

COLECCIÓN

CIENCIAS ECONÓMICAS

3

LOS NEGOCIOS UNIPERSONALES EN ECUADOR Y CUBA

**PASCUAL FELIPE CORREA ÁLVAREZ
SUSANA ALZURI ESTRADA
YISEL MUÑOZ ALFONSO**

UMET
UNIVERSIDAD
METROPOLITANA

LOS NEGOCIOS UNIPERSONALES EN ECUADOR Y CUBA

**PASCUAL FELIPE CORREA ÁLVAREZ
SUSANA ALZURI ESTRADA
YISEL MUÑOZ ALFONSO**

UMET
UNIVERSIDAD
METROPOLITANA

LOS NEGOCIOS UNIPERSONALES EN ECUADOR Y CUBA

PASCUAL FELIPE CORREA ÁLVAREZ

SUSANA ALZURI ESTRADA

YISEL MUÑOZ ALFONSO

CIENCIAS ECONÓMICAS

Con el auspicio de la Fundación Metropolitana



Diseño de carátula: Raúl E. Padilla Morales

Composición de textos: D. I. Yunisley Bruno Díaz

Corrección: MSc. Isabel Gutiérrez de la Cruz

Dirección editorial: Dr. C. Jorge Luis León González

Sobre la presente edición:

© Editorial Universo Sur, 2019

© Universidad Metropolitana de Ecuador, 2019

ISBN: 978-959-257-563-9

Podrá reproducirse, de forma parcial o total, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.



Editorial: "Universo Sur".

Universidad de Cienfuegos. Carretera a Rodas, Km 3 ½.

Cuatro Caminos. Cienfuegos. Cuba.

CP: 59430

E-mail: eus@ucf.edu.cu

Prólogo

Los pequeños negocios o pequeños emprendimientos como es costumbre llamarlos en nuestro continente latinoamericano sin lugar a dudas que han mejorado en los últimos años el clima empresarial en esta región del planeta. No obstante, y pese a los avances regulatorios y normativos recientes para mejorar el entorno de negocios en muchos de estos países, los resultados aún dejan mucho que desear.

No obstante, si comparamos a Latinoamérica con otros continentes, podemos llegar a la conclusión que en nuestra área geográfica es muy complicado emprender, motivado lo mismo, por el exceso burocrático que reina en estos países a la hora de acometer estos pequeños negocios con independencia del potencial económico, productivo en variadas áreas de la economía donde el pequeño empresario puede hacer presencia.

Hay países que realmente han alcanzado mayores éxitos en este aspecto como lo es el caso de México, Colombia, Chile, Perú, República Dominicana y otros, donde se han implementado normativas jurídicas que favorecen la creación de estos negocios por parte de los pequeños empresarios.

Hay otros países donde la falta de regulaciones claras y precisas sobre esta actividad es evidente, por lo que no existe un avance en la institucionalización de esta figura jurídica. Este es el caso de Brasil, Argentina y Venezuela. Indudablemente que estas falencias constituyen, además, un freno a la inversión extranjera.

Se debe tener en cuenta que un pequeño emprendimiento trae consigo una serie de permisos como de construcción, la obtención de agua, de electricidad, obtención de créditos bancarios, pago de impuestos y sobre todo las normativas reguladoras de todo el comercio transfronterizo, de suma importancia para la región

latinoamericana. Todos estos aspectos deben estar regulados de forma clara y precisa en nuestros países. Esto traería consigo el desarrollo y aparición de mercados aún no existentes y se podría revitalizar muchas regiones que en este momento cuentan con un débil desarrollo económico.

Ecuador y Cuba no están exentos de esta problemática. En esta obra se hace un análisis comparado de esta temática en varios países latinoamericanos, profundizando el caso de Cuba y Ecuador que constituye el objetivo fundamental de nuestro trabajo.

Debe destacarse que este tipo de empresas que tiene como característica fundamental la presencia de una persona natural en calidad de empresario y limita la responsabilidad del empresario al aporte del capital que el mismo realiza, debe estar bien claro para el pequeño empresario. Otro aspecto de interés lo constituye en que la misma puede tener una duración indefinida.

Si bien en el caso de Cuba en el año 1968 se emprendió la llamada “Ofensiva Revolucionaria” donde se trató de eliminar “toda manifestación de comercio privado por considerar que era incompatible con el nuevo sistema social que se pretendía construir en Cuba” cerrándose más de 50 mil pequeños negocios privados, en el país siguieron existiendo pequeños negocios privados sobre todo transportistas y algunas profesiones de carácter profesional como médicos, estomatólogos, arquitectos y otros, los cuales fueron desapareciendo con los años por no otorgarse más autorizaciones al respecto.

Ahora bien, los cambios ocurridos en Europa del Este, trajo consigo un reordenamiento de la economía cubana y cambios en la concepción estatista de todo tipo de acción empresarial.

Cuba dependiendo en más de un 80 por ciento de un comercio

mutuamente ventajoso que sostenía con los antiguos países socialistas de Europa del Este, principalmente con la antigua Unión Soviética, se vio obligada a dar cambios estructurales en su economía con vistas a fomentar el emprendimiento empresarial por parte de los ciudadanos cubanos. En el desarrollo del trabajo se analizan los pormenores de tipo político, económico y jurídico que conllevaron a este cambio.

En el caso de Ecuador cabe señalar que la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada y la Ley que la regula, nace en el imperio de la Constitución Política del Ecuador de 1998, destacándose el deber y obligación esencial del Estado ecuatoriano de impulsar sustentablemente la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo y es brindando de esa forma confianza y seguridad para que los mismos inviertan en el país en beneficio de la sociedad.

Estas microempresas constituyen un factor importante en el desarrollo de la sociedad ecuatoriana, orientándose fundamentalmente a la producción de bienes y servicios generando una base importante de empleos y la gran mayoría de ellos utiliza materias primas e insumos nacionales, algo bien positivo para el desarrollo de la economía del país.

No cabe duda que el emprendimiento en Ecuador fortalece la economía del país. A nivel nacional la mayor concentración de estas pequeñas empresas se encuentra en la provincia de Guayas, seguido por la provincia de Pichincha.

Ahora bien, los pequeños emprendedores a pesar que han tenido el apoyo del Gobierno Central mediante líneas de créditos, necesitan además de una capacitación y asesoramiento técnico desde el punto de visto jurídico con las cuestiones fiscales, contables, de responsabilidades etc., donde las Universidades Ecuatorianas deben jugar un papel preponderante.

La Universidad Metropolitana del Ecuador del cual formamos parte no está ajena a esto. La misma posee proyectos que tributan a esta temática tan importante, con una visión integral del fenómeno, el cual analizaremos en el desarrollo de nuestro trabajo. Los programas de estudio de las carreras tributan también a esta problemática social.

Capítulo I. La figura básica: el empresario mercantil individual o comerciante

1.1. Concepto de empresario mercantil individual

El estudio de la figura del empresario mercantil individual es de obligatorio cumplimiento dada su relevancia para el Derecho Mercantil. No es un obstáculo para ello que su papel en el tráfico mercantil se haya visto relegado por ese otro sujeto que son las sociedades mercantiles; que llevan, desde hace siglos, y sobre todo en la actualidad, el peso fundamental de las economías nacionales dadas las grandes ventajas que ofrece la asociación de personas y capitales frente a la singularidad del empresario individual.

Esta preeminencia de las compañías mercantiles se ha acentuado sobremanera desde que la sociedad anónima (y otras de corte capitalista) perfiló sus rasgos modernos y se convirtió en el tipo social más utilizado y exitoso para desarrollar una empresa mercantil. Sin embargo, el empresario individual conserva aún su importancia en el entramado económico de las naciones pues representa una parte considerable de los negocios fundados.

Así, por ejemplo, en el primer trimestre del 2014 se declaraban en España 5 732 014 empresas activas y de ellas un total de 1 796 120 eran propiedad de empresarios individuales para un 31,3%. En cuanto a Brasil, se declaraban en el 2012 un total de 12 904 523 de empresas con un 50% de ellas bajo la titularidad de empresarios individuales o microempresarios individuales (Instituto Brasileño de Planificación y Tributación, 2012).

El término empresario no fue originalmente acuñado por el Derecho, sino que fue la Economía la primera ciencia en definir a este sujeto (Jiménez, 2010) y aunque en su definición se dan grandes coincidencias con la que los juristas formulan, se aprecian también diferencias notables.

Entre los estudiosos de la ciencia económica fue Cantillón quien introdujo por primera vez el concepto de empresario considerándolo como: “el agente que compra medios de producción a ciertos precios, para combinarlos en un producto que venderá a un precio incierto en el momento del compromiso de sus costes” (Mur, 2008, p. 19). Por su parte, Say, citado por Bueno (1989), lo definía como: “el agente que combina a los otros elementos económicos en un organismo productivo o empresa”. (p. 137)

No obstante, a estas primeras aproximaciones conceptuales, economistas posteriores como Adam Smith no prestaron la debida atención a esta figura pues consideraban que los procesos de producción funcionaban por sí solos, e identificaban la función del empresario con la del capitalista: proveer el capital. No es hasta el siglo XIX y en adelante que los economistas comienzan a interesarse en el estudio del empresario considerándolo como el hombre cuyo último objetivo es ganar dinero y que organiza, combina y dirige los factores de la producción para obtener productos que venderá en el mercado (Bueno, 1989).

Es destacable la despreocupación de dicha ciencia respecto a elementos como la condición de persona y la capacidad legal de los empresarios que son tan importantes para el Derecho. El énfasis del concepto económico es puesto fundamentalmente sobre datos como: la explotación de la empresa combinando sus factores, la producción de bienes o servicios y la presencia en el mercado.

Estos elementos conceptuales, como es natural, resultan para el Derecho menos relevante, aunque no dejan de ser necesarios para establecer el concepto jurídico de empresario. Precisamente los requisitos de capacidad para explotar una empresa y la condición de persona física o jurídica que el empresario ha de reunir, constituyen aspectos definitorios en los que el Derecho incide más notablemente.

A pesar de las diferencias apuntadas, no cabe afirmar que

desde el punto de vista conceptual existan divergencias sustantivas entre la noción de empresario que usa la Economía y la que opera en el campo jurídico. Incluso ha de afirmarse que la manifestación objetiva de la actividad del empresario, esto es, la empresa, va incrementando su relevancia en el campo del Derecho en detrimento del protagonismo conceptual jugado hasta el presente casi en exclusiva por el empresario.

Para el Derecho Mercantil el concepto de empresario mercantil en general goza, en lo esencial, de gran uniformidad en la doctrina y destacados autores como Illescas entienden que dicha definición “se compone de diversos elementos: persona, capacidad legal, titularidad de una empresa, prestación de bienes o servicios, presencia en el mercado y ánimo generalmente de obtención de beneficios”. (Jiménez, 2010, p. 85)

Con mucha más claridad este autor expone su propio concepto de empresario mercantil individual al entenderlo como: “aquella persona física que con capacidad legal y de modo profesional combina capital y trabajo para la producción de bienes y/o servicios en orden a su colocación en el mercado y con ánimo ordinariamente de obtener una ganancia o beneficio” (Jiménez, 2010, p. 86).

Otras definiciones brindan Broseta & Martínez (2010), cuando manifiestan que un empresario mercantil individual es “una persona física que realiza en nombre propio y por medio de una empresa una actividad económica comercial, industrial o de servicios”. (p. 17)

De igual manera, Uría (2001), define al empresario mercantil individual como “la persona física que ejercita en nombre propio, por sí, o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa”. (p. 153)

No solo la doctrina mercantil es homogénea al momento de conceptualizar al empresario individual, sino que los ordenamientos jurídicos también se hacen eco de esta uniformidad. Así, por

ejemplo, el Código de Comercio de España lo define en su artículo 1 como “los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente” (España. Cortes Generales, 1885). De forma similar, el Código de Comercio de México expresa en su tercer artículo: “Se reputan en derecho comerciantes: Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria” (México. Presidencia de la República, 1889). Otro ejemplo de esta definición legal en este mismo sentido la encontramos en el Código de Comercio de Chile, artículo 7: “Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”. (Chile. Congreso Nacional, 1865)

Estos cuerpos legales anteriormente mencionados tienen en común que fueron promulgados en el siglo XIX, y pudiera pensarse que contienen regulaciones obsoletas sobre el sujeto que nos ocupa.

