a la Responsabilidad Civil, citando Yáguez (1989, p. 21) describió que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”.

Esto es porque, se espera que las personas actúen siempre de manera de evitar los daños, toda vez que se presume que ninguna persona se siente bien al estar obligada a retirar de su patrimonio montos para recompensar la otra, que, igualmente se imagina, que tampoco se siente satisfecha de ser dañada, no obstante, en la mayoría de las veces es indemnizada por el daño sufrido.

El principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando este principio, por cualquier motivo es transgredido, conduzca a una sanción al dañador que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado al otro.

Así, se busca la regla de que nada se cause y nada se repare. Por otro lado, todo lo que se cause, y claro, en violación a la ley y que no sea justificado, deberá

resarcirse. Por lo tanto, la violación de este principio (de no dañar), hace surgir la necesaria obligación resarcitoria.

Alterini (1985), citado por Anzoátegui (s.f.) en sus lecciones y ensayos – Algunas consideraciones de las funciones del derecho de daños -, examinando el concepto de responsabilidad, hay dicho que:

En sentido estricto, se dice responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama una indemnización. Esta acepción que comúnmente se le da al concepto, en cuanto se asigna el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado 'por' el incumplimiento", ya continuación, señala que, tomando en cuenta este concepto, "la responsabilidad tiene alcances de sanción, desde que se entiende por tal la consecuencia de índole jurídica que corresponde a la infracción de un deber; tal consecuencia significa un desvalor para quien es pasible de ella", y así, "en tal alcance la responsabilidad enlaza el deber de reparar frente a otro sujeto (p. 136).

Pirota (2005), por su vez, ha definido responsabilidad civil como: "un instituto, en virtud del cual la voluntad de las partes o la ley disponen u obligan al sujeto que ha causado un daño a otro, a resarcir o reparar a la víctima de ese daño" (p. 1).

Así, es posible decir que, cuando el concepto se refiere a la voluntad de las partes, se está hablando de la responsabilidad civil contractual, mientras que, cuando hace referencia a la voluntad de la ley, se refiere a la responsabilidad extracontractual, o sea, el origen de la obligación es independiente de la voluntad de las partes, o mejor, de los sujetos envueltos, quien es, el dañador o el dañado, tienen su fundamento en la ley. En este último caso, el deber resarcitorio trasciende la voluntad personal y se fundamenta en la ley.

De esta manera, la responsabilidad civil es el deber que una persona tiene (sea física o jurídica), de indemnizar (reparar) a un tercero por el daño causado, sea este directo o indirecto, siempre que, el referido daño, como se ha visto más arriba, no sea justificable, ya que, sí fuere justificable, no habría obligación.

La responsabilidad civil puede darse, según Altamirano (2010), en sentido de un *factor causal*, o sea, cualquier fenómeno o acto que cause algún evento; también, la responsabilidad puede darse como *una capacidad o un estado mental*, o sea, el sujeto tiene la capacidad de hacer y de no hacer, así como, puede actuar por negligencia, aun siendo capaz de prever el resultado; otro sentido de la responsabilidad es su *punibilidad o su reproche moral*, o sea, el sujeto opta por hacer algo que no debería, la consecuencia puede ser la punibilidad o sufrir un reproche moral, y, por fin, la *responsabilidad como obligación o función derivada de un cargo*,

relación o posición jurídica, o sea, cuando alguien se hace responsable, justamente, por la posición que ocupa, sea el padre para con su hijo, sea del administrador para con la empresa (p. 30).

En este caso, interesa el último sentido, o sea, de la responsabilidad en razón de la función o posición jurídica ocupada por la persona.

Trayendo el tema para el derecho societario, Ferrer (2009) señala que “cuando los socios no cumplen en forma regular con la constitución e inscripción de la sociedad, su responsabilidad se ve sometida al régimen del art. 23 (solidaria, ilimitada y sin beneficio de excusión)” (p. 8). O sea, los socios deben hacer las cosas, practicar los actos de acuerdo con lo que establecen las normas legales, bajo pena de que su violación los haga responsables por los daños ocasionados a terceros.

2.3. La responsabilidad civil y el derecho de daño:

La expresión responsabilidad civil, según Carlucci (2013) “hoy utilizada, fue precedida por la de ‘hechos ilícitos’ y le han seguido otras más o menos conocidas, como ‘Derecho de daños’ (difundida en la Argentina), ‘Derechos de los accidentes’ (...) (p. 10/11)”.

Anzoátegui (s.f.), ha dicho que “la denominación antes acuñada, ‘responsabilidad civil’, denotaba una orientación punitiva, sobre la cual estaba indudablemente basado el sistema reparatorio del Código Civil, ideado por Vélez Sarsfield a mediados del siglo XIX (p. 136).”

La responsabilidad, en general, supone siempre un reproche subjetivo u objetivo del infractor. El carácter primario es la reprobación, quedando la reparación en el carácter secundario.

La principal función de la responsabilidad civil es reparar el daño ocasionado, pero, también se ha discutido que la materia de responsabilidad civil ha adoptado un carácter preventivo.

Cordobera (2010), ha dicho que “el ‘Derecho de daños’ tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes” (p. 3).

Como decía Carnelutti, ‘el derecho de hoy no es el derecho de ayer’, o sea, el derecho y la sociedad son dinámicos y están siempre en constante evolución, por lo tanto, el legislador debe buscar medios para tornar más efectivas las leyes,

optimizando sus conceptos y haciendo su adecuación a cada momento histórico social.

Por eso, el Nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, ha adoptado medidas con la intención de actuar en la prevención del daño, para solo luego, ocuparse de su reparación, haciendo que, la prevención, venga primero que la reparación por considerarse más favorable.

Esto porque, muchas de las veces, la prevención es mucho más eficaz que la propia reparación, ya que, el daño evitado, lógicamente, no habrá de ser reparado.

Tal vez una de las novedades más importantes sea que se reconoce y regula en forma expresa la doble función de la responsabilidad: a) preventiva, y b) resarcitoria (Ferreyra, 2015, p. 95).

Por esta razón, el art. 1710 del CCyC., ha dispuesto que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Pirota (2005), trae la diferencia dogmática sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños, donde, según él, la responsabilidad civil mira el daño, tiene en cuenta el daño causado, se habla de una deuda de responsabilidad del victimario para con la víctima, tienen más relevancia los factores de atribución subjetivos, se mira el 'castigo' del responsable (p. 9).

Por otro lado, en el derecho de daños, se mira más a la víctima que al autor, se tiene en cuenta el daño sufrido y no el daño causado, se habla de un crédito de indemnización que tiene la víctima y no de la responsabilidad del victimario (el causante del daño), hay prevalencia de los factores de atribución objetivos en detrimento de los subjetivos, el objetivo principal es resarcir el daño a la víctima y no castigar al responsable (p. 9).

Justamente por eso, es más interesante evitar la ocurrencia del daño, en detrimento de tener que indemnizarlo, toda vez que "a los fines resarcitorios entonces, el daño jurídicamente relevante es la consecuencia perjudicial injustamente causada por el victimario e injustamente sufrida por la víctima" (Otaola, 2015, p. 79).

Así, el derecho de daños se muestra más adecuado que el instituto de la responsabilidad civil, ya que mira el daño y a la víctima, y tiene como su principal

función la reparación del daño y no el castigo del dañador, siendo este, más conforme a la responsabilidad civil, no obstante, el proyecto del código civil y comercial, “prefiere mantener la terminología tradicional – responsabilidad civil – manejada por todos los operadores del Derecho” (Carlucci, 2013, p. 11).

Como dice el Catedrático Español Eugenio Llamas Pombo, citado por Pirola (2005) “la función principal de la responsabilidad civil es la reparación o resarcimiento del daño, no sirve para prevenir ni tampoco para castigar, no le podemos pedir que cumpla una función extra o adicional para la cual no fue pensada” (p. 27).

2.4. Responsabilidad civil contractual y extracontractual:

La responsabilidad civil puede tener su origen en una negociación, o sea, en un ajuste de voluntades, y, en este caso, es contractual; o, en un hecho ilícito o antijurídico, realizado por medio de una acción o una omisión, y, en este caso, es extracontractual. Así, lo que define si la responsabilidad es contractual o no, es su origen.

De esta forma, la responsabilidad civil puede tener su origen en una relación preexistente a la propia responsabilidad, o sea, cuando tiene su origen derivada de un contrato; o, por otro lado, puede tener su origen en situaciones donde no guarde cualquier vínculo anterior, o sea, la obligación surge en razón del ordenamiento jurídico como un todo y no del contrato existente entre las partes.

Ferrer (2009) señala que “en un caso, la obligación de reparar el daño proviene del incumplimiento de una obligación especial previamente acordada, mientras que en el otro es consecuencia de un incumplimiento a una obligación legal” (p. 83). En otras palabras, en el primer caso, se refiere a una obligación contractual, en cuanto que, en el segundo caso, la obligación tiene su origen en la ley estrictamente hablando o en el ordenamiento jurídico visto ahora bajo un prisma más amplio.

Tavano (2011), describiendo el instituto de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, ha sostenido que “la doctrina argentina mayoritaria ha llegado a entender que la responsabilidad civil es una, no obstante la regulación dual a la cual está sujeta en nuestro Código Civil” (p. 168).

Esto quiere decir que, aunque, la regulación sea dual, o sea, hace diferenciación en cuanto al origen de la responsabilidad (contractual o extracontractual), en efecto, el resultado, es lo mismo, cual sea, el daño causado que da origen a la responsabilidad.

De acuerdo a la doctrina, lo que más interesa, es la búsqueda de la reparación de la víctima, ya que, para ella, es independiente el origen de la obligación, sí es contractual o extracontractual, lo que importa, es el resarcimiento del daño sufrido, corolario del derecho de daños.

La misma autora, citando Bustamante Alsina, señala que “para el tratamiento científico de la cuestión debe partirse de la unidad del fenómeno resarcitorio, contemplándose todas las situaciones en que el ordenamiento jurídico atribuye un daño e impone el deber de resarcir” (Tavano, 2011, p. 168).

Esto se da así porque, según este pensamiento, no importa que tengan los elementos o presupuestos del deber de indemnizar su origen contractual o extracontractual (en un acto ilícito), en efecto, son los mismos, el hecho que, hace concluir que “lo relevante en ambas situaciones jurídicas es la necesidad de reparar el daño que soporta el damnificado” (Tavano, 2011, p. 169), siendo de pequeña importancia cual es el origen del mismo, sí contractual o extracontractual.

En efecto, lo que importa en sede de responsabilidad civil, es identificar si existe o no el deber de indemnizar, porque, la función del derecho, es hacer que sea reparado el daño ocasionado, tenga este origen en el contrato o en una actuación ilícita, ya que, lo relevante, es la necesidad de reparar el daño que soporta el damnificado, según el entendimiento expuesto por la doctrina arriba citada, independiente de su origen.

El CCyC., adoptó el entendimiento defendido por la doctrina sobre la cuestión de la prevención del daño, ya que, ha publicado el artículo 1710, arriba citado, reglamentando el deber de prevención del daño.

No obstante, también ha resguardado la acción preventiva como herramienta de salvaguarda, y, en su art. 1711 definió que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Trayendo el tema hacia el derecho societario empresarial, Boretto (2006), al describir la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, señaló que:

Se dijo que si la causa fuente de la obligación incumplida es un acto jurídico derivado del contrato social rige el sistema de la responsabilidad contractual. En cambio, cuando la causa fuente del incumplimiento o infracción legal es un acto ilícito, adquiere vigencia el régimen de la

responsabilidad extracontractual. Así, la responsabilidad es contractual con relación a la sociedad y extracontractual con respecto a los accionistas y terceros (p. 96).

Así, cualquier obligación que surge en la sociedad entre los socios, son, por consiguiente, obligaciones contractuales y, habiendo daño, este tendrá su origen en la relación contractual. Ahora, toda obligación que surge entre la sociedad con los terceros es, por consecuencia, extracontractual, justamente porque, en principio, entre ellos, no hay cualquier vínculo convenido.

Por otro lado, la obligación es contractual entre la sociedad y los terceros, cuando el origen de la obligación se da en una transacción existente entre ellos, porque, en este caso, existe una contratación, aunque, no exista, la figura del instrumento, o sea, no obstante la empresa no tenga formalizado un instrumento escrito y firmado por las partes, el simple hecho de realizar una venta a un cliente o consumidor, esta negociación establecida entre ellos, ciertamente, desarrolló una relación contractual.

Rangugni, citado por Boretto (2006), exponiendo sobre el caso del administrador o del gerente nombrado, ha sostenido, que el vínculo que existe entre ellos y la sociedad para la cual fuera nombrado, no es contractual, porque, en efecto, existe un nombramiento por parte del órgano, y el director o gerente lo acepta o no, o sea, es un acto unilateral y no negociable.

Por eso, entiende que el vínculo no es contractual, y, por consiguiente, la eventual responsabilidad, tampoco se dará por el contrato, justamente porque, no existió entre ellos una contratación. En sus palabras “cuando el director acepta el nombramiento no está prestando su conformidad a una oferta de contrato, sino configurando una condición en la cual se encuentra sometido el nombramiento para poder producir sus efectos” (p. 96).

Bajo este prisma, el director o gerente no tiene la oportunidad de discutir cláusulas como ocurre en una negociación, pero, solo tiene la opción de aceptar o no la indicación, retirando de esta manera, cualquier oportunidad de negociar y, por ende, de contratar.

2.5. Clases de responsabilidad:

La responsabilidad que recae en una persona puede ser civil, penal o administrativa. Para el objeto de este estudio, interesa la responsabilidad civil. La responsabilidad se define por la rama del derecho en la cual tiene su origen, o sea, si nace del derecho civil, entonces es civil, si por otro lado, nace del derecho penal, entonces es penal y, de la misma manera, si nace del derecho administrativo, entonces, es administrativa.

Es substancial traer esta clasificación porque, para este estudio, lo que se propone, es definir la responsabilidad del socio no administrador (gerente) en la sociedad de responsabilidad limitada, bajo la óptica patrimonial, no siendo de interés alguno, su responsabilidad penal o administrativa. Entonces, se harán consideraciones bajo este prisma.

La responsabilidad puede presentarse directa o indirecta. Altamirano (2010), explica que la responsabilidad “es directa cuando el sujeto es pasible de una sanción por el incumplimiento de una norma que debía acatar” (p. 30/31). Él trae como ejemplo, una persona que obtiene rentas gravadas y, en el momento del vencimiento no ingresa con el impuesto, dejando de cumplir con la obligación que la ley le había impuesto. Este sujeto, por cierto, asume una responsabilidad directa frente al fisco.

Por otro lado, la obligación es indirecta cuando el sujeto responde en lugar de otro, y, asume responsabilidad debido a la conducta de un tercero. Así, Altamirano (2010) ha sostenido que “los casos más frecuentes de esta clase de responsabilidad se observan en las situaciones en las que los miembros o socios de una sociedad, colectividad o institución son responsables por los actos de sus directivos” (p. 31).

Así, dentro de sus clases, la responsabilidad puede ser solidaria, subsidiaria y sustitutiva.

Es solidaria cuando el responsable está en la misma situación que el deudor principal, o sea, ambos sujetos tienen el mismo grado de responsabilidad, de deber, facultando al acreedor, a exigir el cumplimiento de la obligación de uno u otro. En la responsabilidad solidaria hay una pluralidad de acreedores o deudores, creando una pluralidad de relaciones subjetivas (entre ellas) y, por otro lado, una unidad objetiva en la prestación, o sea, la propia solidaridad.

En esto caso, el acreedor tiene la facultad de escoger en contra quien irá a demandar el cobro, si contra el deudor principal o contra cualquiera de los deudores solidarios y, claro que, la demanda, lógicamente, se intentará contra quien tiene la mejor condición de cumplir con la obligación. El aval es un ejemplo de obligación solidaria.

En esta clase, la responsabilidad es secundaria. El acreedor no tiene la discrecionalidad para escoger contra quien iniciará la demanda. Aquí, obligatoriamente, él deberá demandar primero al deudor principal, solo después, lo podrá intentar contra el deudor subsidiario. Aquí tenemos la figura del beneficio de excusión, conocido en Brasilⁱⁱ, como beneficio de orden, o sea, solamente después de perseguir el cobro contra el deudor principal, es que, el acreedor estará legitimado para demandar al deudor subsidiario. La responsabilidad subsidiaria es secundaria, haciendo que el acreedor primero demande al deudor principal y, solamente después, al responsable subsidiario, como, por ejemplo, en la fianza.

La responsabilidad también puede ser sustitutiva, y es así cuando, el deudor sustituto asume el lugar del deudor principal, no responde junto, ni responde después, pero sí, responde en lugar de éste. Reflexionando sobre la figura del derecho tributario, Altamirano (2010) explica que “el sustituto del contribuyente está obligado por la ley a cumplir con prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria del verdadero deudor del tributo; en otras palabras, del sujeto pasivo de la obligación tributaria” (p. 32). Como se percibe, en la sustitución, el responsable asume el lugar de otro.

Es interesante definir las clases de responsabilidad, porque, a partir de ellas, es que se elegirá la vía, o mejor, la acción adecuada o apropiada para hacer realizar el cumplimiento de una obligación.

2.6. Responsabilidad civil objetiva

El art. 1.723 del CCyC define a la responsabilidad objetiva afirmando que “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Nino (2015) definiendo responsabilidad civil objetiva, ha dicho que “la responsabilidad es objetiva, o por resultado, se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico” (p. 189).

Kirmser (2008), ha definido que “la responsabilidad objetiva o por riesgo constituye una fórmula hasta cierto punto excepcional que debe estar expresamente establecida en la ley”. Por tratarse de una modalidad más severa, podemos así decir, debe estar expresamente previsto en ley. Continúa diciendo que “el causante de un daño, en tal supuesto, responde por el solo hecho de haberlo ocasionado”; o sea, da

lo mismo que haya procedido con toda la cautela del mundo, una vez producido el resultado, va responder, “es decir, aunque no haya tenido la culpa de su producción, ya sea por haber obtenido una ventaja realizando ciertas actividades consideradas peligrosas o por haber simplemente introducido un riesgo en la vida de sociedad” (p. 56).

2.7. Responsabilidad civil subjetiva

El art. 1.724 del CCyC establece cuales son los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad civil, definiendo que son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Nino (2015), refiriéndose a Kelsen, ha señalado que “hay responsabilidad subjetiva cuando se requiere, para que la sanción sea aplicable, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica” (p. 189).

Kirmser (2008), describiendo sobre la responsabilidad subjetiva, ha sostenido que “debe indemnizar quien ha actuado mal, por lo menos, por haber cometido imprudencia, impericia o negligencia en el obrar. No debe responder por el daño, por tanto, el que se ha comportado con la diligencia debida” (p. 55).

En esta situación, aquel que logra éxito en probar que ha procedido con cautela, y que no haya sido imprudente, imperito o negligente, estará exento de responsabilidad.

2.8. La conducta

Para que haya responsabilidad, es necesario que alguien practique una conducta, que sea una conducta positiva, o sea, una acción o, una conducta negativa, o sea, una omisión. La acción, como el propio nombre ya sugiere, corresponde en un actuar del sujeto, en cuanto la omisión, a su vez, es dejar de hacer algo, cuando debería hacerlo. La conducta, con efecto, se resume en el estado de la persona.

La persona cuando actúa, asume el riesgo de producir algún resultado, y este, puede ser dañoso o no. Lógicamente, no toda acción u omisión es dañosa.

El actuar corresponde a producir una alteración en el mundo exterior. Siempre que alguien hace algo, las cosas sufren alguna modificación, por mínima que sea. En la misma forma, cuando la persona deja de actuar, su omisión puede traer un resultado al mundo exterior, y este resultado puede ser dañoso o no.

Así, tanto las acciones como las omisiones tienen potencialidad de interferir en la vida de las personas, produciendo hechos que son capaces de provocar algún cambio en el mundo, y esta modificación, en muchas oportunidades, puede ocasionar un daño a un tercero, y este, puede, a su vez, ejercer el derecho de intentar una acción para reparar aquel daño soportado, haciendo nacer entonces, un derecho subjetivo por parte del damnificado.

El derogado Código Civil Argentino definía las acciones y omisiones en sus artículos 1.109 y 1.074, respectivamente, donde, “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio” y “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de resarcir el hecho omitido”. Siendo así, ¿Cómo hacer?

Ahora, el nuevo CCyC ha traído el concepto de responsabilidad civil con deberes de prevención y resarcimiento.

El art. 1.711 del CCyC establece el deber de prevención, describiendo que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

Bueno, todo lo que se hace, trae un resultado, tiene potencialidad de producir una alteración en el mundo exterior, es capaz de cambiar una situación. No siempre el resultado producido es dañoso, es decir, casi siempre el resultado que se produce con el actuar, no es dañoso.

El deber de reparar, a su vez, surge cuando el sujeto viole el deber de no dañar a otro, haciendo surgir así, la obligación a la reparación del daño causado.

La regla es que las personas actúen, ejecuten los hechos, sin intención de ocasionar daños a los otros. En su actuar cotidiano, las personas, aunque sujetas a la responsabilidad, actúan de manera de evitar la ocurrencia de daños a los otros, si bien, no siempre esto es posible. Este, es un actuar normal.

La actuación puede ser voluntaria o involuntaria, no obstante, esto no sea determinante en la responsabilización. Esto porque, como sugiere Boretto (2006), para definir la responsabilidad “se supera la noción voluntarista de la acción, depurándose el concepto y llegando a la conclusión de que la acción puede comprender tanto los

actos voluntarios como los involuntarios” (p. 36). Para él, lo que importa es que la conducta sea atribuible al dañador, y no la voluntariedad en producir el resultado dañoso.

Es que, con la atribución de la conducta, es posible definir quién será el responsable por el resultado dañoso, igualmente porque, la ley, define el actuar de forma culposa o negligente y, si el legislador entendió por apropiado atribuir responsabilidad a aquel que actúa de forma negligente, no es posible decir que no habrá responsabilidad para quien actúa de forma dolosa, o sea, cuando hay intención o voluntad de producir el resultado.

Tratándose de la voluntad, hay que decir que si la persona actúa voluntariamente, y su conducta es capaz de ocasionar un daño, entonces, ella será responsabilizada directamente, ya que, por su propia voluntad actuó y asumió el riesgo de responder por el eventual resultado dañoso.

Por otro lado, si la persona actúa involuntariamente, o sea, actúa por mando de otra persona, entonces, la responsabilidad recaerá, por consiguiente, sobre la persona mandante, porque, el ejecutor del acto fue únicamente un instrumento, un medio de realización de la voluntad del otro.

Para eso, hay que tener probado que la persona, efectivamente, no actuó con dolo o culpa, pero si, actúa con mandato y por la voluntad de un tercero, sino, la responsabilidad, recaerá sobre el ejecutor del acto y no sobre el mandante.

Haciendo comentarios al revocado art. 1.109 del CC, Bustamante, citado por Tavano (2011), ha dicho que “la norma encierra un principio de alto valor moral y social; el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a sus semejantes y está librado a su sola conciencia de determinar la conducta que para ello debe observar”, o sea, la persona debe actuar de manera prudente y no ser negligente, pues según él, si la persona “ha cometido un error de conducta será juzgado y sancionado por no haber obrado como un hombre prudente, honesto y respetuoso de sus semejantes como debió hacerlo” (p. 188).

Para Bustamante, las personas no necesitarían de normas para orientarlas, pues, deberían orientarse por su propia conciencia, no obstante, serían juzgada y, por ende, sancionada por sus conductas, y aquellas que habían tenido un mal comportamiento, debería sufrir una sanción por eso.

Es que en caso del artículo 1.109 del CC, el legislador garantizó a las personas el derecho de omitirse y permanecer ajenas a hechos practicados por terceros, o sea,

yo no tengo que meterme en los actos de los otros, pero, sí la ley le atribuye el deber de actuar y ésta no lo hace, entonces, será responsabilizada por su omisión.

El art. 1.725 del CCyC trae hoy el deber de actuar con mayor prudencia y diligencia, toda vez que la conducta, será valorada acuerdo con el deber de obrar. Textualmente, el artículo dispone que “cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Por fin, la conducta puede atribuir responsabilidad para su ejecutor siempre que este haya actuado con dolo o culpa, o, incluso, cuando haya sido negligente, cuando debería actuar y no actuó.

2.9. La antijuridicidad.

La antijuridicidad, se refiere a la conducta (acción u omisión) contraria a la ley. Todo acto (conducta) que viola la ley, es considerado antijurídico. La conducta antijurídica es una conducta ilícita, prohibida por el derecho, o sea, contraria a la ley.

El art. 1717 del CCyC dispone que “cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Según Herrera (s. f.), “este obrar contrario a la prohibición por más vaga que esta sea es lo que denominamos ilicitud”. Este mismo autor, también, afirma que este obrar contrario a la prohibición, o sea, contrario a la ley, al derecho, “puede consistir en una acción u omisión, y también tener lugar en una relación contractual como ante la ausencia total de contrato; puede ser unilateral o bilateral y puede causar daño o no” (p. 20).

La antijuridicidad hoy, no es más mirada solamente como una conducta ilícita, por una perspectiva legal. Más allá de los actos ilícitos, o sea, contrarios a la ley, otros actos antijurídicos también son considerados sujetos al deber de reparar. La antijuridicidad se transmutó, de la ley, para alcanzar el ordenamiento jurídico, considerado un todo.

Así, todo acto ilícito es antijurídico, pero, no todo acto antijurídico necesariamente deba ser ilícito, o sea, ilegal, del punto de vista formal. Es que, el concepto de antijuridicidad se sobrepone al concepto meramente formal del punto de vista legal, o sea, no solo aquello que viola la ley es antijurídico, así también la conducta que viola otros bienes jurídicamente protegidos también pueden ser objeto de protección del derecho.

En efecto, “la antijuridicidad no es sólo formal o específica, como pretende sostener el recurrente, pues la doctrina nacional, de forma unánime, estima hoy día que tal ilicitud objetiva puede ser material o genérica” (Boretto, 2006, p. 38). O sea, el concepto de antijuridicidad ultrapasa el concepto de ilicitud o de ilegalidad.

Es antijurídica cualquiera conducta que viola el ordenamiento jurídico y no solo aquello que viola la ley. El concepto de antijuridicidad trasciende el concepto de ilegalidad o de ilicitud y, se transmuta para proteger cualquier bien protegido por el derecho.

Tavano (2011), citando Bustamante, ha señalado que “el concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley”, o sea, el concepto ultrapasa el límite legal para abrigar otros institutos que también según Tavano “son la hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato” (p. 184). Es antijurídico lo que viola la ley, las normas, las costumbres y, también, la voluntad externada en los negocios, como en el ejemplo arriba citado, en los contratos.

Es posible decir que todo interés jurídicamente tutelado y, no solo los legalmente tutelado, son pasible de ser violados y, por consiguiente, son pasible de ser indemnizados en la hipótesis de violación. Así, no solamente lo que la ley prohíbe es antijurídico.

La antijuridicidad se presenta como el actuar distinto del debido. Esto porque el art. 1.071 del Código Civil retiraba cualquier responsabilidad por el actuar en el ejercicio regular de los derechos. Ferrer (2009) define el comportamiento antijurídico diciendo que “hay antijuridicidad, cuando el agente tiene un comportamiento distinto al que por algún motivo es debido, sea por acción o por omisión, sea obligación contractual o legal” (p. 86). De este modo, el ejercicio abusivo del derecho hace nacer la obligación de reparar, claro, existiendo los demás presupuestos.

Boretto (2006), tiene señalado que “actualmente se concibe la antijuridicidad como ilicitud material, al integrarse el ordenamiento jurídico normativo con las otras fuentes del derecho: las buenas costumbres, la moral social, los principios generales del derecho”. Para él, la antijuridicidad ultrapasa el límite legal y alcanza el ámbito normativo, contemplando todo el ordenamiento jurídico. Como se puede observar, las buenas costumbres, la moral social, etcétera, también son institutos pasibles de sufrir violación, y la conducta que los viola, en este caso, se torna antijurídica.

Continúa el autor diciendo:

De esta manera, el daño es injusto y da nacimiento al deber de reparar cuando se conculca un interés legalmente aceptado (derecho subjetivo) o un interés de hecho (en tanto sea merecedor de tutela), al violarse el genérico deber jurídico de no causar un daño a otro” (p. 38).

Así, en esta premisa, todo hecho que sea dañoso y antijurídico (no necesariamente sea ilícito, bajo prisma de que, antijurídico, no sea solamente ilegal), es pasible de ser indemnizado.

La persona que fuera víctima de una conducta dañosa provocada por un tercero, en principio, tiene el derecho subjetivo de accionar contra el dañador y pedir una reparación por el daño sufrido, una recomposición por el mal producido. El dañador responde frente al damnificado.

Para que la víctima sea indemnizada por el daño soportado, este debe ser antijurídico, porque si el hecho fuera dañoso, pero, no antijurídico, no hay entonces deber de indemnizar.

Abdala (2009), ha sostenido que “si en un caso concreto el hecho dañoso a partir del cual se pretende concretar una imputación de responsabilidad no fuera antijurídico, la sindicación del deber reparatorio obviamente fracasaría, por ausencia de ese extremo” (p. 30).

Así es posible decir que el deber de reparar surge de la antijuridicidad del acto y no del daño propiamente dicho, ya que, el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, así reglaba el art. 1.071 del CC derogado.

El nuevo CCyC, en su art. 1718 hay definido los casos en que se justifican la práctica de actos que sean dañosos, pero que, excluyen el dañador del deber de indemnizar. En esto sentido dispone:

Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el

damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

De esta manera, todo aquel que practica un acto antijurídico y provoca daño a otro, tiene, en principio, la obligación de indemnizar.

Otaola (2015) citando Coleman, ha dicho que existe dos maneras de vulnerar el derecho de un tercero, tales son: la violación y la transgresión. Según la distinción que realiza Coleman, ‘una violación es una vulneración ilegítima de un derecho. Una transgresión es una vulneración legítima o justificable de un derecho (p. 83)’.

Las situaciones no se resumen tan simplemente así, pues, hay casos en que la persona practica un acto antijurídico, provoca un daño, pero, no está obligada a indemnizar. Es así porque a veces la persona practica el acto amparada por las causas de justificación. Esto porque “en concreto, en la responsabilidad civil, la antijuridicidad no es otra cosa que el causar un daño a otro (...) sin causa de justificación” (Boretto, 2006, p. 38).

En efecto, la responsabilidad civil surge toda vez que una persona practique un acto antijurídico y que este acto sea dañoso, pero, que no sea justificable. El mismo Boretto (2006) ha señalado que “como contrapartida de la antijuridicidad hallamos las llamadas ‘causas de justificación’, que borran o excluyen la antijuridicidad del obrar dañoso del sujeto, tornándolo lícito” (p. 39).

Como ejemplos de estas causas de justificación que borran o excluyen la antijuridicidad de la conducta, es posible mencionar la legítima defensa, el cumplimiento de un deber legal y el actuar en estado de necesidad. Estas, son situaciones que eximen al dañador de la obligación de indemnizar, justamente porque, su actuar se pautó en una excluyente de ilicitud que como ya fuera dicho, borra la antijuridicidad.

En las situaciones arriba ejemplificadas, la propia ley creó mecanismos de salvaguarda a aquéllos que por medio de su conducta han provocado un daño a otro (aunque esta conducta sea antijurídica), quedando exento de responsabilidad, porque, el instituto de la justificación, así le permitió actuar, no obstante, el damnificado haya sufrido y soportado el daño.

De Lorenzo, citado por Boretto (2006), también ha sostenido que para superar la problemática debe verificarse la violación de un derecho subjetivo, o de un interés protegido, pues de manera amplia por el ordenamiento jurídico, infiere que la responsabilidad sea atribuida a todo aquel que violase un interés merecedor de tutela del Estado.

Sostiene él, que “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado”. Completa su pensamiento señalando que “en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado” (p. 40).

Todo daño sufrido es injusto porque viola el derecho del otro, sea el derecho legislado o sea el derecho mirado por el punto de vista del ordenamiento jurídico. El comportamiento lesivo del actor, es el causante del daño. De Lorenzo concluye su pensamiento señalando que “así, en ese orden, se ha preconizado la antijuridicidad del comportamiento lesivo contrario a la buena fe, la moral o las buenas costumbres” (p. 40).

En este prisma, está evidenciado que la acción es antijurídica no solamente cuando es ilícita, sino también cuando es practicada contra la buena fe, cuando es inmoral y también cuando lesiona las buenas costumbres. Es que “cualquier sistema de responsabilidad civil debe ser justo (o lo menos injusto posible) y, reducir el costo de los accidentes” (Gutiérrez, 2009, p. 545).

La antijuridicidad así, puede comprenderse como la violación de la ley e del derecho tal como un todo, más allá de la violación de la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

2.10. La imputabilidad:

Para que una persona sea responsabilizada por algo, primero, tenemos que tener en cuenta si ella es imputable, o sea, si tiene capacidad de comprender su conducta. El discernimiento es un factor determinante para que se impute o se atribuya responsabilidad a una persona. Sin discernimiento, sin capacidad de comprensión, no es posible atribuir responsabilidad a una persona, porque, ella no entenderá el porqué de su responsabilización. Así, la imputabilidad es *conditio sine qua non* para atribuir responsabilidad a una persona.

La ley reconoce que toda persona humana goza de aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22 del revocado CCiv.) Regla general, cualquier persona, tiene capacidad de asumir derechos y de contraer obligaciones en la vida civil, no obstante, no siempre es capaz de ejercer personalmente estos derechos u obligaciones, dependiendo, conforme el caso, de representación o asistencia.

Según el art. 24 del Nuevo Código Civil y Comercial Argentino, son incapaces de ejercicio: a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y grado

de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. (El revocado art. 54 del CCiv decía que: tienen incapacidad absoluta: las personas por nacer; los menores impúberes; los dementes; los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. A estas personas, en principio no se le imputa responsabilidad por sus actos, justamente, por no tener capacidad y, por consiguiente, no comprender, no tener el discernimiento necesario de sus acciones).

El revocado art. 921 del Código Civil, indicaba las causas que obstan al discernimiento de la persona y, disponía que “los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.” En estos casos, el acto practicado por el niño, aunque sea ilícito, no es pasible de responsabilización porque fue practicado sin discernimiento. En efecto, también los actos practicados por las personas dementes y por aquellos que están sin uso de la razón en el momento que lo practican, como es el caso de la embriaguez completa e involuntaria son inimputables, ya que, estas personas, en estas condiciones, están libres de responsabilización.

Tampoco se puede atribuir responsabilidad a la persona que actúa sin intención, o sea, en error o sin dolo, sin la voluntad de actuar.

El error es el falso conocimiento de que una persona tiene de una cosa, la percepción no se condice con la realidad, la persona tiene una falsa idea de algo y la ignorancia se sobrepone al discernimiento. El art. 922 del revocado CCiv., disponía que “los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error, y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación.” El artículo traía también otras dos figuras para decir que el acto es practicado sin intención, si es ejecutado por fuerza o por intimidación.

Así, para que el acto sea practicado con error y sea excusable, es necesario que el error sea esencial, “es decir, debe haber sido el motivo determinante del acto y recaer sobre un elemento esencial del acto jurídico” (Boretto, 2006, p. 43).

Este error puede ser de hecho o de derecho. El primero ocurre cuando la persona cree contratar una cosa y contrata otra. El segundo ocurre cuando hay falta de conocimiento de la ley. Boretto (2006) advierte que este error (falta de conocimiento de la ley) “no puede ser invocada como excusa para eximir de responsabilidad por los actos ilícitos ni para impedir los efectos legales de los actos lícitos” (p. 44).

Cuando el acto es practicado mediante el uso de la fuerza o con intimidación, este es practicado sin libertad, por eso, es un acto viciado y, por ende, inimputable. En esto sentido, el art. 276 del Nuevo Código Civil y Comercial dispone que la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso. (El art. 936 del revocado CCiv., establecía que habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible). Solo habrá falta de libertad cuando la fuerza sea irresistible. La violencia física es traída por la doctrina como una forma de actuación sin libertad, sin voluntad. Boretto (2006) entiende que la violencia física “más que viciar la voluntad del agente por afectar la libertad – con lo cual el acto sería ‘involuntario’ –, determina la falta de autoría pues excluye la existencia misma del hecho humano” (p. 46).

La intimidación estaba tratada en el derogado CCiv., en su art. 937 como la situación en que “habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.” La coacción debe provocar intenso temor en la persona para que su acto sea considerado viciado e inimputable. Simples amenazas no es suficiente para caracterizar el vicio de la práctica del acto sin intención.

Así, para que el acto sea viciado y no produzca resultados, esto es, sea inimputable, debe la persona – agente – sufrir una injusta amenaza y el mal debe ser inminente y grave, o sea, no cualquier amenaza es capaz de viciar la voluntad de la persona y tornar el acto inimputable. Sí la persona, por ejemplo, tiene tiempo de pedir ayuda a la policía u otra persona, entonces, el mal no es más inminente y, por eso puede que no sea practicado contra el agente.

Así, la imputación es un elemento esencial para atribución de la responsabilidad civil, el acto, el hecho debe imputarse al agente actuante para que él pueda ser responsabilizado. Cuando la acción fuera practicada por quien no tiene el necesario discernimiento, entonces, el agente estará libre de responsabilidad y, por consiguiente, de indemnizar.

2.11. El factor de atribución:

Para que haya responsabilidad civil, el obrar humano debe tener el carácter dañoso, antijurídico e imputable y, además, estar basado en un factor de atribución objetivo o subjetivo.

La atribución subjetiva es fundada en la culpa o en el dolo. En este caso, el legislador tomó en cuenta la conducta del agente y la reprochabilidad que se funda en la actuación culposa o dolosa.

Por otro lado, en la atribución objetiva, no se hace juicio de reprochabilidad con respecto a la conducta del agente transgresor; el legislador aquí, entendió, que las valoraciones sociales, políticas y económicas se sobreponen a los intereses individuales y, por eso, se justifica el desplazamiento económico del daño. En este último caso, figura la teoría del riesgo.

El art. 1721 del CCyC ha definido que el factor de atribución de un daño al responsable, puede basarse en factores objetivos o subjetivos, y que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

Otaola (2015), citando Carlucci, ha dicho que:

El 1721 es, simplemente, una “norma de clausura”, según la cual, producido un daño, si ningún principio, regla o norma, sistemáticamente interpretados, establece para esa situación un factor objetivo, la reparabilidad dependerá, como mínimo y según las circunstancias del caso, de la verificación de una omisión de las diligencias que los hechos concretos requerían (p. 81).

El factor de atribución, según Boretto (2006), “es la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro” (p. 48). O sea, la atribución nada más es que la imposición de la responsabilidad al causante del daño, sea él el responsable directo o indirecto de la obligación de indemnizar.

Pizarro (2006) ha definido el factor de atribución como: “el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito estricto sensu a una determinada persona” (p. 11).

En otras palabras, es la transmutación del perjuicio económico sufrido por el damnificado que pasa a ser garantizado por el dañoso. Atribuye a este (dañoso) el deber de reponer el perjuicio material, al igual que el moral sufrido por la víctima, el damnificado.

Siendo de esta manera, Tavano (2011) señala que “cuando la dogmática habla de los factores de atribución responde esencialmente a dos preguntas: quién responde y en virtud de qué circunstancia” (p. 191). Así, una vez practicada la conducta, sea por acción u omisión, ¿a quién ella será atribuida? y ¿quién irá a responder por un eventual daño causado? Sugiere Tavano (2011) que “así, afirmará que responde quién actuó, quién omitió, el dueño o guardián de la cosa, el patrón por el hecho de su dependiente, o los padres por sus hijos menores, etcétera” (p. 191).

Esto se da así porque, ni siempre el autor del hecho es su responsable, o mejor, ni siempre se atribuye la responsabilidad al autor del hecho. Hay casos en que la responsabilidad es atribuida a un tercero y no al practicante del hecho.

Según el pensamiento expuesto, es posible que se tenga las dos formas de atribución, las cuáles serán, la subjetiva y la objetiva.

La primera (atribución subjetiva) , surge cuando la persona actúa u omite por ella misma, o sea, la responsabilidad es atribuida al propio sujeto que de manera deliberada, sí actuó o dejó de actuar, cuando debería.

El CCyC, en su art. 1724 trató de definir en qué consisten estos factores subjetivos, certificando ser la culpa y el dolo.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. La culpa la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.

El dolo, a su vez, se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

La segunda (atribución objetiva), cuando el tercero responde por los actos de su dependiente, por el deber como guardián, etcétera, o sea, la responsabilidad aquí ultrapasa a la persona que practicó el hecho para ser soportada por otro, un tercero que, no obstante, no haya actuado, asume esta responsabilidad, no por voluntad propia, sino, por una determinación legal.

Así, el factor de atribución es objetivo cuando la culpa o el dolo del agente es irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad.

La culpa es una de las formas de atribución subjetiva. La culpa puede ser del autor del hecho o de la víctima. Inclusive, si el autor del hecho comprueba que la culpa es exclusiva de la víctima, quedará exento de responsabilidad, excepto habiendo disposición legal en contrario.

Cuando la culpa es atribuida integralmente al agente causante del daño, la obligación de indemnizar, también se presenta integral. Es así porque el agente fue el

único responsable del resultado, o sea, si no fuera su modo de actuar, el resultado no habría ocurrido. De esta forma, su responsabilidad es integral y la reparación también debe ser integral.

Por otro lado, cuando la víctima es la culpada por la circunstancia del daño, el agente puede incluso eximirse de la obligación de indemnizar o tener una responsabilidad atenuada, dependiendo del grado de culpabilidad de la víctima.

En este caso, Pantaleón Pietro, citado por López Mesa (2014), ha sostenido que:

Indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo. Por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio y considerando la cuestión como una exclusivamente entre cada dañador y cada dañado, no es razonablemente discutible que la mejor de tales razones es que la conducta del dañador sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de ese tipo de conductas: que aquél incurrió en culpa (p. 2).

Tavano (2011) señala que “cuando Vélez Sársfield redactó el Código Civil (refiriéndose al código revocado), se admitía sin discusión que la culpa era el único fundamento de la responsabilidad civil; ése era el sentido del artículo 1.109 del Código Civil” (p. 191). Traerse ahora la redacción de la primera parte del revocado art. 1.109 del CC, que disponía que “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.”

La lectura del artículo nos lleva a creer que solamente la acción practicada con culpa o negligencia – que en verdad es una acción que también remite a culpa – obligaría al agente a reparar el perjuicio. La redacción, en principio, hace creer que solamente la conducta culposa obligaría a la reparación y que otras formas de conducta no estarían comprendidas por el Código.

No obstante eso, haciendo una reconceptualización de la culpa, aunque el artículo 1.109 mencione en su redacción que solamente el hecho practicado con culpa o negligencia y que ocasione un daño es que obliga el dañador a reparar el perjuicio, la relectura que se hace del artículo, es de que, cualquier hecho practicado que viole el deber de no dañar (principio adoptado por el CCyC actual), es un acto ilícito y, por consiguiente, antijurídico y, por tanto, debe, entonces, ser reparado por el agente causador.

Así, todo hecho practicado que afronta o viole el derecho, que sea imputable, que cause daño y que no sea justificable, es pasible de ser indemnizado por el sujeto

causador, sea directo o indirecto, en los casos en que los terceros responden por los hechos de los otros.

Para Tavano (2011), la culpa es “la ausencia de intención maléfica, y la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño a otro” (p. 192). La ausencia de intención maléfica es elemento de la figura culposa, porque, sí el agente practica el acto con intención, entonces, no más hay que hablar en conducta culposa, pero si, en dolosa.

La omisión de la conducta debida también es una modalidad de conducta culposa, porque, en este caso, el agente realiza el acto, sin observar el deber de cuidado, o sea, dejó de ser un hombre correcto para actuar de manera descuidada.

La reprochabilidad de la conducta se hace según el grado de la culpa. La conducta, es mirada como el termómetro de la reprochabilidad. La valoración de esta conducta es la que irá a definir el juicio de reproche del actuar del agente. Esta valoración debe ser medida por la manera de actuar del sujeto, si fue o no, prudente o diligente en su actuación.

Según Tavano (2011) “la prudencia consiste en actuar con cautela cuando el daño se ha previsto” y “la diligencia consiste en prever lo que era previsible y en adoptar las providencias necesarias para evitar un daño” (p. 192). En siendo así, si el sujeto actuó de manera prudente o diligente, su culpa puede ser atenuada y, por ende, atenuada también será su responsabilidad.

Por otro lado, si su actuación no fuera ni prudente, ni diligente, entonces, la consecuencia, será una mayor reprochabilidad en su conducta y, consecuentemente, el resultado, lógicamente, deberá ser soportado integralmente por el agente causador, justo porque, actuó sin la cautela debida.

El dolo también es una forma de atribución de responsabilidad. Aquél que practica el acto con intención de causar el daño, asume la obligación de indemnizar. Así, el dolo surge como modalidad de actuación del agente. Aquel que actúa con dolo, que practica la conducta de manera voluntaria, con voluntad de dañar, que actúa de manera ilícita, que está practicando una conducta antijurídica, está asumiendo el riesgo de obtener la obligación indemnizatoria.

López Mesa (2014), haciendo referencia sobre el cambio de paradigma para el factor de atribución de la responsabilidad, cita Pena López, para explicar cómo el momento histórico puede ser decisivo para definir estos paradigmas, bien así, como los factores de producción (mano de obra, maquinarias, etcétera) también causan injerencia en esto sentido. Así, para él (Pena López):

En la sociedad preindustrial y pre-capitalista, por tanto, correspondiente a una economía de mera subsistencia, ésta se aseguraba mediante unas estructuras de producción muy simples, poco mecanizadas, con fuentes de energía poco peligrosas, y, por consiguiente, de fácil control; unas estructuras más bien estáticas, en el sentido de que no estaban pre-ordenadas a una producción incesante ni exigían, tampoco, demasiada movilidad en los transportes. Así las cosas, de este tipo de producción resultaban pocos daños, por otra parte, no muy grandes, en general, de los que quedaban sin reparar los menos, puesto que lo más probable era que fueran causados por negligencias, de fácil prueba... Con la llegada de la sociedad industrial, la producción, al perseguir el puro beneficio a ultranza y la multiplicación del capital, se torna mucho más dinámica: se trata de producir y distribuir masiva e incesantemente, se impone la máxima mecanización, rapidez en el funcionamiento de las máquinas y los transportes, a través de la utilización de las más potentes y peligrosas fuentes de energía; y todo ello ocurre en una sociedad más masificada y más consumidora (p. 3).

En verdad, el momento histórico y las mudanzas de paradigma, caminan concomitantes, esto porque, es claro que en cada momento de la historia, la sociedad y el legislador saben que es necesario adecuarse a aquél período.

Esta adecuación debe ser de comportamiento, de actitudes y, no diferente, debe actuar el legislador. Igualmente, las leyes y los comportamientos de las personas transforman a cada tiempo. Por tanto, es necesario que la sociedad, el legislador y el juez, también estén atentos a la realidad vivida por aquel grupo social a cada momento de la historia.

En el derecho civil moderno, la responsabilidad civil, más allá de resarcir daños, busca evitarlos. Es menos dispendioso evitar el daño que repararlo. La faceta preventiva de la responsabilidad civil está adquiriendo cada vez mayor importancia, dado que si se suprime el daño antes de producirse, se logra un importante ahorro de medios, tiempos y costos.

2.12. La relación de causalidad:

Intrínsecamente a la responsabilidad civil, la relación de causalidad es da esencialidad del acto, pues, sí no hay relación entre la conducta del agente y el resultado dañoso, no hay que hablar de responsabilidad.

El CCyC en su art. 1726 ha dicho que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

Acciarri (2014) advierte que:

Aunque la necesidad de este requisito haya sido objeto de críticas, la práctica convencional sigue exigiendo, en términos generales que para imputar el deber de indemnizar (al menos, al campo de la responsabilidad directa) el sujeto en cuestión sea considerado *causante* de este daño, en términos jurídicos (p. 159).ⁱⁱⁱ

Según Bustamante Alsina, aludido por Tavano (2011), al conceptualizar la relación de causalidad, sostiene que este presupuesto es elemental para acto ilícito, porque, "(...) de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro" (p. 320).

En esto caso, la relación de causalidad, tiene la función de encadenar la conducta practicada por el agente, con el resultado ocurrido en el mundo exterior, para entonces, atribuir la obligación de quien debe indemnizar y cuál es la extensión del daño provocado.

Conforme señala Boretto (2006), la relación de causalidad presenta dos aspectos de interés: "1. la causalidad a nivel de extensión del daño resarcible; 2. la causalidad a nivel de autoría trata de determinar el vínculo existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso" (p. 56).

Los aspectos arriba citados son importantes para definir el grado de responsabilidad del dañador, toda vez que, para la justa resarcibilidad del daño, hay que considerar este nivel de autoría y este nivel de extensión, para entonces, fijar la resarcibilidad de todo el daño causado o de algunas de sus consecuencias, especialmente, identificar las consecuencias inmediatas, las mediatas previsibles o las casuales.

Para que sea posible establecer la justa resarcibilidad del daño, primero, es necesario establecer cuál es su causa. Para eso, es inevitable que se haga un juicio de probabilidad para considerar si la acción u omisión del sujeto es idónea para producir el resultado.

Ese juicio puede hacerse, tomando por base, la mentalidad del hombre común, con mentalidad normal, que hubiese podido prever el resultado de un acto. Eso es el que puede extraer del concepto traído por Boretto (2006), citando a Bustamante Alsina, que, según él, este juicio de probabilidad del hombre común es aquello que “en otras palabras, a fin de poder determinar jurídicamente el nexo causal para imputar a un sujeto un resultado, no puede prescindirse de una apreciación racional, referida a la aptitud normal de previsibilidad considerada en abstracto, es decir, objetivamente” (p. 56). Así, se hace un análisis objetivo de la conducta practicada, para determinar si la misma, tendría o no idoneidad para producir el resultado dañoso.

El CCyC trae en su art. 1725 la valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

En cuanto al aspecto del resarcimiento según la autoría del acto, el derogado Código Civil traía el concepto legal de tres consecuencias de la acción del agente, o sea, las consecuencias inmediatas, las mediatas previsibles y las consecuencias causales.

La nueva redacción traída por el art. 1727 del CCyC dispone que las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

El artículo 1727 del CCyC en su primera parte ha dispuesto que las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Así, es posible decir que las consecuencias inmediatas son aquellas que siguen su curso normal y habitual, y que pueden ser medidas por la mente de un hombre común. Siendo así, tales conductas pueden ser atribuidas al autor del acto.

Disponía el art. 903 del derogado CCiv, que “las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.” Así, los hechos libres practicados por el agente, a él le son imputables como consecuencias inmediatas de su conducta, o sea, atribuibles al agente como resultado directo.

Por otro lado, el art. 906 del también derogado CCiv disponía que “en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

Así, para que el resultado dañoso sea imputable a su autor, la relación de causalidad debe ser adecuada y, según Ferrer (2009), la relación de causalidad es adecuada cuando “la consecuencia es el resultado del hecho según el curso natural y ordinario de las cosas” (p. 88).

La segunda parte del art. 1727 del CCyC, trae la definición legal de consecuencias mediatas, donde, las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. En estos casos los resultados no se presentan directamente con la práctica del acto, pero, dependen de un acontecimiento distinto y que necesita hacer conexión con el resultado ocurrido, no obstante, sea también atribuible al autor, estas son, por definición legal, las consecuencias mediatas.

En efecto, esta atribución se hace cuando las consecuencias se hubieran previsto o se haya podido preverlas, o sea, el hombre común tiene la obligación de emplear la debida atención y su conocimiento para prever los resultados de su actuación, por lo cual, podrá ser responsabilizado, precisamente porque estas consecuencias, pueden y deben ser previsibles en abstracto, ya que, el CCyC, incluye la valoración de la conducta, cuando, en su art. 1725 ha previsto que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Disponía el artículo 904 del Código Civil que “las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.”

También tenemos la responsabilidad por el daño provocado por una consecuencia causal, que está definida en la última parte del artículo 1727 del Código Civil, según el cual, “las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

Así, las consecuencias causales son, en efecto, consecuencias mediatas, pero, así son tratadas, porque no pueden preverse. Boretto (2006), citando Bustamante Alsina, ha señalado que las consecuencias causales “son las consecuencias mediatas que no pueden preverse (...). Las mismas escapan a toda previsibilidad porque corresponden a hechos que sobrevienen inesperadamente en el proceso causal e interrumpen su normal desarrollo” (p. 57). O sea, son consecuencias que no pueden pronosticarse, son imprevisibles y, por eso, eximen al autor del hecho cuando este había tomado todos los cuidados al ejecutarlo pero, igualmente, ha ocurrido la consecuencia dañosa, no obstante, toda la diligencia dispuesta.

El art. 905 del derogado Código Civil, mencionaba que “las consecuencias puramente casuales no eran imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.” En este caso, Boretto (2006) hace una observación en el sentido de que “estas consecuencias, al no ser previsibles en abstracto, no son imputables al agente, salvo que concretamente las hubiera previsto dadas ciertas condiciones particulares del mismo, y obrase teniendo en miras ese resultado (...)” (p. 57).

De este modo, siendo imposible la previsión del resultado, el agente se exime de la atribución del mismo y, por ende, del deber de indemnizar. Ahora, si el resultado es previsible debido a ciertas condiciones del agente, o tenga él, en mira el resultado, entonces, es posible que a él le sea atribuido el resultado de la conducta, porque, en efecto, el agente, actuó con dolo ya que tenía consciencia del resultado o tenía en mira el resultado que podría producirse pero, igualmente, decidió continuar con la práctica del hecho.

El derogado Código Civil, también contemplaba en su artículo 906 la causalidad remota, o sea, aquellas que no tiene el nexo adecuado de causalidad con el hecho ilícito. Así disponía el artículo que “en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.” Siendo así, estas consecuencias son inimputables al agente toda vez que el resultado no tiene nexo de causalidad adecuado con el acto tenido como ilícito.

Siendo la conducta atribuida al agente, él tiene la obligación de efectuar la reparación integral del daño ocasionado. Pero, esto no significa decir que la reparación tiene que darse de manera ilimitada. La integralidad no corresponde a la ilimitabilidad.

Boretto (2006) señala que “sólo son resarcibles los daños que son consecuencia adecuada del hecho, es decir, todas las consecuencias ‘previsibles’” (p. 57). El art. 1726 primera parte del CCyC dispone en este sentido al mencionar que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.

En este caso, tenemos aquí la figura de la consecuencia inmediata prevista en la primera parte del artículo 1727 del CCyC, donde, la responsabilidad es atribuida porque la conducta fue practicada y las consecuencias eran previsibles porque siguen el curso natural y ordinario de las cosas, o sea, existía la posibilidad de prever el resultado, aunque, de manera abstracta.

En este mismo sentido, Tavano (2011) ha destacado que “no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes” y, continua ahora citando a

Bustamante Alsina describiendo que “aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, ésta es la causa”, o sea, una consecuencia inmediata es por ser previsible y, “las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes” (p. 323).

En otras palabras, son consecuencias mediatas o tal vez, consecuencias casuales que, cierta manera, no son atribuidas a la conducta, haciendo con que, no sean asumidas por el agente que practicó el hecho.

Para sanar las dudas, la segunda parte del art. 1726 del CCyC ha dicho que excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, o sea, quedan definitivamente refutadas las consecuencias casuales.

En la órbita contractual, como en las sociedades comerciales, donde los socios manifiestan su voluntad por medio de un instrumento, en estos casos, el deber de reparar se extiende hasta las consecuencias mediatas cuando el agente, en este caso el socio, las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas, o aún, cuando haya actuado con dolo.

Arriba, ya fueron tratadas las situaciones en que el agente hubiese previsto la consecuencia o cuando podía preverla.

Ahora, miramos la actuación maliciosa del agente. El artículo 521 del derogado Código Civil disponía que “si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.” Esto se pone porque, la inejecución maliciosa, no es más que el dolo, y cuando el agente actúa con dolo, su responsabilidad se pautará tanto en la relación de causalidad inmediata, porque, las consecuencias, siguen el curso natural y ordinario de las cosas, así como, en la relación de causalidad mediata, porque, el resultado, también es previsible, toda vez que el agente tiene la conciencia del resultado que podrá producirse y, asimismo, practica el hecho.

El actual CCyC tampoco dejó de tratar del asunto, y en el art. 1728 ha dicho que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Por otro lado, si el incumplimiento contractual fuera culposo, el agente tiene la obligación de reparar por las consecuencias inmediatas, o sea, por aquellas que,

tengan su curso natural y ordinario y, sean previsibles. La consecuencia solamente ocurrió porque el agente fue negligente y no observó aquello que consecuentemente habría de ocurrir, no estando obligado en los demás casos.

2.13. El daño:

El presupuesto del daño es el primero elemento que debe ser considerado para que haya la obligación de indemnizar. Sin la ocurrencia del daño, no hay que hablar de reparación.

Así, para que nazca el derecho subjetivo de pretender una reparación, primordialmente, hay que tener por ocurrido un daño, sea este, patrimonial o moral. Sin daño, no existe el deber indemnizar.

Tavano (2011), citando Bustamante Alsina, hay dicho que el daño “es el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño material), y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)” (p. 272).

El CCyC, trae el concepto de daño en su art. 1737, describiendo que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

“El daño, para ser indemnizable debe ser cierto, debe responder a un interés jurídicamente protegido, y debe subsistir al momento de requerirse su indemnización” (Ferrer, 2009, p. 86).

Note que, la definición traída por Ferrer, alude a un interés jurídicamente protegido, o sea, solamente aquel que el ordenamiento jurídico protege, es el que puede exigir reclamación. De este modo, aquel que no es protegido por el derecho, no merece cualquier reparación.

Como ya fue mencionado, el daño puede tener su origen en un contrato o en un acto ilícito. Disponía el art. 506 del Código Civil que, “el deudor, es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación”. Así también, el art. 511 del mismo código, disponía que, “el deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla”. Por otro lado, la obligación, también puede tener su origen extracontractual.

El art. 1067 del Código Civil, disponía que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda

causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.” O sea, no habiendo daño, no existe, no surge, no nace la obligación de indemnizar, puesto que no ocurrió un perjuicio.

De este modo, una vez más se hace necesario recordar que el daño puede tener su origen en un contrato o en una relación no contractual, siendo que, en este último caso, estamos delante de una acción u omisión ilícita que tiene su origen en la propia norma o mejor en el propio ajuste de voluntad.

Es posible también decir que, el daño, puede ser patrimonial o moral. El primero, es el que afecta el patrimonio de una persona, sea ella física, de existencia visible, o jurídica, de existencia ideal, y, esta afectación, es susceptible de apreciación pecuniaria.

El daño patrimonial hará afectar un bien de la persona; y bien es, según, Tavano (2011), citando Beker y Mochon, “todo aquello que satisface, directa o indirectamente, los deseos o necesidades de los seres humanos”, en cuanto que, bien económico es “todos aquellos que son útiles, escasos y transferibles” (p. 272).

El art. 1068 del Código Civil decía que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.” Por el art. 1737 del CCyC, hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En conformidad con el artículo, el daño puede ocurrir directa o indirectamente. Ocurre directamente cuando afecta las cosas pertenecientes al dañado, o sea, la persona sufre un perjuicio en su patrimonio, como, por ejemplo, la pérdida de un automóvil. Por otro lado, el daño indirecto es aquel que afecta los derechos o facultades de la persona, donde, por ejemplo, cause una disminución en su capacidad de trabajo o la pérdida de su tranquilidad, trayendo con eso, una disminución en su capacidad productiva, e, por ende, una afectación patrimonial por la baja producción en el trabajo.

El daño indirecto es aquel que afecta bienes no patrimoniales de la persona, o sea, el daño sufrido afecta directamente la persona, su tranquilidad, su bien estar psicofísico, etcétera. Este daño, es el que afecta la persona, que disminuye su capacidad de trabajo, por ejemplo; y, por consiguiente, disminuye su capacidad productiva, causándole, por fin, un perjuicio patrimonial, por ella dejar de producir aquello que podría producir, afectando así, indirectamente, su patrimonio.

El daño material puede radicar en el daño emergente o en el lucro cesante. El daño emergente es la pérdida de bienes o de valores del patrimonio del dañado. Él puede ser actual o futuro. Es actual cuando produce su efecto de inmediato, o sea, el resultado se presenta en el momento, como por ejemplo, la destrucción de un bien. Es futuro cuando el dañado necesita hacer reparaciones o inversiones para recuperar o dar destino a la cosa que sufrió el daño, o sea, el dañado necesitará invertir dinero para recuperar la cosa damnificada.

El art. 1739 del CCyC trae los requisitos para que la acción de indemnización sea procedente, exponiendo que para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. Incluso, el artículo, también trae la posibilidad de buscar una indemnización por la pérdida de una chance.

El lucro cesante, a su vez, consiste en la privación de un enriquecimiento, o sea, imposibilita que la persona obtenga una ventaja. El lucro cesante también puede ser actual o futuro. Es actual cuando trae una privación al damnificado de obtener lucros con su trabajo, por ejemplo. Y, es futuro cuando esta misma privación se extiende en el tiempo.

El CCyC., en su art. 1738 dice que, la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante es el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

El daño moral, por otro lado, no afecta bienes materiales, pero sí, derechos de la personalidad. El daño moral no será objeto de apreciación, porque, aquí, el que interesa es, simplemente, el perjuicio material.

El nuevo CCyC trae expresamente como innovación, la previsión de la prevención del daño.

El art. 1710 del CCyC dispone que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa de evitar causar un daño no justificado, no agravarlo si ya se produjo y adoptar medidas razonables para evitar que el daño se produzca, y también, para disminuir su magnitud.

También, el CCyC ha previsto la llamada acción preventiva que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible a la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Esto está descripto en el art. 1711.

En este sentido, Otaola (2015), ha sostenido que:

A su vez, el CCyC ha reforzado y reafirmado las funciones del régimen de responsabilidad civil, el cual no debe limitarse a la estricta reparación del daño; sino que debe hacerse lugar a las funciones de prevención del daño y a la sanción de graves inconductas (p. 64).

Otaola (2015), también sustenta que la redacción original del Proyecto CCyC 2012 no dejaba dudas al respecto, y en el art. 1708 CCyC (2012), relativo a las funciones de la responsabilidad civil, establecía: “Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva” (p. 66).

Así, el nuevo CCyC, abarcó la función preventiva y resarcitoria del derecho de daño, refutando, aún, la función punitiva del derecho de daño, siendo este, según ha entendido el legislador, más apropiado al derecho penal.

2.13.1. Eximentes de responsabilidad:

El art. 1729 del CCyC trae las situaciones en que el dañador puede quedar liberado del deber de reparar o, al menos, tener una mitigación en su deber reparatorio. Textualmente dice el artículo que la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

El hecho de tercero, también es causa de eximente o disminución de responsabilidad. Esta previsión está expresa en el art. 1731 del CCyC, donde para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.

Así, la eximente exige la reunión de los caracteres del caso fortuito que, a su vez, están previstos en el art. 1730 del CCyC, donde se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

3. SOCIEDADES

3.1. Marco metodológico (materiales y métodos):

El propósito del trabajo es realizar la investigación en sentido estricto, o sea, no se considerará situaciones prácticas, no obstante, el resultado sí pueda traer reflejos en la práctica societaria y empresarial en Argentina.

La base del estudio es la ley, la doctrina y la jurisprudencia argentina, no obstante, como ya se ha dicho, en algunas situaciones, se hace referencia a la ley, la doctrina y la jurisprudencia brasileña, uruguaya y paraguaya, como forma de enriquecer el estudio.

Fue definida la ley como base del estudio justo, porque la Ley General de Sociedades, trae expresamente en su cuerpo, situaciones de responsabilidad de los socios, no obstante, en un primer momento, les es atribuida responsabilidad limitada a la integralización de las cuotas que ellos suscribieran o adquirieran, sin embargo, luego, les atribuye responsabilidad solidaria e ilimitada por la integración de los aportes suscriptos o adquiridos y no integrados y, también trae otras previsiones de responsabilidades para los administradores sociales.

Así, para llevar a cabo el propósito de este trabajo, se ha realizado un abordaje cualitativo de la materia, con la revisión de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia. Por tanto, no se trata de un estudio experimental, tampoco explicativo, pero sí de examinadorio, descriptivo y cualitativo, utilizando, para ello, el método deductivo con el fin de atingir el objetivo pretendido.

3.2. Las sociedades

Las sociedades comerciales son, antes de todo, personas jurídicas. El CCyC trae en su art. 141 la definición legal de persona jurídica, estableciendo que “son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Obsérvese que, por la definición legal, la persona jurídica tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, pero, esta capacidad debe ser viabilizada para atender los fines sociales para el cual fuera creada.

Boretto (2015), comentando el art. 141 del CCyC, ha dicho que:

En suma, mientras que a la persona humana le son permitidos todos los actos y puede ejercer todos los derechos que no le estén expresamente vedados, la persona jurídica solo goza de capacidad jurídica para todo lo que está comprendido en sus fines propios (p. 284).

Las sociedades pueden ser civiles o comerciales. El revocado Código Civil Argentino en su art. 1648 disponía que “habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado.” En este caso, hay una sociedad civil.

El Código Civil y Comercial ha cambiado el término “sociedad civil” por “asociaciones civiles”. También, el CCyC no trae la definición de asociaciones civiles, definiendo solamente su objeto, forma de constitución, administración, responsabilidad, etc.

Es interesante destacar que, el art. 168 del CCyC que habla del objeto, trae expresamente vedado el fin de lucro, al menos, como su fin principal. Así, está expreso que “no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.”

Por otro lado, el artículo 1º de la Ley 19.550 disponía que “habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.” Acá, diferentemente de lo que dispone el Código Civil, tenemos una sociedad comercial, no una sociedad civil o una asociación civil.

La ley que creó el CCyC, alteró la Ley de Sociedades y ha traído una nueva redacción al art. 1º de Ley 19.550/84, siendo, ahora el concepto de sociedad, el siguiente: “habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.”

Las sociedades comerciales son creadas como entes autónomos para asumir derechos y contraer obligaciones, “es decir, como centro de imputación de derechos y obligaciones” (Beade, 2010. p. 145).

Roitman (2010) trae una interesante distinción entre sociedades civiles y comerciales, esclareciendo que:

En las sociedades civiles el elemento personal es siempre de gran importancia, por lo que califican siempre la categoría de sociedades *intuitu personae*. En el caso de las sociedades comerciales el elemento personalista se acentúa en las sociedades por partes de interés (colectiva, comandita simple, capital e industria), se encuentra moderado en las sociedades por cuotas (de responsabilidad limitada) y se encuentra relegado a un rol absolutamente secundario en las sociedades por acciones (sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones) (p. 7/8).

En Brasil, las sociedades hoy, son denominadas como: sociedades simples y sociedades empresarias.

El art. 981 del Código Civil Brasileño – CCB - establece que “celebran contrato de sociedades las personas que recíprocamente se obligan a contribuir, con bienes o servicios, para el ejercicio de actividades económicas y la partición, entre ellos, de los resultados”. Esta definición es genérica y sirve para las sociedades civiles (simples) y, también, para las sociedades comerciales.

Las sociedades civiles en Brasil, que, con efecto, son llamadas sociedades simples, son aquellas constituidas mediante contrato escrito, que puede ser confeccionado delante de un escribano público o, también puede ser constituida por contrato particular, donde, se mencionará las cláusulas y condiciones del ajuste.

El art. 982 del Código Civil Brasileño trae la definición de sociedad empresaria, estableciendo que “salvo las excepciones expresas, considerase empresaria la sociedad que tenga por objeto el ejercicio de actividad propia de empresario sujeto al registro (art. 967); y, simples, las demás”. Con el fin de aclarar lo que es empresario, el art. 966 del mismo Código lo define como “aquél que ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o la circulación de bienes o de servicios”.

Una vez constituida la sociedad, ella será registrada para iniciar regularmente sus actividades.

Curá y Villalonga (2013), en el artículo publicado en la Revista Jurídica de UCES, escribieron sobre el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, señalando que fue objeto de debate el comienzo de la persona jurídica con el enunciado de dos posiciones:

Una, en cuanto la sociedad es reconocida como sujeto de derecho desde el momento de su constitución. Tesis del derecho vigente que mantuvo el Anteproyecto – no

siendo ello modificado por el Proyecto presentado en el Congreso – y que desde estas notas se respalda.

La otra, es la sociedad una persona jurídica y, por ende, sujeto de derecho, solo a partir de la inscripción registral, mientras que, en la etapa previa hay un contrato. Tal posición procura evitar la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a lo que es doctrinalmente un *joint venture* (contrato) y no una sociedad, aún en sentido lato (p. 190).

Concluyen los autores que la Comisión consideró muy fundadas ambas posiciones, pero, terminó inclinándose por la primera.

3.2.1. Características de las sociedades:

Las sociedades comerciales tienen algunas características que es necesario destacar. La orientación es seguida conforme nos presenta Muguillo.