Sin embargo, sus homólogos de Venezuela, Colombia y Bolivia, promulgados todos en el siglo XX (el Código de Comercio de Venezuela se promulgó en 1955, el de Colombia en 1971, mientras que el de Bolivia fue promulgado en 1977), manejan conceptos muy similares. El Código venezolano estipula, en su artículo 10 que: “Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual” (Venezuela. Congreso de la República, 1955), mientras que su par colombiano refiere en el mismo número de artículo: “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles” (Colombia. Presidencia de la República, 1971), lo que es muy similar a lo definido por el Código de Bolivia cuando expresa en su artículo 4: “Comerciante es la persona habitualmente dedicada a realizar cualquier actividad comercial, con fines de lucro”. (Bolivia. Presidencia de la República, 1977)

Incluso, leyes especiales más modernas aún que estos cuerpos codificadores, conservan el mismo espíritu, como se ve en la Ley del Comerciante de Paraguay de 1983, artículo 3, que regula

lo siguiente: “Son comerciantes: Las personas que realizan profesionalmente actos de comercio”. (Paraguay. Congreso de la Nación, 1983)

Por tanto, el concepto de empresario mercantil individual poco ha variado desde sus primeras definiciones legales y esto se debe a que la fisonomía de dicho sujeto ha cambiado muy poco y no ha sido necesario emprender nuevas construcciones teóricas o legales para delimitarlo.

En resumen, los requisitos generalmente exigidos para ser empresario individual (y que serán profundizados más tarde) consisten en tener plena capacidad jurídica y ejercitar profesionalmente; así como en nombre propio la actividad económica en que la empresa consista. Esto quiere decir que el empresario ha de asumir los derechos y obligaciones derivadas de esa actividad, tanto si se realiza directamente por él, como si es realizada por sus representantes legales o voluntarios.

1.2. El empresario mercantil individual y el comerciante

Esta es una distinción importante pues en los conceptos legales expuestos anteriormente las leyes hablan de comerciante y no de empresario mercantil. La discrepancia terminológica que esta diferencia encierra no supone, sin embargo, un obstáculo insalvable pues el comerciante que mencionan estos textos codificadores es sinónimo del empresario de las legislaciones especiales contemporáneas.

En buena técnica, un comerciante es la persona que se ocupa del comercio, entendido este como “la actividad económica que a través del cambio transfiere las mercancías de productores a consumidores o a otros productores”. (Cañizares, 2012, p. 43)

Etimológicamente, la palabra comercio deriva de las voces latinas *cun* (con) y *merx* (mercancías) que transmiten la idea del negocio consistente en vender o cambiar unas cosas por otras. En consecuencia, las definiciones que de empresario mercantil

individual acaban de darse son mucho más amplias que la del simple comerciante; quien se dedicará a explotar una empresa dedicada a la intermediación en la circulación de bienes o servicios.

Haciendo una clasificación lo más general posible de las actividades económicas vemos que son básicamente tres: la extracción de las riquezas de la naturaleza (mediante la agricultura, ganadería, pesca y minería sobre todo), la transformación de estas materias primas extraídas en bienes de consumo que satisfagan necesidades humanas (a través de la industria y la manufactura) y el comercio.

Por tanto, un empresario, y en el caso que nos ocupa un empresario mercantil individual, puede dedicarse tanto a la actividad extractiva, como a la transformadora o a la comercial. Sin embargo, el comerciante no interviene en las dos primeras actividades económicas mencionadas; por lo que se puede ser empresario del comercio, la industria, la minería, la pesca, etc. pero el comerciante está atado, conceptualmente, solo al desempeño de la actividad comercial.

Cabría preguntarse ¿por qué los Códigos de Comercio se refieren entonces al comerciante y no al empresario? La respuesta pasa por la importancia del comercio para el Derecho Mercantil, sobre todo en sus orígenes, cuando llegó a delimitar incluso el concepto de esta ciencia que es, sin dudas, hija del comercio. Esto hizo que la figura del comerciante se perfilara como el sujeto por excelencia de esta rama del Derecho y que tuviera su reflejo en la legislación mercantil.

Sin embargo, con el desarrollo de otras actividades económicas se incorporaron al tráfico mercantil otros sujetos además del comerciante; pero no se produjo la debida actualización conceptual en los Códigos de Comercio que son en su mayoría decimonónicos o basados en los que se promulgaron en el siglo XIX, por lo que ha tocado a la doctrina moderna (que como se vio en el Epígrafe 1.1 se refiere al empresario mercantil individual

y no al comerciante), a la jurisprudencia y a las leyes especiales, abrir el espacio para el concepto de empresario mercantil en general y del empresario individual en particular. En España, por ejemplo, la sinonimia entre ambos términos se oficializó con la promulgación del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 (Jiménez, 2010).

No obstante, incluso en los ordenamientos jurídicos donde se hace referencia al comerciante y no el empresario, la discrepancia no es relevante pues sus normas regulan a los sujetos que se dedican a cualquiera de las actividades económicas arriba señaladas. Queda claro entonces que, cuando los Códigos y otras leyes regulan al comerciante como aquella persona con capacidad jurídica y que habitualmente desarrolla una actividad comercial, se están refiriendo al más moderno y aceptado concepto de empresario mercantil individual.

1.3. Requisitos para ser considerado empresario mercantil individual

Tanto la doctrina como los Códigos de Comercio están de acuerdo en que para actuar como empresario individual se necesitan dos requisitos fundamentales: capacidad legal para desarrollar la actividad escogida y la habitualidad en el desempeño de dicha actividad. Adicionalmente, la doctrina expone la necesidad de un tercer requisito que es la actuación en nombre propio, que no cuenta con el mismo respaldo legal que los dos primeros, pero no cede en importancia ante ellos.

- **Capacidad legal:** este primer requisito solo lo cumplen quienes hayan alcanzado la mayoría de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes. Lo normal es que estos requerimientos coincidan en la persona que ha cumplido la edad requerida por los ordenamientos jurídicos nacionales para alcanzar la plena capacidad jurídica y que no esté declarada incapaz para gobernarse a sí misma. Sin embargo, en ocasiones se presenta el caso de menores que contraen matrimonio quienes adquieren por esta vía la capacidad

jurídica plena y pueden disponer de sus bienes libremente pero no han alcanzado la mayoría de edad.

Sobre este particular, por ejemplo, el Código de Comercio de España establece en su artículo 4 que tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio los que obtengan la mayoría de edad y la libre disposición de sus bienes (España. Cortes Generales, 1885). En base a esta disposición legal parte de la más autorizada doctrina mercantilista y considera que el menor emancipado no adquiere la llamada capacidad mercantil ya que, si bien ha obtenido la plena capacidad jurídica civil (y con ella la libertad de disponer de sus bienes), sigue siendo menor de edad y no cumple con el requerimiento antes señalado (Uría, 2001; Jiménez, 2010).

Ahora bien, en materia de capacidad jurídica civil existe la capacidad de derecho, goce, o de adquisición que permite a las personas ser titulares de relaciones jurídicas y la llamada capacidad de obrar, de ejercicio o de hecho que es la aptitud que el Derecho reconoce para que las personas realicen actos jurídicos (Albaladejo, 2013). La primera de ellas constituye un atributo inherente a la persona y es, esencialmente, siempre igual para todos los hombres; si bien en algunos casos puede ampliarse o extenderse por postulados legales extraordinarios o excepcionales, pero no puede ser negada de modo absoluto a una persona (Valdés, 2005).

Esto tiene su reflejo también en el ámbito mercantil pues la capacidad mercantil que estamos analizando se desdobra a su vez en la capacidad para ser empresario mercantil individual y para actuar como tal. En este sentido, para ser empresario mercantil solo se necesita tener la capacidad jurídica general, sin necesidad alguna de dedicarse a ejercerlo, por lo que los menores de edad y los mayores incapacitados podrán continuar la actividad económica que iniciaron sus padres o sus causantes a través de sus representantes, los que actuarán en nombre del menor o del mayor incapacitado quienes asumirán toda la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del negocio.

De igual forma, podrán continuar como titulares del negocio, o sea, manteniendo la condición de empresario mercantil, los adultos capaces jurídicamente que en su momento fundaron un negocio y posteriormente por alguna razón pierden dicha capacidad. Es decir, los menores de edad y los mayores incapacitados, nunca podrán comenzar por sí mismos, mientras estén en este estado, ninguna actividad económica. Solo podrán continuar, en el caso del menor de edad y el adulto incapacitado, la actividad que en un momento hubieren comenzado sus padres o causantes y, en el caso del mayor incapacitado, la que él desarrollaba antes de encontrarse en el estado de incapacidad; y siempre la realizarán a través de representantes.

Queda claro aquí que estos sujetos son empresarios porque tienen la capacidad jurídica general, pero no pueden actuar como tales pues los requisitos para ejercer el comercio solo se cumplen en la persona que tiene plena capacidad jurídica y disposición de sus bienes según su ordenamiento jurídico y que desarrolla con habitualidad o profesionalidad una actividad mercantil actuando en nombre propio frente a los terceros.

- **Habitualidad en el ejercicio del comercio:** este requisito no consiste solamente en el desarrollo de manera repetida de una actividad mercantil, sino que va más allá pues a tenor de este requisito el empresario debe dedicarse profesionalmente a la explotación de su empresa y no tendrán esta condición los que desarrollen de forma puntual actos de comercio pues una mercantia non facit mercatorem.

No obstante, estos actos mercantiles desarrollados por personas que no son empresarios quedarán sujetos a la legislación y competencia mercantiles. Este criterio encuentra respaldo legal, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos de Costa Rica y Colombia. El Código de Comercio de este país, en su artículo 11, refiere que las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones (Colombia. Presidencia de la República,

1971). En el caso del Código costarricense contiene, en su artículo 6, regulaciones similares cuando expresa que quienes ocasionalmente lleven a cabo actos de comercio no serán considerados comerciantes, pero quedan sometidos, en cuanto a esos actos, a las leyes y reglamentos que rigen los actos de comercio (Costa Rica. Asamblea Legislativa, 1964).

Es muy frecuente que los Códigos de Comercio incorporen la presunción iuris tantum de satisfacción del requisito del ejercicio habitual del comercio, cuando reconocen que la persona que se proponga ejercerlo se reputará empresario mercantil al anunciar por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

Como evidencia de esto, el Código español, en su artículo 3, reconoce que existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil (España. Cortes Generales, 1885). También los Códigos del área latinoamericana reconocen situaciones similares; el boliviano, por ejemplo, acoge esta presunción en su artículo 20 cuando dice que se presume, para los efectos legales, que una persona ejerce el comercio cuando tiene un establecimiento local de comercio abierto al público y cuando anuncie, por cualquier medio de difusión, su calidad de comerciante (Bolivia. Presidencia de la República, 1977). Su homólogo colombiano se refiere al tema en el artículo 13, cuando presume que una persona ejerce el comercio cuando tenga establecimiento de comercio abierto y cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio (Colombia. Presidencia de la República, 1971).

Dicho establecimiento debe ser la sede estable y permanente de una actividad empresarial dotada de un suficiente grado de organización profesional. Como se mencionó, esta presunción de habitualidad aparece regulada con mucha frecuencia; pero

es necesario aclarar que dicho requisito se puede alcanzar perfectamente sin publicidad de establecimiento alguno, o incluso sin tenerlo, si bien esto va siendo cada vez más infrecuente.

- **Ejercicio de la actividad en nombre propio:** este último requisito no siempre aparece regulado legalmente (por ejemplo, un análisis de este particular en Códigos de Comercio de Hispanoamérica arroja que no existe referencia alguna a este requisito en los correspondientes a España, Venezuela, República Dominicana, Nicaragua, México y Chile), pero se hace imprescindible para distinguir al empresario mercantil de quienes no son sino sus colaboradores, representantes, mandatarios o agentes.

En efecto, todos estos sujetos ya mencionados, son mayores de edad capaces que habitualmente se dedican a actividades empresariales y en virtud de estos dos requerimientos podrían ser calificados como empresarios sin verdaderamente serlo. Por ello resulta necesario el estudio de este tercer requisito no obstante el olvido de algunos Códigos. El verdadero comerciante explota su empresa en su propio nombre apareciendo como la persona que adquiere los derechos y contrae las obligaciones derivadas de la explotación empresarial.

Es pues el dominus negoti o dueño del negocio y la figura principal del mismo, sin que esto se vea obstaculizado por posibles delegaciones, pues tiene el máximo poder para ordenar y tomar las decisiones necesarias. El empresario individual actúa en nombre propio, a fin de cuentas, porque es quien arriesga su patrimonio presente y futuro al asumir el riesgo y ventura del negocio ante las posibles consecuencias adversas de su empresa.