Primero: es necesaria una pluralidad de partes, o sea, la ley exige dos o más personas. Sí la sociedad, por cualquier motivo, se ha reducido a uno socio, el plazo para que se incorporen nuevos socios es de tres meses. Sí no lo hacen, la sociedad se disuelve (art. 94, 8 de la LSC) Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010) han sostenido que “la pluralidad de socios debe ser real, ya que de existir socios prestanombre en detrimento de la pluralidad de la partes, se trataría de una sociedad inexistente constituida en fraude a la ley” (p. 10).

Es necesario decir, que el CCyC, modificó el art. 1º de la Ley de Sociedades, incluso, la denominación que no es más “Ley de Sociedades Comerciales”, sino, “Ley General de Sociedades”, y ha previsto la posibilidad de crear sociedades unipersonales. Así, la segunda y tercera parte del artículo dispone, respectivamente, que: la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima y la sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

Segundo: es un acto formal, porque, exige que el acuerdo de voluntad sea exteriorizado y suscrito en un contrato, sea público o privado (art. 4º de la LSC, ahora, LGS) con el objetivo de definir el funcionamiento societario, de formar su estructura normativa, etc.

Tercero: es típica, porque, para que sea considerada una sociedad comercial, es necesario que se observen cada uno de los tipos previstos en la ley, o sea, la constitución de una sociedad que no observe uno de los tipos autorizados por la ley, es nula (at. 17 de la LSC). Cabe destacar que el art. 17 de la LSC (LGS), también fue

modificada por el CCyC, donde, las sociedades que omitan requisitos esenciales tipificados o que comprenda elementos incompatibles con el tipo legal, será nula, pero, será regida por la sección IV de la Ley, o sea, no será considerada como una sociedad que fuera constituida regularmente.

Cuarto: es organizada, porque, la empresa tiene que actuar de acuerdo a los fines para los que fuera constituida y también de acuerdo con los órganos que la constituyen. Ferrer (2009) señala que “para ello ha establecido toda una organización y un procedimiento, y en caso de incumplimiento o desvío, actúan las normas que restituyen el orden roto, y atribuyen responsabilidad en caso de daños” (p. 12).

Quinto: Los aportes son obligaciones asumidas por los socios y que deben ser concretadas de acuerdo con lo establecido en el contrato social, porque, es a través del aporte que se forma el capital social.

Sexto: El objeto debe ser preciso y determinado (art. 11-3 de la LGS) para que no haya sorpresa para quien quiera contratar con la persona jurídica, así como, para legitimar los actos practicados por los administradores. El art. 156 del CCyC también establece que el objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado.

Séptimo: por fin, los socios tienen participación en los resultados, sean estos, beneficios o pérdidas, deben estar previstas en el contrato social estas situaciones (art. 11-7 y 13 de la LGS).

Entonces, es posible decir que una sociedad está formada por una o más personas, por medio de un acto formal, observando uno de los tipos ya previsto en la ley para actuar de manera organizada con un objeto preciso y determinado, donde los socios ponen aportes para la formación del capital social con el fin de obtener resultados, sean beneficios o pérdidas.

3.2.2. Sociedad, empresa y empresario:

3.2.2.1. Sociedad:

Como fuera dicho arriba, existen las sociedades o asociaciones civiles y comerciales. Las sociedades civiles estaban definidas en el artículo 1648 del derogado Código Civil. Ahora, no son más denominadas sociedades civiles, sino, asociaciones civiles (art. 168 del CCyC). Por otro lado, las sociedades comerciales están definidas en el artículo 1º de la Ley de Sociedades Comerciales, que decía: “habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los

tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Con la nueva redacción dada al art. 1º de la Ley General de Sociedades “habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.”

Así, la sociedad es “identificada con el contrato de organización, con las siguientes características: plurilateral (ahora no más); de ejecución continuada; de relación, no sólo entre las partes, sino también entre ellas y el sujeto de derecho privado” (Beade, 2010, p. 134.) Y la empresa, ¿Cómo es definida?

3.2.2.2. Empresa:

Muguillo (2011), citando Barreira Delfino, ha dicho que la empresa es “la organización – dirigida por un titular – o el agente, o unidad autónoma económica que utiliza factores productivos, transformándolos en bienes o servicios” (p. 15/16).

Vanossi (2009) ha señalado que empresa es la “entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de la producción, dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios, generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente *responsabilidad*” (p. 913).

En el derecho brasileño, Requião (2013), citando Carvalho de Mendonça, ha definido empresa como:

La organización técnico-económica que se propone producir la combinación de los diversos elementos, naturaleza, trabajo y capital, bienes o servicios destinados al cambio (venta), con esperanza de realización de lucros, asumiendo los riesgos por cuenta del empresario, o sea, de aquel que reúne, coordina y dirige estos elementos son su responsabilidad (p. 83).

En efecto, puede observarse que la empresa, como la sociedad, es una organización, o mejor, una actividad organizada, integrada por personas (trabajo) y capital (aportes) con el fin de producir bienes o servicios o, intercámbialos, para obtener lucros y; como lo destaca Vanossi y Requião, el empresario asume las responsabilidades, aunque, esté expresamente previsto también en la definición de sociedad, que los socios participan tanto de los beneficios, como de las pérdidas.

No obstante, Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010) sostienen que los “principales objetivos del derecho societario moderno son: (...) el fraccionamiento del patrimonio individual de los socios, limitando su responsabilidad” (p. 3).

Roitman y Aguirre (2009), también han dicho que “la sociedad y la empresa son dos institutos pertenecientes a diversas realidades: el primero a la realidad jurídica y el segundo a la realidad económica (p. 740). Esto quiere decir que la figura de la sociedad es perteneciente al ámbito de las normas, de la regulación, en cuanto la empresa, es perteneciente al ámbito de las cuestiones económicas, o sea, al mundo de los negocios que se materializa a través de la realización de la actividad organizada.

3.2.2.3. Empresario:

La definición legal de empresario se hace en el artículo 5º de la Ley de Contrato de Trabajo Argentina que así dispone: “a los mismos fines, se llama ‘empresario’ a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”.

El empresario es la persona que dirige a la empresa. Etala (2009) ha señalado que “la noción de empresario no se identifica con la de empleador y adquiere, como la de empresa, un carácter más bien instrumental y auxiliar que estrictamente jurídico, puesto que ni la empresa ni el empresario son sujetos jurídicos” (p. 287).

Cabanellas (2010) por su turno, hay señalado que la figura del empresario no puede ser atribuida a una sola persona, porque la empresa es constituida para funcionar de forma organizada y para esta constitución son celebrados diversos contratos, aunque sean firmados en un solo instrumento.

Así, para él, el empresario no es quien dirige la empresa, porque para dirigirla puede ser contratada otra persona como mandatarios, asesores que consigan hacer que la actividad sea llevada a cabo. Estas personas pueden inclusive, tomar decisiones sobre la vida de la empresa. Según él, “lo único que no puede delegarse o transferirse, pues entonces se pierde la condición de empresario, o la identidad personal de la empresa, es el ser el centro de una serie de contratos mediante los cuales tal empresa adquiere su configuración” (p. 315).

Entonces, según el pensamiento de Cabanellas el empresario no es esta o aquella persona, pero el conjunto de personas que son capaces de ejercer las

funciones empresarias que se conforman mediante una acción colectiva; o sea, en realidad, el empresario es un conjunto de personas que ejercen conjuntamente las funciones características de la empresa.

El Código Civil Brasileño, en su art. 966, define empresario como: “quien ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o la circulación de bienes o servicios”.

Esta definición de empresario en el derecho brasileño, fue traída del derecho italiano, donde, según señala Requião (2013), el art. 2.082 del Código Civil italiano define que “es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de producción o cambio de bienes o de servicios” (p. 111)^{iv}.

El ejercicio profesional es que identifica la figura del empresario. La actividad debe ser económica y, el fin, es producir o cambiar bienes o servicios.

3.2.3. Los socios:

Los socios son aquellas personas que por una unión de voluntades se proponen conjugar esfuerzos para la obtención de un fin común. En las sociedades comerciales, el resultado buscado, indudablemente, es el lucro.

Hay también casos de personas que reúnen esfuerzos a través de sociedades para otros fines que no sea la obtención de lucro, como son los casos de sociedades, hoy, más apropiado decir asociaciones que buscan el bienestar social, las sociedades benéficas, no obstante, no es este, nuestro objeto de estudio.

Requião (2013), ha definido de manera general al socio como aquel que “integra, como parte, un contrato plurilateral, concurriendo, al lado de los demás socios, para la consecución de un fine social común” (p. 583).

Los socios asumen derechos y obligaciones a través del vínculo jurídico creado entre ellos y la sociedad. Sin embargo, ellos también están sujetos a asumir obligaciones con terceros.

Muguillo (2011) define los socios como “aquellos que participan del contrato de sociedad (art. 1º, LSC)^v con el fin último de lucro y concretan su calidad de tal con el aporte” (p. 61). Aquí, el sujeto se asocia por medio del contrato.

Por esta definición, es posible percibir que el origen del vínculo entre los sujetos es el contrato de sociedad, o sea, es por medio del contrato que la persona adquiere la calidad de socio. Esta es una forma de adquirir la calidad de socio.

Todavía es posible adquirir la calidad de socio de manera derivada, o sea, a través de una cesión de derechos, sea entre vivos, o también, por la sucesión del causante.

Igualmente se extrae del concepto que el fin que se busca es el lucro. En las sociedades comerciales, el objetivo de los socios es la reunión de personas y capital para dar inicio al negocio que tenga potencialidad de generar lucro para los participantes. Claro que el negocio puede fracasar y generar pérdidas, pero, el objetivo, siempre, es la obtención de beneficios.

Nótese que en el concepto traído por Muguillo, el socio posee una calidad. Ahora, ¿el socio, in facto, posee una calidad o posee un status delante de la sociedad? Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010) hay sostenido que el socio, en efecto, no posee simplemente una calidad de socio que le atribuya derechos, pero, posee un status de socio delante de la sociedad y, señalan que “el socio tiene el derecho a permanecer en este *status* hasta el momento de finalizar la sociedad” (p. 148).

En verdad, el socio posee una posición jurídica delante de la sociedad y esta posición le proporciona la condición de adquirir derechos y asumir obligaciones.

El art. 36 de la Ley General de Sociedades, hay definido que “los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad”. Así, tenemos el marco inicial de cuando comienzan los derechos y obligaciones de los socios, o sea, la ley ha definido cuando los socios pueden iniciar el ejercicio de sus derechos, como, por ejemplo, obtener dividendos (derecho patrimonial), ejercer su derecho de voto (derecho no patrimonial), así como, asumir obligaciones con la fecha fijada en el contrato.

Ferrer (2009), también ha sostenido que el socio posee un status cuando afirmó que “el concepto de socio es un concepto de difícil definición pero de fácil comprensión, y basta con afirmar que socio es aquel que tiene el ‘status de socio’” (p. 48).

Este mismo autor presenta otra expresión traída por la Cámara Comercial, Sala A, que así hay manifestado sobre la figura del socio:

El estado de socio está configurado por el conjunto de situaciones complejas y comunes del socio frente a la sociedad. Se integra con los derechos, deberes y facultades imputables a la persona que interviene en el acto constitutivo de la persona jurídica o que aceptó los términos de ése al incorporarse voluntariamente a ella (p. 48).

En efecto, teniendo el socio una cualidad, un estatus o un estado de socio, en verdad, él se integra a la sociedad asumiendo derechos y obligaciones cuando se dispone a hacer parte de aquél grupo social, sea como socio fundador, cuando tenga la oportunidad de intervenir en el acto constitutivo o sea como socio ingresante, cuando acepta los términos del contrato y se incorpora voluntariamente a la sociedad.

Es importante aún decir cuando el socio adquiere esta cualidad, este status, para entonces, definir cuándo es responsable frente a la sociedad o a terceros.

Cuando el socio participa de la sociedad desde su inicio, entonces, sus derechos y obligaciones empiezan desde la fecha fijada en el contrato (art. 36 LGS), o sea, el socio adquiere derechos y contrae las obligaciones originariamente con la sociedad.

Pero, si el socio ingresa en la sociedad posteriormente, o sea, a través de adquisición de cotas, entonces, es necesario definir el momento inicial del estado de socio para delimitar sus derechos y obligaciones. Cuando hace lugar a una cesión, claro que es necesario hacer la modificación del contrato para que la nueva realidad sea incorporada al instrumento jurídico representativo de la sociedad. Para eso, la ley requiere el consentimiento de todos los socios, salvo que los socios hayan pactado en sentido contrario (art. 131 LGS). En la sociedad de responsabilidad limitada, la ley ha traído limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas sociales, pero no puede prohibirla (art. 153 LGS).

Esta transferencia, según Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), “deberá efectuarse mediante una cesión de derechos que producirá efectos respecto de la sociedad desde el momento en que le sea comunicado el negocio y respecto de terceros desde su inscripción en el Registro Público de Comercio” (p. 157). Aquí, se marcan dos momentos distintos de producción de los efectos del negocio, uno para la sociedad y otro para los terceros.

Aquel, marca desde cuando el negocio es comunicado a la sociedad, o sea, cualquier comunicación inequívoca a la sociedad del negocio, es válido frente a ella, y, claro, a los demás socios. Y, cuanto a terceros, el negocio solamente produce sus efectos, después de que válidamente es inscripto en el Registro Público de Comercio, momento en el cual, se da publicidad al acto y supone, entonces, que todos han tenido conocimiento de la alteración realizada, aunque el referido conocimiento sea presunto.

De esta manera, el socio ingresante, irá a recibir la calidad o el status de socio a partir del momento de su ingreso en la sociedad, haciendo lugar entonces a su

estado de adquirir derechos y obligaciones. Siendo así, ¿cómo fijar el momento de atribuir responsabilidad al socio ingresante?

Molina, aludido por Ferrer (2009), escribe sobre esa responsabilidad, sosteniendo que “debe haber revestido la calidad de socio en oportunidad de haberse llevado adelante la actuación cuestionada, si su incorporación a la sociedad hubiera sido posterior a ella, evidentemente debe quedar fuera de tal responsabilidad” (p. 48). O sea, si el socio ha ingresado en la sociedad, posteriormente a que ocurriera el hecho, entonces, él estará absuelto de responsabilidad.

3.2.4. El administrador:

El administrador es la persona física que representa la sociedad. Según el artículo 59 de la Ley General de Sociedades, los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Ahora, ¿en qué consiste obrar con lealtad? ¿y quién es un buen hombre de negocios? Los conceptos son abstractos y tienen carácter subjetivo, de manera que hace necesario traerlos a la realidad, a lo cotidiano.

El art. 159 del CCyC trae una orientación de cómo deben actuar los administradores de personas jurídicas. Así, textualmente dispone el artículo:

Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con la persona jurídica.

Ferrer (2009) ha dicho que “un buen hombre de negocios (...), debe cumplir con la ley, debe pagar los impuestos, debe hacer cumplir la ley de higiene y seguridad del trabajo, debe hacer frente a sus obligaciones contractuales de buena fe, etc.” (p. 100).

Así, el buen hombre de negocios no es aquél que trae muchas ganancias para la empresa. Traer un gran rendimiento a la sociedad sin cumplir con las demás obligaciones, como, por ejemplo, dejar de pagar los impuestos, no representa ser un buen hombre de negocios, justamente porque, eso traerá, claramente, muchos

problemas a la sociedad, una vez que, ciertamente, el fisco perseguirá la percepción de los impuestos no pagados.

Muguillo (2011) ha sostenido que la norma contiene un principio general de derecho y un estándar de conducta. Para él, “la norma contiene por un lado un principio general regulador de la conducta del administrador – el principio de buena fe – y por otro un estándar jurídico, como es el actuar como un *buen hombre de negocios*.” (p. 103).

De esta forma, el obrar con lealtad, exige, primeramente, buena fe por parte del administrador. Actúa con buena fe aquél que se propone conducir la sociedad mirando solamente los intereses de la misma, el actuar, debe pautarse en obrar de un hombre honrado que siempre intente defender los intereses sociales en detrimento que cualquier otro interés, sobretodo, sus intereses personales. El buen hombre de negocios lleva adelante los negocios de la empresa cumpliendo con las demás obligaciones sociales, sobretodo, para mantenerse en el mercado.

Según Muguillo (2011), la buena fe hace lugar de dos formas: una objetiva y otra subjetiva. Para él, la buena fe objetiva “impone al sujeto el deber de actuar acorde con la situación externa, sin contradecir esa realidad o la verdad material percibida”. O sea, el administrador tiene que tomar la cautela de no hacer negocios que vayan a contramano de la realidad vivida, como, por ejemplo, tomar préstamo cuando la economía apunta a una situación desfavorable para aquél sector. También, según él, la buena fe subjetiva “impone al administrador el actuar acorde con lo que íntimamente su recta conciencia le dicta (...)” (p. 105).

Obsérvese que la idea de buena fe objetiva y subjetiva, presenta, en principio, una contradicción que, en efecto, no existe. El actuar del administrador, debe, primeramente, pautarse consonante lo que íntimamente su conciencia le dicta y según, sin contradecir la realidad material percibida. Eso porque, siempre que el administrador va actuar, no obstante su conciencia dicta proceder de esta manera, debe hacer la lectura de la realidad vivida, para solamente después, ejecutar el acto.

Eso puede ser percibido en el ejemplo arriba citado, donde, aunque la conciencia del administrador le dicta tomar el préstamo para ampliar los negocios, si la economía apunta a una situación desfavorable para aquél sector, la actuación de buena fe, exige que el administrador se abstenga de tomar el préstamo.

También no se olvide que los administradores actúan en un campo de negocios y que en las operaciones mercantiles siempre están presentes los riesgos. No hay como retirar el riesgo de las operaciones comerciales. Así, cabe al administrador

actuar con la mayor prudencia posible, buscando siempre prever situaciones que vengán a afectar los negocios de la empresa.

Eso no quiere decir que el administrador tenga que saber de todo, que deba tener el conocimiento sobre todo, en realidad, difícilmente una persona tendrá el contralor de todas las cosas, principalmente, cuando se trata de una empresa de grande porte y que actúa en ramas que tengan influencia directa de sectores externos. De esta manera, el actuar de buena fe no es lo mismo que tener un conocimiento supremo.

Otra característica que la norma trae sobre el administrador de la sociedad comercial, es que sea una persona leal. Pero, otra vez, se está delante de un concepto abstracto. ¿Lo que es actuar con lealtad?

Actúa con lealtad aquel que no tiene otro interés sino aquel de hacer realizar los objetivos que le fueran confiados, aquel que actúa con una conducta recta. Según Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), “el deber de obrar con lealtad encuentra sus fundamentos en el deber de fidelidad del mandatario (art. 1908 CC), que se extiende a todos los casos de representación de intereses ajenos; y en el deber de buena fe (art. 1198 CC)” (p. 290). En esto caso, el administrador debe ser diligente en su actuar, mirando siempre a los intereses sociales en detrimento de otros ajenos, incluso, sus propios intereses.

La norma también dispone que el administrador deba ser un buen hombre de negocios. Pero, ¿qué es un buen hombre de negocio?

Muguillo (2011) señala que:

El deber de actuar como buen hombre de negocios, impone que el hecho ejecutado por el administrador en el cumplimiento de este estándar debe ser de tal carácter que haya podido estar razonablemente en las previsiones normales o naturales de cualquier administrador en similares condiciones de lugar y tiempo (p. 105).

Así, es posible decir que el buen hombre de negocios es aquel hombre medio que frente a situaciones naturales actúa de manera razonable.

El buen hombre de negocios no es el experto, ni tampoco, el letrado, es la persona, el administrador que actúa como otros administradores en similares condiciones de tiempo y lugar, mismo porque, como dicho antes, en toda transacción comercial, hay un riesgo inherente.

En efecto, lo que si se espera del administrador es que sea una persona razonable en sus actuaciones y que actúe con lealtad a la empresa y buena fe a los

socios, mirando siempre los intereses sociales en detrimento de cualquier otro, incluso el propio.

La doctrina ha sostenido que el administrador asume su compromiso con la sociedad desde el momento que acepta el cargo de administrador, ya que, “la inscripción de tal designación que impone el art. 60 de la LSC^{vi}, no es constitutiva sino declarativa (Ferrer, 2009, p. 110).

De este modo, a partir del momento que el administrador fue nombrado, y haya aceptado el cargo, asume el deber de actuar como un buen hombre de negocios, asumiendo, por ende, todas las obligaciones concernientes a los administradores sociales.

El administrador debe ser leal y diligente porque, puede responder frente a la persona jurídica, los demás socios y terceros, cuando actúa con culpa, sea por acción u omisión.

El art. 160 del CCyC dispone que “los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, por acción u omisión.”

Así, surge la indagación. ¿Cómo el administrador irá a responder si el Ordenamiento Jurídico adoptó la Teoría del Órgano?

Boretto (2015), explica que “el elemento psicológico que la persona física aporta al órgano de la sociedad que integra constituye el fundamento de la responsabilidad personal de los administradores por los comportamientos dañinos de su actuación funcional” (p. 307).

En otras palabras, la actuación que ultrapasa los límites del contrato y de la ley, son imputables directamente al sujeto que lo hace posible, o sea, se imputa directamente al administrador que no actuó de manera leal y diligente.

Hay así, una mitigación de la Teoría del Órgano, justo porque, en este caso, el administrador no actuó acuerdo la voluntad de la persona jurídica, pero sí, acuerdo su voluntad, siendo, por lo tanto, responsable directo por los hechos practicados.

En Brasil, el Código Civil, establece en su art. 1.060 que “la sociedad limitada es administrada por una o más personas designadas en el contrato social o en acto separado”

3.2.5. Teoría del órgano:

La sociedad comercial es la unión de dos o más personas con fines comunes. Ahora, con la nueva definición, una persona puede constituir una sociedad comercial. El concepto traído por la nueva redacción del artículo 1º de la Ley General de Sociedades es que “habrá sociedad si una o más personas en forma organizada (...)”^{vii}. La empresa, es la forma organizada de hacer que el capital y el trabajo, se tornen productivos para generar lucros, pero, conforme advirtió Vanossi, hay también la consiguiente responsabilidad de tener que soportar las pérdidas.

Así, es importante establecer algunas consideraciones sistemáticas, las cuales se adoptaran en cuanto a la exteriorización de la voluntad de la sociedad, o mejor, de la empresa, al actuar frente a terceros para entonces imputar responsabilidades.

Como se dijo, la empresa es la forma organizada de actuar de la sociedad. La actuación de la empresa, o sea, la exteriorización de los actos son practicados por las personas físicas que la administra. Así, en efecto, ¿quién está actuando: la persona física o la persona jurídica? Para responder a esta pregunta, necesario entender a cuál teoría la ley societaria ha adoptado.

La doctrina (Muguillo) ha dicho que la ley societaria argentina ha adherido a la *teoría organista* o teoría del órgano, aunque el Código de Comercio había adherido al sistema dualista. Para esta teoría (dualista), los administradores practicaban los actos como si estuviesen ejerciendo un mandato, o sea, el administrador ejecutaba los actos en nombre de otra persona, que es, la persona jurídica.

Por otro lado, con la recepción por la Ley General de Sociedades da Teoría del Órgano, en efecto, quien actúa es la propia sociedad, claro, que por medio de sus administradores. Muguillo (2011) señala que “con la recepción de la teoría del órgano, es la sociedad misma quien actúa, por eso se la suele llamar, en contraposición a la anterior, teoría monista” (p. 11).

En siendo así, la actuación del administrador en conformidad con los objetivos de la sociedad y de acuerdo con los comandos legales, en principio, lo exime de cualquier responsabilidad, porque, éste no está actuando en su nombre y ni en nombre de la sociedad, pero, está actuando por la sociedad, como si ella fuera.

Boretto (2006) ha dicho que “de esta manera, los administradores son funcionarios de la entidad; y es la sociedad la que actúa frente a terceros a través de aquéllos” (p. 6).

Ferrer (2009), por su vez, ha sostenido que “es cierto que la relación entre los administradores y la sociedad no es de mandato sino que es una relación de carácter orgánica”, o sea, queda claro que según el autor, la teoría adoptada por el

Ordenamiento Jurídico Argentino para la Ley General de Sociedades, es la teoría del órgano.

De este modo, en principio, el administrador y, por ende, los socios, no son responsables por los actos practicados en nombre de la sociedad, justamente porque, actúan por ella. En este sentido, se ha tomado la siguiente decisión (divulgado por Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social):

En principio, el desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica (que significa realizar actos en su nombre a través de los cuales se expresa la decisión que adoptan los socios) no significa asumir la responsabilidad personal que, como excepción, sólo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta. (CNTrab. S. III, s.d. 60.913 - "Silvero Víctor c. Jowas S.R.L. y otros/ embargo preventivo") (p. 2).

Al ser adoptada la teoría del órgano por la Ley de Sociedades, en principio, el administrador es liberado de responder frente a la sociedad y a terceros, por el actuar de la sociedad y no en su nombre, la doctrina ha advertido que de alguna manera la teoría descarta la responsabilidad personal de los administradores.

El mismo Boretto (2006), ha señalado que "sin embargo, como bien explica la doctrina, la teoría orgánica de alguna manera descarta la responsabilidad personal de los directivos frente a la sociedad, sus socios o terceros" (p. 8).

Con eso, el administrador, el gerente u otro socio, podrá responder frente a la sociedad o un tercero de acuerdo con su conducta, sí la actuación fuera de acuerdo con el contrato y la ley, o si fuera contraria, siendo que, en este último caso, ciertamente será responsabilizado.

En esto sentido veamos el siguiente fallo (divulgado por Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social):

Las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica no implica asumir responsabilidad personal alguna, toda vez que si bien realiza actos en nombre de la sociedad, éstos constituyen el medio a través del cual se expresa la decisión de los socios, por lo que sólo se admite dicha responsabilidad como excepción cuando se acreditan maniobras fraudulentas. El principio de separación patrimonial de la sociedad

respecto de sus integrantes debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el art. 2º de la ley 19.550. Si la actuación del gerente de la sociedad fue siempre en tal carácter, sin que medie ningún elemento que permita considerar que el vínculo existente entre él y la sociedad excediera el propio de su actividad funcional como responsable máximo en la organización de tareas, y así ignorar la personería jurídica autónoma del ente ideal con respecto a la de sus integrantes y autoridades, no cabe hacer extensiva la responsabilidad de aquél. (CNTrab. S. X, noviembre 8-1999; "Vizgarra, Dante c. Instituto Terapéutico Tempora S.R.L. y otros/despido"). (p. 2).

De esta manera, el administrador o el gerente, y, por fin, los socios, solamente serán responsables si la actuación de éstos se constituyó en un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

En el derecho brasileño, la teoría más aceptada, también es la Teoría del Órgano. Requião (2013) ha sostenido que “resta a nosotros, como procedente y generalmente acepta, la *teoría del órgano*”. Explica que “la sociedad comercial, como persona jurídica, no se hace representar, pero *se hace presente* por su órgano, como esclarece Pontes de Miranda” (p. 537).

3.2.6. Derecho de información del socio:

Cualquier persona tiene derecho a la información, sea la información de la vida social (de manera amplia – la convivencia en sociedad – informaciones traídas por los medios de comunicaciones), sea la información de la vida de la familia o de la empresa, o sea, de sus negocios (de manera restricta – informaciones locales).

El derecho de información, a su vez, “abarca el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole” (Sagüés, 2014, p. 609).

El derecho a la información, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encierra en la “facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento” (Torres, 2006, p. 12). Este mismo autor, sostiene que el derecho a la información concreta surge en su contenido a través de tres facultades jurídicas básicas:

La libertad de buscar información, implica el acceso a través de las fuentes de información adecuadas a la información y a opiniones de todo tipo.

La libertad de difundir información, facultad activa que protege a la persona que transmite la información en el hecho mismo de la difusión así como el al búsqueda u el contenido de la misma.

Y la libertad de recibir información, contrapartida de la libertad de difundir, que implica la libertad de recibir todo tipo de información e ideas, en principio, transmitidas por los medios de comunicación social. Dicha libertad resguarda la autonomía de las personas y al mismo tiempo asegura el funcionamiento de la democracia garantizando el libre intercambio de ideas en el ámbito público (p. 12).

A ninguna persona le puede ser prohibido informarse, pero, hay situaciones en que la información debe ser restringida, y no todos, tienen acceso a ella. En estos casos, la información no es prohibida, pero restringida, se restringe a situaciones o personas y no está disponible a todos.

En materia de derecho societario, la doctrina de Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), ha sostenido que “el derecho a la información es la garantía que la ley otorga al socio de tener las noticias del desenvolvimiento social mediante la inspección de los libros y documentos sociales, más el requerimiento de aclaraciones a los administradores” (p. 249).

Según ellos, se trata de un derecho esencial del socio que es inherente a su calidad, o sea, el socio tiene la facultad de requerir información sobre la vida de la sociedad, él mismo, verificar directamente a los libros y documentos de la empresa a fin de conocer mejor a la vida de la sociedad.

Boretto (2006) hay señalado que la información más allá de un derecho, es también un deber, sobretudo, para los administradores, y, con eso, ha dicho que “la información constituye un elemento imprescindible para la adopción de decisiones racionales y por esto es que el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (...) para llevarla a cabo en interés de la sociedad” (p. 278).

Así, el socio tiene el derecho de buscar información sobre la vida de la sociedad, y, no solamente tiene el derecho, como también, tiene el deber, ya que, para formar sus decisiones, debe tener conocimiento de cómo caminan los negocios; en cuanto que, los administradores, no obstante tienen el derecho, también tienen el

deber de mantenerse informados para llevar adelante los negocios de la sociedad sin comprometer el futuro de la empresa.

El derecho de información en materia societaria, según Torres (2006):

Tiene sus orígenes y sus planteamientos en las sociedades de capital, pero su evolución llevó luego a la configuración del derecho de información en el marco de la información pública societaria, pasándose de un derecho de información restringido, concebido como el estrictamente necesario para el socio, a un derecho de información amplio (p. 19).

La información puede ser obtenida por el socio, de dos maneras. Primera, de forma espontánea, donde los administradores presentan a él las informaciones sobre la vida de la sociedad, de acuerdo con la ley o con previsión contractual o estatutaria (presentación de balances, por ejemplo). La otra manera, es a través de requerimiento del socio a los administradores o, a los órganos de administración.

En las sociedades de personas, en principio, este derecho puede ser ejercido directamente por los socios; ya, en las sociedades de capital, la regla es que la sociedad es fiscalizada por órganos, sea la sindicatura o el consejo de vigilancia y, entonces, el socio debe solicitar la información a estos órganos.

El art. 66 de la Ley de Sociedades Comerciales, hoy LGS, dispone que los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que se haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad, o sea, la sociedad a través de sus administradores deben informar a los socios la proyección de sus operaciones para el presente y futuro para que estos tengan el conocimiento necesario sobre la vida social y financiera de la empresa, información ésta, que ciertamente servirá de base en la toma de decisiones, cuando, por ejemplo, el socio tenga que decidir su voto en una asamblea o reunión.

De igual modo, el art. 67 dispone que en la sede social deben quedar copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto, con las notas, informaciones complementarias y cuadros anexos, a disposición de los socios o accionistas, con no menos de quince (15) días de anticipación a su consideración por ellos. Aquí, hace lugar al derecho de los socios de

acompañar los resultados de la sociedad, pudiendo tomar conocimiento de la vida financiera de la misma.

Nissen, citado por Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), ha señalado que “los socios tienen también derecho a exigir copias de los libros de actas de todos los órganos de la sociedad (directorio, sindicatura), ya que por un lado la razón de exigir actas es precisamente la de poder informar”, o sea, el socio puede exigir la presentación de copias de estos libros porque, aunque tenga el derecho, también asume un deber frente la sociedad, puesto que todos tienen la obligación de que el negocio prospere, y, continúa diciendo que, “si los socios pueden iniciar acciones de responsabilidad, de remoción a los integrantes de dichos órganos, o pueden impugnar sus decisiones, para ello necesitan estar informados de qué decisiones han tomado y en qué condiciones” (p. 251).

Es que, para que el socio tenga las condiciones de actuar, debe conocer la vida de la sociedad, sobretodo, su condición financiera, imprescindible que tenga acceso a la información sobre la misma.

Por otro lado, es preciso decir que este derecho no es un derecho ilimitado para el socio. Muguillo (2011) ha señalado que “al socio le es concedido un derecho de información adecuado a su condición de tal”, o sea, el derecho tiene limitaciones y deben ser respetadas por el socio. Su derecho está pautado en un interés legítimo y en su actuación hay que demostrar buena fe, porque, aun según el autor, ahora citando a Roitman, “los límites a este derecho a informarse están dados por el abuso del derecho (art. 1071, CCiv)” (p. 134).

3.3. Sociedades de hecho:

Como se dijo arriba, la sociedad que se constituyó, debe observar algunos requisitos legales, o sea, posee algunas características típicas, y entre ellas, que su formación se dé por intermedio de un instrumento contractual. Eso no quiere decir que una vez constituida una sociedad, sin que sea elaborado el instrumento contractual, que la sociedad no haya existido.

En efecto, existiendo la voluntad de las personas en constituir la sociedad, haciendo el aporte financiero, siendo la actividad organizada, y que las acciones empiecen a ser ejercidas, en realidad, la sociedad existe y la actividad empresarial empieza a funcionar, aún, que sea de hecho. Como ha dicho Roitman, Aguirre y

Chiavassa (2010), “es la sociedad que funciona como tal sin haberse instrumentado” (p. 119).

La sociedad de hecho puede nacer de manera instrumentada o no. La forma no instrumentada ocurre cuando las personas manifiestan su intención en reunirse y desarrollar una actividad comercial sin preocuparse por su estructuración formal, o sea, empiezan a trabajar solamente con la intención de llevar a cabo el negocio, importando poco su regularización ante a los órganos de registración.

A su vez, la sociedad de hecho instrumentada, es aquella en que los socios escriben sus intenciones en un documento, o sea, hacen un contrato escrito, pero, referida convención, no se amolda a ninguno de los tipos sociales previstos en la ley general de sociedades.

Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010) han dicho que en realidad “no se trata de una sociedad de hecho, ya que se encuentra instrumentada”, pero, “tampoco de una sociedad irregular ya que no se ajusta a ninguno de los tipos previstos por la ley (p. 120). Para considerarse irregular esta asociación, debería haber adoptado uno de los tipos previstos por la ley y, haber algún vicio en el instrumento. En verdad, el caso más se amolda a una sociedad atípica.

La sociedad de hecho tiene su nacimiento cuando los socios declaran su voluntad haciendo un pacto verbal o cuando inicia sus actividades comerciales.