1.4. Prohibiciones para el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa

Existe una gran diferencia doctrinal entre los conceptos de

prohibición e incapacidad; el sometido a una prohibición es una persona capaz, el incapaz por el contrario no podrá ser destinatario de tales prohibiciones ya que aunque practique el comercio no podrá ser comerciante al carecer de los requisitos legales antes expuestos. En un caso diferente el del empresario sometido a una prohibición pues este reúne los requisitos legales para ser considerado comerciante aun cuando en su desempeño efectúe la violación de una norma prohibitiva.

Por tanto, los actos de un incapaz serán anulables conforme a las reglas civiles generales de ineficacia de los actos jurídicos. Por el contrario, los actos de quien está sometido a la prohibición serán sancionables por la autoridad encargada, aunque no adolecen de vicio alguno, de nulidad o anulabilidad: son actos realizados por mayores de edad capaces, si bien infractores de normas prohibitivas que luego podrán ser procesados ya sea penal o administrativamente por haber violado dicha prohibición.

Los ordenamientos jurídicos no se limitan a determinar las condiciones a satisfacer por sus ciudadanos para ser considerado empresario mercantil, sino que, además, determinan una serie de supuestos en los que los ciudadanos que en ellos se encuentran, a pesar de reunir las condiciones para acceder a la profesión empresarial, tienen prohibido dicho acceso.

Los supuestos de prohibiciones legales para el ejercicio de una empresa se pueden clasificar doctrinalmente mediante dos criterios según la naturaleza pública o privada del interés tutelado por la norma que impone la prohibición y se clasifican en: prohibiciones de Derecho Público o de Derecho Privado; y según el destinatario de la prohibición no pueda ejercer ningún tipo de actividad económica constitutiva de empresa en ningún lugar, o que solo se vea limitado a actividades o lugares concretados, se clasifican en: absolutas o relativas.

Como norma, se prohíbe de manera absoluta la práctica del comercio a personas que hayan sido sentenciadas a pena de interdicción civil, mientras no hayan cumplido sus condenas o

sido amnistiados o indultados; a las personas declaradas en quiebra, y a los que alguna ley o disposición especial impide la realización de dicha actividad. Las prohibiciones absolutas por Derecho público son las determinadas por leyes especiales y generalmente afectan a Ministros, Secretarios, entre otros altos cargos de gobierno.

Las prohibiciones relativas por Derecho público están signadas por una marcada antigüedad y prohíben el ejercicio del comercio a magistrados, jueces o fiscales, gobernadores civiles y militares, delegados de Hacienda y recaudadores de contribuciones, en servicio activo, siempre y cuando lo hagan dentro de sus respectivas jurisdicciones, todo esto sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales.

Por razón del Derecho privado encontramos también prohibiciones absolutas y relativas; las primeras usualmente recaen sobre los agentes, mediadores oficiales y corredores colegiados de comercio, los que, según la ley, no pueden comerciar sino por cuenta de sus clientes, nunca en su propio beneficio. La violación de esta prohibición se sanciona, para el caso de quiebra del agente, con la calificación como fraudulenta de dicha quiebra. Las prohibiciones relativas son mucho más frecuentes y buscan lograr evitar la competencia desleal entre empresarios mercantiles ubicados en diferentes grados de información o con acceso desigual a los secretos comerciales de un competidor.

1.5. Principios que rigen la actividad del empresario mercantil individual

La doctrina plantea una serie de principios que un empresario mercantil individual ha de tener en cuenta y debe cumplir para el futuro desarrollo de su actividad como tal (Mesa, et al., 2005) estos son:

- **Unidad e indivisibilidad del patrimonio:** el empresario mercantil individual tiene un solo patrimonio, por lo que no

hay división entre los bienes dedicados a las actividades de índole civil y los afectos a las operaciones mercantiles. El comerciante individual posee un único patrimonio con el que asume los resultados adversos del negocio emprendido.

- **Responsabilidad personal:** este principio está estrechamente relacionado con el de Unidad e indivisibilidad del patrimonio. En este caso se explica porque el empresario responde de todos los actos que desarrolle en el tráfico jurídico con su patrimonio. A los efectos de este principio, no existe diferencia en cuanto a si actúa por sí mismo o mediante representante, pues siempre será el empresario el obligado.
- **Responsabilidad ilimitada o universal:** los empresarios asumen las consecuencias adversas de la explotación de sus negocios con todo su patrimonio. Esto significa que el empresario que ha contraído deudas solo se libera cuando las honra, con los bienes presentes y futuros, en su totalidad o se agota su patrimonio. Este principio es aplicable a todos los empresarios mercantiles, individuales o sociales, pues en cualquier caso responderán con todos sus bienes tanto los comerciantes individuales como las sociedades mercantiles.

No debe confundirse, en cuanto a la aplicación de este principio, el régimen de responsabilidad de los socios, sobre todo en el caso de las sociedades capitalistas como las compañías anónimas y las de responsabilidad limitada. En los casos de estas sociedades, ciertamente sus socios gozan del beneficio de la limitación de responsabilidad, pero la sociedad, como nueva persona jurídica fundada y dotada patrimonialmente por ellos, responderá ilimitadamente con todos sus bienes tal y como lo hace el empresario individual.

- **Correspondencia entre gestión y responsabilidad:** según este principio será responsable quien actúe en el mercado con su nombre. La intervención en el mercado de bienes y servicios conlleva la obligación de asumir también los resultados adversos de esta gestión, si es que se producen.

En los casos en que el empresario contrate representantes o mandatarios que administren el negocio en su nombre, también responderá con su propio patrimonio a no ser que estos apoderados desarrollen actos que rebasen al ámbito de su apoderamiento, en cuyo caso responderán personalmente.

- **Ética negocial:** los sujetos que ejecutan una empresa mercantil para intermediar en el mercado de bienes y servicios, y que en consecuencia se pueden beneficiar de ello, tienen la obligación de actuar en las relaciones con otros empresarios y los consumidores dentro de límites legales y morales que sirvan de freno a posibles posiciones abusivas e irresponsables por las que los empresarios infractores responderán legalmente.

1.5.1. La responsabilidad del empresario mercantil individual

Tal y como sucede con cualquier persona el comerciante individual asume las pérdidas de sus operaciones empresariales con todos los bienes presentes y futuros integrantes de su patrimonio. No existe, en buena técnica, un patrimonio mercantil y otro de uso personal o familiar, sino que el empresario individual, al igual que los empresarios sociales, posee un único patrimonio (Broseta & Martínez, 2010).

Tanto es así que las pérdidas surgidas por la explotación de la empresa pueden afectar a los bienes destinados a las operaciones civiles del comerciante y viceversa, las obligaciones generadas por transacciones del ámbito civil del empresario pueden ser asumidas con los bienes destinados por él al desarrollo del negocio.

Las consideraciones anteriores solo se refieren al carácter limitado o no de la responsabilidad del empresario individual, pero la doctrina se ocupa también de determinar la causa de esta responsabilidad y en consecuencia habla de la responsabilidad contractual o extracontractual, según se origine o no por

incumplimiento de estos negocios jurídicos (Broseta & Martínez, 2010).

En el primer caso el comerciante está obligado a responder de los compromisos contraídos contractualmente a no ser que pueda demostrar que el incumplimiento tiene una causa justificada, como el caso fortuito o la fuerza mayor. En el caso de la responsabilidad extracontractual, se le exige al empresario individual que asuma las consecuencias de sus acciones u omisiones causadas, aunque no exista un contrato con la persona que sufrió el daño.

De igual forma, hay que distinguir si el empresario individual responde de sus obligaciones de forma objetiva o bien subjetivamente. Como se dijo anteriormente, en cuanto a su origen, la responsabilidad de los sujetos de derecho es frecuentemente dividida en contractual y extracontractual, en dependencia a si surgen o no de una relación contractual.

En este último caso, el empresario individual viene obligado a honrar el cumplimiento del contrato a menos que pueda demostrar que el incumplimiento se debió a causas justificadas como el caso fortuito o la fuerza mayor.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, es exigible si los sujetos con los que el comerciante no ha firmado contratos logran demostrar que han sufrido un daño por alguna acción u omisión de su parte, de tipo culposa o negligente. Incluso, el empresario viene obligado a responder extracontractualmente si el daño lo produce alguno de sus empleados. Esta responsabilidad encuentra amplio amparo legal, como por ejemplo en los artículos 1924 y 1925 del Código Civil Federal de México. El primero de ellos refiere que los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros a dependientes, en el ejercicio de sus funciones. En cuanto al artículo 1925 responsabiliza a los dueños de hoteles o casas de hospedaje con los daños y perjuicios causados por sus

servientes en el ejercicio de su encargo (México. Presidencia de la República, 1928).

Además, en Europa los Códigos civiles de España y Francia reconocen igualmente esta obligación del empresario. El artículo 1384 del Código francés reconoce la obligación para toda persona de responder no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el causado por la actuación de personas de las que deba responder, entre cuyos supuestos se menciona la de los propietarios y los comitentes por el daño causado por sus criados y encargados en el desarrollo de las funciones que les hubieran encargado (Francia. Cuerpo Legislativo, 1804); mientras que el español reconoce en su artículo 1903. 4 que los dueños o directores de un establecimiento o empresa responderán de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones (España. Cortes Generales, 1889).

De igual manera se divide la responsabilidad en subjetiva y objetiva. La primera de ellas se manifiesta si el daño es causado directamente por acciones u omisiones del sujeto, que lo lleven a actuar, por culpa o negligencia, sin el debido celo que exige la naturaleza de la obligación y que se corresponda con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar que le son propias (Díez-Picazo & Gullón, 1989).

En cuanto a la responsabilidad objetiva, el sujeto que causó el daño responde, aunque no haya tenido la culpa de su producción, por el solo hecho de haberlo ocasionado y en el caso particular del empresario individual, la explotación de una empresa mercantil crea un riesgo que amerita que este sujeto responda incluso cuando no exista negligencia o culpa.

Independientemente a que la responsabilidad se origine por la existencia o no de una relación contractual, o tenga la consideración de subjetiva u objetiva, al comerciante individual se le exige la obligación de responder ilimitadamente por los

actos relacionados con la empresa, sin hacer diferencias entre el conjunto de bienes presentes y futuros que destinó al mismo y el que conserva para fines personales.

Las excepciones a este principio son pocas y pasan por la fijación de una cantidad para responder por daños al consumidor o usuario, aunque estos sean superiores a la suma aprobada, y la posibilidad de utilizar el seguro de responsabilidad civil como forma de convertir los riesgos del negocio en simples gastos asegurativos (Uría, 2001; Broseta & Martínez, 2010; Jiménez, 2010).

No existe para el empresario individual un “patrimonio mercantil” y otro “civil” pues todos sus bienes responderán de las deudas originadas por razón de la explotación del negocio. Este severo régimen de responsabilidad es la principal desventaja de los emprendimientos realizados bajo la forma de empresarios mercantiles individuales, y la razón fundamental de que haya cedido ante la fundación de negocios bajo la forma de sociedades capitalistas, donde los socios tienen responsabilidad limitada por las operaciones de la compañía.

Sin embargo, y a partir del beneficio de la limitación de responsabilidad del que gozan los socios de las compañías anónimas y limitadas, comenzó a madurar la idea de otorgar a las personas naturales la posibilidad de fundar un negocio disfrutando de la responsabilidad limitada. Esta idea fue inicialmente rechazada pues entraba en contraposición con principios tradicionales del Derecho Mercantil como lo son el de la responsabilidad ilimitada o universal de todo sujeto de derecho, y el de unidad e indivisibilidad del patrimonio.

Además, se rompe también la conexión entre poder y responsabilidad, que ha servido para atribuir el riesgo al empresario individual pues la limitación de la responsabilidad del empresario individual traería aparejado el traspaso del riesgo a los acreedores (Mesa, et al., 2005).

A pesar de estos argumentos en contra, se aprobó en varios países la posibilidad de limitar la responsabilidad del comerciante a través de la fundación de dos novedosas figuras mercantiles: la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) y la sociedad unipersonal. Entre los países que han aceptado este principio aparece España, pues el Real Decreto Legislativo 1/10 aprobó la Ley de Sociedades de Capital que en sus artículos 12-17 reconoció la sociedad unipersonal.

De igual forma, el ordenamiento jurídico español ampara, mediante la Ley 14/13 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, al emprendedor de responsabilidad limitada. También en Europa, la legislación belga acogió la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en los artículos 211 y siguientes del Código de Sociedades, y Francia admitió la empresa individual de responsabilidad limitada a través de la Ley 2010-658 de 2010.

En América Latina el Código de Comercio de Costa Rica, promulgado en 1964 (Costa Rica. Asamblea Legislativa, 1964) regula la empresa individual de responsabilidad limitada en sus artículos 9-16 y lo mismo hacen Ecuador (Ley 27/06 de las empresas individuales de responsabilidad limitada), Paraguay (Ley 1034/83 del comerciante, en los artículos 15-25), República Dominicana (Ley 479/08 de sociedades comerciales y de empresas individuales de responsabilidad limitada) (República Dominicana. Congreso Nacional, 2008) y Perú (Decreto Ley 21621/76 que aprobó la Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada).

En cuanto a la EIRL, se le ha definido como “un patrimonio de afectación que compone un ente jurídico diferente de la persona física que lo crea. Responde por los resultados de la actividad económica que el instituyente se obliga a hacer y salva los bienes de su propio patrimonio” (Aramouni, 1996, p. 101). La sociedad unimembre, por su parte, es la fundada originariamente por un único socio, sea persona natural o jurídica y la que, habiendo sido constituida por dos o más socios, todas las acciones o

participaciones hayan pasado a poder de un solo socio, como refiere, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Capital de España.

Como aspectos positivos de estos sujetos se señalan que estimulan la constitución de pequeñas y medianas empresas, dada la posibilidad de las personas naturales que los fundan de responder por los resultados del negocio solo con los aportes que hicieron al momento de dotarlos patrimonialmente, protegiendo así el resto de sus bienes y la contribución a la eliminación de un fenómeno consistente en la fundación plural de una sociedad mercantil donde frecuentemente uno de los socios era el titular del 99% del capital y otro del restante 1%.

Evidentemente se estaba en presencia de una forma de encubrir la unipersonalidad de estos negocios, utilizando a un testaferro u hombre de paja, para disfrutar de la responsabilidad limitada, lo que ya es menos necesario en los países que han admitido la EIRL o la compañía unipersonal.

En consecuencia, si durante siglos la responsabilidad ilimitada de las personas naturales que desarrollaban una empresa mercantil de forma individual fue indiscutida, en la actualidad existe la posibilidad de que una persona física funde un negocio y disfrute de la responsabilidad limitada, mediante la constitución de cualquiera de los dos sujetos arriba mencionados por lo que en los ordenamientos jurídicos se debe decidir si se admite la responsabilidad limitada o la ilimitada, o ambas, para las personas físicas que realicen un emprendimiento mercantil.

1.5.2. Las excepciones al principio de Responsabilidad ilimitada del empresario mercantil individual

Como se describió anteriormente en materia de responsabilidad del empresario mercantil el principio que opera es el de la responsabilidad ilimitada del mismo. Sin embargo, la doctrina primero y varias legislaciones después han defendido la creación de otras figuras unipersonales donde la persona física disfrute

del beneficio de la limitación de responsabilidad, típico de las sociedades capitalistas. Estas figuras son la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la sociedad unipersonal.

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es un tipo de negocio relativamente novedoso pues tiene como antecedente fundamental la regulación del Principado de Liechtenstein desde 1925 destacándose en este la particularidad de la división patrimonial y la limitación de la responsabilidad en dicha Empresa, otorgándole autonomía a su titular. Esta norma del Principado de Liechtenstein estuvo inspirada en un estudio realizado por el jurista austríaco Oscar Pisko.

Este jurista, ante la frecuencia con que en Austria las compañías mercantiles pasaban a ser unipersonales, apreció acertadamente que la causa radicaba en la intención de los empresarios individuales de burlar el requerimiento de la pluralidad de socios, para poder fundar una sociedad mercantil de tipo capitalista y así disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada.

Así comenzó la tarea de este jurista de defender ante sus colegas y otros sujetos, como legisladores y gobernantes, la idea de que no se podía condenar al empresario individual por aspirar al beneficio de la responsabilidad limitada por las operaciones de sus negocios y, ante la realidad que se estaba manifestando en su país, propuso darle cauce legal a esta posibilidad para eliminar la fundación de sociedades ficticias.

Para ello se ampara en el criterio de que la limitación de responsabilidad que ofrece una sociedad mercantil de corte capitalista no depende de la pluralidad de miembros, sino de la determinación de que la compañía respondiera solo con su capital (González, 2015).

La necesidad de contar con un sujeto mercantil que brinde a sus fundadores las ventajas de la limitación de responsabilidad, pero que pueda ser creado por un único empresario mercantil individual, motivó que aparecieran nuevos sujetos del Derecho

Mercantil que evitaran que se incurriera en actos ilegales como el uso supletorio de sociedades ficticias, a partir del auxilio de los hombres de paja o testaferros para constituir sociedades aparentemente pluripersonales cuando en la práctica de su funcionamiento eran unimembres.

En consecuencia, varios estudiosos del Derecho se proponen la incorporación en los ordenamientos jurídicos del beneficio de la limitación de responsabilidad para los comerciantes individuales, por lo que la figura de la EIRL comienza a extenderse por Europa.

Por ejemplo, en países como Francia y España se emprende un estudio doctrinal muy serio sobre esta institución y estuvieron entre las naciones pioneras en la regulación de algún sujeto que amparara el beneficio antes mencionado.

En España se destacaron eminentes juristas como Roig y Bergada, Federico Trias de Bes, Valls Taberner y Pala Mediano que impulsaron los análisis sobre las ventajas y desventajas de la EIRL en este país. Debemos mencionar también a Sola Cañizares quien se constituyó en uno de los más grandes defensores de las EIRL e incluso elaboró un proyecto con las bases necesarias para incorporar este sujeto al ordenamiento jurídico español que llevó por título: "Las formas jurídicas de las empresas: la empresa individual limitada, el contrato de sociedad y la institución por acciones".

En el caso de Francia tocó a Michel de Juglart, a partir de los criterios de Henri León y Jean Mazeaud, impulsar la regulación de la EIRL en el país galo, cuando en 1965 defendió el criterio de que los empresarios individuales podían separar de su patrimonio una masa de bienes con la que dotar a una empresa, mientras que el resto de su patrimonio quedaba protegido contra la insolvencia absoluta que pudiera ocurrir en la explotación de aquel negocio. Como sustento a esta posición afirmaba Juglart, citado por Fugardo (2013), que "desde el momento en que unos bienes se afectan a un objeto particular, forman necesariamente un todo que debe poder vivir una vida jurídica común". (p. 5)

Para hacer referencia al concepto de la institución que nos ocupa nos afiliamos al brindado por Certad (1979), cuando plantea que “la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada posee autonomía propia como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a la cual pertenece. Puede decirse que no se trata de una verdadera sociedad, pues está constituida por una sola persona; debido a que existe la expresa prohibición de que las personas jurídicas constituyan y adquieran Empresas de esta índole”. (p. 83)

También es de interés el concepto de Aramouni (1996), quien manifiesta que “la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es propiamente un patrimonio de afectación que compone un ente jurídico diferente de la persona física que lo crea. Responde por los resultados de la actividad económica que el instituyente se obliga a hacer y salva los bienes de su propio patrimonio”. (p. 101)

Igual a como sucede con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada la sociedad unipersonal es otra de las formas de limitar la responsabilidad del empresario. Este sujeto mercantil esté dotado de plena personalidad jurídica y consiste en un medio de una elevada técnica jurídica para lograr la escisión del patrimonio y la responsabilidad de las personas naturales, ya que el socio único puede levantar un muro protector sobre sus bienes personales que impedirá que estos se vean afectados por los resultados del negocio.

Varias legislaciones han definido esta figura, por ejemplo, la española, cuando la Ley de Sociedades de Capital establece que será aquella fundada originariamente por un único socio, sea persona natural o jurídica y la que, habiendo sido constituida por dos o más socios, todas las acciones o participaciones hayan pasado a poder de un solo socio.

La sociedad unimembre no ha escapado a los criterios críticos de la doctrina que comienzan desde su misma denominación pues se considera contradictorio el término de sociedad unipersonal.

En primer lugar, desde el punto de vista etimológico pues “sociedad” implica sin duda alguna pluralidad y aquí se declara como integrada por un solo sujeto. La otra contradicción tiene que ver con la ya larga tradición de considerar en el Derecho Mercantil a las compañías o sociedades como un ente fundado por varias personas, naturales o jurídicas, y que al producirse por varias vías la salida de todos menos uno esto generaba indefectiblemente la disolución de la sociedad.

Desde el punto de vista conceptual el Derecho Mercantil considera a esta sociedad como una compañía mercantil con personalidad jurídica independiente de la de su único socio, que puede ser una persona física o jurídica, quien destina una parte de sus bienes para la realización de una o varias actividades mercantiles.

Este tipo especial de compañía se caracteriza por tener un patrimonio propio, integrado a partir de las aportaciones de quien la crea, con el que responde de sus deudas y se materializa el principio de responsabilidad patrimonial universal por las obligaciones de la sociedad y que permite al socio único disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada.

Con esta masa patrimonial, asumirá todas sus deudas, a partir de los bienes presentes y futuros que lo integran, sin tener que afectar en ningún momento el patrimonio del socio único. Además, la compañía se convierte en un sujeto de derecho diferente y completamente separado del socio sin importar que este sea el único, por lo que tendrá personalidad y capacidad jurídica propia aunque su actuar esté subordinado a las disposiciones del único socio.

El capital de una sociedad unipersonal está integrado por acciones o participaciones que están en su totalidad en manos de su socio fundador desde el momento de su constitución o posteriormente, si todas las acciones o participaciones de una sociedad originalmente constituida de forma plural, son adquiridas por una sola persona.

Otro rasgo característico de la compañía unipersonal es el socio único, quien para ostentar esta condición debe cumplir ciertos requisitos como poseer plena capacidad legal y tener la libre disposición de sus bienes. Como se ve, estos requerimientos no están tan lejos de los exigidos a una persona natural para obtener la condición de empresario mercantil individual, lo que se explica a partir de que la fundación de una sociedad unipersonal es un mecanismo utilizado por los comerciantes individuales para limitar su responsabilidad.

En cuanto al régimen de derechos y obligaciones de este único socio, viene obligado a ejecutar la aportación de capital a la que se comprometió en el momento fundacional de la compañía. En cuanto a los derechos sociales, el socio está facultado para recibir las ganancias que le corresponden una vez deducida la parte que debe pasar a engrosar el patrimonio social pues si este socio único se apropia de todas las ganancias la solidez de la compañía sería bien precaria.

Al igual que sucede con las sociedades con pluralidad de miembros, el socio único tiene además derechos de tipo administrativo o político, como el derecho de información y el de asistir y votar en la Junta General que en este caso se ejercen con mucha facilidad pues en primer lugar sus decisiones no son sometidas a debate dada la unipersonalidad, lo que no quita el hecho de que sus decisiones deben respetar la ley mercantil en general y los estatutos sociales sin que pueda vulnerar tampoco el desarrollo del objeto social de la compañía.

Además de estas dos figuras, la sociedad unipersonal y la EIRL, han surgido otras figuras que buscan limitar la responsabilidad de los emprendedores. Así, por ejemplo, en España la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo una novedosa figura: el emprendedor de responsabilidad limitada. Este, según la legislación española, sería la persona natural que desarrolla una empresa o una actividad profesional que asume la responsabilidad por las operaciones del negocio sin afectar su vivienda de residencia permanente.

La diferencia fundamental de este emprendedor de responsabilidad limitada con la compañía unipersonal y la EIRL, es que aquél no va a tener un patrimonio separado y destinado a las actividades empresariales y otro patrimonio «civil» sino que solo estará protegida su vivienda de residencia habitual en caso de quiebra de la actividad emprendida.

También en Francia se ha dado cabida al empresario individual de responsabilidad limitada, pero con una regulación más amplia que la española y sin reducir los bienes liberados de responder de las deudas de las operaciones comerciales a la vivienda, al permitirle a un menor que desarrolle una actividad empresarial con el beneficio de la responsabilidad limitada.

1.6. Colaboradores del empresario mercantil individual

El empresario mercantil individual necesita, para el desarrollo de su actividad económica, de la colaboración de cierto número de personas, quienes de un modo directo o indirecto le ayudan en el desarrollo de su empresa. Debido a la complejidad e intensidad que caracteriza al tráfico económico, al empresario, en la mayoría de los casos, se le dificulta desarrollar su empresa por sí mismo, y por ello recurre al auxilio de varias personas. La colaboración que prestan estos diversos sujetos es de la más diversa naturaleza y condición, pero se distingue en dos grandes grupos: los colaboradores dependientes o subordinados y los independientes o autónomos.

Estos últimos son personas naturales o jurídicas que no están integradas a la organización del empresario y, sin que medie una relación de dependencia, le auxilian eventualmente a cambio de una remuneración. Por tanto, estos colaboradores autónomos son verdaderos empresarios para los que su empresa mercantil consiste en auxiliar a otros empresarios prestándoles servicios retribuidos.