Disponía el artículo 21^{viii} de la LSC que “las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta Sección.” También disponía el artículo 918 del CCiv., que “la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.” El artículo indica que la voluntad resulta de los actos en los que se pueden conocer con certeza la voluntad, o sea, una vez que los socios empiecen las actividades de la sociedad, están declarando su voluntad y así, reconociendo la existencia de la misma.

3.4. Responsabilidad de los socios en la sociedad de hecho:

Las sociedades de hecho son sujetos de derecho. El artículo 2º de la Ley General de Sociedades establece que la sociedad es un sujeto de derecho. Ya que la Ley de Sociedades dispone que la sociedad es un sujeto de derecho y, considerando

que la sociedad de hecho es una sociedad, ¿también es un sujeto de derecho? En esta situación hay que considerar cuando la sociedad adquiere su personalidad jurídica, ya que, es a partir de este momento que ella se torna una persona distinta de sus socios y, pasa entonces, a tener naturaleza para adquirir derechos y contraer obligaciones, toda vez que, sin personalidad jurídica, hay una confusión entre sociedad y sus socios, y éstos, entonces, asumirán las obligaciones delante de los terceros.

La personalidad jurídica es, a su vez, un instituto de naturaleza plena, de carácter absoluto, o sea, o la sociedad la adquiere, o no. No es posible atribuir media personalidad o cuasi personalidad. O se tiene o se no tiene.

Muguillo (2011) ha dicho que “el contrato de sociedad genera una entidad organizada para cumplir la actividad prevista en el objeto social, entidad que para el orden jurídico es una persona distinta y diferenciada de los socios que la componen” (p. 240).

De acuerdo con este pasaje, es el contrato que genera la entidad organizada. Ocurre que, no solamente por el contrato es que la sociedad ejerce sus actividades comerciales de forma organizada. Como fuera visto, el contrato es el instrumento por el cual los socios manifiestan sus voluntades, así como, es también el instrumento que va al registro y da la publicidad ante terceros, no obstante, la sociedad también puede actuar sin la formalidad contractual, o sea, el típico caso de las sociedades de hecho, aunque los socios estén asumiendo el riesgo de responder frente a los terceros.

En el caso de las sociedades de hecho, su existencia se hace desde el momento en que sus socios declaren su voluntad, o sea, hacen el pacto, o también, desde cuando comience a actuar. Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), han dicho que las sociedades de hecho son personas jurídicas desde el momento de su nacimiento y que “una de las consecuencias de este reconocimiento de personalidad jurídica, es que la sociedad tiene plena capacidad jurídica para actuar en juicio, ya sea en forma activa o pasiva” (p. 121).

Disponía el artículo 22^{ix} de la Ley de Sociedades Comerciales que “La regularización se produce por la adopción de uno de los tipos previstos en esta ley. No se disuelve la sociedad irregular o de hecho, continuando la sociedad regularizada en los derechos y obligaciones de aquella; tampoco se modifica la responsabilidad anterior de los socios.”

De igual modo, el art. 23^x decía que “los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones

sociales, sin poder invocar el beneficio del artículo 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social.”

La ley decía que los socios y quienes contratar en nombre de la sociedad quedará obligado por las operaciones sociales. Los socios son aquellos que por medio de una declaración de voluntad dispusieron formar la sociedad. Ahora ¿quiénes son las otras personas que pueden contratar en nombre de la sociedad? Cualquier persona. Así, “cualquier persona que ejerza la administración de la sociedad, es decir que de hecho ocupe el cargo de administrador sin responder a una causa formal y legal, sea originaria o sobreviniente, será reputado ‘administrador de hecho’” (Ferrer, 2009, p. 114). Sin embargo, el mismo Ferrer (2009) hace una interesante observación cuando habla del administrador de hecho. Él afirma:

Que no basta que una determinada persona se autoatribuya la calidad de administrador o representante de la sociedad, para ser considerado como ‘administrador de hecho’, es menester también una conducta acorde de la sociedad que consienta o tolere la actuación de este tercero como representante o administrador de la sociedad (p. 113).

Para que haya la responsabilidad, es menester que se hayan comprobado los requisitos de responsabilidad civil y, estos se aplican para los administradores de derecho y de hecho. Según Ferrer (2009):

La única diferencia entre un régimen y otro será de orden probatorio en cuanto a su cualidad de administrador. Mientras en el caso del administrador de derecho bastará con acreditar que el órgano competente llevó adelante la designación y que el director la aceptó para considerarlo dentro de la función, en el supuesto de hecho será necesario acreditar que efectivamente tomó posesión del cargo de administrador. Para ello no bastará con acreditar que representó en uno o varios actos a la sociedad, sino que será menester probar que de hecho ejercía el cargo de administrador con todo lo que ello implica, sin que la circunstancia de ser mandatario o gestor en algún acto determinado pueda llevar a sostener que se trata de un administrador de hecho (p. 119).

Como es posible observar, a tenor del artículo 23, los socios son responsables solidarios frente a los terceros, o sea, independientemente de quien haya contratado

en nombre de la sociedad, todos los socios serán obligados a responder, no obstante, tengan que tolerar, o sea, tienen que tener una conducta acorde que consienta la actuación del tercero como representante de la sociedad. Esta responsabilidad se da entre los socios y la sociedad. Muguillo (2011) advierte que “la responsabilidad de la sociedad y los socios por las obligaciones sociales es directa, pudiendo el tercero demandar a todos ellos o sólo a algunos, (...)” (p. 57).

3.5. Sociedades irregulares:

Sociedades irregulares son, a su vez, aquellas que no se ha constituido regularmente, o sea, presentan algún vicio formal, sea de constitución o de registración.

Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), han definido que sociedad irregular “es aquella que habiendo nacido con adecuación a uno de los tipos legales previstos, no ha completado el proceso formal o lo ha hecho irregularmente de cualquier modo, pues media un vicio en las exigencias publicitarias y registrales (...)” (p. 118).

El artículo 7º de la Ley General de Sociedades dispone que “la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”. Así, solamente con la inscripción en el Registro Público de Comercio es que la sociedad es considerada regular, esto porque, solamente después del registro es que los terceros pasan a tener conocimiento de la existencia de la misma, aún que, sea un conocimiento presunto.

El artículo dispone que la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción, hecho que ha traído discusiones sobre los efectos de la inscripción, si ésta, en efecto, constituye la sociedad o si solamente perfecciona el contrato del cual ella se originó.

Muguillo (2011, p. 30) ha sostenido que la inscripción no constituye la sociedad, porque ésta, se constituye con el contrato. Es el contrato lo que hace que la sociedad tenga origen, eso porque, la Ley de Sociedades Comerciales o Ley General de Sociedades, ha adoptado la teoría contractualista, cuando en su artículo primero dispone que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada (...) (hoy, el art. 1º dispone que “habrá sociedad se una o más persona en forma organizada (...))”, o sea, el artículo asegura que cuando la o las personas declaran la voluntad de forma organizada, a través de un contrato, entonces, hay sociedad.

De esta forma, la inscripción no constituye la sociedad, porque ésta ya fue constituida anteriormente por el contrato, aunque ella se constituya regularmente con la registración. El hecho de registración atribuye regularidad a la sociedad, pero no su constitución que ocurrió anteriormente con la declaración de voluntad.

Asimismo, según Muguillo, por el antecedente inmediato – art. 319 del CCom. – al suponer la previa autorización de la sociedad por el Poder Ejecutivo, donde, según él, ya se reconocía la existencia de la sociedad que después, una vez, obtenida su escrituración e inscripción, se constituía definitivamente.

Este pensamiento también se sostiene acuerdo el art. 12 de la Ley General de Sociedades, donde dispone que “las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes (...)”, o sea, los actos (las modificaciones contractuales) no inscriptos regularmente obligan a los socios, eso quiere decir que producen efectos, y, si producen efectos, son existentes; ahora, si el legislador ha reconocido que las modificaciones producen efectos, por eso existen, también, es posible concluir que el contrato no inscripto produce sus efectos, no obstante, sus efectos sean limitados a los socios, por ello, se concluye que la sociedad ya exista, y, por ende, que no es la inscripción la que constituye la sociedad, sino, el contrato.

Siendo así, la inscripción no tiene la finalidad de constituir la sociedad, pero si, regularizarla, haciendo que su existencia a partir de ahora, se torne conocida por los terceros y, entonces, sus actos sean oponibles. Es que, sí los socios no hacen la inscripción regular de la sociedad, entonces, estarán actuando en disconformidad con la ley y podrán quedar penalizados por esto, toda vez que la sociedad estará actuando de manera irregular.

También es de considerar que no basta solamente la inscripción. Con la inscripción de la sociedad se cumple el requisito legal de constituirse regularmente, pero, ésta aún debe pasar por el paso de la publicidad.

La publicidad es necesaria para que los terceros tengan conocimiento de este acto, aunque sea presunto. Con la publicidad, los terceros interesados en contratar con la sociedad, podrán conocer cuál es el tipo societario del ente con que estarán contratando, si los socios tienen o no responsabilidad limitada frente a la sociedad, si es una Sociedad de Responsabilidad Limitada o una Sociedad Anónima, etc.

En Brasil, expresa Requião (2013), “la sociedad adquiere personalidad jurídica por concesión de la ley” (p. 463).

No obstante sea la ley que atribuye personalidad jurídica a la sociedad, de igual manera, los socios no están dispensados de dar publicidad a los actos constitutivos de la sociedad para que produzca efecto delante de terceros.

3.6. Responsabilidad de los socios en la sociedad irregular:

Los sujetos pasivos en caso de demanda judicial son la sociedad, los socios y quien contrató en nombre de la sociedad. Estas personas están obligadas personal, solidaria e ilimitadamente frente a los terceros. Esta responsabilidad es solidaria e ilimitada y no subsidiaria (Reyes, 2000, p. 26).

Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), advierten que los terceros a que se refiere la norma, no son cualquier tercero, sino, aquellos que actuaran como órganos de la sociedad. Eso porque, “en efecto, la extensión de la responsabilidad al tercero es de carácter sancionatorio, por lo que debe interpretarse con criterio restrictivo” (p. 129).

Entonces, no se puede atribuir responsabilidad al representante comercial que actuó por mandato de la sociedad y no conocía su situación jurídica.

Del mismo modo, los empleados no pueden ser responsabilizados por haber actuado por mandato de la sociedad. Estos mismos autores señalan que los socios y los terceros que hayan actuado en nombre de la sociedad responden por todo el pasivo y sin beneficio de exclusión.

De esta manera, el tercero puede demandar en juicio a la sociedad, al socio o ambos simultáneamente. También es posible demandar solamente a la sociedad, pero, después ejecutar la sentencia contra los socios o el socio, ya que, la responsabilidad es solidaria y no subsidiaria.

Así, nace la facultad al acreedor de exigir su monto de la sociedad o de cualquiera de los socios. Aquél que tuviera mejor condición de pago, seguramente, será el demandado. Sin embargo, es prudente decir que el deudor de hecho es la sociedad, no obstante, los socios asumen la condición de deudor por expresa disposición legal.

Esto quiere decir que las personas que pretenden juntarse con otras para formar una sociedad, deben estar muy atentas en cuanto a los trámites legales, ya que el sueño del negocio, puede tornarse una tormenta en su vida.

3.7. Sociedad de responsabilidad limitada:

La sociedad de responsabilidad limitada es un tipo societario previsto en la ley. Según la doctrina “es un tipo social mixto, a medio camino entre las sociedades personalistas y las sociedades de capital, compartiendo caracteres con ambas” (Roitman, Aguirre y Chiavassa, 2010, p. 575/576).

Fue creada para atender las necesidades de la pequeña y mediana empresa.

Molina (2015), hace una crítica al Nuevo Código Civil y Comercial y a la reforma de la Ley General de Sociedades, respecto de no haber el legislador tratado específicamente sobre las empresas familiares, en cuya situación podría también, incluirse las Sociedades de Responsabilidad Limitada que, regla general, son pequeñas empresas normalmente constituida por personas de la misma familia.

Así Molina se ha manifestado:

Ni el nuevo CCC - ni la reforma del CCC sobre la Ley de Sociedades - tienen un capítulo específico destinado a regular las empresas familiares ni tampoco las legislan especialmente. Más allá de que ha incluido una serie de normas que permiten mejorar su marco legal para evitar conflictos, fortalecerlas y darles continuidad, la sociedad anónima unipersonal no es el vehículo adecuado para las empresas familiares.

Según señala Muguillo (2011) “la sociedad de responsabilidad limitada se incorporó al régimen societario argentino mediante da ley 11.645/32, atendiendo a la necesidad de contar con un marco jurídico más flexible y apto para las empresas de menor envergadura” (p. 231).

La sociedad de responsabilidad limitada tiene algunas características definidas por la ley, o sea, posee elementos tipificantes que le son peculiares. El art. 146 de la Ley General de Sociedades dispone que “el capital se divide en cuotas; los socios limitan se responsabilidad a la integralización de las que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el art. 150. El número de socios no excederá de cincuenta (50).

Primera características que se puede destacar, es que su capital es dividido en cuotas. Estas cuotas tienen sus valores definidos también por la ley y serán de pesos diez (\$10) o sus múltiplos (art. 148).

Estas cuotas pueden ser libremente transferidas, salvo disposición contraria del contrato (art. 152).

Esta prohibición contractual de transmitir las cuotas, no es más, que la realización, la materialización de la *affectio societatis*. Cuando los socios establecen en el contrato social que las cuotas son intransferibles, es porque, el interés del grupo, es que, solamente aquellas personas sean parte de aquella sociedad, y no otras.

Otra característica o elemento de la sociedad de responsabilidad limita y, quizá la más importante, es que los socios limitan su responsabilidad a la integración de sus cuotas, aunque sean responsables solidarios e ilimitadamente por la integración de los aportes suscritos.

Así, en principio, el socio está obligado a responder solamente por las cuotas que haya suscrito o adquirido, no obstante, se torna responsable con los demás socios por la integración de los aportes suscritos o adquiridos por otros socios que no lo hacen dentro del plazo establecido. Es una garantía para los terceros que estaban contratando con la sociedad. En este caso, la responsabilidad es solidaria entre todos los socios e ilimitada con relación a su patrimonio particular.

El socio no se exime de la responsabilidad alegando que su patrimonio particular no puede ser alcanzado por esta obligación, salvo que ellos hayan pactado contractualmente esta condición. La solidaridad es legal y no convencional. Por lo tanto, aunque estuviera establecido en el contrato que la responsabilidad no sea solidaria, la referida cláusula no tiene efectos jurídicos contra terceros, justamente porque, es una cláusula ilegal que no produce los efectos esperados por los contratantes.

Más una característica de la sociedad de responsabilidad limitada es en cuanto al número máximo de socios que puede componerla, donde, la cantidad máxima, no puede ser superior al cincuenta (50).

Entonces, ¿o que acontece se los socios no observan los requisitos y constituyan la sociedad en disconformidad con la ley?

Primero, hay que observar cuando el vicio ha surgido, y segundo, si el mismo es sanable o no.

En el primero caso, si el vicio ha surgido con la constitución de la sociedad, esta seguramente no conseguirá registrarse y, entonces, será considerada una sociedad irregular, cuando, por ejemplo, está formada con cincuenta y un socios (51).

Ahora, si el vicio surge posteriormente a su constitución, por ejemplo, en la transferencia de cuotas, la sociedad tendrá cincuenta y cinco socios, la doctrina ha entendido que es posible el saneamiento del vicio por aplicación del principio de preservación de la empresa (art. 100, LGS), ya que, es interesante que se mantenga

la empresa posibilitando la generación de empleos y renta, como también, generando impuestos al poder público.

En el segundo caso, el vicio es sanable, entonces, basado en el mismo principio, se regulariza la situación para que la empresa continúe funcionando. Por otro lado, si el vicio es insanable, entonces el fin de la empresa es inevitable, pasando de esta forma por el proceso de liquidación y, por ende, disolución.

En Brasil, la sociedad de responsabilidad limitada es regulada por la Ley 10.406/2002, o sea, dentro del Código Civil. No tiene las características de límite máximo de socios, ni tampoco, del valor definido de las cuotas.

En cuanto a la responsabilidad de los socios, mucho se asemeja al sistema argentino, sobretodo, en la responsabilidad por la integralización del capital suscripto.

3.7.1. Concepto de sociedad de responsabilidad limitada:

La Sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad mercantil, es decir, que tiene como misión la realización de uno o más actos de comercio, o algún tipo de actividad sujeta al derecho mercantil y que se encuentra compuesta por un número limitado de socios, cuyo capital se encuentra repartido en participaciones de igual valor (<http://www.definicionabc.com/economia/sociedad-limitada.php#ixzz2vxtnRbaV>).

Es una sociedad mercantil personalista-capitalista, con razón social o denominación, con capital fundacional representado por partes sociales nominativas, no negociables, suscritas por socios que responden limitadamente, salvo aportaciones suplementarias o prestaciones accesorias (<http://www.monografias.com/trabajos28/sociedades-responsabilidad-limitada/sociedades-responsabilidad-limitada.shtml#ixzz2vxvyP9vI>).

Pisani (2012) ha sostenido que “al estar limitada la responsabilidad, en este tipo societario, no se admite el uso de la razón social como nombre de la sociedad (p. 117)”. Con razón el doctrinario, ya que, si la responsabilidad del socio es limitada, su nombre, no debería constar en el nombre de la sociedad, debiendo, por tanto, emplear solamente las denominaciones para nombrar las sociedades de responsabilidad limitada.

Requião (2013), al traer su concepto de sociedad de responsabilidad limitada, advierte que, en efecto, no es la sociedad la que tiene responsabilidad limitada, pero sí, sus socios. Así, él conceptúa diciendo que:

Se torna claro, pues, para los que se inician en el estudio de ese tipo de sociedad, que la limitación de responsabilidad es de los socios que la componen, y no de la sociedad que, como cualquier persona, tiene en su patrimonio la garantía a sus acreedores (p. 552).

3.7.2. Naturaleza jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada:

Su naturaleza es de tipo mixto con características propias, por eso, no hay una preferencia por el tipo social, sea de personas o de capital, ubicándose en el intermedio.

Halperin, referido por Muguillo (2011) señala que:

Las sociedades de responsabilidad limitada tienen en común con las sociedades de personas (o por partes de interés) la injerencia activa de los socios en la administración, las limitaciones a la transferibilidad de la parte social, la ausencia de títulos representativos de esa parte y la posibilidad de exclusión o resolución parcial.

Continúa diciendo que “también tienen en común con las sociedades por acciones (o de capital) la limitación de la responsabilidad de los socios y la relativa repercusión de las cuestiones que afectan personalmente al socio (muerte, incapacidad, quiebra)” (ps. 231/232).

Pisani (2012), a su vez, ha sostenido que la sociedad de responsabilidad limitada, “es una sociedad considerada intermedia entre las de personas y las de capital, que se caracteriza por tener su capital presentado por cuotas llamadas ‘cuotapartes’ y en la que los socios limitan su responsabilidad a las cuotas suscriptas” (p. 115).

Es importante identificar su naturaleza, para conocer los efectos prácticos de los actos que son ejercidos en la sociedad.

Boretto (2015), comentando el art. 143 del CCyC, ha referido sobre la importancia en identificar, seguramente, para distinguir la personalidad jurídica de la empresa de sus socios, porque, eso traerá consecuencias prácticas, que son:

a. la existencia de distintos patrimonios: el de la entidad y el de los individuos que con su actividad humana nutren la actividad de la entidad; b. la distinta titularidad de derechos a que da lugar la actividad de la entidad, de manera que los bienes

pertenecientes a ella no pertenecen a los individuos integrantes de la misma, y viceversa; c. la diversa responsabilidad a que da lugar la aludida actividad que, en principio, solo compromete a la entidad actuante; d. la posibilidad de alterar la composición humana del núcleo sin que se modifique la situación jurídica de la entidad; e. la posibilidad de que la entidad rija su propio orden interno y establezca los derechos y deberes de los individuos que componen la persona jurídica (corporación) o que se benefician de su actividad (fundación).

3.7.3. La *affectio societatis* en la sociedad de responsabilidad limitada:

De acuerdo con Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), la *affectio societatis* tiene su origen en la *societas romana*, que se caracterizaba por un contrato *intuitu personae*, en el que se tenían fundamentalmente en cuenta las cualidades personales de los que contrataban. Ahora, citando a Halperín, estos mismos autores han definido la *affectio societatis* como: “la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada” (p. 20). Es “una conexión de colaboración activa entre los socios” (Requião, 2013, p. 481).

Según Balbín (2013), en artículo intitulado “La ausencia de *affectio societatis* como causal de disolución. Comentario a la Resolución IGJ M. y A.P.L.R.D.C. SA (Resolución N° 582/2011)”, ha dicho que:

El origen del término es atribuido a un comentario de Ulpiano. Este se habría referido a la importancia que a la *affectio* cabe respecto del contrato de sociedad, el cual, además de consensual en términos generales, requiere del consentimiento constante y duradero de sus socios. (<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64449&print=2>).

Los socios tienen que expresar su consentimiento y deben mantenerlo de manera constante, o sea, la voluntad se prolonga en el tiempo, pero habiendo una interrupción en la *affectio*, la sociedad puede disolverse, especialmente, se tuviera solamente dos socios, ya que, el conflicto de interés entre dos personas llevará al fin de la sociedad, no obstante, ahora, con la nueva normativa, no necesariamente la sociedad tiene que disolverse, siendo posible continuar sus actividades con solamente una persona.

Vale decir que desde entonces la noción ha sido considerada como un elemento específico de todo contrato asociativo. La doctrina suele referirse a la *affectio societatis* como una voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, que habrá de guardar un mayor o menor acento, según el tipo social de que se trate.

La *affectio* se muestra más aguda en las sociedades de personas, ya que en las sociedades de capital, el futuro de la sociedad depende de los aportes y de la actuación de los directores, siendo poco relevante las afinidades entre las personas.

Balbín, en el mismo artículo arriba referido, ha dicho que así entendida, la apuntada voluntad parecería resumirse mejor en una carga – como señala Butty - desprovista de intención y ánimo, es un ingrediente normativo del contrato que impone una colaboración activa, aunque atenuada en las sociedades por acciones; es como se había dicho antes, en las sociedades por acciones, que es una sociedad de capital, la *affectio* es mitigada porque lo más interesante en este tipo societario, no es las relaciones personales, sino, los negocios desarrollados.

Concluye Balbín que, la *affectio societatis* no debe ser confundida con las meras relaciones cordiales y amistosas entre los integrantes de una sociedad, ya que este tipo de relación bien puede faltar sin que por ello desaparezca la *affectio*, relación de naturaleza diferente, vinculada a la existencia de una voluntad común de los socios para la consecución del fin social y constituida más bien por la disposición anímica activa de colaboración en todo lo que haga al objeto de la sociedad, o sea, la *affectio societatis* no es una voluntad de mantener una relación de amistad entre los socios, pero si, una relación de negocios, la voluntad es centrada al interés de la sociedad, de la empresa y no al buen vivir de las personas.

Señala Muguillo (2011) que la *affectio societatis* es “entendida como la voluntad de los socios en colaborar con el objetivo o fin social, no es un elemento del contrato de sociedad y menos aún definitorio de este contrato, no haciendo a la existencia del ente” (p. 233).

De acuerdo al pensamiento del autor la *affectio* es preexistente al contrato, ya que debe manifestarse antes de este y, aunque, aquella no sea un elemento del contrato, o sea, no se escribe en el instrumento sobre la *affectio*, ésta debe manifestarse en las actuaciones de los socios, aunque no estuvieran descriptas.

La *affectio societatis* en verdad, es la disposición que el socio tiene en colaborar para que el negocio se desarrolle, sea actuando directamente en la sociedad (administrador) o sea como socio colaborador (aportes financieros).

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO TRIBUTARIO.

4.1. Hipótesis elegida:

La hipótesis elegida para el desarrollo del presente trabajo fue que “el socio no administrador, tiene responsabilidad frente a la sociedad y terceros porque es solidariamente responsable con los demás socios por la integración de las cuotas suscriptas”.

4.2. La responsabilidad en el derecho del trabajo: la empresa y el empresario:

En todos los sistemas jurídicos modernos, la empresa tiene, sobretodo, una función social. El sistema jurídico le proporciona esta función, cuando, procura su preservación.

Claro que las personas que se proponen a constituir una sociedad empresarial, tienen como principal objetivo la obtención de ganancias, pero, la actividad debe ser desarrollada con miras también, en el bienestar social, de modo que debe también mirar el bienestar de sus trabajadores, ya que, “el trabajo es una función social. No se lo puede reputar una mercancía, ni el trabajador ser considerado como una máquina” (Sagüés, 2014, p. 713).

La ley de contrato de trabajo en argentina (párr. 1º del art. 5º, LCT), define la empresa en la siguiente manera: “a los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.

Goldin (2013), aludiendo Alonso Olea, ha dicho que “empresa es una agrupación de personas que, controlando bienes o servicios, tiene por finalidad la producción de bienes o servicios para un mercado” (p. 258).

De la definición legal presentada, es posible mirar que el primer presupuesto para la constitución de la empresa es la organización, o sea, sin organización, es imposible la constitución de la empresa. La actividad organizada es condición sine qua non para la vida de la empresa.

Esta organización se estructura por medio de personas, bienes materiales e inmateriales. Los medios personales son sus recursos humanos, o sea, sus directores, gerentes, operarios, entre otros. Los medios materiales son representados por los

bienes de la empresa, como sus inmuebles, predios, maquinarias, etcétera; y, por fin, los bienes inmateriales son aquellos que no son palpables, tangibles, o sea, están en la esfera ideal, como por ejemplo, su nombre, su marca, etc.

La doctrina ha observado, que la definición legal de empresa, no se resume a solo aquellas que dediquen sus actividades al logro de fines económicos.

Además, aquellas empresas que desarrollan actividades para el logro de fines puramente benéficos, también son consideradas empresas para el derecho laboral.

Etala (2009) ha dicho que “así, para la ley laboral, serán ‘empresas’ las asociaciones civiles, fundaciones, mutuales, sindicatos, obras sociales, sociedades civiles, cooperativas, etcétera” (p. 286).

Este mismo doctrinario, citando a Rodríguez (2009), señala que “por tal razón, la definición legal de empresa que contiene el art. 5º, LCT, debió simplemente expresar ‘para el logro de fines lucrativos o no lucrativos” (p. 286).

El según párrafo del art. 2º, LCT, establece que “a los mismos fines, se llama ‘empresario’ a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa”.

Así, el empresario es quien dirige la empresa sea él mismo o por intermedio de otras personas. Estas otras personas, son, en efecto, para la ley laboral, aquellas que aparecen como representantes de la empresa, ya que, según el art. 36 de la LCT, para “los fines de la celebración del contrato de trabajo, se reputarán actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales o de quienes, sin serlo, aparezcan como facultados para ello”.

La doctrina logró calificar estas personas como “sus representantes aparentes, lo que da cuenta del carácter informal que en ocasiones presenta el derecho laboral” (Etala, 2009, p. 287).

De esta manera, puede ser empleador, tanto el empresario, así como la empresa (sociedad empresaria).

4.2.1. Responsabilidad empresarial o del grupo de empresas frente al trabajador:

Primero, para una mejor comprensión de la materia, se hace necesario definir quién es empleador para el derecho del trabajo.

Acuerdo el art. 26 de la LCT, “se considera ‘empleador’ a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”.

Aquí no interesa la relación de empleo entre personas físicas. Interesa investigar la relación laboral del empleado con la persona jurídica, no obstante, Goldin (2013) tenga señalado que “como las personas jurídica carecen de capacidad para obrar se valen de las personas físicas que integran sus órganos (...)” (p. 254).

De este modo, es posible decir que toda persona jurídica, es decir, toda empresa, puede ser empleador, ya que, consonante con el concepto arriba citado, la empresa es aquella que desarrolla actividad económica o puramente benéfica, estando incluidas en este caso, otros tipos societarios diversos.

De la misma manera, si la persona física o el conjunto de ellas, son consideradas empleadores, sin distinción, el caso de las personas jurídicas es de la misma forma, el grupo de ellas, también son empleadores, luego, la empresa o el grupo de empresas, son, con efecto, empleadores.

La norma del trabajo define que siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria (art. 31 de la LCT).

En verdad, “se trata del caso en que todas las sociedades que integran el grupo económico actúan frente al trabajador como empleadoras, utilizando su fuerza de trabajo, impartiendo órdenes, etc. en forma indistinta y contemporánea” (Goldin, 2013, p. 255).

Aquí, la vulnerabilidad del trabajador es protegida por medio de esta norma, ya que, la empresa o el grupo empresarial, puede, con el fin de perjudicar al obrero, practicar maniobras fraudulentas o conducir de manera temeraria el contrato de trabajo con el fin exclusivo de damnificar al trabajador. De este modo, la ley atribuye responsabilidad solidaria entre el grupo de empresas que actúan de esta manera.

Cuando el contrato de trabajo es ejecutado sin la figura de fraude o conducción temeraria, la doctrina diverge sobre la responsabilidad solidaria del grupo empresarial, o sea, no habiendo fraude o conducción temeraria, el grupo de empresas no responde

solidariamente, debiendo, a su vez, hacer una delimitación de responsabilidad para aquella empresa que tenía vínculo directo con el empleado.

Por otro lado, también la doctrina ha entendido, que no importa en el caso, si hay o no intencionalidad de defraudar la ley, lo que importa, en efecto, es el resultado producido por los actos practicados, o sea, el resultado potencialmente perjudicial al trabajador es que define la responsabilidad de la empresa o la solidaridad entre ellas.

Etala (2009), citando Hierrezuelo sostiene que “en otra postura interpretativa, se ha afirmado que el fraude no implica intencionalidad, se produce cuando bajo el amparo de una norma jurídica, y en la más absoluta legalidad, se viola otra norma jurídica”. Continúa por concluir que “lo que importa es el resultado y no la intencionalidad o el dolo de las partes” (p.305).

Etala (2009) ha citado también la decisión proferida por la C. Nac. Trab., sala 10ª, 21/6/2000, DT 2001-A-808, donde, se consignó que:

A los efectos de establecer la solidaridad del art. 31 no es necesario probar el dolo de los involucrados o un propósito fraudulento en los mismos, dado que no se exige una intención subjetiva de evasión de normas laborales, bastando que la conducta empresaria se traduzca en una sustracción de esas normas laborales, con intenciones o sin ellas (p. 306).

Así, para que la responsabilidad sea atribuida solidariamente entre las empresas que componen a un mismo grupo, basta demostrar el resultado dañoso en perjuicio del trabajador, no siendo necesaria la demostración de dolo por parte de las mismas. Es que la ley ha dispensado una garantía especial al trabajador por ser este la parte vulnerable en la relación establecida. En efecto, el trabajador, regla general, siempre estará protegido en la relación de trabajo.

4.2.2. La responsabilidad solidaria entre el transmitente y el adquirente del establecimiento:

Dispone el art. 228 de la LCT que el transmitente y el adquirente de un establecimiento serán solidariamente responsables respecto de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión y que afectaren a aquél.

Esta solidaridad operará efectos sea que la transmisión se haya efectuado en forma permanente, definitiva o en forma transitoria, precaria, momentánea, etc.

A los fin previstos en la norma se considerará adquirente a todo aquel que pasare a ser titular del establecimiento aun cuando lo fuese en la condición de favorecido o de beneficiario o, aún, como tenedor a título precario o por cualquier otro modo, o sea, quién, de algún modo, asume el derecho de explotación del negocio, sea en que condición fuera, para la ley, es equiparado al adquirente.

La solidaridad, por su parte, también operará con relación a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existente al tiempo de la restitución del establecimiento cuando la transmisión no estuviere destinada a surtir efectos permanentes y fuese de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo 227 (Etala, 2009, p. 330).

La responsabilidad solidaria consagrada por este artículo, será también de aplicación cuando el cambio de empleador fuese motivado por la transferencia de un contrato de locación de obra, de explotación u otro análogo, cualquiera sea la naturaleza y el carácter de los mismos (Etala, 2009, p. 330).

En efecto, ¿qué es una obligación solidaria? La Ley de Contrato de Trabajo no trae esta definición, y, entonces, la encontrábamos en el derogado Código Civil, más precisamente en el art. 699 donde dispone que la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores.

El concepto de solidaridad está previsto ahora en el art. 827 de Nuevo Código Civil y Comercial, donde: Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores.

El art. 700 del derogado Código complementaba diciendo que la solidaridad puede también ser constituida por testamento, por decisión judicial, que tenga fuerza de cosa juzgada, o puede resultar de la ley respecto de los deudores. En caso de transferencia del establecimiento empresarial, la obligación es oriunda de la ley, o sea, del propio art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La responsabilidad aquí, una vez más, surge con la finalidad de proteger al trabajador. Así, si la empresa fuera transmitida a un tercero, el transmitente y el

tercero, son solidariamente responsable por las obligaciones contraídas hasta la fecha de la transmisión, estén estas vencidas o aún no tengan el plazo vencido.

Por otro lado, las obligaciones nacidas después de la transmisión, serán, por consiguiente, asumidas exclusivamente por el adquirente.

4.2.3. La responsabilidad de los socios con los trabajadores:

Inicialmente, es menester decir que, la responsabilidad con los trabajadores, en principio, es de la empresa, ya que, de acuerdo con Goldin (2013) “los actos de sus administradores y representantes, en principio, se imputan a la persona de existencia ideal, cuyo patrimonio, derechos, ámbito de actuación y orbita de responsabilidad son distintos” (p. 254).

Todo trabajador tiene sus derechos garantizados por la ley, que debe ser rigurosamente aplicada, toda vez que rige el principio *in dubio pro operario*. Vilard (1988) advierte que “dada la característica alimentaria de los créditos laborales, el empleador no puede retenerlos bajo ningún concepto (...)” (p. 735).

Si la ley no es observada, entonces, alguien, seguramente estará asumiendo el riesgo de responder por esta conducta que está dejando de ser practicada, o sea, alguien se propone asumir las consecuencias de este resultado, no obstante, después puede justificar esta o aquella situación.

De manera general, las empresas o sociedades empresariales, durante la relación laboral, asumen la responsabilidad con los trabajadores en tres momentos, o mejor, en dos momentos, ya que, el tercero, es posible decir que no sería un momento, sino, una situación en que la empresa asume toda la responsabilidad de manera directamente.

Los momentos referidos son: primero - durante el período del contrato de trabajo, o sea, durante todo el vínculo del trabajador con la empresa, durante la relación laboral; y, el segundo – refiere al periodo posterior al contrato de trabajo, o sea, las obligaciones que surgen con la desvinculación del trabajador a la empresa.