Existe en este caso independencia jurídica entre el empresario y el colaborador independiente, a la par que se encuentran en

situación de igualdad como sujetos ante la ley, pues ambos ostentan la condición de empresarios. Los ejemplos clásicos de colaboradores autónomos son los comisionistas, agentes y corredores o mediadores que son, a su vez, partes en los contratos de comisión, agencia y mediación o corretaje.

Por otra parte, los colaboradores dependientes o subordinados prestan su colaboración en el propio establecimiento y mediante un vínculo laboral permanente o estable están sometidos a una dependencia jurídica respecto al empresario.

Sin embargo, incluso dentro de esta categoría de colaboradores, es necesario distinguir entre aquellas personas que prestan sus servicios sin intervenir en las relaciones contractuales de la empresa con terceros (por ejemplo: ingenieros, obreros, personal de oficinas, etc.) y que por tanto no ostentan facultades de representación que obliguen a la empresa y a su titular; y aquellos colaboradores subordinados que sí tienen la posibilidad de realizar en nombre y por cuenta del empresario actos que lo obliguen en el tráfico mercantil. Estos últimos son los verdaderos colaboradores dependientes que, en dependencia de la amplitud de sus facultades de representación, se clasifican en apoderados generales y singulares.

Dentro de los apoderados generales encontramos al factor (también llamado gerente, administrador, etc.) que es el colaborador principal del empresario mercantil quien le extiende un poder general facultándolo para decidir sobre todos los actos que entrañe la actividad de la empresa en un establecimiento mercantil determinado.

Desde el punto de vista conceptual es el apoderado general colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario el tráfico o giro propio de aquel, administrando, dirigiendo y contratando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento. (Uría, 2001, p. 50)

Los requisitos para desempeñarse como factor son tener

capacidad para obligarse y el poder otorgado por el empresario en cuyo nombre habrá de actuar en el tráfico mercantil. Normalmente este poder debe estar debidamente inscrito en el Registro Mercantil, como forma de darle a tal nombramiento la debida publicidad y a los actos realizados por el factor, la indispensable seguridad jurídica que necesitan los terceros de que están pactando con alguien con poder bastante para obligar con sus actos a la empresa.

Esta exigencia de que el poder otorgado al factor debe estar inscrito encuentra amplio respaldo en diversos ordenamientos jurídicos. En Venezuela, el artículo 19.11 del Código de Comercio refiere que entre los documentos que deben anotarse en el Registro de Comercio, están los poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios (Venezuela. Congreso de la República, 1955).

Igual exigencia hace el Código uruguayo en su artículo 34.4 cuando requiere que la matrícula del comerciante se hace en el Registro de Comercio, presentando el solicitante una petición que contenga el nombre del gerente, factor o empleado que ponga a la cabeza del establecimiento (Uruguay. Asamblea General, 1865).

Otros Códigos de Comercio en los que se exige la inscripción del nombramiento del factor son los de España (artículo 22.1), el Código chileno (artículo 22.5) y el de México (artículo 21.7).

Si bien la inscripción registral del poder conferido es la forma tradicional para que quede facultado el gerente o administrador, la doctrina se ocupa también del llamado factor notorio (Vivante, 1934). Este sería el que de forma evidente y con la debida fama pública viene rigiendo un establecimiento y a los efectos prácticos tiene las mismas consecuencias de haberse procedido al registro del poder pues el titular de la empresa quedará igualmente obligado para con los terceros.

No obstante, hay que distinguir entre ambos casos pues el factor

con poderes inscritos solo obliga al empresario en tanto cumpla con las facultades conferidas, mientras que el factor notorio, al no existir estos límites, obligará al titular de la empresa siempre que actúe en consonancia con el giro o tráfico del establecimiento por lo que no puede oponerse aquí frente a terceros la violación del poder o la transgresión de las facultades conferidas.

Ahora bien, el hecho de que tenga el factor un poder general para decidir sobre el establecimiento mercantil que se le ha encargado, no significa que el empresario no pueda limitar sus facultades pues el carácter general de su representación no significa que sea ilimitada. Basta que dicho apoderamiento sea suficiente para la administración del negocio.

Incluso, aun contando con la colaboración de su factor, el empresario puede reservar para sí la realización de determinadas operaciones que por diversos motivos no desea delegar en nadie siempre que esta precaución no se convierta en un entorpecimiento para el desempeño del factor que siempre debe estar dotado de las atribuciones indispensables para poder regir el establecimiento que se le ha encargado.

Los factores han de tener la capacidad para actuar como empresarios, aunque lo hagan a nombre de otra persona. Los mismos a la hora de contratar con terceros lo harán siempre en nombre de su representado y si realizaran algún contrato en nombre propio quedarán obligados personalmente con la persona que lo celebró. De igual forma recae sobre ellos la prohibición de no hacer competencia a su principal, salvo pacto en contrario, so pena de perder en beneficio de este las ganancias de la operación asumiendo solo las pérdidas. Los poderes con los que se le confiere la representación subsistirán hasta tanto no sean revocados expresamente, independientemente de la muerte del representado, es decir, del empresario principal o de la persona que lo hubiere recibido. Los efectos de esta revocación se entienden producidos a partir del momento en que se le notifica de forma adecuada, y con respecto a los terceros a partir del momento en que se inscribe en el Registro Mercantil.

El otro grupo dentro de los colaboradores subordinados o autónomos es el de los apoderados singulares. Se trata de aquellos sobre los cuales recaen limitaciones en sus facultades, es decir solo están facultados para realizar alguna o algunas operaciones del tráfico mercantil al que se dedique el principal.

Realizan sus funciones, al igual que los apoderados generales, de modo permanente, en nombre y por cuenta del empresario que los nombró o les dio el encargo pero se distinguen de los factores en el ámbito de amplitud de su poder, porque solo reciben poder para alguna o algunas gestiones, es decir, para una sola rama del negocio; no obligan al empresario con su actuar, solo con las actividades concretas, previstas en la rama del negocio que se le asignó; y el poder que se les otorga puede ser bien verbal o escrito.

Dentro de los apoderados singulares encontramos a los dependientes, que siguen, en orden de la generalidad de su poder, a los factores pues el dependiente está facultado para desempeñar las operaciones propias de un ramo específico de la actividad mercantil que desarrolla el empresario. No puede el dependiente obligar al empresario en la totalidad del negocio sino hasta los límites que se le reconocen, corriendo los compromisos contraídos más allá de su ámbito de apoderamiento por su propia cuenta.

Un poder aún más reducido que el del dependiente ostentan los mancebos, quienes vienen facultados principalmente para realizar operaciones de venta en tiendas o almacenes abiertos al público, entregando la mercancía, expidiendo los recibos de rigor y cobrando el importe de dichas operaciones. Otra función básica del mancebo consiste en recibir las mercancías, entendiéndose que la aceptación de las mismas sin protestas sobre su calidad o cantidad, obliga al principal como si lo hubiera hecho personalmente.

1.7. Consecuencias jurídicas de la calificación de una persona como empresario mercantil individual

El empresario mercantil en general y el individual en particular es un sujeto sometido a un especial régimen jurídico distinto de los restantes sujetos gobernados por el Derecho privado. La especialidad es económica y a la vez, jurídica. Económica porque realiza profesionalmente una actividad mercantil o industrial determinada. Jurídica porque el ordenamiento positivo le atribuye un status especial que, como todo estatuto jurídico, se integra por especiales o singulares derechos y obligaciones que lo distinguen de los restantes sujetos jurídicos--privados no comerciantes ni empresarios mercantiles tales como: la obligación de llevar una contabilidad ordenada, utilizar los mecanismos oficiales de publicidad (inscribirse en el Registro Mercantil) y sometimiento a los procedimientos de insolvencia patrimonial, en los casos de suspensión de pagos y quiebra.

Asimismo, como parte del estatuto le asisten también un conjunto de derechos, uno de ellos consiste en la utilización de signos distintivos que le permiten diferenciarse a él mismo y a su actividad económica del resto de los empresarios que intervienen en el mercado, derecho a ejercer competencia, derecho a exigir lealtad en el ejercicio de la competencia realizada por sus competidores, etc.

La existencia de dicho estatuto jurídico se justifica fundamentalmente por el hecho de que el desarrollo de una empresa mercantil requiere la realización en masa una actividad económica profesional y la adecuada explotación de esta actividad les hace recurrir frecuentemente al crédito y a la confianza ajenas, y finalmente, por el hecho de que los terceros que se relacionan con el empresario mercantil individual para hacer posible aquella actividad y el crédito ajeno pueden verse seriamente afectados por el resultado adverso de su explotación.

Por todo ello, el estatuto jurídico del empresario mercantil individual, integrado por preceptos especiales, se caracteriza por la imposición de obligaciones profesionales, que pueden

ser generales para todos o especiales para ciertos empresarios como los dedicados al giro de la actividad aseguradora y los negocios bancarios.

1.7.1. Contabilidad del empresario mercantil individual

Desde el punto de vista conceptual, se ha entendido a la Contabilidad como “una técnica que se utiliza para producir sistemática y estructuralmente información cuantitativa, expresada en unidades monetarias, de las transacciones que realiza la entidad económica y de ciertos eventos económicos identificables que la afectan, con el objetivo de facilitar a los interesados la toma de decisiones”. (Ramírez, 1991, p. 12)

Por otra parte, también se considera que “la ciencia que comprende el estudio de las leyes a que debe ajustarse la determinación, exposición e interpretación del estado y desarrollo de las economías particulares, y establece las reglas del arte de llevar las cuentas necesarias para ello”. (Villa, et al., 2006, p. 19)

La llevanza de la contabilidad es, para el empresario, tanto una consecuencia de su condición de tal como una necesidad, pues el desarrollo de una actividad empresarial difícilmente podrá ser exitosa si no se lleva un control adecuado de las operaciones económicas. Una contabilidad ordenada le permite al empresario “conocer, día por día, la marcha de las operaciones, la situación de los negocios y el rendimiento de los mismos” (Uría, 2001, p. 61) así como, en cierto modo, “prever los futuros resultados de la actividad comercial”. (Uría, 2001, p. 61)

Estos argumentos hablan por sí solos de la relevancia de la contabilidad para los empresarios. Sin embargo, esta actividad es también de interés del Estado, para quien el control de las operaciones y los resultados económicos de las empresas son relevantes por razones fiscales. Incluso, una contabilidad

ordenada redundante en beneficio de los acreedores del empresario pues contarán con la garantía de una contabilidad ordenada y, por ejemplo, en el caso de quiebra permite reconstruir con certeza el patrimonio del quebrado.

En razón de este triple interés, del empresario, el Estado y los acreedores, los Códigos de Comercio y otras disposiciones especiales de los diferentes ordenamientos jurídicos, imponen a todo comerciante o empresario por pequeño que sea la obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su situación o actividad empresarial.

La aspiración de que la contabilidad sea un reflejo fiel de la situación económica de la empresa hizo necesario determinar las características o principios que debe reunir toda información contable. Estos son (Mesa, et al., 2005):

- **Utilidad:** la información que brinda la Contabilidad debe servir a los efectos de la toma de decisiones.
- **Identificación:** la situación financiera que arroja la Contabilidad debe referirse siempre a la actividad económica de sujetos económicos identificables realizada en un espacio de tiempo establecido y en relación a operaciones de tipo económico y financiero que hayan sido desarrollados por la empresa.
- **Oportunidad:** el empresario debe disponer de los datos que la Contabilidad ofrece tanto en el momento que indica la ley como en aquellos en que sean necesarios para que la toma de decisiones del empresario ocurra oportunamente y con un basamento real del estado financiero de la empresa. En consecuencia, los libros e informes contables que se lleven correctamente pero que no estén en manos del empresario oportunamente no ayudarán en la toma de decisiones.

- **Representatividad:** la información contable debe ser un reflejo fiel de la situación económica de la empresa. Para ello debe referirse a la totalidad de las actividades de tipo económico y financiero que se desarrollaron en la empresa.
- **Credibilidad:** los datos ofrecidos por la Contabilidad deben reflejar los registros contables de las operaciones realmente ocurridas, sin alterar los hechos y consecuencias que se derivan de su realización y sin modificar los procedimientos contables establecidos lo que hará creíble la información ofrecida por la Contabilidad.
- **Confiabilidad:** dada la relevancia de la Contabilidad para el empresario como herramienta útil a los efectos de tomar decisiones acertadas, la información contable debe proveer información confiable a partir del procesamiento correcto de los datos contables de la empresa que deben ser catalogados, valorados y asentados correctamente.
- **Verificabilidad:** la información contable de una empresa, aunque esté basada en los datos asentados en libros y otros documentos afines, debe poder ser comprobada como un mecanismo básico de control de su veracidad. Esta comprobación puede ser realizada tanto por el empresario como por terceros interesados.
- **Homogeneidad:** las reglas para la llevanza de la Contabilidad deben ser uniformes para todas las entidades obligadas a cumplir con esta obligación y el análisis de los datos contables debe hacerse de acuerdo a procedimientos similares.