En estos casos, la empresa o sociedad empresaria asumirá sus responsabilidades en consonancia con las disposiciones legales.

Por otro lado, cuando el trabajador, desarrolla sus obligaciones dentro de la empresa sin estar debidamente registrado, o sea, al margen de la ley, entonces, tanto la empresa, como los administradores, están, asumiendo el riesgo por la conducta adoptada. La cuestión que se plantea es: ¿si el socio también asume este riesgo?

En este sentido tense:

El socio gerente de la empresa empleadora debe responder solidariamente por el despido de una trabajadora no registrada, ya que resultó responsable por acción u omisión de la situación fáctica de la dependiente, por lo que debe considerarse que no actuó de buena fe y con diligencia, como corresponde a un buen hombre de negocios -art. 59 de la L.S.C.-, incidiendo dicha clandestinidad en todos los aspectos esenciales del contrato de trabajo. (SUMARIO DE FALLO. 21 de Octubre de 2014. Id Infojus: SUE0020155) - (<http://www.infojus.gob.ar/fraude-laboral-empleo-registrado-socio-gerente-responsabilidad-socio-sue0020155/123456789-0abc-defg5510-200esoiramus.>).

En este caso, la responsabilidad fue atribuida a la empresa y al gerente que dejando de registrar la trabajadora, asumió el riesgo de responder con la empresa, como de hecho, ha respondido.

4.2.4. La responsabilidad del socio no administrador en el derecho del trabajo:

Como vimos arriba, la empresa está formada por personas, bienes materiales e inmateriales.

El trabajador, lógicamente, es parte de este conjunto de entes que forman la empresa, ya que, es una persona. Es con su mano de obra que ayuda a desarrollar la producción y circulación de los bienes o servicios. En contra partida, a su vez, recibe dinero por el trabajo desarrollado en la empresa.

Siendo este trabajador contratado de acuerdo con lo que dispone la ley, pagándosele su sueldo de manera lícita, o sea, siendo la relación laboral establecida legalmente, no surgirán mayores problemas a la persona jurídica y a sus socios.

Ahora bien, sí la contratación es desarrollada de manera ilegal (precaria), o inexistente y el empleado presta su servicio al margen de la ley, sí el empleado no recibe su sueldo correctamente, o sea, sí la prestación del servicio se desarrolla sin refuerzo legal, en este caso ¿quién responderá frente al trabajador?, ¿La empresa?, ¿el administrador (director, gerente, presidente, otros)?, ¿el socio no administrador, también responde?

La empresa, como persona jurídica con capacidad para adquirir derechos y asumir obligaciones, lógicamente, responderá frente a este trabajador. En una eventual demanda llevada a cabo por el trabajador, no resta duda que la empresa sea responsabilizada.

Cuando se efectúa una contratación, en efecto, quien contrata es la empresa, la sociedad comercial, no sus socios, por tanto, quién debe asumir las obligaciones frente al empleado es la sociedad empresaria y no sus socios o administradores.

También, es imperioso exponer que el simple hecho de que la empresa tenga dificultades financieras, por sí solo, no autoriza actos de responsabilización de sus socios, sobretodo, del socio que no tiene el poder de administración, porque, la Ley de Contrato de Trabajo, no atribuye expresamente responsabilidad a los socios frente a los trabajadores.

El soporte jurídico existente para la responsabilización de los administradores, está en la Ley General de Sociedades, más precisamente en el art. 59 que habla del deber de actuación del administrador.

Antes de profundizar esta cuestión, necesario decir que la responsabilidad de los administradores y de los socios solamente surgirá, cuando la sociedad es insolvente, o sea, cuando no esté en condición de cumplir con sus obligaciones, justamente por la falta de dinero, porque, “siendo solvente la sociedad, el reclamo natural del trabajador es por ante su empleadora y no por ante su administrador” (Ferrer, 2009, p. 249). Esto se da porque, la persona jurídica es distinta de la persona física, o sea, la persona jurídica tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones y, solamente excepcionalmente, nos casos previstos en ley, se admitirá el reclamo a la persona física.

Como fue afirmado antes, para la configuración de la responsabilidad civil, es necesario la presencia de todos sus presupuestos, los que son: la conducta, la antijuridicidad, la imputabilidad, el factor de atribución, la relación de causalidad y el daño propiamente dicho.

De esta manera, quien efectivamente asume las obligaciones sociales frente a los trabajadores, es la sociedad, la empresa, salvo que, sea probada conducta abusiva por parte de quien está actuando frente a la sociedad, donde, la situación se torna otra. Así, tenemos la siguiente decisión:

Si bien las sociedades de responsabilidad limitada son parte del grupo de sociedades comerciales y por ello dotadas de personalidad jurídica y titulares de un patrimonio perteneciente a un sujeto jurídico perfectamente autónomo, siendo, en consecuencia, sujeto activo y pasivo de derechos, la naturaleza de la persona societaria puede ser dejada de lado cuando existe un abuso de derecho o fraude a terceros (CNTrab.,

S. IX, febrero 28-2000; "Bezzato, Rubén Antonio c. Farmacia Diagonal S.C.S. y otros"). (<http://www.asociacion.org.ar/resena/tres.pdf>).

La conducta puede ser positiva o negativa, o sea, una acción o una omisión. Entonces, el primer análisis que debe ser efectuado es saber si el socio debía o no practicar alguna conducta.

Véase la decisión:

Resultan responsables solidarios la sociedad y los integrantes demandados por aplicación del art. 54 de la ley 22.902 en el caso de falta de registración de la trabajadora la que se acrecentó por la participación directa de dichos socios en la contratación, en el vínculo diario con la trabajadora y la negativa de las circunstancias del contrato que resultaran plenamente probadas. Para tornar operativa la teoría de la penetración no necesariamente debe configurarse la hipótesis de la insolvencia, puesto que a tal efecto la norma citada no prevé la insolvencia como una condición y, en definitiva, implicaría atender el tema desde las consecuencias que pueda producir un obrar contrario a derecho y no precisamente evitarlo. (Juzg. Nac. 1ra. Inst. del Trabajo nº 74, sent. en autos "Rodríguez, Stella Maris c. Intermarketing Ltda. SRL"). (<http://www.asociacion.org.ar/resena/tres.pdf>).

La decisión arriba expuesta, contraría el posicionamiento de Ferrer (2009), ya que, para él "siendo solvente la sociedad, el reclamo natural del trabajador es por ante su empleadora y no por ante su administrador" (p. 249), en cuanto que, en el caso citado, se consideró que la falta de registración, importó una violación a la ley y, por tanto, la solidaridad se impone porque el actuar del administrador fuera de manera contraria al derecho, no se haciendo necesario que la empresa esté insolvente para que los socios también sean responsabilizados.

En situación semejante:

Se justifica desestimar la personalidad de las sociedades codemandadas y hacer responsables solidariamente y en forma ilimitada frente al reclamo laboral de un ex trabajador no registrado a los socios gerentes y administradores de una de ellas y a los socios y directores titulares a cargo de la presidencia y vicepresidencia de otra, máxime cuando ambos tienen a

cargo el gobierno y administración de ambas sociedades en forma personal. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico (CCivComLabyMineriaGeneralPico) - Fecha: 08/02/2012 - Partes: Mana, Norberto Leonardo c. Brinatti, Bautista Esteban y otros s/despido - Publicado en: LLPatagonia 2012 (Junio), 330 - Cita Online: AR/JUR/8307/2012. (<http://thomsonreuterslatam.com/jurisprudencia/06/11/2012/fallo-del-dia-la-responsabilidad-solidaria-de-los-socios-por-deudas-laborales-de-la-sociedad>).

En este caso, la desestimación de la personalidad ocurrió para responsabilizar a los socios gerentes y administradores de una empresa y a los socios y directores de otra, pero, no obstante haya responsabilidad de los socios, adviértase que, todos ellos, desarrollan función de administración, o sea, el socio que no esté en esta condición, en principio, queda fuera de responder.

Ravier Patrón (2005) ha señalado que “una postura amplia que sostiene que ante la simple acreditación de la irregularidad registral queda habilitada la extensión de la responsabilidad a los administradores o socios” y, que “han adoptado esta interpretación en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, las Salas, "I", "III", "IV", "VII", "IX" (que luego del fallo "Palomeque", de la SCJN cambió su postura) y la Sala "X", mientras que, gran parte de la doctrina “ha sido receptada por algunos jueces sostiene que la responsabilidad de los directores y administradores no es presunta y requiere su debida acreditación en el caso concreto”, o sea, la responsabilidad debe ser atribuida y probada, “siendo insuficiente la mera comprobación de falta de registro o deficiente registro de la relación laboral. Adhieren a esta postura, en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, las Salas "II", "V", "VIII" y "IX". (<http://www.iprofesional.com/notas/17090-Extensin-de-responsabilidad-por-incumplimientos-laborales>).

Por último trae el posicionamiento de la Corte Suprema, donde, según él, ha entendido que extender la responsabilidad en forma solidaria de la compañía a los administradores de una sociedad por la sola existencia de una relación laboral no registrada, no correspondía fundamentalmente por los siguientes argumentos:

Entiende que al extender la responsabilidad se vulneraban los derechos de propiedad y defensa en juicio, ya que se subvierten las reglas de la carga probatoria aplicables en la materia y no se tiene en cuenta el carácter excepcional de la causal de

responsabilidad prevista en el artículo 59 de la Ley de Sociedades. Entiende que los jueces laborales han hecho una aplicación de una norma de la Ley de Sociedades que no constituye una derivación razonada del derecho vigente. Entiende que se ha prescindido de considerar la personalidad diferenciada de la sociedad y la de sus administradores. Entiende que en esos casos no se ha acreditado que la sociedad empleadora sea una sociedad ficticia o fraudulenta constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, y que prevaleciéndose de dicha personalidad afecte el orden público laboral. (<http://www.iprofesional.com/notas/17090-Extensin-de-responsabilidad-por-incumplimientos-laborales>).

De acuerdo al posicionamiento sustentado, no se puede a cualquier costo, atribuir la responsabilidad a los administradores o gerentes, sobretodo, a los socios, una vez que la sociedad es sujeto de derecho y, no es cualquier hecho, aunque sea ilegal, el que indique la responsabilidad de los administradores, principalmente, de los socios que no tengan poderes de administración en la sociedad.

Salvaguarda a los socios, sobre todo a aquellos que no tienen poder de administración, se justifican en la propia Ley General de Sociedades, donde, en la parte final del art. 56, que trata de la responsabilidad social, dispone que la sentencia, no obstante, haya sido proferida contra la sociedad, “puede ser ejecutada contra ellos (socios), previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

Muguillo (2011), comentando el asunto, ha sostenido que “expresamente la ley limita la responsabilidad aquí dispuesta según el tipo societario. Así – por ejemplo – en las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, quedara excluida la responsabilidad subsidiaria del socio partícipe o accionista” (p. 96), justo porque, es la ley quien limita esta responsabilidad.

El socio no administrador, también podría ser responsabilizado acuerdo el párr. 3º del art. 54 de la Ley General de Sociedades, o sea, a través de la inoponibilidad o desestimación de la personalidad jurídica de la empresa, toda vez que la norma, imputa directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Cuando la norma imputa directamente a los socios, no hace ninguna distinción y, de acuerdo a la doctrina de Muguillo (2011), “lamentablemente, alguna jurisprudencia laboral, erróneamente, ha aplicado además en forma genérica y

automática la desestimación de la personalidad ante la existencia de ciertos ilícitos laborales (...)" (p. 87).

En verdad, la ley, claramente dispone que la desestimación solamente ha cabido, cuando la sociedad fuera constituida y actúe con fines extrasocietarios.

Sí por otro lado, su actuación guarda correspondencia con la ley y con el fin para el que fuera constituida, los socios quedarán exentos de cualquier responsabilidad, pero, se en el desarrollo de sus objetivos, practica hechos ilícitos, responderá la sociedad, y, por consiguiente, sus administradores, pero no, por el principio de la inoponibilidad jurídica de la empresa, siendo posible este, solamente cuando la sociedad sea constituida con fines de defraudar la ley, y, claro, que el socio tenga el conocimiento de esta finalidad.

Veamos caso en que la justicia eximió de responsabilidad a los socios y de los administradores de una sociedad, por entender que estos no procedieron de manera fraudulenta, contrario a la ley o al orden público:

En esa dirección, el tribunal valoró que no se dio en el caso la alegada situación de abandono de la explotación por parte de los socios y administradores, sino que éstos acudieron a distintas vías para afrontar la crisis imperante a fines de 2001 y comienzos de 2002. "La inactividad procesal del ente societario y la existencia de una deuda salarial no configura una violación al régimen de las sociedades comerciales sino más bien incumplimientos del demandado que pudieron ser encauzados por otros medios", acotó. En suma, en el fallo se revocó la condena solidaria dictada en contra de los codemandados, socios y administradores de la Clínica Junín SRL, porque no se acreditó que hubieran hecho posible la actuación fraudulenta de la sociedad demandada, vulneraran la ley o el orden público laboral. (<http://comercioyjusticia.info/blog/justicia/eximen-de-responsabilidad-a-socios-y-administradores-de-la-clinica-junin-srl/>.)

En esta situación, el socio no administrador, solamente se hará responsable, si hubiera llevado adelante con los demás socios o controlantes, la realización de hechos con fines extrasocietarios o, que haya actuado para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros, o sea, haya contribuido deliberadamente para el resultado dañoso.

4.2.5. Breves apuntes sobre el derecho brasileño:

Todo aquel que realice un trabajo para un tercero, tiene el derecho a recibir la contraprestación por el trabajo prestado, o sea, tiene derecho al salario.

El art. 457 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo brasileña (CLT), dispone en su art. 457 que la remuneración comprende todos los efectos legales, más allá del salario debido y pagado directamente por el empleador, como contraprestación del servicio, las propinas que recibe el trabajador.

Para Martins (2011), “el salario surge como forma de transformación del régimen del trabajo esclavo al régimen de libertad del trabajo” (p. 229).

El salario tiene un valor mínimo que corresponde a una contraprestación debida y pagada directamente por el empleador a todo trabajador, incluso al trabajador rural, sin distinción de sexo, por día normal de trabajo, y capaz de satisfacer, sus necesidades normales de alimentación, habitación, vestuario, higiene y transporte.

Así el empleador tiene la obligación de efectuar el pago del salario al trabajador de acuerdo con el servicio prestado.

El empleador al que hemos referido, lógicamente, es la persona jurídica. Así, ¿si la persona jurídica no realiza el pago del monto debido al empleado, los socios serán responsabilizados por eso?

Primero, corresponde esclarecer brevemente cual es el tipo de responsabilidad que vincula a los socios con la persona jurídica.

De acuerdo con Engelke y Belmonte (2010), la responsabilidad de los socios es la regla subsidiaria, ya que solamente responderán si la persona jurídica no posee liquidez para saldar las obligaciones (...) (p. 101).

El Tribunal Superior del Trabajo de Brasil sobre la responsabilidad de los socios, ha dicho que la responsabilidad es solidaria, no obstante, tratarse de responsabilidad subsidiaria. Así fue decidido:

EMBARGOS DE DECLARACION EN RECURSO DE REVISTA. FASE DE EJECUCIÓN. DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. LIMITACION. SOCIO MAYORITARIO. VIOLACION DE LA COSA JUZGADA. La cuestión a ser dirimida dice respecto a la existencia de responsabilidad integral de los socios minoritarios. En el caso de los presentes autos se trata de ejecución llevada contra la sociedad por cuotas de responsabilidad limitada. A principio, en esta hipótesis, la ejecución contra los socios es limitada a la respectiva cuota del capital integrado, no pudiendo encauzarse hacia sus bienes personales. Entretanto, cuando está configurada la irregularidad de la sociedad, el estado de insolvencia de la empresa ejecutada, y aunque se verifica la inexistencia de

bienes sociales aptos para la satisfacción de la ejecución, como ya se ha visto en otra parte, se direcciona la ejecución contra los socios de la deudora principal. Estos, a su vez, pasan a responder solidaria e ilimitadamente por la deuda social, hace al principio de la desconsideración de la personalidad jurídica de la empresa. No hay que hablar, por consiguiente, de limitación de valores ejecutivos hasta el límite de cuotas sociales del socio ejecutado. Además se asegura al embargante que si indicó cualquier bien de la deudora principal o del socio, es pasible de ejecución, deberá de enfrentar la ejecución de sus bienes particulares. Si el saliente aunque se trata del segundo socio del esposo de la ahora embargante, teniendo esta, obviamente, conocimiento de la existencia y localización de eventuales bienes de titularidad del referido señor. Patente, aunque, la responsabilidad secundaria de la embargante, socia de la ejecutada, por la satisfacción integral de los créditos laborales del ejecutado (<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>).

En la decisión, la relatoría, no obstante menciona que los socios son solidaria e ilimitadamente responsable, en nuestra opinión, habla de responsabilidad secundaria, cuando relata que se trata de responsabilidad subsidiaria y no solidaria.

4.2.6. Breves apuntes sobre el derecho uruguayo:

En el derecho uruguayo, Carlos E. López Rodríguez (s. f.) ha sostenido que:

Como excepción, el Decreto Ley 14.188 de 1974, que contiene normas para juicios laborales, en su art. 12, dispone sobre la responsabilidad de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada. Dispone así: "Exceptuase de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto-Ley del 26.4.1933, la obligación del pago de salarios, cualquiera sea su causa. En tal caso, los socios responderán en forma subsidiaria, personal y solidariamente, por la totalidad de los salarios debidos, con sus accesorios de ley. Cuando se demanda por pago de salarios a una sociedad de responsabilidad limitada, el juzgado dispondrá preceptivamente el embargo preventivo de sus bienes."
(<http://www.derechocomercial.edu.uy/ReSrIRespSocios.htm>).

Aquí la responsabilidad es subsidiaria, o sea, primero responde la sociedad, y solo después se persigue los bienes de los socios, no obstante, ésta sea también personal y solidaria entre ellos.

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Uruguay ha decidido que:

Corresponde por último aclarar frente al agravio de la demandada y lo expuesto a fs. 205 que mientras el art. 12 del Dec-Ley No. 14.188 consignaba la responsabilidad "subsidiaria", en los arts. 1 y 2 del Dec-Ley 14.358 se atiende a la responsabilidad "solidaria". Vale decir, mientras en aquél texto legal sólo podía perseguirse la satisfacción del crédito laboral contra el socio integrante de la SRL. cuando frente a ésta en principio no era satisfecho, ahora conforme la última solución normativa vigente, el crédito puede perseguirse indistintamente contra la Sociedad o contra cualquiera de los socios que la integren. En suma, todas las personas físicas codemandadas responderán solidariamente por las condenas de naturaleza salarial. <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/seam/docstore/document.seam?docId=1&cid=30468>).

En efecto, acuerdo al juzgado arriba mencionado, los socios responden solidariamente por las deudas salariales frente a los trabajadores, facultando al trabajador a demandar a la sociedad, el socio o conjuntamente.

En nuestra opinión, en el expediente n. 292/2008 del Tribunal Apelaciones Civil Primer Turno de Uruguay, ha entendido que no basta solamente la mala gestión para que se condene al socio (en este caso el administrador), y que, para justificar la condena, es necesario que esté presente el elemento subjetivo, o sea, el dolo o la culpa. Así decidió:

En consecuencia, todos los elementos requeridos para configurar la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho común, deben reunirse para que funcione el instituto en relación a los administradores de sociedades anónimas (Conf. Rodríguez Olivera, Nuri "La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades Anónimas" pág.207). Para la referida autora la violación de la ley o del estatuto y el mal desempeño del cargo, hacen nacer la responsabilidad del administrador aunque no exista dolo ni culpa grave (ob, y pág.,citada). Por su parte, Rippe entiende que se trata de una responsabilidad amplísima, incluso más severa que la establecida en la legislación anterior. La sola violación de la ley, el estatuto o reglamento determina esa responsabilidad, lo que implica en la práctica una responsabilidad prácticamente objetiva que no admitiría excepción legal o convencional alguna (Conf. Rippe, Siegbert "Sociedades Comerciales" pág.139). También se ha considerado que las obligaciones de los administradores son de medios (con factor de atribución

subjetiva) pues responden por culpa leve, grave ó dolo y nada obsta a que convencionalmente se puedan asumir obligaciones de resultado (Conf. Venturini, Beatriz y Rodríguez Mascardi, Teresita en "Un tema de Actualidad: La responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes" en A.D.C.U. Tomo XXIX, pág.577). Para Merlinsky, la responsabilidad de los directores y administradores por el mal desempeño de su cargo está basada en la culpa, como factor de atribución de responsabilidad (Conf. "Manual de Sociedades Comerciales según Ley Nº16.060 y Modificativas" pág.268) (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.sea m?cid=30481>).

Concluye que:

Independientemente de las distintas posiciones señaladas no procede establecer la condena personal y solidaria de (...) ya que los daños reclamados como consecuencia del no pago de la deuda corresponden a la sociedad en forma personal y no se asumió obligación alguna al respecto. (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.sea m?cid=30481>).

No obstante ello, corresponde aclarar que el socio, en este caso, el administrador, es responsable solidariamente con la persona jurídica, el Tribunal, entendió que, aunque la presencia del elemento subjetivo (dolo o culpa) del administrador en el querer perjudicar, no justifica una condena solidaria y personal con la persona jurídica.

4.2.7. Breves apuntes sobre el derecho paraguayo:

En el derecho paraguayo, el derecho societario está inserto en el Código Civil.

Dispone el art. 959 del Código Civil que "por el contrato de sociedad dos o más persona, crean un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas."

Las Sociedades de Responsabilidad Limitada están tratadas entre los artículos 1160º y 1178º.

El art. 1160º dispone que "en la sociedad de responsabilidad limitada el capital se divide en cuotas iguales por valor de un mil guaraníes o su múltiplo. Los socios no serán más de veinte y cinco, y sólo responderá por el valor de sus aportes."

La ley dispone que los socios serán responsables por sus aportes, y esta responsabilidad se torna solidaria e ilimitada frente a los terceros, tanto por la integralización del aporte en dinero, cuanto por la efectividad y valor asignados a los aportes en especie a tenor del dispuesto en el art. 1165º.

Si los socios deciden transferir cuotas, estos las garantizan solidariamente con los adquirentes por las obligaciones sociales contraídas hasta dos años después de inscribirse la cesión. Cualquier pacto en contrario no será oponible a terceros. O sea, el transmitente y el adquirente se tornan obligados solidarios frente a los terceros.

A tenor del dispuesto en el art. 1161º, al constituir la sociedad, debe contener en su denominación los términos 'sociedad de responsabilidad limitada' o la sigla 'S.R.L.', bajo pena de responder solidaria e ilimitadamente por los actos practicados en esas condiciones el gerente.

Claramente la ley dice que quien se torna responsable en este caso es el gerente, sea o no socio, pero, no atribuye responsabilidad al socio que no esté administrando la sociedad.

El art. 9 de la Ley 213/93 (Código del Trabajo de Paraguay) establece que el trabajo es un derecho y un deber social y goza de la protección del Estado. (...). Exige respeto a las libertades y dignidad de quien lo presta, y se efectuará en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico compatible con las responsabilidades del trabajador padre o madre de familia.

4.3. Responsabilidad de los socios en el derecho tributario:

El derecho tributario es una rama del derecho que sirve para organizar y estructurar el Estado, con la finalidad de recoger sumas para el mantenimiento de los deberes por él asumidos como ente organizador de la vida en sociedad.

Con el ingreso de los tributos, y entre ellos, los impuestos, el Estado es capaz de garantizar el funcionamiento de la maquinaria pública, haciendo que, las actividades esenciales de salud, educación, transporte, seguridad, etcétera, puedan realizarse, atendiendo de este modo las necesidades sociales.

El Estado tiene, por tanto, el derecho de exigir el pago de los impuestos, pero, por otro lado, tiene el deber de ofrecer a los ciudadanos, los servicios sociales que estos necesitan.

Este derecho del Estado de exigir el tributo del contribuyente, tiene su fundamento en la ley, donde, todos son obligados a llevar a los cofres públicos la

suma debida en razón de un hecho practicado, o sea, en razón de la producción del hecho generador de la obligación tributaria.

Vizcaíno (2014), ha dicho que “el tributo es toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, en virtud de ley” (p. 28).

Giuliani Fonrouge, referido por Vizcaíno (2014) ha definido al tributo como: “una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público” (p. 29).

El tributo es una prestación obligatoria, comúnmente percibido en dinero, pero, también es cierto que, en determinado momento de la historia, algunos países recibían el mismo en especie, o sea, en cereales, vinos, ganados, etc. En la Argentina hubo diversos tributos con fines de regulación económica –granos, yerba mate, vino, etc. -. (Vizcaíno, 2014, p. 28).

Sin embargo, para que eso sea posible, las personas físicas o jurídicas, se obligan por medio de la ley a contribuir con el Estado con sumas previamente establecidas por la ley sobre las operaciones o actuaciones que realicen, sea con el Poder Público o sea con terceros, tornándose de esta manera, los sujetos pasibles de la obligación tributaria, con la obligación de cumplir fielmente con el deber impuesto, bajo pena de asumir otras obligaciones frente al Fisco, debido al poder de imperio del Estado.

Si estos sujetos obligados no cumplen voluntaria y tempestivamente con la obligación por la ley impuesta, surge a favor del Estado, el derecho de utilizar la fuerza estatal para efectuar el cobro de estas obligaciones.

En nuestro estudio, la relación que se establecerá es entre el Estado como acreedor y la sociedad empresaria o sus socios y administradores como deudores, o sea, como los sujetos pasible de la obligación tributaria.

También se hace necesario aclarar que, cuando se refiere a administrador, está haciendo referencia a todos aquellos que representan o administran a una sociedad o colectividad, o sea, el administrador aquí representa la figura del director, del gerente, del gestor y de todos los otros representantes de entes colectivos. El administrador acá, está empleado en su sentido lato.

Así, la relación jurídica establecida, primero se da, entre el Estado y la persona jurídica, que es sujeto con personalidad propia y capaz de adquirir derechos y asumir obligaciones. En verdad, es el contribuyente. Posteriormente, también es posible

verificar la relación entre el Estado y el administrador o los socios, como sujetos obligados por su actuación en la conducción de los negocios en la sociedad.

Altamirano (2010) ha sostenido que las relaciones jurídicas de naturaleza tributaria primero se entabla entre el Estado y el ente colectivo y segundo es la que enlaza al Estado con el administrador de una sociedad comercial (p. 19).

Esto es así, porque el deudor del tributo es el ente colectivo, o sea, el sujeto pasivo de la obligación tributaria es la sociedad y no los socios o el representante legal de la misma que, como ya se describió, estos solamente la representan, o mejor, estos apenas actúan por aquellas.

En efecto, muchas veces, el deudor principal (la sociedad), por diversas razones, dificulta el ingreso del impuesto a los cofres del Fisco. En estos casos, es necesario investigar cuales son estas razones que llevaron al ente colectivo a actuar así, para entonces, hacer o no responsables a otras personas, en este caso, los administradores y los socios de la misma.

El art. 5º de la Ley 11.683 dispone que están obligados a pagar el tributo al Fisco (...) b) Las personas jurídicas del Código Civil y las sociedades, asociaciones y entidades a las que el derecho privado reconoce la calidad de sujetos de derecho.

Aquí, la relación jurídica establecida es, entre el Estado y el ente colectivo, o sea, entre el fisco y la sociedad o el sujeto colectivo, y, la ley, habla en responsabilidad por deuda propia, o sea, del propio ente colectivo, que posee, a su vez, personalidad jurídica propia.

El art. 6º de la misma ley establece que están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc. (...) d) Los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios a que se refiere el artículo 5º en sus incisos b) y c).

Aquí, se trata del caso específico de los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, o sea, los administradores de modo general, la ley atribuye la responsabilidad por el cumplimiento de una deuda ajena, toda vez que, el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el ente colectivo y no la persona física que actúa en su nombre, no obstante, las referidas personas físicas, también por disposición legal, asumen la responsabilidad de enviar el tributo a las arcas públicas bajo la responsabilidad de responder con sus propios bienes, en caso de que no actúen así, como adelante se verá.

De este modo, el art. 8º dispone que responden con sus bienes propios y solidariamente los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, todos los responsables enumerados en los primeros cinco (5) incisos del artículo 6º cuando, por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaren oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del artículo 17.

Aquí sí, tenemos la responsabilidad personal de aquél que, deliberadamente, y sin cualquier motivo justificado, dejó de cumplir con la obligaciones frente al fisco, o sea, el administrador que actuando de manera negligente o con intención de causar perjuicio al fisco, dejó de aportar el tributo, aunque, la obligación tributaria sea del ente colectivo, él, como responsable tributario, responderá personalmente con sus bienes frente al Estado.

Por otro lado, no existirá, sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria con respecto a quienes demuestren debidamente a la Administración Federal de Ingresos Públicos que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

Altamirano (2010) señala que esta responsabilidad, en efecto, es subsidiaria, aunque, la ley exprese que es solidaria. Así, él escribe que “en otros términos, es una responsabilidad de naturaleza subsidiaria (aun cuando la norma que regula la cuestión textualmente dispone que la responsabilidad es solidaria)” (ps. 22/23).

Más adelante, el mismo autor sostiene que, “la obligación tributaria y la relación jurídico-tributaria recaen, en principio, sobre la sociedad y, secundariamente, sobre sus administradores cuando, por determinadas circunstancias subjetivas, elevan a dicho administrador a la categoría de responsable solidario” (p. 24).

Esto es muy interesante, porque, si fuera considerada como responsabilidad subsidiaria, el Fisco, antes de perseguir el patrimonio del administrador o de los socios, debe utilizar todos los medios para el cobro del tributo de la sociedad, o sea, del ente colectivo, ya que la subsidiariedad, exige que así se comporte el Fisco.

Ahora, si se considera la responsabilidad solidaria entre la sociedad y los administradores o sus socios, entonces, el Fisco puede efectuar el cobro tanto de la sociedad como de sus administradores o socios, no obstante, la ley dispone que solamente las personas que ejercen el control son las responsables, hecho que, retiraría la responsabilidad de quien no tiene esta atribución, o sea, quien no ejerza

poder de gerencia, contralor, administración, no sería, por tanto, responsable por el aporte del tributo.

Es interesante no perder de vista, donde la ley prevé una eximente de responsabilidad a quien demuestra que no cumplió con la obligación impuesta, por imposibilidad creada por el propio contribuyente directo, o sea, por la propia sociedad.

En las mismas condiciones, responden los administradores de sociedades irregulares o de hecho. También serán responsables, en su caso, los administradores solidariamente responsables de acuerdo con el derecho común, respecto de las obligaciones fiscales que correspondan a las sociedades o personas jurídicas que los mismos representen o integren.

4.3.1. Criterios de responsabilización:

Como arriba fuera dicho, el director o gerente responde solidaria e ilimitadamente con la sociedad por sus obligaciones tributarias. Así, es importante abordar sobre la forma de atribución de responsabilidad a las personas que tienen vinculación con la sociedad, sean los directores, los gerentes, los administradores o los socios, porque, esta se puede dar en mayor o menor grado y, tal vez, ni haber responsabilidad por no actuar.

El Fisco es el propio Estado, que tiene el derecho, y también el deber, de hacer ingresar los tributos de las personas de derecho para poder garantizar el funcionamiento de la maquinaria pública.

Por otro lado, las personas físicas o jurídicas, tienen el deber legal de recoger a su tiempo y modo los tributos a los cuales, por ley, se encuentran obligadas.

Cuando se tratar de persona jurídica, su actuación se realizará por medio de sus representantes personas físicas, o sea, sus administradores, directores o gerentes, toda vez que son estas personas las que hacen el actuar del ente de existencia ideal.

Para garantizar el efectivo cumplimiento de esta obligación, el legislador, entonces, atribuyó responsabilidad solidaria a estas personas, que tienen el deber de hacer el depósito de estas sumas en nombre de la sociedad, y que, sí no lo hacen, pueden ser responsabilizados de manera solidaria con sus propios bienes. Corresponde también decir que, en efecto, el administrador, director o gerente, no son deudores del monto debido (sujetos pasivos), en realidad, son responsables. El verdadero deudor es la persona jurídica.

Esta obligación impuesta al administrador, opera como medio represivo para que él realmente deposite el tributo a su tiempo y modo, cumpliendo así, su deber impuesto legalmente, ya que, “importa responsabilidad a título represivo desde que se funda en la violación del deber que la ley fiscal pone a su cargo de pagar el impuesto al fisco con los recursos que administran o de que dispone” (Altamirano, 2008, p. 49).

La ley, en efecto, no quiere hacer al gerente, director o administrador, responsable por los deberes tributarios del ente colectivo, si quiere, que ellos, hagan el pago al tiempo y modo adecuado. La responsabilidad atribuida, como ya mencionado, es más represiva que atributiva. A decir verdad, el objetivo de la atribución de responsabilidad es más amenazante que propiamente obligacional.

Eso es significativo, porque, según ha señalado la doctrina “para ser pasible de la imputación de la responsabilidad solidaria, resulta indispensable, al momento de la imputación, que el director haya actuado en oportunidad de producirse la infracción tributaria (Altamirano, 2010, p. 40).

La responsabilidad solidaria es aceptada cuando hay un accionar intencional y deliberado de producir la infracción tributaria, o sea, cuando el administrador conscientemente ha actuado, por ejemplo, dejando de depositar el tributo en las arcas públicos para invertir en la compra de un equipo nuevo.

Este mismo doctrinador, sostiene que, “no se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva, sino subjetiva y derivada de una conducta que importe incumplimiento de los deberes impositivos a cargo del director o representante” (Altamirano, 2010, p. 40).

Obsérvese que la doctrina habla de director o representante, o sea, cualquier persona que tenga el poder de representación de la sociedad, sea el propio director, un gerente, el administrador, incluso, el administrador de hecho, ya que, acuerdo Echevarría (s. f.), en efecto, “para acreditar la calidad de administrador es suficiente el hecho concreto de administrar los negocios de una entidad, sin que la citada responsabilidad se circunscriba a quienes se encuentren investidos por designaciones hechas con ciertas formalidades”, o sea, en derecho tributario, es suficiente que el administrador o representante lleve adelante los negocios sociales, no siendo necesario la formalidad de investidura en el cargo.

Esta responsabilidad puede ocurrir por dolo, culpa o negligencia de la persona, bastando que el actuar produzca el resultado, independientemente de que sea una actuación por acción u omisión.

El actuar con dolo consiste en realizar una acción u omisión de manera deliberada, o sea, es la realización voluntaria de hechos, con fines engañosos, con el objetivo de disfrazar la verdad y demostrar otra situación que no es la real.

La actuación con culpa o con negligencia, por otro lado, representa la falta de cuidado del agente actuante, o sea, el resultado se hace previsible, pero, el actor indiferente realiza el hecho que trae como resultado un daño a quien le confió la actuación.

Así, tanto aquél que actúa con dolo, culpa o negligencia, es, según el sistema tributario argentino, responsable solidario como el sujeto colectivo a que está vinculado, o sea, el administrador, el gerente, el director o cualquier otro representante o sujeto que actúa por la sociedad, responde con ella frente al fisco. No olvidemos, sin embargo, que siempre es exigido un actuar del sujeto, aunque sea una acción por omisión.

Por otro lado, aquél que tiene un cargo en la sociedad, pero, no administran los fondos sociales, no tendría responsabilidad solidaria con la misma, ya que, según enseña la doctrina:

De allí que los jueces, como se verá, han establecido que no basta el hecho de que una persona tenga en una sociedad alguno de los cargos de dirección para que se lo considere responsable tributario, pues tal responsabilidad solo alcanza a quienes administran o disponen de los fondos sociales, de manera que los demás miembros -que no tienen asignadas esas funciones- no son responsables. (Altamirano, 2008, p. 23).

De acuerdo con la cita, para que la persona sea considerada responsable solidario con la sociedad, no basta, que tenga un cargo en la sociedad, es necesario que esta persona realmente administre o tenga acceso a los fondos sociales, o sea, la persona que, está a cargo de la dirección de la sociedad y no actúa en la administración financiera, no puede ser considerada responsable por la sociedad. Por ejemplo, el gerente que es responsable por el personal de una empresa (recursos humanos) no tiene contacto con el sector financiero de la misma, no puede ser considerado responsable tributario, justamente porque no conoce la realidad financiera de la empresa y, tampoco, el momento adecuado para depositar el tributo.

Ahora, si esta persona tenía conocimiento de que los gerentes de estos sectores estaban actuando de manera fraudulenta en perjuicio de la sociedad y, no hace nada, ahí sí, él puede ser responsabilizado junto con los demás.

De este modo, “no basta que una persona sea director, gerente o representante de una persona jurídica, para que pueda considerársele responsable solidario en los términos del art. 19, ley 11.683 (t.o. en 1960 [actual art. 8º, inc.a])” (Altamirano, 2010, p. 41).

En efecto, “sólo aquellos que administran o disponen de los bienes sociales son quienes se hallan obligados a cumplir con los deberes tributarios y a ellos les alcanza la responsabilidad por los hechos u omisiones en que incurrieren, (...)” (Altamirano, 2010, p. 41).

Como ya se ha señalado, para que la persona física se torne responsable solidario con la persona jurídica, es necesario que tenga un cargo de administración, y que, más allá de esto, tenga el poder de administración sobre los fondos sociales, ya que solo aquellos que tienen poder de administración en sectores que no están ligados a los fondos sociales, en principio, no son responsables tributarios, no obstante, debe “interiorizarse de todo lo que acontece en el devenir de la sociedad, pues debe ser diligente, ya que, en caso de no serlo, podrá ser responsable por mal desempeño de su cargo por omisión, en los términos del art. 59 de la Ley de Sociedades comerciales” (Altamirano, 2010, p. 43).

4.3.2. La responsabilidad del socio no administrador en el derecho tributario:

El socio no administrador, aquí debe ser entendido como aquél que no tiene poderes de representación o dirección en el ente colectivo, sea como gerente, director o cualquier otra forma de representación, pero que sea simplemente socio. ¿Puede él, ser responsable tributario con la sociedad? O sea, ¿el socio que no actúa interviniendo en los negocios de la empresa, puede ser responsabilizado con esta?

Como ya fuera aludido en el artículo 6º de la ley 11.683, están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley: los directores, gerentes y demás

representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios a que se refiere el artículo 5º en sus incisos b) y c).

Por el articulado, solamente las personas que tienen poder de administración están obligados a pagar el tributo, ya que, dice la ley, que referidas personas están obligadas con los recursos que administran, perciben o disponen, o sea, aquél que no administra recursos, no dispone de valor alguno, no tiene obligación alguna de pagar (depositar) el tributo al Fisco, porque, no tienen acceso al dinero y, por esta razón, no puede ser considerado responsable tributario junto con la sociedad de la cual es socio, justamente porque, está por la ley, desobligados de este deber.

También, corresponde resaltar que el artículo 8º de la misma ley, establece que responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, todos los responsables enumerados en los primeros cinco (5) incisos del artículo 6º cuando, por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaran oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen con la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del artículo 17.

Aquí, también se mira que hay responsabilidad solidaria de las personas referidas en el artículo 6º, o sea, de aquellas que tienen el poder de administración sobre los fondos sociales de los entes colectivos, entonces, aquellos que no tienen estos poderes, quedan fuera de dicha responsabilidad.

Hay que observar en qué teoría se ha filiado, porque, si fuera en la teoría objetiva, la responsabilidad se dará directamente, consonante con el art. 23, pero, si se ha filiado a la teoría de la responsabilidad subjetiva, entonces, el socio que no tiene poder de administración y no haya tomado conocimiento del hecho, no será responsable por los efectos del mismo.

De acuerdo con el pensamiento de Altamirano (2010) “no se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva, sino subjetiva y derivada de una conducta que importe incumplimiento de los deberes impositivos a cargo del director o representante” (p. 40).

Siendo así, aquel socio que no tenga cargo de dirección en la empresa y que solamente posee el status de socio, por la propia disposición legal, queda libre de las obligaciones tributarias de la persona jurídica.

4.3.3. Breves apuntes sobre el derecho brasileño:

En Brasil el artículo 134 del Código Fiscal de la Nación Brasileña (Codigo Tributario Nacional Brasileño- CTNB) establece lo siguiente: "en los casos de imposibilidad de cumplimiento de la obligación principal por el contribuyente, son solidariamente responsable, en los actos que intervienen o por sus omisiones de que fueren responsables ": sección III" los administradores de bienes de terceros, por los impuestos debidos por ellos "; sección VII " los socios, en el caso de liquidación de la sociedad de personas".

Primeramente, tenemos que comentar sobre la sección VII y luego el punto III. En la sección VII del art. 134 de la disposición legal, el CTNB deja claro que la responsabilidad de que se trata es de los miembros de la sociedad de personas. Y por lo tanto, el profesor Itamar Gaino (2005), citando Carvalho de Mendonça, salió en defensa de la inaplicabilidad del dispositivo para las sociedades de responsabilidad limitadas, sosteniendo y afirmando que:

"En el concepto de sociedades de personas no encaja en la sociedad de responsabilidad limitada, [...] en la primera, se aceptan los socios, teniendo en cuenta sus cualidades personal y [...] los acreedores de la sociedad pueden contar, además del capital social, con el patrimonio de todos o algunos de los miembros. Y aun así, en la segunda, se tendrá en cuenta exclusivamente el aporte de cada miembro. Son los capitales que se unen, no las personas"(p. 29).

Teniendo en cuenta la comprensión, se entiende que la norma no se refiere a las sociedades de capital, como es el caso de las limitadas, pero si, de las empresas personales, como, por ejemplo, la sociedad civil. Por lo tanto, la norma no irradia sus efectos en la sociedad de responsabilidad limitada que, conforme ha venido, es una sociedad de capital, no obstante, hay quienes sostienen que se trata de una sociedad de naturaleza mixta.

En lo que respecta a la sección III del artículo 134 del CTNB, lo podemos considerar en una relación con el artículo 135 de la misma Ley, donde este establece que: "son personalmente responsable por los créditos correspondientes a obligaciones tributarias resultantes de actos practicados en exceso de poderes o infracción a la ley, contrato social o estatutos". Inciso III, "Los directores, gerentes o representantes de personas jurídicas de derecho privado".

Extrajimos de la norma jurídica, en el caso del inciso III del artículo 134 del CTNB, que el administrador de bienes de terceros, puede ser gestor de la sociedad de responsabilidad limitada, y, teniendo en cuenta lo que se ha estudiado anteriormente, distinto es, la sociedad de sus socios y también sus administradores, por lo que, el administrador, siendo socio o no, se presenta a la sociedad en la calidad de tercero.

Por supuesto, será responsable sólo por los actos imputados en los que ha intervenido o, porque no actuó cuando debía actuar. Así, ha señalado Machado (2006), que:

“La responsabilidad civil prevista en el art. 134 del CTNB, postula dos condiciones: la primera es que el contribuyente no puede cumplir con su obligación, y la segunda es que el tercero ha participado en el acto que genera el hecho imponible de la obligación, o con respecto a este se omite indebidamente” (p. 175).

En el análisis, se puede considerar que, si el tercero actuó diligentemente, nada va a serle imputado, sin embargo, si actuó con dolo o culpa, será solidariamente responsable frente a las autoridades fiscales.

En relación al artículo 135, inciso III, el administrador será personalmente responsable y no solidariamente como en el caso del artículo 134.

Veamos la situación en la que el administrador no paga la contribución a la seguridad social, ¿quién tendrá que rendir cuentas: el administrador, la empresa, o todos los socios?

Primeramente, recordamos que la contribución a la seguridad social es una especie de tributo y está inserta en el concepto de tributos, entonces, es una obligación tributaria, si su cumplimiento no ocurre oportunamente generará, por consiguiente, una responsabilización.

Cuando el administrador actúa, como se ha dicho, con abuso de poder, en violación de la ley o del contrato social, él será responsable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135, III del Código Fiscal de la Nación, pero, los demás no serán responsables.

Por lo tanto, había una incongruencia normativa con el artículo 13 de la Ley 8.620/93, que establecía que los socios de las empresas de responsabilidad limitada responderían solidariamente con su patrimonio personal por las deudas a la Seguridad Social.

Observando el problema, tenemos dos disposiciones legales que deben aplicarse para el caso, lo que resulta en un aparente conflicto de leyes. ¿Cuál debe aplicarse, el Código Fiscal o la Ley de Seguridad?

La solución surge a través de la hermenéutica. Ello implica la aplicación de dos disposiciones jurídicas, una que responsabiliza al administrador y la otra que responsabiliza a todos los socios. Desde un punto de vista práctico, para la Seguridad Social, sería más interesante la aplicación de la ley que responsabiliza a todos los socios, ya que, así, tendría más posibilidades de obtener el crédito.

Sin embargo, la resolución del caso no sucede de esa manera. Aquí tenemos que distinguir los dos tipos de ley. Existe consenso en la doctrina de que el Código Tributario de la Nación fue aprobado por la Constitución Federal de 1988, con el Estado de Derecho Supletorio, ya que (el CTNB es de 1966) es anterior de esta (CFB que es 1988), así como su artículo 146 CFB/88 establece que cabe a la ley complementaria prever la legislación tributaria. Y sin más discusión, la Ley 8.620/93 es una Ley Ordinaria.

Entonces, ¿se aplica la Ley Ordinaria o la Ley Complementaria?

Para evitar dudas, recurrimos a la Constitución, que es donde está la respuesta. El art. 59 de la Constitución trata el proceso legislativo que comprende la formación de las leyes, y éstas se organizan de forma jerárquica, siendo primero: las enmiendas a la Constitución, según: las leyes complementarias, y, tercero: las leyes ordinarias, etc.

Así que, sin más esfuerzos, podemos concluir que, la ley que se aplicará al caso, será la Ley Complementaria debido ser jerárquicamente superior a la Ley Ordinaria.

Por lo tanto, por no pagar la contribución social, el responsable de la obligación será el administrador, porque la ley aplicable, es el Código Tributario de la Nación en detrimento de la Ley Ordinaria de la seguridad Social, lo que implicará una responsabilidad personal.

Obsérvese la sentencia del Superior Tribunal de Justicia, respecto del asunto:

Agravio regimental en el Recurso Especial. Responsabilidad Tributaria. Dirección de la ejecución para el socio. Ley 8.620 / 93. 1. La responsabilidad del socio no es objetiva. Para que surja, la responsabilidad personal disciplinada en el art. 135 CTNB es necesario que haya evidencia de que él, el socio, actuó en exceso de mandato, o violó la ley, o el contrato social o estatuto,

u ocurrió la disolución irregular de la empresa. 2. La contribución a la seguridad social es una especie de tributo, debiendo, por lo tanto, seguir en dirección del Código Fiscal de la Nación, el cual, a su vez, fue aprobado por la Constitución Federal de 1988 como legislación complementaria. Por lo tanto, no hay que hablar de aplicación de la ley Ordinaria 8620/93, ya que, es de grado normativo jerárquicamente inferior al CTNB, donde queda por el principio de jerarquía de las leyes, de naturaleza constitucional, que establece para el dictado del recurso especial establecido por la Constitución Federal, para determinar la competencia del STJ. 3. Queda prohibido a la parte innovar en el recurso especial. 4. Agravio regimental denegado "(AGREsp 536 098 / MG, Rel. Min. L] Luiz Fux, j. 16.10.2003, DJ 11.03.2003).

Así, de acuerdo a los artículos 5º, 6º y 8º de la Ley 11.683, también como, los art. 134 y 135 del Código Tributario de la Nación Brasileña, primero es responsable la persona jurídica, porque, poseen capacidad jurídica para responder por sus obligaciones; y, no obstante ello, también asumen la responsabilidad, a la vez solidariamente, a la vez personalmente, sus administradores, gerentes, directores, u otro modo de administrador, por los actos que deberían hacer o por aquellos que no deberían hacer.

Asimismo, el Tribunal Superior del Trabajo, decidió que el simple socio no responde cuando la ley no dispone expresamente sobre su responsabilidad, retirando así, su obligación y atribuyéndosela solo al responsable por la administración.

"AGRAVIO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. UNIÓN. EJECUCIÓN FISCAL. MULTA POR INFRACCIÓN A LA NORMA DEL CLT. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO. La Constitución de la República determina abarca las leyes complementarias regulares que limitan al poder de tributar (art. 146, II), además de establecer las reglas generales sobre obligación tributaria (art. 146, III, b), inclusive reglas sobre exigir un aumento tributario (art. 150, I). Esto importa decirlo porque solo la ley complementaria puede fijar la responsabilidad por un crédito tributario o conexo en el país - lo que está hecho por el art. 135, III, del CTNB. Este precepto complementario especial, asimismo, no regula la responsabilidad tributaria del simples socio, pero si del gestor, esto, es de los directores, gerentes y representantes de personas jurídicas de derecho privado. Por esta óptica, no es viable la responsabilidad del socio en los casos de multa por infracción laboral. Desde otra óptica,

prevalece en la jurisprudencia la tesis de que tal tipo de multa no tiene naturaleza tributaria, no estando regida por el art. 135, IV, del CTNB, por lo tanto, necesita de una ley específica propia que fije la responsabilidad pasiva por su pago. Y no existe esta regla jurídica específica en el ordenamiento patrio. Recuérdese que el art. 4º de la Ley 6.830/1980 se refiere solo al responsable, en los términos de la ley..., no fijando, primeramente, tal responsabilidad. Recurso denegado." (AIRR-168840-88.2006.5.18.0081, 6.ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 8/4/2011).

4.3.4. Breves apuntes sobre el derecho uruguayo:

Establece el Código Tributario de la República Oriental del Uruguay en su art. 16 que "es sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria la persona obligada al cumplimiento de la prestación pecuniaria correspondiente, sea en calidad de contribuyente o de responsable".

Tratase en verdad, del contribuyente directo, en este caso, la persona jurídica, o su responsable, en este caso, su representante. Los dos son considerados sujetos pasivos de la obligación tributaria.

Así, el contribuyente es la persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria y, dicha calidad puede recaer en las personas jurídicas y demás entes a los cuales el Derecho Tributario u otras ramas jurídicas les atribuyen la calidad de sujetos de derecho, de acuerdo al art. 17 del código.^{xi}

Una vez definido el sujeto pasivo y el contribuyente, es necesario decir quién es el responsable por la obligación y, de acuerdo al art. 19, "es responsable la persona que sin asumir la calidad de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones de pago y los deberes formales que corresponden a aquél, (...)."^{xii}

En su art. 21 el código dispone que los representantes legales y voluntarios (que no son contribuyentes, pero responsables) que no procedan con la debida diligencia en sus funciones (o sea, que actúen con culpa), serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieren actuado con dolo.

Como se evidencia, se trata de responsabilidad solidaria, pero, limitada al valor de los bienes que administre el responsable. Aunque, la parte final del dispositivo,

retira esta limitación en el caso del agente haber actuado con dolo. El elemento subjetivo (dolo) hace que la responsabilidad sea ilimitada.

Así, la actuación culposa limita la responsabilidad del administrador al valor de los bienes, en cuanto que, la actuación dolosa, retira esta limitación cuantitativa.

Rozen (2012), explica que “mientras que en los casos en que haya culpa la responsabilidad estará acotada, responderá ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad si hubiese actuado con dolo” (p. 47).

Este mismo autor, describiendo el comportamiento del representante de la empresa, revela que:

En este sentido, entendemos que en los casos de culpa, deberán tenerse en cuenta aquellos bienes de los cuales el director hubiese podido disponer para el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad; sea dinero, o en su caso, bienes de relativamente sencilla realización. Bajo esta postura, debemos excluir de los bienes que determinarán la limitación, activos intangibles como el valor llave, autorizaciones gubernamentales, derechos de propiedad intelectual, entre otros, aún cuando se traten de un patrimonio relevante de la empresa. El justificativo a esta posición, es que director jamás hubiese podido disponer de ellos para cumplir en tiempo y forma la obligación tributaria de la sociedad (p. 47).

Así, el responsable debe actuar de acuerdo con las posibilidades que la empresa le ofrece, o sea, no habiendo dinero suficiente para el pago del tributo, el representante deberá disponer de los bienes, a fin de generar fondos para esta finalidad, no exigiéndose al administrador, acciones que extrapolen su deber administrativo. Es que, determinados bienes no se negocian con esta finalidad. La diligencia no significa la operación de milagros.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, en el juzgado 16/2008, ha decidido que:

Por decisión anticipada se confirma la sentencia apelada. En lo que respecta a la inhabilidad de título, la Sala estima que lo único que tenían que probar los demandados era que no correspondía que se les aplicara el impuesto o impugnar la cantidad reclamada, no advirtiéndose que exista obstáculo que impidiera esgrimir sus defensas, incluso las basadas en cuestiones de legalidad o validez del acto. En cuanto a la excepción de pago parcial es criterio de la Sala que debe computarse, se tiene en cuenta en Sede de liquidación del crédito. Los recurrentes por su calidad de Directores de la

empresa, deben responder por el simple hecho del no cumplimiento en plazo de la obligación tributaria, ya que denota negligencia por parte de los socios en el cumplimiento de sus deberes para con el Fisco. (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.sram?searchPattern=&cid=30653>).

Vea que en este caso el Tribunal atribuyo responsabilidad a los administradores/directores por el simple hecho del no cumplimiento de la obligación tributaria, o sea, el director fue negligente cuando no depositó en las arcas públicas el monto debido del tributo. Asimismo no habiendo voluntad deliberada de defraudar, solo simple incumplimiento del plazo, su negligencia hace que sea responsable junto con la persona jurídica.

No obstante la parte final de la decisión habla del socio (negligencia por parte de los socios), la lectura que se hace es que, estos socios son los socios administradores/directores/gestores, no alcanzando ciertamente, a los socios que no tengan poder de administración.

D'Angelo, Larrosa y Gil (2010) describiendo casos de infracciones tributarias, han sostenido que:

Teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia nacional, se desprende la idea de que se deberá evaluar concretamente el caso para poder establecer si el director o administrador tiene responsabilidad, y será excluido de la misma si no hubiera participado activamente en la consecución de la infracción (p. 104).

Como se percibe, la doctrina y la jurisprudencia han seguido el camino de analizar los casos concretos para definir la responsabilidad, prestigiando de esta forma, la responsabilidad subjetiva, lo que, se muestra más razonable ya que deja de sancionar a aquel que no actuó para perjudicar a la sociedad ni el fisco.

4.3.5. Breves apuntes sobre el derecho paraguayo:

Para que nazca la obligación tributaria, primero tiene que ocurrir un presupuesto de hecho, o sea, tiene que perpetrarse el hecho generador de la obligación.

La Ley n. 125/91 (que establece el régimen tributario del Paraguay) dispone en su art. 3 que son contribuyentes del impuesto las empresas unipersonales, las

sociedades con o sin personería jurídica, las asociaciones, las corporaciones y las demás entidades privadas de cualquier naturaleza.

El art. 182 de la Ley n. 125/91, dispone sobre la responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas, estableciendo que:

Los representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones respecto de normas tributarias, serán subsidiariamente responsables de las obligaciones por concepto de tributo que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubiera actuado con dolo, en cuyo caso la responsabilidad será ilimitada.

En el derecho paraguayo, la responsabilidad atribuida a los representantes de las personas jurídicas, diferentemente del derecho brasileño y uruguayo, es subsidiaria y no solidaria, o sea, el administrador o gerente, no responde junto, sino, después de la persona jurídica, y esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administre, excepto que haya actuado con dolo, en este caso, tendrá responsabilidad ilimitada.

La Corte Suprema de Justicia del Paraguay, decidiendo sobre responsabilidad subsidiaria en el JUICIO: "(...) Y OTROS S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS" (A. y S. n.º. 378 de fecha 1º de junio de 2015) ha considerado que:

(...) Es subsidiaria la responsabilidad si el sujeto solo debe responder en vez o en defecto de otro sujeto que responde en primera línea o primer momento. Subsidiariedad obligacional implica en el derecho civil un obligado de segundo grado o rango. Es por ello que la subsidiariedad de la responsabilidad estatal, que nuestros constituyentes consideraron necesaria elevar a la categoría de rango constitucional, genera una defensa a favor del Estado, semejante al beneficio de excusión acordado abiertos obligados. Constituye, pues, una excepción que debe ser opuesta como medio general de defensa frente a las pretensiones de quien persigue el resarcimiento de los daños. (...) –

(<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/cache/23deac6a35ea9de23dfde88f88188386.pdf>).

La ley habla de responsabilidad de los representantes, o sea, quien no es representante, no responde por la obligación tributaria. Así, el socio que no tiene poderes de administración o representación en la sociedad, está exento de cualquier responsabilidad, asimismo, la ley claramente habla de proceder con diligencia en sus funciones, entonces, quienes no tienen función no responden.

Otra cuestión que se debe observar es que la ley habla de proceder con diligencia, o sea, la actuación culposa hace responsable al representante de la persona jurídica.

La responsabilidad solidaria aparece en materia de infracciones tributarias practicadas por el administrador u otro representante. En este caso, el representado, o sea, la persona jurídica, esta sí, responde solidariamente con su representante por la actuación inoficiosa.

Artículo 184 - Responsabilidad de representados y representantes en materia de infracciones -Cuando un mandatario, representante, administrador o encargado incurriese en infracción, respecto de normas tributarias los representados serán solidariamente responsables por las sanciones pecuniarias. Las personas o entidades y los empleadores en general serán solidariamente responsables por las sanciones pecuniarias aplicadas a sus dependientes, por su actuación como tales. Los representantes serán solidariamente responsables por las sanciones pecuniarias aplicadas a sus representados por infracciones en las cuales hubieren tenido activa participación (http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley125.pdf).

Pangrazio (2013), ha sostenido que “la responsabilidad solidaria debe preverse para los casos en que exista un vínculo especial entre el contribuyente directo con el responsable que habilite a la administración a reclamar a cualquiera de ambos la deuda tributaria” (p. 8).

Esto porque, en la responsabilidad subsidiaria, el fisco antes de exigir algo del representante de la persona jurídica, debe primero, disponer de todos los medios para recibir sus tributos del deudor principal, que es, la persona jurídica, para, solamente después adentrar en el patrimonio del representante; en cuanto a que, en la responsabilidad solidaria, el fisco puede exigir al mismo tiempo de la persona jurídica o de su representante, se trata de un medio más agresivo de cobro del tributo, por eso, solamente en los casos previstos expresamente en la ley, es que se admite esta forma de actuación.

En el mismo fallo arriba citado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

Corte Suprema de Justicia tiene dicho: "Un elemento natural de la solidaridad es el hecho de que el acreedor pueda accionar a su elección contra cualquiera de los deudores o acumular subjetivamente las acciones contra todos los deudores solidarios. Ahora bien, este elemento natural, puede ser modificado sin que ello altere la solidaridad de la obligación -es decir, que todos los deudores se hallen obligados a la misma prestación, en virtud del mismo vínculo y las consecuencias que ello acarrea-, ya sea convencionalmente, como el caso del pacto entre acreedor y fiador, por el cual se establece el beneficio de excusión a favor de este último; ya sea por una disposición legal (...)" (<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/cache/23deac6a35ea9de23dfde88f88188386.pdf>).

En el JUICIO: "(...) Y OTROS S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS" (A. y S. nº. 378 de fecha 1º de junio de 2015), en la fundamentación, los jueces citaron Gásperi que había apuntado, al comentar la norma de su anteproyecto que sirvió de antecedente al mentado Art. 1017, que la subsidiariedad de la responsabilidad del socio no altera el carácter solidario de la obligación (...) (p. 8), o sea, no obstante la responsabilidad del socio sea subsidiaria, en efecto, esta subsidiariedad no hace que la obligación pierda su carácter de solidaria.

En verdad, la responsabilidad es subsidiaria, pero la obligación, a su vez, es solidaria.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

5.1. Aplicación (análisis y resultados):

En este capítulo la idea es discutir sobre la responsabilidad, en la sociedad de responsabilidad limitada, del socio. Una vez que el problema expuesto en el proyecto de la tesis fue presentado en los siguientes cuestionamientos: ¿El socio no administrador en la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Argentina puede responder frente a la sociedad y terceros? En caso de ser así: ¿en qué circunstancias?

Es posible decir que la Ley General de Sociedades, comprende diversas hipótesis de responsabilidad para los socios, o sea, en muchos artículos están previstos los casos en que los socios responden.

Esta responsabilidad es aun, apropiada en la clase de responsabilidad objetiva, ya que, están previstas en la ley y, para concretizarse, basta solamente la práctica del hecho.

El cuestionamiento que surge es el siguiente, cuando el socio no actúa, o sea, no tienes actividades reales en la sociedad, en este caso, la responsabilidad cambia para el ámbito subjetivo, o sea, para responsabilidad por culpa o dolo del sujeto.

La doctrina, viene sostenido que “los socios limitan sus responsabilidades a la integración de las cuotas que suscriben o adquieren” y, con esto, “no ven comprometida su responsabilidad personal por las deudas de la sociedad, las que deberán ser satisfechas únicamente con el patrimonio social” (Roitman, Aguirre y Chiavassa, 2010, p. 581). Similar es el pensamiento de Muguillo (2011) para quien, “la responsabilidad patrimonial de los socios hacia terceros está limitada por la cantidad de cuotas suscriptas o adquiridas” (p. 233).

El posicionamiento doctrinario es correcto porque, el objetivo de la creación de este tipo societario fue, justamente, limitar la responsabilidad del socio frente a la sociedad y terceros, o sea, los socios estarían respondiendo solidariamente responsables por la integración de los aportes y, a partir de entonces, solamente la sociedad se tornaría responsable por los negocios sociales.

No obstante, la doctrina se haya inclinado por este camino, la jurisprudencia tiene hecho el camino inverso, o, tal vez, un poco diferente, atribuyendo mayor

responsabilidad para los socios, sobretodo, cuando la cuestión envuelve hechos tributarios y del derecho del trabajo.

Los hallazgos obtenidos con la investigación, se asemejan con el posicionamiento de Ferrer, donde hace lugar a la limitación de responsabilidad de los socios, sobretodo, del socio no administrador, haciendo con que, solamente en los casos muy específicos y definitivamente comprobados, la actuación con fines extra societarios, con fraude a la ley, en contra a las buenas costumbres, sean atribuidas al socio no administrador.

5.2. La sociedad de responsabilidad limitada:

La sociedad de responsabilidad limitada o sociedad por cuotas de capital, es un tipo societario mixto, o sea, su naturaleza, es considerada por la doctrina, como una sociedad de personas y una sociedad de capital, por eso, su naturaleza eclética.

Halperin, citado por Muguillo (2011) ha dicho que “las sociedades de responsabilidad limitada tienen en común con las sociedades de personas (o por parte de interés) la injerencia activa de los socios en la administración”, o sea, es de naturaleza de la sociedad que los socios tienen fuerte poder de injerencia en la administración, esto porque, generalmente, este tipo societario, es constituido por personas de una familia o de un grupo familiar, haciendo que los socios sean más próximos en el día a día de la sociedad.

Continúa el autor diciendo que “tienen en común con las sociedades por acciones (o de capital) la limitación de la responsabilidad de los socios y la relativa repercusión de las cuestiones que afectan personalmente al socio (muerte, incapacidad, quiebra)” (p. 231/232).

Requião (2013), citando Otto Gil, asegura que el termino sociedad de responsabilidad limitada es inapropiado, ya que, “la ‘responsabilidad limitada’ es de los socios y no de la sociedad que responde *ilimitadamente* por todas las obligaciones que haya asumido” (p. 552).

Frente a esto, hay que considerar las situaciones de responsabilidad previstas en la Ley 19.550/72, donde sea posible identificar las situaciones en que la sociedad, los administradores o los socios sean responsables.

La figura de la responsabilidad está directamente ligada a la sociedad.

5.3. Responsabilidad de los socios en la Ley 19.550/72:

La Ley 19.550 rige el sistema societario comercial en el derecho argentino, y es llamada Ley de Sociedades Comerciales. Es aplicada para la formación de los tipos societarios y, entre ellos, está la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL).

Es necesario decir que la Ley 19.550 ha sufrido algunos ajustes por la Ley 26.994 que comenzó a producir sus efectos el 1º de agosto de 2015, de acuerdo a la Ley 27.077, también de 2015. Entre otras modificaciones fue sustituida su denominación que pasó de Ley de Sociedades Comerciales a Ley General de Sociedades.

5.4. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 23 de la Ley 19.550/72:

El artículo 23 de la Ley General de Sociedades dispone que los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social.

Primero, es necesario decir que el art. 23 está dentro de las hipótesis de constitución de sociedades de hecho o irregulares, o sea, en aquellos casos en que la sociedad no se constituye de acuerdo al sistema legal puesto.

Según esto, los socios, pierden el beneficio del art. 56 de la misma ley, cual sea, el beneficio de orden, donde, los bienes de ellos, solamente, se hallarán perseguidos, después de cazados los bienes sociales.

Aquí, entiéndase el típico caso de una responsabilidad legal que es solidaria entre los socios e ilimitada entre ellos, eso porque, no fueron diligentes y no tomaron el cuidado debito cuando la formación de la sociedad. Siendo así, todos serán responsables entre sí y no podrán invocar cualquier excusa entre ellos, sobretodo, en relación a los terceros.

En la nueva sistemática, las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y el gobierno de la sociedad, pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

Así, la sociedad, aunque de hecho es irregular, es responsable por sus contratos firmados con terceros, sin perjuicios de la responsabilidad de los socios o de

quien contrató en su nombre; o sea, cualquier persona, director, gerente, administrador, entre otras personas, aunque haya contratado en nombre de la sociedad, será igualmente responsable por tal contratación.

Muguillo (2011) ha traído una interesante situación de cuando la sociedad ha emitido títulos cambiarios y esto se torna objeto de una demanda judicial.

Según él, estos litigios “imponen la primacía de los específicos principios cambiarios y la acción deberá entablarse con el *obligado cambiario* propiamente dicho, o sea la sociedad irregular y no sus componentes” (p. 57), esto porque, es responsable por el título, aquel que haya emitido el mismo, no obstante, una vez frustrada la demanda contra la sociedad, es posible la persecución de los bienes de los socios y quien haya contratado en nombre de la sociedad, una vez que este derecho del acreedor, esté previsto en el propio artículo de la ley.

Esto es así, justo porque, los principios cambiarios, son específicos y se sobreponen a los principios generales del derecho societario. Por eso, la acción se inicia contra la sociedad y, después, de ser necesario, la ejecución se extiende a los demás responsables.

5.5. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 68 de la Ley 19.550/72:

Es cierto que las personas físicas o de existencia real, cuando constituyen una sociedad comercial, tienen en mente la obtención de ganancias, sino, hubieran creado, por cierto, una sociedad beneficencia o de ayuda, sin fines de lucro.

Las ganancias perseguidas con la actividad comercial, son perfeccionadas a los socios, por medio de dividendos, conforme les es autorizado por la ley y por decisión de la asamblea u otro órgano equivalente.

Así, de acuerdo el art. 68 de la Ley de Sociedades General de Sociedades, “los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes del balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente, (...)”.

Claramente el artículo dispone que solamente las ganancias realizadas y líquidas pueden ser distribuidas como dividendo, o sea, no se permite la distribución de otra forma, como, por ejemplo, las ganancias no realizadas (créditos futuros).

Muguillo (2011) ha sostenido que:

Sólo pueden distribuirse utilidades en base a (i) ganancias realizadas y líquidas, (ii) previamente enjugadas las pérdidas de ejercicios anteriores, (iii) en base a un balance o estado

contable regular y ordinario y (iv) que se halle aprobado por el órgano social pertinente (p. 134).

Siendo así, no siempre se percibirán y distribuirán ganancias, por ejemplo, cuando se hace un balance extraordinario o especial, toda vez que el objetivo, es preservar la salud financiera de la sociedad, para garantizar a los socios y a los acreedores que la actividad se prolongará en el tiempo. No olvidemos que la ley también exige que las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones, deben formar una reserva mínima igual a 20% (veinte por ciento) del capital social, reservando para esto, el mínimo del 5% (cinco por ciento) de las ganancias realizadas y líquidas (art. 70 LSC), para solamente después, efectuarse la distribución.

Así, “el incumplimiento de esta *estricta pauta* importa una ruptura con los principios de una adecuada administración del art. 59, LSC, y generará la correspondiente responsabilidad de los administradores sociales” (Muguillo, 2011, p. 134/135).

Según el entendimiento arriba expuesto, la responsabilidad caerá sobre los administradores sociales, liberando, en principio, a los socios y, consecuentemente, a aquéllos socios no administradores. Pero, ¿y el socio no administrador que aprobó el balance en la asamblea, donde, no se había reducidas o disminuidas las pérdidas del ejercicio anterior, también es responsable con los administradores sociales, o no?

La cuestión es identificar si el socio tenía o no conocimiento de esta situación. Si el socio tenía el conocimiento de este hecho y, asimismo, aprobó el balance, entonces, lógicamente, también será responsable con los administradores sociales. Ahora, una vez comprobado que el socio no tenía esta información, no es responsable como los administradores sociales, ello porque, su deliberación se pauto, en principio, en una situación de regularidad. Aprobó creyendo que estaba correcta su actuación.