Otros principios de la Contabilidad que reconocen los estudiosos del tema son los de fidelidad o veracidad, claridad, unidad, continuidad y prudencia (Jiménez, 2010).

La arista formal de la contabilidad compele al empresario a llevarla de acuerdo a la forma establecida en la legislación. Los Códigos de Comercio y las leyes especiales obligan a los empresarios a llevar libros contables donde deben reflejar con exactitud sus operaciones económicas. Uno de estos es el Libro de Inventarios y Balances (también llamado de Inventarios y Cuentas anuales en ocasiones), donde se asentará con detalle el activo inicial de la empresa y los resultados de los balances económicos del negocio (los balances periódicos si lo indica la legislación), y en todos los casos los anuales, para hacer el inventario del cierre del ejercicio económico anual de la empresa.

Los otros dos libros contables habitualmente exigidos por los ordenamientos jurídicos nacionales son el Libro Diario y el Libro Mayor. La correcta llevanza del primero exige que se anoten en él por primera vez, y de forma cronológica, las transacciones de la entidad con una breve explicación de la operación y registrando las cuentas afectadas en el débito y crédito (Villa, et al., 2006).

El Libro Mayor está destinado a registrar por separado en cada folio o página el movimiento que presenta cada cuenta, según la transacción asentada en el Libro Diario, que puede aumentar o disminuir su importe en correspondencia con su naturaleza. Además de exigir la utilización de estos libros contables básicos, habitualmente los ordenamientos jurídicos permiten a los empresarios llevar otros libros que contribuyan al mejor control de sus operaciones siempre que estén debidamente legalizados.

Una importancia igual a la de llevar los libros contables, tiene para los empresarios la obligación de realizar al cierre de cada ejercicio social las cuentas anuales, que están integradas por el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias y la memoria, lo que constituye la arista material de la Contabilidad. El balance es la representación del desempeño económico de la empresa entre cada ejercicio contable y determina la existencia de

pérdidas o ganancias. Su utilidad radica en que permite separar los bienes y derechos que constituyen el activo de la empresa de las obligaciones que conforman su pasivo. Para el empresario es una herramienta esencial que le permite valorar la marcha de su negocio y sus actos futuros.

La cuenta de pérdidas y ganancias permite conocer con exactitud como se han producido los resultados, positivos o negativos, que se reflejan en el balance a partir de la identificación de las operaciones, provechosas o no, que la empresa ha realizado. La memoria, por su parte, es un documento complementario que amplía y comenta la información contenida en el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, haciendo más detallada la información que reflejan estos documentos.

Si bien la contabilidad del empresario es de interés para el Estado y los acreedores, estos no tendrán un acceso ilimitado a la misma, pues el empresario tratará siempre que su información contable no trascienda más allá del ámbito de su empresa. Este conflicto es resuelto por los distintos ordenamientos jurídicos permitiendo que la contabilidad del empresario sea inspeccionada en los casos en que los intereses de los terceros sean superiores o de mayor incidencia, como el cumplimiento del principio de libre y leal competencia y la necesidad que puede tener el Estado, los acreedores y otros terceros de tener acceso puntual a los datos contables de la empresa.

El otro aspecto relacionado con el acceso a la contabilidad del empresario es el valor probatorio que tendrán los libros y otros documentos contables que se materializa con la exhibición y comunicación de los mismos. Esta última implica una inspección general de los libros y otros instrumentos decretada por los tribunales mientras que la exhibición es la revisión parcial de estos mismos documentos, pero concentrada solo en los aspectos que han motivado la inspección.

1.7.2. Publicidad del empresario mercantil

La publicidad es otra de las obligaciones que se incluyen en el estatuto jurídico del empresario mercantil y podemos definirla como “la acción encaminada a hacer que un hecho, acto, o derecho sea conocido de forma manifiesta o notoriamente por todos, erga omnes”. (Valdés, 2005, p. 317)

No obstante, al concepto anterior, la publicidad del empresario puede ser vista desde dos puntos de vista. El primero de ellos atiende a las acciones que tienen como objetivo la captación de clientes, basándose en la promoción de la calidad de sus productos y servicios y difundiendo las marcas, rótulos de establecimiento, nombres comerciales, etc., bajo los que se identifican la actividad comercial del empresario.

Esta es la llamada publicidad comercial o privada, en la que juega un papel muy importante la utilización de medios de difusión y estrategias de marketing que permitan estimular en los clientes la adquisición de los productos ofertados por el empresario.

Más relevante desde el punto de vista legal es la publicidad legal, relacionada estrechamente con el principio de seguridad jurídica que debe estar presente en las relaciones de los empresarios con los terceros. La manifestación básica de esta seguridad jurídica consiste en permitir a los terceros interesados que verifiquen la identidad del empresario y sus delegados, así como las cantidades mínimas con las que responderá ante sus acreedores. Estas declaraciones del empresario deberán ser continuamente actualizadas, de forma obligatoria, cada vez que cambie la realidad de su negocio para que la información disponible por los terceros no pierda su validez e importancia.

El mecanismo fundamental que resuelve estas necesidades es el Registro Mercantil, aunque suelen utilizarse otras vías para proveer la necesaria publicidad legal como la utilización

de periódicos oficiales y de registros especiales (Uría, 2001; Jiménez, 2010).

El Registro Mercantil es una entidad estatal en la que se inscriben los empresarios individuales y sociales, así como otras entidades y los actos, situaciones y circunstancias relacionadas con estos sujetos que la ley considere relevantes. Es, sin dudas, la principal institución de publicidad legal en el tráfico mercantil y su actividad por lo general tiene como objetivo las siguientes funciones:

- La inscripción de los empresarios y otros sujetos que la ley indique.
- La inscripción de los actos y contratos que se establezcan en la ley.
- La legalización de los libros de los empresarios.
- El depósito y la publicidad de los documentos contables.
- La publicidad de la información registral.
- La comprobación de los asientos registrales cuando se requiera.

Además, la práctica de la actividad registral se desarrolla bajo los siguientes principios:

- **Obligatoriedad:** la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria para los sujetos mercantiles salvo los casos en que los ordenamientos jurídicos dispongan lo contrario. Como remedio a la falta de inscripción de los empresarios que buscan evitar sus responsabilidades, se prescribe que

no podrá ser invocada como protección por quienes estaban obligados a realizarla.

- **Titulación pública:** la inscripción registral debe verificarse mediante la presentación de un instrumento público y solo podrá realizarse la inscripción a partir de un documento privado en los casos en que la ley expresamente así lo autorice.
- **Legalidad:** los registradores mercantiles calificarán, a su discreción, la legalidad del acto o circunstancia que se solicita sea inscrito, el cumplimiento de las formalidades de los mismos, y la capacidad y legitimación de las personas que los hayan otorgado y de los que se presenten a solicitar la inscripción.
- **Legitimación:** la información registral se presume verdadera y exacta. Se trata de una presunción iuris tantum que puede ser combatida siempre que exista declaración judicial que declare su nulidad o inexactitud. No obstante, al reconocimiento de este principio, los actos inscritos que sean nulos de acuerdo a las leyes no se convalidan con su inscripción registral.
- **Fe pública:** la información inscrita en este Registro surte efecto para los otorgantes y representantes obligados a inscribirla, y no perjudican a terceros que obren de buena fe, quienes pueden utilizarlos y alegarlos en cuanto los favorezca.
- **Oponibilidad:** los actos sujetos a inscripción registral solo serán oponibles a terceros que actúen de buena fe a partir de la fecha de su inscripción.
- **Prioridad:** si se inscribe o anota preventivamente cualquier

documento en el Registro Mercantil, no podrá admitirse, en fecha igual o posterior, ningún otro que resulte incompatible con él pues los documentos se inscribirán de acuerdo al orden cronológico en que fueron presentados, y los asentados con anterioridad tendrán preferencia sobre los posteriores.

- **Tracto sucesivo:** el Registro Mercantil funciona en base a una sucesión lógica de actos. Así, por ejemplo, no podrán inscribirse actos modificativos o contratos relacionados con un sujeto sin la previa inscripción de este. Tampoco se podrán inscribir actos o contratos por representantes o administradores cuyo nombramiento no haya sido debidamente inscrito.
- **Publicidad formal:** el Registro Mercantil es público y garantiza el acceso directo a la información en él contenida, que se exterioriza a través de certificaciones o notas informativas de los datos asentados. No obstante, a lo anterior, el registrador puede negarse a extender estos documentos si considera que se violan preceptos legales o son solicitados por personas sin facultades para exigirlos.

La inscripción registral produce dos tipos de efectos jurídicos, los declarativos y los constitutivos. En el primer caso el acto o sujeto existe independientemente de la circunstancia de su registro, y en el segundo el nacimiento del derecho, la validez del acto o la constitución del sujeto, dependen de la inscripción registral por lo que esta se constituye como elemento esencial para su validez o existencia.

En cuanto a la obligatoriedad de la inscripción de los empresarios mercantiles individuales, no es regulada homogéneamente por los ordenamientos jurídicos. En el área latinoamericana los Códigos de Colombia, Guatemala, Nicaragua y Panamá obligan al comerciante individual a inscribirse en el correspondiente Registro. Como ejemplos de inscripción obligatoria encontramos

el artículo 56 del Código panameño cuando dice que el Registro Mercantil comprenderá La matrícula general de los comerciantes en nombre individual y de las sociedades mercantiles (Panamá. Asamblea Nacional, 1916) y para el artículo 19 del Código nicaragüense es obligatoria la inscripción de los comerciantes en el registro (Nicaragua. Ministerio de Justicia, 1914). También apoyan esta posición el Código de Comercio de Colombia (artículo 19.1) y el Código de Comercio de Guatemala (artículo 334).

En aquellas legislaciones que sí admiten la inscripción obligatoria de los comerciantes individuales, se exige como norma que se asienten en el Registro Mercantil los siguientes aspectos:

- Nombre y apellidos del empresario individual.
- Edad, estado conyugal, nacionalidad y domicilio civil.
- Objeto de la empresa o negocio que va a desarrollar.
- Fecha de inicio de las operaciones mercantiles.
- Nombre comercial del negocio y los rótulos de establecimientos.
- Domicilio mercantil del establecimiento principal y de las sucursales.
- Identificación de los apoderados generales que actuarán en nombre del empresario al frente del negocio.

Evidencia de esto aparece en el artículo 32 del Código de Comercio de Colombia, el artículo 335 del Código de Comercio de Guatemala, el número 15 del correspondiente a Nicaragua y

el artículo 59 del Código panameño.

Por el contrario, en España y Uruguay dicha anotación es potestativa, si bien no podrán los comerciantes individuales no inscritos aprovecharse de las ventajas que ofrece el Registro Mercantil. Estos ordenamientos jurídicos que no obligan al empresario individual a inscribirse en el Registro Mercantil, lo privan de los beneficios que otorga esta entidad.

Esto no significa en modo alguno que se renuncie a la seguridad jurídica que representa la inscripción de estos sujetos, sino que constituye una vía indirecta para estimular su inscripción. Así lo regulan el artículo 32 del Código de Comercio Uruguay y el artículo 19.1 del Código de Comercio de España.

1.7.3. Sometimiento a los procedimientos de insolvencia patrimonial

Otro de los elementos integrantes del estatuto jurídico del empresario es la obligación de someterse a un procedimiento de suspensión de pagos y a la quiebra. Ambos son procedimientos concursales colectivos para solucionar las circunstancias en que los empresarios enfrenten irregularidades económicas en el desarrollo de su empresa y son de aplicación solo a los empresarios mercantiles.

Mientras que la actividad económica desarrollada por el empresario transcurre sin problemas y si su patrimonio y liquidez bastan para asumir sus compromisos de pago, los ordenamientos jurídicos permiten a sus acreedores la ejecución individual de sus créditos.

Sin embargo, el empresario se puede ver afectado por crisis económicas que la impidan honrar sus deudas vencidas, ya sea por causas internas como “mala gestión, siniestros imprevisibles, inadaptación al cambio tecnológico o de mercado”, o externas como “crisis del sector o de la economía nacional o internacional”

(Vicent, 2012, p. 506), lo que puede colocarlo en situación de no disponer de patrimonio suficiente para cumplir con sus obligaciones de pago o que, teniéndolo, carezca de la liquidez necesaria al momento del vencimiento de tales obligaciones.