Este fundamento, también puede ser extraído de la propia Ley General de Sociedades, en la cual, el art. 224, párr. 2º, dispone que “en todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones”. De igual manera, el artículo dispone claramente que son responsables los directores, los miembros de los consejos de vigilancia y los síndicos, pero nada dice de los socios, esto es porque, se considera que cuando el balance se pone para aprobación en asamblea, se acredita que se considera verdadero, adecuado, legítimo, etc.

De esta manera, se observa que los criterios para distribuirse utilidades es en base a (i) ganancias realizadas y líquidas, (ii) previamente enjugadas las pérdidas de

ejercicios anteriores, (iii) en base a un balance o estado contable regular y ordinario y (iv) que se halle aprobado por el órgano social pertinente, conforme es traído por Muguillo, entonces, una vez percibido el dividendo, esto se torna irrevocable, ello porque, “no son repetibles los dividendos percibidos de buena fe” (art. 225 LGS).

Sin embargo, “si este orden es alterado, se debe restituir con la nulidad de las decisiones que aprobaran el dividendo en violación de la ley, y mediante la atribución de responsabilidad”, - no obstante, ya vimos que no son repetibles los dividendos percibidos de buena fe – “ahora, si ese orden no se ha alterado ni se ha violado, el socio ha adquirido en derecho irrevocable sobre el dividendo percibido, e inclusive sobre el aprobado aún si percibir” (Ferrer, 2009, p. 19).

En efecto, con estas medidas se procura garantizar que la empresa tenga una vida financiera sólida, transmitiendo a sus socios y terceros, la garantía de que las inversiones y los contratos, serán actividades cumplidas por la sociedad, para los primeros con la distribución de dividendos y, para los segundos, con el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

5.6. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 94^{xiii}, inciso 8 de la Ley 19.550/72:

La sociedad, como el propio nombre lo dice, necesita de una pluralidad de personas, o sea, el mínimo de dos (art. 1° de la ley^{xiv}). La ley 26.994 dio nueva redacción al artículo primero, posibilitando la creación de sociedad unipersonal, pero, solamente como sociedad anónima, no habiendo mudanzas, por tanto, a las sociedades de responsabilidad limitada.

Molina (2014), comentando sobre este asunto, ha dicho que:

Es una reforma muy requerida por parte de la comunidad académica, pero no va a tener -con el esquema actual de aplicación- mayores aplicaciones prácticas. La reforma es clara en que sólo puede haber sociedades unipersonales anónimas (y no SRL u otras sociedades de un solo socio) y que una sociedad unipersonal no puede ser socia de otra unipersonal. Nada dice respecto de que una sociedad unipersonal que sea socia, a la vez, de otra que no lo sea. Pero entiendo que en lo concreto no va a haber muchas de estas sociedades porque -sea por inadvertencia de la comisión redactora o voluntariamente- estas sociedades de un solo socio se incorporan en el marco del art. 299 y requieren de

“fiscalización estatal permanente”. Lo grave no es la fiscalización estatal permanente sino que, estar incluida en esta norma, importa tener un directorio de al menos tres miembros (con el respectivo costo de autónomos de cada uno) y no sólo la obligatoriedad de tener sindicatura (sino que ésta tiene que ser colegiada de número impar o sea, integrada por tres miembros abogados y/o contadores). También se exige que todo el capital se integre al momento de constitución (a diferencia de las sociedades de dos o más socios, en los que se puede hacer una integración inicial sólo de 25%). En la práctica va a ser más conveniente (incluso en términos económicos) seguir con sociedades como las que se constituían hasta ahora (esto es, sociedades con algún socio de participación muy minoritaria) y no innovar con esta nueva modalidad. (<http://comercioyjusticia.info/factor/laboral/el-impacto-de-la-reforma-del-codigo-civil-en-las-asociaciones-y-sociedades/>).

Una vez constituida la sociedad y por cualquier razón, la misma disminuya su número de socios a menos de dos, entonces, la ley, atribuye un plazo para que el socio remaneciente adopte providencias para restablecer la sociedad, bajo pena de sufrir consecuencias, como por ejemplo, la disolución de la misma.

El artículo 94 establece que la sociedad se disuelve, entre otras razones, por la reducción a uno del número de socios. Por otro lado, la sociedad podrá continuar sus actividades si el socio remaneciente incorpora nuevos socios dentro del período de tres meses, contados, desde momento en que la sociedad dejó de ser plural. Toda vez no sea atendida la instrucción legal, la sociedad no subsistirá y la consecuencia es su disolución por expresa determinación legal.^{xv}

Así, la reducción del número de socios es una causal de disolución de la sociedad. Todavía, como se había se dicho, la sociedad podrá continuar sus actividades si fuera incorporando nuevos socios. Entonces, se percibe que del momento en que la sociedad dejó de ser plural hasta el momento en que ella tenga nuevos socios incorporados, la misma, tiene un lapso de tiempo en que está constituida con solamente un socio, o mejor, una persona que para la ley, es denominada de socio único.

Según disponía la parte final del inciso 8 del artículo 94, en esta situación, el socio único será ilimitada y solidariamente responsable por las obligaciones sociales contraídas. Sin embargo, es necesario decir que la responsabilidad del socio, sea este administrador o no, se dará durante el período del lapso de tres meses para

recomposición social, claro, que una vez recompuesta la sociedad, retornará al régimen vigente de la sociedad.

Así, si el socio dejó para restablecer la pluralidad de socios en el último día del plazo de tres meses, será responsable por todos los actos ocurridos durante el período. Por otro lado, si la pluralidad ha se dado en el primer mes, entonces, a partir de aquel momento, el socio no es más ilimitada y solidariamente responsable, conforme disponía el artículo.

Otra cosa interesante a decir, es que aquí el artículo dejaba claro que la responsabilidad era exclusiva del socio, no aplicándose esta responsabilidad al administrador de la sociedad, excepto que el socio fuese también el administrador.

Entonces, estará excluido de este tipo de responsabilidad el administrador, el gerente, y cualquier otra persona que responda por la sociedad. Es la calidad, el status de socio que torna la persona responsable y no la condición de la persona que representa a la misma, o sea, sus directores, gerentes, administradores, entre otras personas.

También cumple decir que esta responsabilidad se extiende más allá del periodo de los tres meses establecidos por la ley. Es que la responsabilidad se concretiza por las obligaciones contraídas en el período, no importando cuando se den sus efectos, o sea, si el socio contrata dentro del periodo de los tres meses una obligación por la sociedad para ser cumplida después de seis meses, no obstante en el momento del cumplimiento de la obligación la sociedad ya cuenta con pluralidad de socios, los efectos de la obligación, competen solamente a la sociedad y el socio único que contrató en su nombre, no al socio ingresante.

Los terceros que contratan con la sociedad no pueden asumir el riesgo del negocio, por eso, la ley otorga la protección debida. Muguillo (2011) ha señalado que:

“La responsabilidad del socio único no puede dejarse librada a que opere según su propia voluntad, disponibilidad y discrecionalidad en perjuicio de los terceros” (...) “y aquélla lo será por todos los actos realizados y las obligaciones asumidas, aunque sus consecuencias fueren *a posteriori* o su vencimiento se produjere una vez repuesta la pluralidad contractual” (p. 173).

5.7. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 99 de la Ley 19.550/72:

El artículo 99 de la Ley General de Sociedades dispone sobre las facultades y los deberes de los administradores, no obstante, en la parte final del artículo, estaba previsto que más allá de la responsabilidad de los administradores, hay también, una explícita mención a los socios.

El artículo dispone que los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos, o sea, de los propios socios así considerados.

Acuerdo al dispuesto en la ley, posteriormente al vencimiento del plazo de duración o al acuerdo de disolución o a la declaración de alguna causa de disolución, los actos que pueden ser practicados por la sociedad, son, solamente para atender a asuntos urgentes y los necesarios para iniciar la liquidación. Estos actos son practicados por los administradores. Cuando dispone sobre la responsabilidad, la ley establece que tanto los administradores como los socios pueden ser responsabilizados.

Entonces, es posible percibir que el artículo deja claro que, en principio, los administradores son responsables por las operaciones ajenas a los fines establecidos en la norma, pero, no exime a los socios de tornarse también responsables.

Muguillo (2011) ha dicho que “la ley responsabiliza personal y solidariamente (con la sociedad) a los administradores por las consecuencias de cualquier operación ajena a esos objetivos (refiriéndose a primera parte del artículo), responsabilidad impuesta en beneficio no sólo de terceros sino también de los mismos socios” (p. 177).

Hay aquí la responsabilidad de los administradores para con terceros y los socios, no obstante, la ley no exime a éstos de también responder por la sociedad juntamente con aquellos. Es como ha señalado Ferrer (2009), donde, “los actos que pueden hacer responsables a los socios, y seguidamente veremos qué condiciones, tornan necesariamente responsables a los administradores. Justamente los actos de éstos en concordancia con otras condiciones pueden también hacer responsables a los socios” (p. 309).

La cuestión que se plantea es saber si todos los socios son responsables o no. La parte final del artículo dispone que cualquier operación ajena a esos fines los haga responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin

perjuicio de la responsabilidad de éstos. El artículo no hace ninguna distinción entre los socios, situación que hace creer que todos los socios serán responsables.

En verdad, quien lleva adelante los negocios sociales son los administradores de la sociedad y no sus socios. En la mayoría de las veces, los socios son solamente inversores y las actividades son llevadas a cabo por un equipo que no necesariamente es formado por socios. Entonces, en principio, el socio no estaría en el mismo nivel de responsabilidad que los administradores, no obstante no se exime de la misma, porque la parte final del artículo es clara en decir que sin perjuicio de la responsabilidad de éstos, haciendo clara referencia a los socios. La ley no los exime, pero si, les atribuye responsabilidad.

Así, para atribuir responsabilidad al socio, es necesario antes, definir en qué teoría será fundamentada esta atribución. Si el fundamento fuera en la teoría objetiva de la responsabilidad, entonces, es la atribución directa y objetiva y, por consiguiente, todos los socios son responsables. Esta teoría se sostiene en el artículo 23 de la Ley General de Sociedades, ya que se trata de una responsabilidad legal y de naturaleza objetiva. Esta teoría así se sustenta bajo el justificativo de que una vez que la sociedad está en liquidación, todo acto practicado en disconformidad con esta finalidad, se equipara a los actos practicados en una sociedad irregular, circunstancia que justifica la aplicación del art. 23 da la Ley General de Sociedades.

Ahora, si la atribución de la responsabilidad se sustenta en la teoría subjetiva, entonces otras situaciones deben ser consideradas, comenzando por la participación o no del socio en la sociedad, su conocimiento por la práctica de los actos, de las circunstancias, entre otros factores.

De esta forma, primero es necesario informarse si el socio participa o no de las actividades de la sociedad. Toda vez que el socio no tiene participación directa en las actividades sociales, en principio, no se le atribuye responsabilidad al mismo, eso porque, su no participación, hace presumir que no tenía conocimiento de lo que pasa en la sociedad y, por tanto, lo exime de responsabilidad justamente por la misma imposibilidad de hacerse un juicio de lo que acontece en la misma.

La persona que se propone constituir una sociedad, sobretodo, una sociedad de capital, como es el caso de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, antes de todo, piensa en hacer su inversión, colocar el capital en el negocio y obtener sus resultados, al menos en regla general, es posible afirmar esto. Otro factor (específicamente en las SRL) es la *affectio societatis*, o sea, existe una relación de confiabilidad entre las personas que constituyen la sociedad, hecho que, muchas

veces, hace que el socio, aporte su cuota y no va a preocuparse más que del día a día de la sociedad.

Es cierto que el socio tiene derechos y obligaciones para con la sociedad y, entre sus principales obligaciones, están: integrar sus cotas en el plazo establecido, ser leal con la sociedad y los demás socios, ser diligente, dejar de practicar actos contrarios al intereses social, no practicar actos ilícitos en detrimento del intereses social, etc., y, sus principales derechos son: participar de asambleas, votar, ser votado, recibir dividendos, etc., pero, si el socio no ejerce estos derechos, no puede ser penalizado por eso, o mejor, responsabilizado, indiscriminadamente, debido a esta situación.

Ferrer (2009), ha señalado en este sentido, cuando advierte que “no puede en nuestro sistema jurídico concluirse que el socio por no ejercer esos derechos (refiriéndose a los derechos arriba citados) y no ‘enterarse’ de la disolución y la posterior exorbitancia de los actos de los administradores, resulte responsable solidaria e ilimitadamente por el pasivo social”, y concluye afirmando que, “esta conclusión no se sustentable ni lógica ni jurídicamente, y debemos buscar otro parámetro de atribución” (p. 311).

El mismo Ferrer (2009) ha sostenido que para responsabilizar al socio, es necesario que este comprobado que él (socio) tenía conocimiento de los actos que estaban siendo practicados por los administradores y que él los haya consentido, aunque este consentimiento sea tácito, señalando que “aquellos socios que de alguna manera, dispusieron, avalaron, o consintieron que la sociedad llevara adelante actos exorbitantes a la liquidación y la urgencia o continuara con su actividad habitual, caerán bajo la responsabilidad del art. 99”, o sea, es necesario el conocimiento del socio para que él sea responsable junto con los administradores de la sociedad, y, siendo así, “serán solidaria e ilimitadamente responsables frente a los demás socios, la sociedad y los terceros, en los mismos términos que lo son los administradores” (p. 311).

Como ya fuera expuesto, el socio, para que sea responsabilizado, debe tener conocimiento de la situación de la sociedad, o sea, que la misma tenía su plazo de duración expirado o que hubiera alguna causa que hiciera que la misma sea disuelta.

Así, el socio teniendo conocimiento de esta situación tendrá la oportunidad de manifestarse, aprobando o reprobando la práctica de algún acto de la sociedad.

De esta forma, para el socio aprobar o no algún acto, debe externar su consentimiento, sea expreso o tácito. Si lo expresa de manera concluyente entonces,

no hay mucho que discutir ya que no deja dudas de cuál es su intención, pero, cuando su consentimiento es manifestado tácitamente, la situación se torna otra, ya que, ahora, el socio podría hacer algo, por lo tanto, no es, consentida que aquella situación sea llevada adelante.

Esta situación (de conocimiento tácito) puede presentarse con mayor o menor intensidad dependiendo del tipo de sociedad en que el socio participa.

En las sociedades de capital, sobretodo, en las de mayor volumen financiero y negocios, como son las sociedades anónimas, donde, la regla general es que los socios no tienen una aproximación con la sociedad y los negocios, o sea, la vida de la sociedad está más distante del día a día del socio, la situación es una; en cuanto que, en las sociedades menores, la situación es otra, o sea, los socios tienen una mayor aproximación con la vida de la misma, siendo posible, conocer más a fondo sus actividades.

Haciendo un comentario sobre el consentimiento tácito, Ferrer (2009) ha sostenido que “esta situación del ‘consentimiento tácito’ se presenta en aquellas sociedades cerradas de familia en donde, más allá de quiénes integren el órgano de administración, de hecho todos o la mayoría de los socios participan activamente de la gestión social”. Como se había afirmado, el día a día del socio es mucho próximo a la vida de la sociedad. En esto sentido, Ferrer concluye que “frente a estos casos, es difícil suponer que los socios no conocían la disolución de la sociedad o la continuidad de su actividad habitual” (p. 312).

Así, según sostiene Ferrer (2009):

Para que nazca la responsabilidad de los socios, éstos tienen que prestar consentimiento (tácito o expreso) pero tienen que darse ambas condiciones: a) Por un lado el socio debe tener conocimiento de que la sociedad se encuentra disuelta; y b) Por otro lado, debe tener conocimiento también de actos exorbitantes a la liquidación o urgencia, y tener conciencia de que integran la categoría de actos exorbitantes (p. 312).

Aunque, es posible que el socio conozca el acto, conozca el estado de disolución de la sociedad, pero, no tenga el necesario discernimiento de que el referido acto, sea exorbitante. Esta situación, en principio, exime al mismo de responder.

Por ende, es posible decir aún, de acuerdo al pensamiento sostenido por Ferrer, que el socio que no supo de la disolución, o de la realización de actos exorbitantes de los administradores en violación del art. 99 primer párrafo, no pueden

caer bajo la responsabilidad del segundo párrafo de dicha norma y, siendo así, su conducta no merece reparo alguno, y por qué ello no puede acarrearle consecuencias como la responsabilidad solidaria e ilimitada que la norma le consagra porque ha faltado el esencial consentimiento (expreso o tácito) que le haría responsable.

5.8. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 146 de la Ley 19.550/72:

El artículo 146 dispone que el capital se divide en cuotas; los socios limitan su responsabilidad a la integración de las que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el art. 150.

Es posible percibir que el artículo dispone claramente que la responsabilidad de los socios sea limitada. Según Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010) “los socios limitan sus responsabilidad a la integración de las cuotas que suscriben o adquieren” y, con esto, “no ven comprometida su responsabilidad personal por las deudas de la sociedad, las que deberán ser satisfechas únicamente con el patrimonio social” (p. 581).

Similar es el pensamiento de Muguillo (2011) para quien, “la responsabilidad patrimonial de los socios hacia terceros está limitada por la cantidad de cuotas suscriptas o adquiridas” (p. 233).

En este caso, parece que no hay muchas dificultades sobre la materia ya que la doctrina no discrepa en cuanto al tema, siendo que, la responsabilidad de los socios en este caso, se limita a la integración de las cuotas que ha suscripto o que ha adquirido, no obstante, el artículo hace mención de la garantía del art. 150 que será considerada en el momento oportuno.

5.9. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 147 de la Ley 19.550/72:

El artículo citado dispone que la denominación social puede incluir el nombre de uno o más socios y debe contener la indicación “sociedad de responsabilidad limitada”, su abreviatura o la sigla SRL. Su omisión hará responsable ilimitada y solidariamente al gerente por los actos que celebre en esas condiciones.

Con la lectura del artículo es posible percibir que en este caso la responsabilidad no es de los socios, pero sí, del gerente.

Ahora, ¿quién puede ser el gerente? cualquier persona puede ser un gerente, incluso los socios. La ley no hace restricción alguna sobre la persona del gerente. De

esta manera, de acuerdo al artículo, si el gerente es un socio, entonces, podrá ser responsabilizado por haber practicado actos en las condiciones arriba expuestas, es decir, si no observa que la sociedad de responsabilidad limitada no indicó esta calidad, no lo hizo con la abreviatura o la sigla SRL, pero, es necesario exponer que asume la responsabilidad no porque es socio, sino, porque es el gerente.

Las sociedades que actúan en un ramo más especializado, lógicamente, nombrará a sus gerentes con mayor conocimiento en actuación en estas áreas y claro, si alguno de los socios tuvieren conocimiento sobre la actividad, podrá también ser nombrado como gerente y, en este caso, asumirá, de igual forma que los demás, la responsabilidad por los actos practicados en desacuerdo con el régimen legal.

Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), han sostenido que “se trata de un cargo personal, independiente de la participación social que pueda tener el gerente” (p. 596).

Por eso, los socios tienen esta libertad de organizar la administración con socios o no socios, dependiendo de la actividad que la empresa desarrollará.

Continúan los doctrinarios señalando que “por lo que la transferencia de las cuotas sociales del socio gerente no implica también la transmisión de la calidad de gerente” (p. 596), o sea, el socio que es gerente puede transferir sus cuotas a un tercero y continuar desempeñándose en las actividades de gerente y, según fuera señalado, el hecho del socio gerente de transferir sus cuotas, no quiere decir que también esté transfiriendo el cargo, porque, como ya fuera afirmado, el cargo es personal y no transferible.

Otra situación que no se debe perder de vista, es que, no basta solamente incluir la indicación ‘sociedad de responsabilidad limitada’, su abreviatura o la sigla SRL en el contrato, para que esto produzca los efectos regulares delante de terceros, es necesario que el contrato esté inscripto y haya sido publicado en los órganos competentes, conforme se depende del art. 60 de la Ley General de Sociedades. Esto porque, es por medio de la publicación en los órganos competentes que los terceros tendrán conocimiento de aquella condición de la empresa, aunque que esta sea presunta.

5.10. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 150 de la Ley 19.550/72:

Este artículo dispone que los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes. También dispone que la sobrevaluación de los aportes en especie, al tiempo de la constitución o del aumento de capital, hará

solidaria e ilimitadamente responsables a los socios frente a los terceros por el plazo del art. 51, último párrafo. A su vez, el artículo 51 último párrafo, dispone que en caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnar la valuación en el plazo de cinco (5) años de realizado el aporte. Salvo, que la valuación se haya realizado judicialmente.

Ahora bien, el artículo arriba citado (151) trae dos situaciones de responsabilidad solidaria e ilimitada para los socios. Primero, por la integración de los aportes; y, segundo, por la sobrevaluación de los mismos.

Así, no es difícil comprender que, en caso de la integración de los aportes, todos los socios, independientemente de su condición, si es minoritario o mayoritario, si es gerente o no, son responsables con los demás, es decir, es la condición de socio que lo hace responsable por la total integralización de los aportes suscriptos.

Muguillo (2011), comentando el artículo, ha señalado que “esta pauta opera *sólo* en caso de insuficiencia patrimonial por las obligaciones sociales o en caso de insolvencia de la sociedad y hasta el límite del monto declarado de las cuotas” (p. 238).

Según ha afirmado el doctrinario, los socios solamente se tornarán responsables si la sociedad no estuviera en condición de soportar las obligaciones contraídas, o sea, una vez que la sociedad dispone de capital suficiente para honrar sus compromisos, los socios no serán llamados a responder por estas obligaciones, justamente porque, su responsabilidad es limitada.

No difiere el pensamiento de Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), para quienes:

La garantía tiene por objeto da tutela del principio de efectividad del capital social, ya que busca asegurar la integración y el valor asignado a los aportes, de especial importancia en este tipo social en que los socios limitan su responsabilidad por las obligaciones sociales (p. 581).

Otra situación en que los socios pueden responder, es por la sobrevaluación de los aportes en especie, o sea, cuando el capital social está formado por bienes, por ejemplo.

En este caso, los socios serán responsables por la exacta estimación de los valores atribuidos, siendo que esta responsabilidad se extiende al plazo de cinco (5) años del momento de la integración, pudiendo los socios eximirse de esta responsabilidad, cuando la valuación se realice judicialmente.

La sobrevaluación según Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), es “el dar al bien no dinerario que se aporta un valor superior al que realmente posee, teniendo en cuenta el valor a la época en que se tasó el bien” (p. 583).

En otras palabras, la sobrevaluación es, atribuir a un bien un valor superior al que realmente tiene, o sea, sobrevalorar su valor real con el fin de aumentar el capital social de la sociedad, cuando en realidad, esto no existe y pasa a ser ficticio.

La garantía, también tiene lugar, cuando los socios transfieren sus cuotas, sea por acto entre vivos o mortis causa. La ley dispone que la garantía del cedente subsiste por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento de la inscripción. El adquirente garantiza los aportes en los términos de los párrs. 1º y 2º, sin distinción entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción.

Así, la responsabilidad del socio cedente, tiene lugar, hasta el momento de la inscripción y, por otro lado, el adquirente, a su vez, a partir del momento que integra la sociedad, asume todas las obligaciones, sean éstas anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción.

En efecto, el adquirente asume esta condición porque, ahora, tiene el status de socio y, por eso, se torna responsable por todas las obligaciones sociales de su antecesor, es decir, el socio cedente, sean estas anteriores o posteriores a su ingreso en la sociedad.

Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), señalan que “el nuevo socio ingresa la garantía del art. 150 y se mantiene también la del socio saliente, para éste último sólo por las obligaciones sociales existentes hasta la inscripción registral de la transferencia”, justamente porque, a partir de esta fecha, el socio adquirente, asume el status de socio en lugar del otro, asumiendo, por consiguiente, todos los derechos y obligaciones; y, continúan diciendo que, esta situación se trata de “una delegación pasiva legal imperfecta de la garantía del cedente al cesionario” (p. 582).

Aunque, el artículo dispone, finalmente, que el cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones aún debidas. Y que la sociedad no puede demandarle el pago sin previa interpelación al socio moroso.

El párrafo refiere a situaciones en que el cedente no haya integrado por el todo sus cuotas sociales y transfiera su condición de socio a un tercero. En este caso, el tercero y el cedente tienen una responsabilidad solidaria frente la sociedad y, por consiguiente a los terceros.

La parte final del párrafo dispone que la sociedad no puede demandar al socio cedente sin antes interpelar al socio ingresante, es decir, está claro que ambos tienen responsabilidad frente a la sociedad, no obstante, uno puede demandar al otro en caso de tener que efectuar el pago en razón de esta condición.

Muguillo (2011) comentando el asunto, ha dicho que “el cedente que responde frente a terceros tendrá el derecho de recuperar la parte correspondiente a los demás socios, contra éstos, sin perjuicio de la eventual aplicación del art. 210, LSC, frente al cesionario” (p. 239). Otra interpretación, traería un enriquecimiento sin causa a favor de los demás socios, situación que es vedada por el derecho.

En Brasil, la situación es semejante. El art. 1.052 del Código Civil Brasileño, establece que “en la sociedad limitada, la responsabilidad de cada uno de los socios es restricta al monto de sus cuotas, pero todos responden por la integralización del capital social”.

En cuanto a la estimación de los bienes y el plazo que los socios deben garantizar, también es semejante. En este sentido el § 1º del art. 1.055 del Código establece que “por la exacta estimación de los bienes otorgados al capital social responden solidariamente todos los socios, hasta el plazo de cinco (5) años de la fecha del registro de la sociedad”.

5.11. Responsabilidad de los socios prevista en el art. 157 de la Ley 19.550/72:

La primera parte del artículo dispone que la administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente, o sea, la gerencia puede ser ejercida por socio o no socio.

En efecto, para éste estudio, el interés es analizar la situación del socio gerente, ya que, se está tratando de la responsabilidad del socio no administrador, entonces, cualquier situación que no envuelva la figura del socio, en principio, no nos interesa. Puesto que, la norma no será estudiada teniendo en vista al gerente simplemente, sino, del socio gerente.

Cuando se habla sobre la responsabilidad, el artículo dispone que los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecida en el contrato.

De este modo, si una pluralidad de gerentes participará en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno

corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada.

Cuando la ley atribuye al juez el poder de fijar la responsabilidad por la actuación de cada gerente (gerencia colegiada), lógicamente, la teoría adoptada, es la subjetiva.

Muguillo (2011) ha dicho que:

Acorde con la orientación subjetiva de la responsabilidad, también introducida en el art. 274, LSC, por la reforma, se ha modificado el art. 157, previendo que el contrato puede fijar la competencia específica de cada gerente en la gerencia plural y, en consecuencia, su grado de responsabilidad por los actos o las omisiones del órgano administrador, dejando en manos del juez la asignación individual de responsabilidades (p. 252).

Bien, la ley es clara en decir que el gerente es responsable por su administración sea esta individual o solidaria con otros gerentes, cuando se trata de gerencia colegiada. Así, la responsabilidad podrá caberle al socio, cuando éste estaba en la función de gerente de la sociedad, pero, la responsabilidad a ser atribuida a él, no es por su status de socio, sino, por su condición de gerente.

De este modo, el socio que no estaba en ejercicio de la gerencia, o sea, el socio no administrador, en principio, no responde por los actos practicados por los gerentes, toda vez que la norma, claramente, dispone que la responsabilidad es atribuida a los gerentes y no a los socios.

5.12. Responsabilidad de los socios por la no fiscalización prevista en el art. 158 de la Ley 19.550/72:

Este artículo dispone la fiscalización de la sociedad de responsabilidad limitada, siendo que, su utilización, en principio, es facultativa, pero, en determinada situación, se torna obligatoria.

Así, el artículo dispone en su primera parte que puede establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por las disposiciones del contrato, o sea, por regla general, la fiscalización es facultativa, considerando que la mayoría de las sociedades de responsabilidad limitada son pequeñas empresas normalmente constituidas por personas de la misma familia que se reúnen para formar la sociedad.

Por otro lado, el segundo párrafo, dispone que la sindicatura o el consejo de vigilancia son obligatorios en la sociedad cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inciso 2), o sea, aquí, la fiscalización deja de ser facultativa y se torna obligatoria en razón del monto del capital social.

El inciso 2 del artículo 299 dispone que superado este monto del capital social de la sociedad, independientemente que sea una Sociedad de Responsabilidad Limitada, ésta deberá obligatoriamente crear una sindicatura o consejo de vigilancia.

Entonces, la primera opción es que los socios ejerzan la fiscalización por ellos mismos, en la forma del artículo 55 de la Ley General de Sociedades. La segunda opción, es crear un órgano, aunque no estén obligados, a fiscalizar la actuación del directorio y, la tercera situación, ahora, ya no es más opcional, sino, condición, es la obligación de la creación del órgano en las situaciones previstas en el párr. 2º del artículo 158 de la Ley General de Sociedades.

Una situación no rechaza la otra, o sea, puede coexistir la fiscalización ejercida directamente por los socios, como también, la ejercida por el órgano de fiscalización, basta que esté previsto en el acto constitutivo de la sociedad para que las dos formas de fiscalización sean ejercidas concomitantemente en la sociedad.

Las formas de creación del órgano de vigilancia son: el Consejo de Vigilancia y la Sindicatura.

Según Roitman, Aguirre y Chiavassa (2010), el consejo de vigilancia “es el órgano a cargo del control de mérito, oportunidad y eficacia de la gestión del directorio”, o sea, el consejo acompaña la actuación del directorio o de la gerencia y, según los mismos autores, su función es de ejercer esta vigilancia sobre:

“(i) la prudencia de su actuación, (ii) la dirección de la gestión comercial, (iii) la política comercial, (iv) manejo del personal, (v) el control de la legalidad de la actuación del directorio” (p. 972). Aunque, según estos mismos autores, “la sindicatura es un órgano permanente, tipificante (...) e imparcial (...), con funciones específicas, indelegables, irrenunciables, activas y profesionalizadas de fiscalización” (p. 979).

El consejo de vigilancia, a diferencia de la gerencia, debe estar formado por los socios de la sociedad, o sea, solamente aquellos que sean socios, que tenga la calidad de socio son los que pueden integrar el consejo de vigilancia. Por eso, el socio que es consejero, puede tornarse responsable por su mala actuación, sea por haber practicado actos exorbitantes o por haberlos omitido cuando debería haber actuado.

La ley no requiere exigencia alguna al consejero, que no sea la cualidad de socio.

Por otro lado, el síndico no puede ser cualquier persona, en efecto, puede ser socio o no, puede la sindicatura formarse por una o más personas, pero, es exigencia para la figura del síndico, y, acuerdo el art. 285 de la Ley General de Sociedades, ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales; asimismo, estas personas, deben tener domicilio real en el país.

El órgano de fiscalización, sea la sindicatura o el consejo de vigilancia, tienen el deber, junto con la gerencia de velar por el buen funcionamiento de la sociedad. El último párrafo del art. 158 dispone que se aplican supletoriamente las reglas de la sociedad anónima sobre las atribuciones y deberes de estos órganos.

Ahora bien, siendo así, el artículo 296 de la Ley General de Sociedades – LGS, dispone que los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento y su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea.

La responsabilidad es ilimitada y éstos, son solidariamente responsables entre sí frente a la sociedad y, consecuentemente, a los terceros.

El artículo 297, también torna los síndicos solidariamente responsables con los directores y, por ende, con los gerentes, estableciendo que también son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si no hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias.

Muguillo (2011) ha señalado que “la responsabilidad del síndico u órgano de fiscalización aparece más delineada por omisión que por acción, dada la modalidad de sus funciones, que son preponderantemente de control y fiscalización” (ps. 448/449).

Esto quiere decir que, en regla general, el síndico se torna responsable cuando deja de actuar, ya que su función, es típica de fiscalización y una vez que omitió esta función, si la sociedad sufrió algún perjuicio por mala actuación de la gerencia, el síndico o el órgano sindical, en efecto, se tornarán responsables juntamente con el órgano de administración o con el administrador dependiendo de cómo ocurrió el hecho.

Cuando se trata de la sindicatura de una sociedad civil, los socios deben ser todos profesionales de las áreas, o sea, deben ser todos abogados o contadores públicos y, la responsabilidad de ellos, es solidaria en razón de la ley.

5.13. Desestimación/Inoponibilidad de la personalidad jurídica:

El art. 144 del CCyC dispone, textualmente, que:

La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

El párr. 3º del art. 54 de la Ley General de Sociedades, dispone que:

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.

En el derecho brasileño, el instituto está inserto en el Código Civil, donde, en su art. 50, ha descripto que:

En caso de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por el desvío de la finalidad, o por confusión patrimonial, podrá el juez decidir, a pedido de la parte, o del Ministerio Público cuando le cabe intervenir en el proceso, que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligaciones sean extendidas a los bienes particulares de los administradores o socios de la persona jurídica.

También, el art. 189 de la Ley 16.060/89 (Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay) dispone que:

Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. Se deberá probar

fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Según Boretto (2015), haciendo referencia al artículo 144 del CCyC, “la nueva normativa consagra, así, el principio de relatividad de la persona jurídica cuando es usada con fines *contra legem* o para perjudicar a terceros” (p. 288).

Esta Inoponibilidad, también conocida como ‘corrimiento del velo de la personalidad’, tiene cabida cuando la sociedad, actúa con fines extrasocietarios, cuando la acción es para violar la ley, el orden público y la buena fe, o también, para frustrar derechos de terceros. En estos casos, la ley dice que la responsabilidad se imputará a los socios o a los controlantes que la hicieron posible.

Vale decir que el texto, a partir de una vertiente ética, se adecua jurídicamente a la razón misma de reconocimiento de la personalidad, que no puede servir para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades (...) (Reyes, 2000, p. 59).

La Inoponibilidad es aplicable a aquellas sociedades que fueron regularmente constituidas y que, desarrollan una actividad lícita.

La desestimación de la personalidad jurídica se aplica a la actuación de la sociedad, justamente, para que los acreedores puedan ir contra los socios, desestimando la personalidad de la sociedad, teniendo por válido lo actuado.

En esto sentido Ferrer (2009) hay sostenido que “la desestimación de la personalidad jurídica se aplica a ‘la actuación de la sociedad’, y no solamente como se ha sostenido, a la sociedad ficticia, o simulada; o inclusive a la sociedad de actividad ilícita” (p. 36).