Evidentemente, la primera de las situaciones descritas es la más seria, pues indica la imposibilidad del empresario de cubrir la totalidad de sus deudas por lo que se encuentra en la llamada insolvencia absoluta o desbalance; mientras que en el segundo caso, solo se encuentra pasajeramente incapacitado de cumplir con los pagos pues el activo de su patrimonio es superior al pasivo y solo debe procurar la liquidez necesaria para atender a sus obligaciones de pago, por lo que se encuentra en insolvencia relativa o iliquidez.

Sin embargo, en cualquiera de las dos situaciones, la posibilidad de las ejecuciones individuales de los créditos de sus acreedores debe ser suspendida; pues no puede operar el principio de prioridad en el tiempo para cobrar los créditos ya que esto dejaría en desventaja a los acreedores menos diligentes, menos informados o cuya pobre organización del negocio los haga reaccionar tardíamente.

En consecuencia, un nuevo principio debe sustituir al de prior tempore potior iure, en aras de garantizar la igualdad en el trato para todos los acreedores, por lo que la regla de par conditio creditorum (condiciones iguales a los acreedores) se erige en la base del sistema de ejecución colectiva o concursal que se fundamenta en los principios de universalidad patrimonial, de colectividad o igualdad de acreedores y de comunidad de pérdidas (Mesa, et al., 2005).

Existen dos procedimientos para solventar ambas situaciones de insolvencia patrimonial. En el caso de la iliquidez o insolvencia relativa entrará el empresario en suspensión de pagos, buscando un acuerdo con sus acreedores que le permita restablecer su

capacidad de pago a partir de las posibilidades ciertas que ofrece su patrimonio de honrar sus deudas.

El otro procedimiento, propio de la insolvencia absoluta o desbalance, es la quiebra; que está encaminada fundamentalmente a la liquidación y división del patrimonio del empresario para ser repartidos entre sus acreedores.

1.7.4. Suspensión de pagos

La suspensión de pagos es un procedimiento judicial encaminado a resolver la situación de insolvencia temporal en que se encuentra el empresario y cuyo objetivo es detener las demandas y ejecuciones individuales, para llegar a un convenio de pago con los acreedores que puede incluir una quita o rebaja de la deuda o el consentimiento de concederle al empresario un plazo superior para que pague lo debido, o ambos.

Para que a un deudor le sean aplicables las normas de la suspensión de pagos se deben manifestar los siguientes requisitos:

- **Que sea empresario mercantil:** no es la suspensión de pagos una institución aplicable a los deudores civiles por lo que solo los empresarios mercantiles, individuales o sociales, están sometidos a sus reglas.
- **Solicitud fundada del deudor:** la suspensión de pagos no puede ser abierta por los acreedores del deudor; así como tampoco por los tribunales o proceder de oficio pues solo el empresario deudor puede solicitar al tribunal correspondiente que lo declare en tal estado. El fundamento de esta exclusividad está en que solo el propio empresario conoce la exacta situación en que se encuentra con sus pagos y las posibilidades de asumirlos con la actual liquidez que posee.

A la solicitud formulada ante tribunal el deudor debe acompañar el balance detallado de su activo y pasivo; la relación nominal de todos sus acreedores reflejando la cuantía de los créditos que ostenten contra el empresario y la fecha de sus vencimientos; una Memoria que exprese las causas que hayan motivado la demora en los pagos y los medios con que cuenta para asumirlos; así como una propuesta para el pago de los mismos. Además, deberá aportar los libros contables que debe llevar obligatoriamente según la legislación mercantil y los que voluntariamente ha creído conveniente utilizar para el mejor control sobre su negocio.

- **Declaración judicial:** este es un requisito fundamental pues sin declaración judicial no habrá suspensión de pagos y la entrega de la solicitud no equivale a la declaración pues, en primer lugar, esta es posterior a aquella. Una vez que se han entregado todos los documentos que amparan la solicitud del deudor para que se le considere suspenso, el tribunal competente nombra interventores que analizan la documentación entregada.

El número de interventores varía en los distintos ordenamientos jurídicos. La legislación española, por ejemplo, requiere la designación de tres Administradores mientras que la nicaragüense establece uno. La legislación mexicana, por su parte, no contiene ninguna referencia a una cantidad específica de interventores. Así lo regulan respectivamente, el artículo 27 de la Ley Concursal española, el artículo 1071 del Código de Comercio nicaragüense y los artículos 62-64 de la Ley de Concursos Mercantiles de los Estados Unidos Mexicanos (México. Congreso de la Unión, 2000).

Una vez que estos hayan verificado la veracidad de la superioridad del estado del activo sobre el pasivo del empresario, la exactitud de la contabilidad y la autenticidad de las causas por las que alega encontrarse en situación de insolvencia

temporal, el juez declarará al deudor en suspensión de pagos. El efecto fundamental de esta declaración es la paralización de las ejecuciones individuales de los acreedores contra el ahora suspenso quienes no podrán proceder separadamente contra sus bienes.

La suspensión de pagos tiene determinados efectos una vez admitida su declaración, estos son:

- **Efectos sobre el deudor suspenso:** mientras se tramita el expediente de suspensión de pagos el empresario mantiene la administración de sus bienes; así como la dirección de su empresa. No sufre restricciones personales, pero en la gestión de la misma habrá de tolerar la actividad de los interventores, y de conjunto se deben verificar los cobros por realizar, las obligaciones que pretenda contraer y en general para celebrar contratos y otras operaciones ordinarias de la negocio.
- **Efectos sobre los acreedores:** el principal consiste en detener las demandas individuales contra el declarado suspenso por lo que los acreedores pasarán a conformar la masa de acreedores. Para ello se precisa de la relación exacta de acreedores para conocer el importe total de las deudas y saber quiénes tienen derecho a integrar la Junta de acreedores para acordar el convenio con el empresario y cuáles tienen derecho a renunciar a formar parte de este por ser titulares de créditos privilegiados.
- **Efectos sobre el patrimonio del deudor:** todo el patrimonio del deudor suspenso pasa a forma parte de la llamada masa activa de la suspensión de pagos. La importancia de la misma radica en que su monto, en comparación con el valor de la totalidad de los créditos a satisfacer, servirá para delimitar si estamos ciertamente en presencia de la suspensión de pagos o en el caso de la quiebra.

Teniendo en cuenta que el objetivo final del procedimiento de suspensión de pagos es llegar a un acuerdo entre el deudor y sus acreedores no es prudente que dicho convenio “se apruebe sobre la base de una apreciación inexacta de los bienes que hipotéticamente van a garantizar su posibilidad de cumplimiento”. (Jiménez, 2010, p. 510)

En cuanto al mencionado convenio, debe ser aprobado por la Junta de acreedores que es presidida por el Juez actuante a partir de la propuesta del deudor que podrá sufrir cambios admitidos por él voluntariamente. En general las propuestas el convenio deben contener una quita, una espera o una combinación de ambas y una vez aprobado por la Junta, si no se producen impugnaciones, el tribunal competente procederá a su aprobación. El deudor queda atado al cumplimiento del convenio aprobado y su violación faculta a los acreedores para pedir la rescisión del mismo y solicitar la quiebra del suspenso.

1.7.5. La quiebra

Esta situación de insolvencia patrimonial se nos presenta con un doble carácter. Por una parte, es un estado legal que priva al quebrado de la administración de sus bienes, restringiendo su capacidad y considerándolo inhábil para el ejercicio del comercio en tanto no se haya rehabilitado y, por otro lado, es una institución procesal que va dirigida a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre sus acreedores bajo el ya mencionado principio de par conditio creditorum.

Al igual que sucede con la suspensión de pagos, para que exista la quiebra se deben cumplir varios requisitos:

- **Condición de empresario del deudor:** la quiebra es otra institución reservada para los empresarios mercantiles y que no es de aplicación a los deudores civiles para los que rigen las normas del concurso de acreedores. Por tanto, solo

quiebran los comerciantes individuales y las sociedades mercantiles que se hayan constituido o que hayan alcanzado tal condición antes de que se haya producido la situación de insolvencia.

- **La situación de insolvencia:** como norma esto se traduce en una situación de desbalance entre el pasivo y el activo del empresario que no le permite asumir la totalidad de sus deudas con su patrimonio. Sin embargo, no en todos los casos es necesario que se manifieste esta situación, pues también se considera en insolvencia absoluta al empresario que ha cesado en sus pagos por variadas razones (por falta de activo, de liquidez o de voluntad de pagar).

Lo cierto es que si un empresario no cumple de forma general los pagos pendientes con sus acreedores, y no solicita oportunamente que se le declare suspenso de pagos, tendrá que tolerar que se le declare en quiebra aunque tenga bienes para honrar sus deudas (Uría, 2001).

- **Declaración judicial de la quiebra:** la quiebra es un status jurídico que ha de ser declarado por el tribunal competente y aunque se manifiesten los dos requisitos anteriores este también debe estar presente. Es a partir de la declaración judicial que se manifiestan los efectos sobre las personas y bienes involucrados en la quiebra, y es también cuando el especial estado jurídico del empresario quebrado comenzará a manifestarse.

Por importante que sea la actuación del juez declarando la quiebra, esta no procede de oficio; sino que su actuación, y la correspondiente declaración, deben ser solicitadas a instancias del propio deudor o de sus acreedores. En el primer caso estamos en presencia de la llamada quiebra voluntaria y en el segundo de la quiebra necesaria o forzosa. En la quiebra voluntaria el empresario tiene el derecho de declararse quebrado, pero no

está obligado a ello, por difícil que sea su situación económica.

En el caso de quiebra forzosa, puede servir como solicitante cualquier acreedor legítimo que justifique su condición mediante justo título. Además, el acreedor debe fundamentar su solicitud por la manifestación de la imposibilidad de cobrar su crédito individualmente, ya sea porque al intentar lograrlo no existían bienes embargables en cuantía suficiente para cubrir el pago, porque el deudor cesó de manera general en el pago de sus créditos vencidos o porque se ha producido la fuga o el ocultamiento del deudor.

En dependencia de la actuación del quebrado antes de la declaración de quiebra esta será calificada en tres tipos distintos de quiebra: fortuita, culpable o fraudulenta.

La quiebra fortuita es la que sobreviene a pesar de la buena administración del empresario que se ve afectado por infortunios ajenos a su buen actuar que reducen su patrimonio impidiéndole cubrir todas sus deudas. La quiebra culpable se manifiesta cuando el deudor ha incurrido en gastos excesivos, si hubiera sufrido pérdidas en el juego superiores a las prudentes, si hubiera vendido bienes no pagados por debajo de su precio habitual o si desde el último balance sus deudas eran el doble de la cantidad líquida que poseía.

Como se ve, son actos que implican descuido en la gestión de su negocio pero que no llegan a las flagrantes violaciones propias de la quiebra fraudulenta. Esta se manifiesta, entre otras causas, si el empresario se alza con todos o parte de sus bienes; si altera los libros, documentos contables y el balance con datos falsos y ocultaciones de activo; si no lleva los libros contables; simula enajenaciones de bienes, etc. Hay aquí evidentemente la intención manifiesta de encubrir proceder ilegales que atentan contra el principio de ética comercial.

Una vez declarada la quiebra del empresario esta genera una serie de efectos a que para su mejor comprensión se clasifican en personales, patrimoniales y registrales.

- **Efectos sobre el empresario:** que alcanzan al quebrado limitando su capacidad de obrar como empresario dada la fundada pérdida de confianza en su desempeño. En consecuencia, estará inhabilitado para el ejercicio de cualquier tipo de negocio y para el desempeño de cargos públicos y privados (como administrador de sociedades, tutor, curador, etc.). Incluso puede llegarse a su arresto para garantizar su presencia hasta la terminación del procedimiento de quiebra.
- **Efectos patrimoniales:** una vez declarada la quiebra el empresario no puede disponer de su patrimonio, excepto los bienes inembargables y cualquier operación que realice no surtirá efectos jurídicos. Queda imposibilitado también de administrar su negocio y la posesión de sus bienes pasa a los administradores de la quiebra.
- **Efectos registrales:** dada la importancia de que se conozca el estado en que se encuentra el quebrado, esta situación es objeto de publicidad en los Registros como el Mercantil, Civil y el de la Propiedad; así como en la prensa para facilitar a los terceros el conocimiento de esta circunstancia.