En Brasil, Coelho (2003) ha destacado uno de los principales objetivos de esta teoría, diciendo que “según su principal postulado, siempre que la autonomía patrimonial de las personas jurídicas fuera manipulada para la realización de un fraude, el juez podrá ignorarla e imputar la obligación directamente a la persona que se procuró hurtar sus deberes (p. 109)”.

La ley atribuye responsabilidad al socio indistintamente, sin identificar su cualidad dentro de la empresa, si es administrador o no. No obstante, también dice que responderán por los prejuicios quien lo hizo posibles.

Es necesario decir también que la desestimación de la personalidad societaria debe ser cuidadosamente utilizada, pues de lo contrario, su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla y conducir a un fin no querido por el propio ordenamiento jurídico, afectando a socios y terceros (Muguillo, 2011, p. 86).

Así la manifestación de la Corte Suprema en el fallo Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/medidas precautorias, fecha 04/06/2013, así se ha concluido:

Que la decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional en nuestro derecho y solo puede ser tornada bajo ciertas condiciones establecidas por la ley (art. 54 de la Ley de Sociedades 19.550). Asimismo, en tanto la personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no solo su patrimonio, sino también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa.

(<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=702200>).

Una vez desestimada la personalidad jurídica, la sociedad no se queda liberada de las obligaciones, por el contrario, ella continua obligada, por tanto, se suma a ella, como sujetos obligados, los controlantes y los socios o quienes hayan llevado a cabo la acción fraudulenta.

El socio solamente es responsable, a partir del momento en que se integra a la sociedad, o sea, solamente responde por los hechos practicados de allí en adelante, porque, la ley dispone que la actuación se imputará a los socios que la hicieron posible, o sea, los hechos anteriores no se imputan al socio ingresante, justamente porque, él no actuó haciendo posible el hecho dañoso.

Una vez más, no olvidemos que se hace responsable a aquellos socios o controlantes que hicieron posible la actuación social fraudulenta. Así, “como regla general no todos los socios o todos los controlantes responden; sólo responderán aquellos (socios y/o controlantes) que hicieron posible la actuación reprochable de la sociedad” (Ferrer, 2009, p. 55).

Entonces, quienes hacen posible la actuación fraudulenta responde. ¿Y quién no hace posible la actuación, pero, la consiente, también responde? Sí, al igual que el socio que no es administrador o controlante, teniendo conocimiento del hecho y no oponiéndose, responderá por aquellos que lo llevaran a cabo.

Este consentimiento puede ser expreso o tácito, no importa, lo que de hecho definirá la responsabilidad es si el socio tiene o no, el conocimiento del hecho fraudulento.

Así, si el socio tenía conocimiento de una conducta fraudulenta en la sociedad, y no haya participado de la misma, sino, también no se haya opuesto a ella, igualmente, responderá como los demás. De esta manera, es obligación oponerse al hecho para quedar libre de las obligaciones.

Trayendo la conclusión de Ferrer (2009), entendemos que:

Son alcanzados por esta norma los socios y los controlantes que hicieron posible la actuación fraudulenta de la sociedad. Los socios son aquellos que tienen el estatus de socios, y los controlantes son aquellos contemplados en el art. 33 de la LSC, incluidos los controlantes personas físicas. Ahora no todos los socios y controlantes, sino sólo aquellos que lo hicieron posible, incluyéndose dentro de este concepto a quienes dispusieron la actividad en fraude a la ley, y quienes con conocimiento de esta actuación la consintieran. A los socios que conocieron esta actuación les bastará para quedar fuera de la responsabilidad con oponerse a la realización de esa actividad por el medio que resulte adecuado conforme las particularidades del caso. Sea mediante la impugnación de la asamblea, sea mediante la notificación a la sociedad, o formulando la denuncia al síndico si lo hubiera (p. 60).

Siendo así, tanto el socio como el controlante, puede responder por hechos practicados con fines extrasocietarios. Para que pueda quedar libre de responsabilidad, es necesario que, haya tomado conocimiento del hecho y lo notifique a quién puede combatirlo.

En realidad, la personalidad jurídica solo debería ser desestimada cuando medien circunstancias que permitan presumir que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley, porque, por el contrario, si la persona jurídica es constituida con fines lícitos, actúa lícitamente, la problemática financiera, no sería suficiente para autorizar esta desestimación.

Veamos el decisorio del Superior Tribunal de Justicia del Brasil:

EMBARGOS DE DIVERGENCIA. ARTÍCULO 50 DEL CC. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO. REQUISITOS. CIERRE DE LAS ACTIVIDADES O DISOLUCIÓN IRREGULAR DE LA SOCIEDAD. FALLO. DESVÍO DE LA FINALIDAD O CONFUSIÓN PATRIMONIAL. DOLO. NECESIDAD.

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. ACEPTACIÓN. 1. La creación teórica de la persona jurídica ha sido un avance que permitió el desarrollo de la actividad económica, lo que permite limitar los riesgos empresariales de la propiedad asignada a este fin. Los abusos en la utilización de la personalidad jurídica justificó, lentamente la evolución jurisprudencial, más tarde incorporada a la legislación brasileña, la caracterización de las situaciones en las que, para permitir el levantamiento del velo de la personalidad jurídica para lograr atacar el patrimonio de los socios que prevalecía intencionalmente con fines ilícitos. Se trata, por lo tanto de una regla de excepción, la restricción al principio de autonomía de persona jurídica, la interpretación que mejor satisface al art. 50 del Código Civil es que relega su aplicación a casos extremos en que la persona jurídica ha sido instrumentada con fines fraudulentos, establecidos por la desviación de los fines institucionales o confusión patrimonial. 2. El cierre de las actividades o la disolución, aunque irregular, de la sociedad no son causas, por sí solas, suficientes para desconsiderar la personalidad jurídica, según el Código Civil. 3. Hizo lugar a la divergencia de los embargos. (EREsp 1306553 / SC Rel. Ministro MARIA ISABEL GALLOTTI, SECCIÓN SEGUNDA, juzgada en 12/10/2014, 12/12/2014 DJE).

En este caso, el tribunal ha entendido que, no obstante la sociedad se disolvió de manera irregular, esto, por sí solo, no es causa suficiente para desestimar la personalidad jurídica, siendo necesario, por lo tanto, que se haya demostrado que la misma había sido creada con finalidades ilícita, o que el accionar del directorio, sea con finalidad extrasocietaria.

Veamos el decisorio del Superior Tribunal de Justicia del Brasil:

PROCEDIMIENTO CIVIL Y CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EJECUCIÓN. DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. SOCIEDAD LIMITADA. SOCIO MAYORITARIO QUE, DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO SOCIAL, NO EJERCE ADMINISTRACIÓN O GERENCIA. RESPONSABILIDAD. 1. posibilidad de desconsideración de la personalidad jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada para alcanzar los bienes de los socios que no ejercen funciones de gestión o administración. 2. Debido a la adopción de la Teoría de Mayor de Desconsideración, es necesario comprobar, a los fines de desconsideración de

la personalidad jurídica, la práctica del acto abusivo o fraudulento por el gerente o administrador. 3. No es posible, sin embargo, descartar la responsabilidad de la socia mayoritaria, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de una empresa familiar, con sólo dos miembros. 4. Rechazado el recurso especial. (RECURSO ESPECIAL N°1.315.110 -SI (201 / 027439-2) de 07.06.2013).

En este fallo, el tribunal entendió que a fines de la desconsideración de la personalidad jurídica de la empresa, es necesario la comprobación de la práctica de actos abusivos o fraudulentos, no obstante, no haya descartado la responsabilidad de la socia mayoritaria, aunque no tenía poder de representación, toda vez que se trata de una sociedad familiar con solamente dos socias, circunstancias que hace presumir el conocimiento de los actos de administración, no obstante, tal hecho, debe ser probado en el proceso.

El derecho brasileño ha adoptado dos teorías respecto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la empresa, siendo: la teoría mayor y la teoría menor.

En la teoría mayor, también llamada teoría subjetiva, el magistrado, por medio de su convencimiento, puede desconsiderar la personalidad jurídica de la empresa para perseguir los bienes de sus socios, entendiendo que, el actuar de estos fue fraudulento o abusivo.

Por otro lado, está la teoría menor, que también es nombrada como teoría objetiva, porque, posee criterios objetivos ya definidos en la ley, teniendo en su caso, una aplicación más restricta en el campo del Derecho Ambiental (art. 4° de la Ley 9.605/1998)^{xvi} también como, en el Derecho del Consumidor (art. 28, § 5° de la Ley 8.078/90).^{xvii}

Como se había dicho, se trata de situaciones restrictivas con aplicación exclusivas en estos casos, ya que, así lo define la ley. La regla general, es la aplicación de la teoría mayor.

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN (análisis y aplicación).

Para desarrollar el estudio, se partió de la premisa de que, el socio solamente sería responsabilizado por la integralización de las cuotas que haya suscrito o adquirido.

En verdad, siempre debe observarse el tipo societario para analizar la responsabilidad. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, aún más, debe observarse esta situación.

Ello se debe a que la ley, claramente, dispone que los socios garanticen a los terceros la integración de los aportes. Una vez integrado el monto, los socios quedaran libres de responsabilidad.

La doctrina, sobretodo, la adoptada por el Doctor Ferrer, ha mantenido que a los socios, en sociedades de responsabilidad limitada, no se le atribuyen más responsabilidades que aquellas ya establecidas en la ley. O sea, para atribuirse responsabilidad a los socios, debe estar definitivamente comprobado, que aquel socio haya actuado, juntamente con los demás, en sentido de fraude a la ley, la buena fe, las buenas costumbres, o sea, que en verdad, se trate de atribuir responsabilidad subjetiva al socio, fundada, en la culpa o en el dolo.

Por otro lado, la jurisprudencia, sobretodo la del trabajo y la del derecho tributario, ha procurado atribuir responsabilidad objetiva a los socios, o sea, independiente de la culpa o dolo, el simple hecho de ser parte de la sociedad, ya sería suficiente para hacer responsable al socio.

Se califica más acertado el entendimiento doctrinario, porque, la ley que creó las sociedades de responsabilidad limitada, tenía o tiene, como principal objetivo, separar las responsabilidades de la sociedad (empresa) de las responsabilidades de sus socios, ya que, cada persona (física o ideal) tiene personalidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Así, solamente en casos específicos y extremadamente comprobada la actuación fraudulenta de los socios, se justificaría la condena de ellos a asumir obligación de la sociedad.

Como ha sostenido el Doctor Ferrer (2009), “la insuficiencia patrimonial de la sociedad para llevar adelante los negocios sociales, o infracapitalización material como se suele denominar, no acarrea en modo alguno responsabilidad de los socios” (p. 365).

La cuestión que se expone, sería tal vez, la creación de un dispositivo legal que mencionase, claramente, que el socio no administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, una vez integrado los aportes sociales, no será responsable por los resultados de la gestión social desarrollada por los administradores, excepto, si quedase comprobado que actuó con dolo o culpa con aquellos para fraudar la ley, la buena fe, las buenas costumbres, etc., o sea, su responsabilidad recaería en el ámbito subjetivo.

7. CONCLUSIÓN

Para la atribución de responsabilidad, es necesario que concurren los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil, los cuáles son: la conducta, la antijuridicidad, la imputabilidad, el factor de atribución, la relación de causalidad y el daño.

Así, para que la persona, sea responsable ante determinada situación, primero, hay que tener en mente, si los presupuestos de la responsabilidad civil se han concretado en el hecho.

De este modo, al hablarse de responsabilidad civil, necesariamente, debe tenerse por acontecida una conducta, que sea antijurídica, que la persona a la que se atribuye la conducta sea imputable, que haya relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido, y que, este resultado, haya, efectivamente producido un daño. Por el contrario, no habrá responsabilidad.

En la vida social de la sociedad empresarial, una vez ocurrido el hecho, es importante mirar si la persona a la que se le imputa la conducta ejerce algún cargo directivo en la empresa y si tiene alguna participación directa o indirecta en el hecho, o si, por otro lado, no tiene participación alguna.

Esto porque, la regla general, es que la persona jurídica es responsable por los actos practicados por sus gestores, sean administradores, gerentes u otros. Con la adopción de la Teoría del Órgano por el derecho argentino, si el representante de la persona jurídica actúa en los límites del contrato o estatuto social e, igualmente, no contraría la ley, quedará exento de responsabilidad, toda vez que la persona jurídica tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, o sea, tiene personalidad jurídica propia.

Así, con la adopción de la teoría del órgano, la actuación del administrador de conformidad con los objetivos de la sociedad y de acuerdo con los comandos legales, en principio, lo exime de cualquier responsabilidad, porque éste, no está actuando en su nombre y ni en nombre de la sociedad, pero, está actuando por la sociedad, como si fuera ella.

También, importante definir cuando la persona adquiere la calidad o el status de socio, para entonces, definir cuándo es responsable frente la sociedad o terceros.

Cuando el socio participa de la sociedad desde su inicio, entonces, sus derechos y obligaciones empiezan desde la fecha fijada en el contrato (art. 36 LSC), o

sea, el socio adquiere derechos y contrae las obligaciones originariamente con la sociedad.

Cuando se efectuare mediante una cesión de derechos, producirá efectos respecto de la sociedad desde el momento en que le sea comunicado el negocio y respecto de terceros desde su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Si el socio ha ingresado en la sociedad, posteriormente a que suceda el hecho que generó la responsabilidad, entonces, él estará absuelto de ella.

Para la ley, los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. La actuación temeraria, desleal, pernicioso podrá traerles consecuencias desastrosas y responsabilidad personal por los hechos causados.

Para que nazca la responsabilidad de los socios, sobretodo, del socio no administrador, este tiene que prestar consentimiento y tener conciencia de que los actos que están siendo practicados por los administradores, integran la categoría de actos exorbitantes, contrarios a ley, las buenas costumbres o la buena fe, toda vez que, como ya se dijo, con la adopción de la Teoría del Órgano, quien asume la responsabilidad es la sociedad, o sea, la persona jurídica, pero no, los socios.

La doctrina se ha inclinado por la adopción de la teoría subjetiva de la responsabilidad, en cuanto a que, la jurisprudencia, ha resuelto también en este sentido, tiene una mayor inclinación la adopción de la teoría objetiva de la responsabilidad.

En el derecho del trabajo la actuación debe guardar correspondencia con la ley y con el fin para el que fuera constituida la sociedad, en el desarrollo de sus objetivos. Con la práctica de hechos ilícitos, responderá la sociedad, y, por consiguiente sus administradores, siendo posible, incluso, la desestimación de la personalidad jurídica de la empresa para acatar los bienes de los administradores o socios, pero, es posible, solamente cuando la sociedad esté constituida con fines de defraudar la ley, y, claro, que el socio tenga conocimiento de esta finalidad. En realidad, la desestimación solamente ha cabido, cuando la sociedad fuera constituida y actúe con fines extrasocietarios, no obstante, haya posturas en contrario.

En materia tributaria la ley dispone que solamente las personas que ejercen el control y la administración de los fondos, son responsables, hecho que, retiraría la responsabilidad de quien no tiene esta atribución; o sea, quien no ejerce poder de gerencia, contralor, administración, no sería, por lo tanto, responsable frente a la sociedad y terceros. Así, solamente los administradores asumirían responsabilidad.

En fin, el socio no administrador, solamente será responsable, si hubiera llevado adelante con los demás socios o controlantes, la consecución de hechos con fines extrasocietarios o que haya actuado en violación de la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros, o sea, haya contribuido deliberadamente al resultado dañoso.

Si su actuación se pautó en los dictámenes legales, e igualmente la sociedad no está en condición de cumplir con sus obligaciones sociales, el socio no administrador, quedará exento de responsabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Acciarri, H. A. (2014). *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Altamirano, A. C. (2008). Tesis doctoral. *Responsabilidad tributaria de los administradores de entes colectivos desde la perspectiva del actuar en lugar de otro*. Universidad Rovira i Virgili. Buenos Aires.
- Anzoátegui, I. *Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños*. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/07-ensayo-anzoategui.pdf>.
- Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (2001-2002). *Responsabilidad de los socios o directores en particular*. Recuperado de <http://www.asociacion.org.ar/resena/tres.pdf>.
- Balbín, S. *La ausencia de affectio societatis como causal de disolución. Comentario a la Resolución IGJ "M. y A.P.L.R.D.C. SA (Resolución Nº 582/2011)"*.
- Barreiro, M. G., Arecha, M. (Director) (2009). *La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos*. Buenos Aires: Legis Argentina.
- Boretto, M. (2006). *Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- Boretto, M. (2015). *Infojus – Sistema argentino de información jurídica - código-comentado/CCyC_comentado_Tomo_I*. Recuperado de [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf).
- Carlucci, A. K. de (2013). *Revista jurídica*. Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de código civil y comercial de 2012. Buenos Aires: UCES.
- Coelho, F. U. (2003). *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, "Segundo seu principal postulado, sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que procurou se furtar aos seus deveres". Traducción mía.
- Cordobera, L. M.R. G. *Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños*. Recuperado de: <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-la-responsabilidad-civil-y-el>.

Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Juicio: "(...) y otros s/ indemnización de daños y perjuicios". Acuerdo y sentencia n. 378 de 1º de Junio de 2015. Recuperado de <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>.

Curá, J. M., Villalonga, J. G. (2013). *Apuntes en torno de las principales modificaciones propuestas a la ley de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*. Revista jurídica de UCES. n°17. Primavera de 2013.

D'Angelo, S., Larrosa, A., Gil, L. V. (2010). *Responsabilidad de directores y socios de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada*. Recuperado de <https://www.colibri.udelar.edu.uy/bitstream/123456789/249/1/M-CD4140.pdf>.

Echevarría, M. H. (s. f.). *Evasión Tributaria. Responsabilidad penal de directores y gerentes de sociedades comerciales*. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos92/evasion-tributaria-responsabilidad-penal/evasion-tributaria-responsabilidad-penal.shtml#ixzz3519EIPwX>.

Editorial Astrea. Recuperado de http://www.astrea.com.ar/previouspublications.php?page=04&searchType=standard&year=2014&editorial=Astrea&rpp=10&checkbox_tapa=on&checkbox_subtitulo2=on&checkbox_temas=on.

Engelke, R., Belmonte, L., (2010). *Cadernos da Escola Judicial do TRT 4ª Região. Responsabilidade solidária e subsidiária na justiça do trabalho: algumas observações*. Recuperado de <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%203,%20n%2005,%20p%2095-106,%202010.pdf>, "A responsabilidade dos sócios é, de regra, subsidiária. Assim, somente na hipótese de não possuir a pessoa jurídica acionada liquidez para saldar as dívidas (...)". Traducción mía.

Eximen de responsabilidad a socios y administradores de la Clínica Junín SRL. Recuperado de <http://comercioyjusticia.info/blog/justicia/eximen-de-responsabilidad-a-socios-y-administradores-de-la-clinica-junin-srl/>.

Ferreira, R. A. V. (2015). *Responsabilidade civil – Aspectos gerais em el nuevo código civil y comercial*. Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/responsabilidad-civil-aspectos-gerales-nuevo-codigo-civil-comercial-responsabilidad-civil-aspectos-gerales-nuevo-codigo-civil-comercial-nv12237-2015-08-03/123456789-0abc-732-21ti-lpsedadevon>.

Ferrer, G. L. (2009). *Responsabilidad de los administradores societarios*. Buenos Aires: La Ley.

Gaino, I. (2005). *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. São Paulo: Saraiva, "No conceito de sociedade de pessoas não se enquadra a sociedade limitada, [...] nas primeiras, os sócios aceitam-se, tendo em consideração suas qualidades pessoais e, [...] os credores sociais podem contar, além do capital

social, com o patrimônio de todos ou de alguns sócios. E continua, nas segundas, atende-se exclusivamente às entradas de cada sócio. São os capitais que se unem, não as pessoas”. Traducción mía.

Goldin, A., Director (2013). *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social* (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

Herrera, E. L. (s. f.). *Introducción a la Responsabilidad Civil*. Recuperado de <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>.

INFOJUS. *Fraude laboral, empleo no registrado, socio gerente, responsabilidad del socio*. Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/fraude-laboral-empleo-registrado-socio-gerente-responsabilidad-socio-sue0020155/123456789-0abc-defg5510-200esoiramus>.

Kirmser, R. T. (2008). *La responsabilidad civil: una materia en constante evolución. la responsabilidad sin culpa*. Responsabilidad Civil – Daños y Perjuicios. Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Recuperado de http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Responsabilidad_Civil_Da%C3%B1os_y_Perjuicios.pdf.

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. (2015) <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#23>.

Ley 1.183/85. *Código Civil del Paraguay*. Recuperado de http://www.buscoley.com/pdfs/l_1183_1985.pdf.

Ley 16.060/89. *Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay*. Recuperado de: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16060&Anchor=>.

Lei 5.172/1966. Presidência da República. Código Tributario Nacional (1966 e suas alterações). Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm, “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas”. Traducción mía.

Lei 8.620/93. Presidência da República. Altera as Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8620.htm, “Artigo 13 da Lei 8.620/93: Os sócios das empresas por quotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos seus débitos junto à Seguridade Social”. Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Artigo 981 CC. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.” Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Art. 966 CC/2002. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Art. 1060 CC/2002. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado”. Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. “Art. 1.052 CC/2002. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”. Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Art. 1.055 CC/2002. Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade”. Traducción mía.

Lei 10.406/02. Presidência da República. Código Civil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, “Art. 50 CC/2002. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento na parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certos e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Traducción mía.

Machado, H. de B. (2006). *Curso de direito tributário*. (27ª ed. rev., atual. e amp.). São Paulo: Malheiros, “A responsabilidade de terceiros, prevista no art. 134 do CTNB, pressupõe duas condições: a primeira é que o contribuinte não possa

cumplir sua obrigação, e a segunda é que o terceiro tenha participado do ato que configure o fato gerador, ou em relação a este se tenha indevidamente omitido”. Traducción mía.

- Martins, S. P. (2011) *Direito do Trabalho*. (27 ed.) São Paulo: Atlas, “O salário surge como forma de transformação do regime de trabalho escravo para o regime de liberdade de trabalho#. Traducción mía.
- Mesa, M. J. L. (2014). *La aplicación de un nuevo factor de atribución: la causación de un daño evitable*. Recuperado de <file:///C:/Users/User/Downloads/429026494.DOCTRINA%20CC%20FACTOR%20DE%20ATRIBUCION%20DEL%20DA%20C3%91O2015.pdf>.
- Muguillo, R. A. (2011). *Ley de sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada y concordada. Normativa complementaria* (2ª ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Nino, C. S. (2015). *Introducción al análisis del derecho*. (2ª ed. ampl. y revis. – 18ª reimp.). Buenos Aires: Astrea.
- Otaola, M. A. (2015). *La responsabilidad por daños. Cambios introducidos en el código civil y comercial*. Reformas legislativas. Debates doctrinarios. Código civil y comercial. Año 1, número 3. Agosto 2015. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/>.
- Pangrazio, A. J. (2013). *XXVII jornadas latinoamericanas de derecho tributario. Tema 1: “la responsabilidad tributaria”*. Recuperado de <file:///C:/Users/User/Downloads/responsabilidad-tributaria-paraguay-ferrere.pdf>.
- Patrón, R. *Extensión de responsabilidad por incumplimientos laborales*. Recuperado de http://www.iprofesional.com/index.php?p=nota&idx=17090?page_y=0.
- Piaggi, A. I. (Directora) (2009). *Tratado de la empresa*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Piaggi, A. I. (Directora) (2010). *Tratado de la empresa*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pirota, D. M. (2005) *Responsabilidad civil: evolución y presupuestos. Nuevos daños jurídicos. Texto de la disertación brindada en el Foro Anual de Inauguración realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua de Panamá (Ciudad de Panamá – Panamá / 28-01-05* .Recuperado de: <http://www.martindiegopirota.com.ar/articulos02/Responsabilidad%20civil%20%28evoluci%C3%B3n%20y%20presupuestos%29.pdf>.
- Pisani, E. O. (2012). *Elementos de derecho comercial* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Pizarro, R. D. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual* (tomo 1). Buenos Aires: La Ley.

Reyes, R. H. (2000). *La responsabilidad del socio en la dinámica actual*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

República del Paraguay. *Código Civil*. Recuperado de http://www.buscoley.com/pdfs/l_1183_1985.pdf.

República del Paraguay. Ley 125/91. *Establece el nuevo régimen tributario*. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley125.pdf.

República Oriental del Uruguay (2016). *Poder Judicial*. Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>.

República Oriental del Uruguay (2016). *Poder Legislativo*. Recuperado de http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigotributario/1997/cod_tributario.htm.

Requião, R. (2013). *Curso de direito comercial*. (1º vol.). 32 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, “A organização técnico-econômica que se propõe produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.” Traducción mía.

“É empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim de produção ou troca de bens ou de serviços.” Traducción mía.

“Integra, como parte, um contrato plurilateral, concorrendo, ao lado dos demais quotistas, para a consecução de um escopo social comum.” Traducción mía.

“Resta-nos como precedente e geralmente aceita, a *teoria do órgão*. A sociedade comercial, como pessoa jurídica, não se faz representar, mas se faz presente pelo seu órgão, como esclarece Pontes de Miranda.” Traducción mía.

“A sociedade adquire personalidade jurídica por concessão da lei”. Traducción mía.

“Torna-se claro, pois, para os que se iniciam no estudo desse tipo de sociedade, que a limitação da responsabilidade é dos sócios que a compõem e não da sociedade que, como qualquer pessoa, tem em seu patrimônio a garantia dos seus credores”. Traducción mía.

“Um elo de colaboração ativa entre os sócios”. Traducción mía.

“A ‘responsabilidade limitada’ é dos sócios e não da sociedade, que responde *ilimitadamente* por todas as obrigações que tiver assumido”. Traducción mía.

- Revista Argentina de Derecho Societario. Cita: IJ-LXVII-449. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64449&print=2>.
- Rodríguez, C. E. L. *Responsabilidad del socio frente a acreedores en una sociedad de responsabilidad limitada*. Recuperado de <http://www.derechocomercial.edu.uy/ReSrlRespSocios.htm>.
- Roitman, H., Aguirre, H. y Chiavassa, E. (2010). *Manual de sociedades comerciales*. Buenos Aires: La Ley.
- Rozen, A. H. (2012). Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. *Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales*. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Hessdorfer-Particularidades-de-la-aplicacion-del-regimen-de-responsabilidad-tributaria-de-representantes-a-directores-de-sociedades-comerciales.pdf>.
- Sagüés, N. P. (2014). *Manual de derecho constitucional (2ª ed.)*. Buenos Aires: Astrea.
- Sandoval. C. M. (2014). *El impacto de la reforma del Código Civil en las asociaciones y sociedades*. Recuperado de <http://comercioyjusticia.info/factor/laboral/el-impacto-de-la-reforma-del-codigo-civil-en-las-asociaciones-y-sociedades/>.
- Sandoval. C. M. (2015). *La sociedad anónima unipersonal no es adecuada para la empresa familiar*. Recuperado de <http://comercioyjusticia.info/factor/laboral/el-impacto-de-la-reforma-del-codigo-civil-en-las-asociaciones-y-sociedades/>.
- Superior Tribunal de Justiça. República Federativa do Brasil. Poder Judiciário. Recuperado de: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. “Agravio Regimental em Recurso Especial. Responsabilidade Tributária. Direcionamento da execução para o sócio. Lei 8.620/93. 1. A responsabilidade do sócio não é objetiva. Para que surja a responsabilidade pessoal, disciplinada no art. 135 do CTNB é necessário que haja comprovação de que ele, o sócio, agiu com excesso de mandato, ou infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto, ou ocorreu a dissolução irregular da sociedade. 2. A contribuição para a seguridade social é espécie do gênero tributo, devendo, portanto, seguir o comando do Código Tributário Nacional que, por seu turno, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar. Dessarte, não há que se falar na aplicação da lei ordinária 8.620/93, posto ostentar grau normativo hierarquicamente inferior ao CTNB, mercê de esbarrar no princípio da hierarquia das leis, de natureza constitucional, que aos ditames do recurso especial traçados pela Constituição Federal, ao determinar a competência do STJ. 3. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental. 4. Agravo regimental desprovido” (AGREsp 536098/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2003, DJ 3.11.2003). Traducción mía.
- Superior Tribunal de Justiça. República Federativa do Brasil. Poder Judiciário. Recuperado de: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL.

DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil. 3. Embargos de divergência acolhidos. (EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014)". Traducción mía.

Superior Tribunal de Justiça. República Federativa do Brasil. Poder Judiciário. Recuperado de: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE LIMITADA. SÓCIA MAJORITÁRIA QUE, DE ACORDO COM O CONTRATO SOCIAL, NÃO EXERCE PODERES DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE. 1. Possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica de sociedade limitada atingir os bens de sócios que não exercem função de gerência ou administração. 2. Em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, é necessário comprovar, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, prática de ato abusivo ou fraudulento por gerente ou administrador. 3. Não é possível, contudo, afastar responsabilidade de sócia majoritária, mormente se for considerado que se trata de sociedade familiar, com apenas duas sócias. 4. Negado provimento ao recurso especial. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.110 -SE (201/027439-2) de 07/06/2013)". Traducción mía.

Tavano, M. J. (2011). *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

Thomson Reuters. *La responsabilidad solidaria de los socios por deudas laborales de la sociedad*. Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/jurisprudencia/06/11/2012/fallo-del-dia-la-responsabilidad-solidaria-de-los-socios-por-deudas-laborales-de-la-sociedad#sthash.weNJOHQH.dpuf>.

Torres, L. R. C., (2006). *El derecho a la información del socio*. Buenos Aires: Universita.

Tribunal Superior do Trabalho. República Federativa do Brasil. Poder Judiciário. Recuperado de <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. UNIÃO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA POR INFRAÇÃO A NORMA DA CLT. RESPONSABILIDADE DO

SÓCIO. A Constituição da República determina caber à lei complementar - *regular as limitações ao poder de tributar*- (art. 146, II), além de estatuir regras gerais sobre obrigação tributária (art. 146, III, *b*), inclusive regras sobre *-exigir ou aumentar tributo-* (art. 150, I). Isso importa dizer que apenas lei complementar pode fixar responsabilidade por crédito tributário ou conexo no país - o que é feito pelo art. 135, III, do CTN. Este preceito complementar especial, contudo, não autoriza a responsabilização tributária do simples sócio, mas do gestor, isto, é os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Por esta ótica, não é viável a responsabilização do sócio nos casos de multa por infração trabalhista. Por outra ótica, prevalece na jurisprudência a tese de que tal tipo de multa não tem natureza tributária, não sendo regida pelo art. 135, IV, do CTN, portanto, necessitando de lei específica própria que fixe a responsabilidade passiva por seu pagamento. E não existe esta regra jurídica específica no ordenamento pátrio. Relembre-se que o art. 4º da Lei 6.830/1980 refere-se apenas ao - *responsável, nos termos da lei...*-, não fixando, primariamente, tal responsabilidade. Agravo de instrumento desprovido. Processo: AIRR - 168840-88.2006.5.18.0081 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011". Traducción mía.

Vialard, A. V. (1988). *La responsabilidad en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Astrea.

Vizcaíno, C. G. (2014). *Manual de derecho tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Notas

ⁱ El autor, esclarece que a pesar que durante buena parte del siglo pasado la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia fue uniforme en negar toda reparación de daños morales a cualquier clase de asociación, desde hace alrededor de dos décadas comenzaron a pronunciarse -aunque de forma bastante aislada- fallos en el sentido contrario. Sin embargo, se debe advertir que un detenido estudio de las sentencias dictadas sobre la materia da cuenta que en la actualidad no existe uniformidad -pero sí una tendencia- a reconocer el derecho de las personas jurídicas a ser resarcidas por esta clase de daño, en la medida que en el caso concurren determinados presupuestos. Recuperado de <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-cristian-boetsch-gillet-dano-moral-en-las-personas-juridicas.html>.

ⁱⁱ Art. 827 Código Civil Brasileiro, estabelece que o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

ⁱⁱⁱ Ainda que a necessidade deste requisito tenha sido objeto de críticas, a sabedoria convencional segue exigindo, em termos gerais, que para ser onerado com o dever de indenizar (ao menos, no campo da responsabilidade direta) o sujeito em questão seja considerado causante desse dano, em termos jurídicos.

^{iv} É empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim de produção ou troca de bens ou de serviços.

^v El art. 1º de la LSC que refiere la cita, hoy es el art. 1º de la LGS (Ley General de Sociedades).

^{vi} El art. 60 de la LSC que refiere la cita, hoy es el art. 60 de la LGS (Ley General de Sociedades).

^{vii} Art. 1º Ley 19.550 con la redacción dada por la Ley 26.994/2014. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

^{viii} El artículo 21 ha sido modificado por la Ley 26.994/2014 que le dé la siguiente redacción: La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.

^{ix} El artículo 22 ha sido cambiado con la redacción dada por la Ley 26.994/2014, pasando a disponer que “el contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores”.

^x El artículo 23 ha sido cambiado con la redacción dada por la Ley 26.994/2014, pasando a disponer que “las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba

que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El

bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

^{xi} El art. 17 del Código Tributario dispone que (Contribuyente).- Es contribuyente la persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria. Dicha calidad puede recaer:

- 1º) En las personas físicas, prescindiendo de su capacidad según el derecho privado.
- 2º) En las personas jurídicas y demás entes a los cuales el Derecho Tributario u otras ramas jurídicas les atribuyan la calidad de sujetos de derecho.

^{xii} El art. 19 del Código Tributario dispone que (Responsable) Es responsable la persona que sin asumir la calidad de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones de pago y los deberes formales que corresponden a aquél, teniendo por lo tanto, en todos los casos, derecho de repetición.

^{xiii} El artículo 94 de la Ley 19.550, pasó a tener la siguiente redacción acuerdo la Ley 26.994.- Disolución: causas. La sociedad se disuelve: 1. por decisión de los socios; 2. por expiración del término por el cual se constituyó; 3. por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia; 4. por consecución del objeto por el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; 5. por la pérdida del capital social; 6. por declaración en quiebra; la disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión; 7. por su fusión, en los términos del artículo 82; 8. por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones; la disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los SESENTA (60) días, de acuerdo al artículo 244, cuarto párrafo; 9. por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar si leyes especiales la impusieran en razón del objeto.

^{xiv} El artículo 1º de la Ley 19.550, pasó a tener la siguiente redacción acuerdo la Ley 26.994.- Concepto. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

^{xv} Por el nuevo sistema no más se disuelve la sociedad que se reduce a uno socio. Artículo 94 bis.- Reducción a uno del número de socios. La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses.

^{xvi} O art. 4º da Lei 9.605/98 dispõe que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

^{xvii} O art. 28, § 5º da Lei 8.078/90 dispõe que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.