Además, se manifiestan efectos sobre los acreedores pues, en primer lugar, se suspenden las ejecuciones individuales contra el quebrado, y los acreedores que no tengan derechos de ejecución separada sobre determinados bienes y se hayan constituido como tales antes de declararse la quiebra, pasan a formar parte de la masa pasiva de la quiebra.

También los créditos pendientes que tenga el quebrado contra otras personas soportan determinados efectos como la

conversión en dinero de todas las prestaciones del quebrado para incorporar al patrimonio del empresario la mayor liquidez posible con la que responder frente a la masa de acreedores. El quebrado puede tener también deudas cuyo vencimiento sea posterior a la declaración de quiebra, en cuyo caso se adelantarán los plazos de vencimiento y, para evitar que algún acreedor resulte favorecido, si se produce el pago se hará con el descuento correspondiente.

En cuanto a las deudas del quebrado sometidas a condición, la incertidumbre en el cumplimiento de las mismas obliga a depositar la cantidad correspondiente a los créditos pactados bajo condiciones suspensivas para proceder a su pago si estas se cumplen. Respecto a las de tipo resolutorio, el crédito en cuestión habrá de pagarse y si se cumple esta condición habrá que proceder a la necesaria restitución.

En el caso de las obligaciones solidarias, si se produce la quiebra de uno solo de los deudores solidarios solo los acreedores de este podrán formar parte de la masa pasiva. Sin embargo, si se produce la quiebra de dos o más deudores solidarios, los acreedores podrán participar como integrantes de la masa pasiva de todos los quebrados. La quiebra afecta también el pago de intereses por las deudas del empresario que se verá suspendido, excepto los créditos prendarios e hipotecarios, o si se da el caso de que la deuda consiste en pagar intereses.

Por último, también se producen efectos sobre los contratos sinalagmáticos del quebrado y que estén pendientes de ejecución al momento de la declaración de la quiebra. Si se da el caso de que el empresario quebrado cumplió todas sus obligaciones contractuales y el otro no, este deberá cumplir su obligación como si no existiera esta situación de insolvencia definitiva y los administradores de la quiebra podrán exigir su cumplimiento. En el supuesto de que sea el quebrado el incumplidor de sus obligaciones, o que ambos las hayan incumplido, será necesario

resolver el contrato pues no es posible satisfacer la equivalencia de las prestaciones y su mantenimiento generaría una situación injusta para el otro obligado en el contrato. Igual solución se da a los casos de los contratos de tracto sucesivo, que son resueltos por la declaración de quiebra.

Unavez que se ha producido la declaración de quiebra el siguiente paso del procedimiento legal sería la conformación de la masa activa o masa de la quiebra. Esta se conforma, en principio, con todos los bienes, derechos y acciones del empresario, excepto aquellos bienes inembargables, los derechos personales del quebrado y algunos de carácter patrimonial que no satisfacen la naturaleza de la quiebra como los de uso, habitación y en algunos casos el usufructo.

Suele suceder que el empresario, al prever que terminará en estado de quiebra, haga salir de su patrimonio determinados bienes que, a los efectos de la conformación de la masa activa, deben ser reintegrados a la misma. Para ello, las leyes suelen delimitar un período anterior a la declaración de quiebra en el cual los actos del quebrado serán considerados nulos y otro tanto puede hacer el tribunal actuante, dejando sin eficacia determinados actos comprendidos en el período determinado por este órgano.

En ambas situaciones los bienes enajenados en dichos períodos “regresan” a la masa activa a pesar de haber salido del patrimonio del deudor antes de su declaración como quebrado. También se pueden reintegrar los bienes transmitidos con ánimo de ocultarlos de los acreedores.

Cumplido el requisito de haber dotado a la masa de la quiebra de todos los bienes que debían integrarla se pasa a la reducción de la masa, es decir, a separar los bienes que no deben ser incluidos en ella. Por lo general se trata de bienes que no pertenecen al quebrado o sobre los que existe un derecho

preferencial. En el primer caso se encuentran los bienes que no se hubieran transmitido al quebrado por un título legal que se pondrán a disposición de sus legítimos dueños mientras que en el segundo caso la hipoteca y la prenda son los ejemplos más socorridos.

La liquidación de la masa activa, una vez terminadas la reintegración y la reducción, consiste en convertir en dinero los bienes que la integran para satisfacer a los acreedores. Esto supone la enajenación de los mismos que se realiza por los administradores de la quiebra y se le ha atribuido la naturaleza de una venta forzosa (Uría, 2001).

Como parte de las garantías para el quebrado y sus acreedores la actuación de estos administradores estará supervisada por el comisario de la quiebra quien dará la autorización para la venta del bien a partir de un precio mínimo por él establecido. Este precio base dependerá, en el caso de los efectos de comercio, de su precio de costo y los gastos ocasionados posteriormente; mientras que los bienes muebles que no tengan este carácter se justipreciarán a partir de la opinión de peritos.

Una vez que la masa activa se ha hecho líquida es necesario examinar y reconocer los créditos que se satisfarán. Para ello los acreedores entregarán los documentos justificativos de sus créditos con los que los administradores formarán un expediente para cada crédito y uno general con todos los presentados. Estos créditos reconocidos deben ser colocados en orden de prioridad para su cobro y se procederá al pago de los mismos a prorrata dentro de cada clase y con pego al orden establecido en la legislación.

A pesar de haber explicado todo el procedimiento de la quiebra, hay que decir que este no es siempre el resultado de la declaración de un empresario en insolvencia absoluta, pues muchas veces razones prácticas aconsejan a los acreedores

pactar un convenio con el quebrado para la mejor protección de sus intereses.

Este convenio evita el desarrollo del procedimiento de quiebra, inevitablemente lento, costoso y complicado, y puede ser propuesto por cualquiera de las partes. Sin embargo, solo serán válidos los convenios que se discutan y aprueben en la Junta de acreedores y serán nulos los pactos particulares del quebrado con cualquier acreedor, que será sancionado con la pérdida de sus derechos en la quiebra por haber accedido a este acuerdo individual. Como resultado de este convenio, y al igual que sucede con la suspensión de pagos, se puede pactar una quita o una espera, e incluso ambas modalidades.

En cuanto al futuro del empresario quebrado, las legislaciones perscriben la posibilidad de su rehabilitación si cumple de forma íntegra el convenio pactado o, si no existió tal acuerdo, que han quedado satisfechas todas las obligaciones emanadas del procedimiento de quiebra. La única excepción a la rehabilitación de los quebrados suele ser el empresario que incurrió en quiebra fraudulenta.

Capítulo II. La empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad unipersonal

2.1. La responsabilidad limitada del empresario individual

Como se vio en el capítulo primero, la responsabilidad ilimitada del empresario individual es uno de los pilares sobre los que se han construido buena parte de las tesis del Derecho Mercantil. Sin embargo, desde que en el siglo XIX la sociedad anónima terminó de configurar su estructura básica y con la incorporación de la sociedad de responsabilidad limitada, se pudo valorar por los empresarios la ventaja sustancial de tener una responsabilidad que alcanzara solo hasta las aportaciones sociales y que dejaran intacto su patrimonio personal.

Las razones son evidentes pues la responsabilidad ilimitada del empresario individual (y aún la de los socios colectivos, aunque con carácter subsidiario) representa una barrera para la fundación de nuevos negocios dada la posibilidad cierta de perder todos sus bienes en el caso de que el emprendimiento no resulte exitoso.

Sin embargo, la idea de la limitación de responsabilidad del empresario individual fue inicialmente rechazada pues entraba en contraposición con principios tradicionales como lo son el de la responsabilidad ilimitada o universal de todo sujeto de derecho, y el principio de unidad e indivisibilidad del patrimonio. Este en particular exige que cada persona tenga un único patrimonio integrado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones sobre los que ostenta la titularidad, pero siempre con una regulación homogénea. Además, se rompe también la conexión entre poder y responsabilidad, que ha servido para atribuir el riesgo al empresario individual pues la limitación de la

responsabilidad del empresario individual traería aparejado el traspaso del riesgo a los acreedores (Mesa, et al., 2005).

El principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio del empresario es la piedra angular sobre la que descansan todos los conflictos generados por la idea de aceptar la responsabilidad limitada del empresario individual. Este sujeto, que desea desplegar una actividad económica, y a la vez disfrutar de la limitación de su responsabilidad, deberá dividir en dos masas de bienes su patrimonio personal. Una parte de sus bienes conformarán un patrimonio empresarial o mercantil, y el resto será su patrimonio civil. Así, mientras que el primer patrimonio responderá de las deudas comerciales, el segundo nunca servirá para satisfacer las deudas de los acreedores mercantiles. Entonces, la limitación de la responsabilidad del empresario individual, alcanzará al monto del patrimonio dedicado por el titular del negocio a esta actividad y naturalmente, en cuanto a esta cantidad su responsabilidad será ilimitada.

Este patrimonio separado y designado por el empresario para su empresa puede ser definido como “la masa de bienes autónoma diferenciada del patrimonio personal del comerciante, que será destinada a la empresa que él se ha propuesto desarrollar, y que será sujeto de derecho y obligaciones, respondiendo a todas las deudas comerciales de las que es parte dicha empresa con terceros”. (Mesa, et al., 2005, p.136)

Esta separación le permitirá al empresario individual responder de las obligaciones personales y del negocio con el patrimonio que ha designado para cada una de ellas. También se cuestiona la utilidad práctica de la aludida limitación de responsabilidad, pues, aunque el empresario separe su patrimonio mercantil los acreedores pueden exigir garantías que avalen las transacciones y el empresario podrá ofrecer como garantía bienes personales los que, ante una crisis de la empresa, pasarán a manos de los acreedores anulando los efectos de la separación patrimonial.

Si bien es cierto que estos argumentos contrarios a validar la responsabilidad limitada del comerciante individual tienen profundas implicaciones legales y están avalados por siglos de funcionamiento del empresario mercantil individual existen también motivos de peso que llevaron a considerar esta ventaja. En primer lugar, se venía haciendo habitual que para la constitución de sociedades se cumpliera el requisito de dos socios fundadores como mínimo, pero con una distribución en cuanto a la titularidad del capital que garantizaba a uno de ellos el control de la compañía. Esto llegó a los extremos de otorgar a uno de los socios el 99% de las acciones o participaciones y al otro el restante 1%.

Evidentemente, con ello se estaba encubriendo la unipersonalidad del negocio pues el socio mayoritario, que en este caso es verdaderamente un socio tirano, no necesita de la participación del otro para definir los destinos de la empresa. Se vulnera con esto el principio de ética comercial y la admisión de la limitación de responsabilidad contribuiría a eliminar el uso de testaferros u hombres de paja; así como de sociedades ficticias.

Otro beneficio consistiría en la estimulación a la fundación de pequeñas y medianas empresas pues las personas individuales interesadas en fundar un negocio, pero sin intenciones de asociarse, no tendrían que arriesgar todo su patrimonio personal en el emprendimiento, sino que bastaría con deslindar el monto que dedicarían a la actividad mercantil escogida quedando el resto a salvo de las operaciones de la empresa.

El análisis de estos argumentos llevó a considerar varias soluciones para limitar la responsabilidad del empresario individual (Fugardo, 2013):

- **La constitución de una fundación destinando determinada masa de bienes a un fin lucrativo:** esta idea confrontó diversas dificultades dado el carácter no lucrativo que han

tenido estas organizaciones en su devenir histórico y que ha encontrado reflejo en los ordenamientos jurídicos. Por demás, el régimen de funcionamiento y dirección de estas entidades no se corresponden debidamente con el grado de libertad, autonomía y agilidad en las decisiones inherentes a los sujetos mercantiles.

- **La constitución de empresas individuales de responsabilidad limitada:** que permiten mantener al empresario como titular de un patrimonio separado para el ejercicio de una actividad empresarial con división de responsabilidad para las deudas civiles o personales y las deudas empresariales.
- **La fundación de sociedades unipersonales:** donde se podría crear una verdadera persona jurídica y personificar el patrimonio o capital destinado a una empresa mercantil. Estas especiales sociedades necesariamente deben fundarse siempre bajo la forma de compañías capitalistas que permiten disfrutar a su único miembro del beneficio de la responsabilidad limitada.

Entre estas soluciones las dos aceptadas por los ordenamientos jurídicos para acoger el principio de la responsabilidad limitada de las personas naturales que decidieran fundar un negocio fueron la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la sociedad unipersonal que serán analizadas en los epígrafes siguientes.

2.2. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Sus antecedentes legales y doctrinales

Desde el momento en que se comienza a extender la idea de la limitación de responsabilidad del empresario individual varios ordenamientos jurídicos comenzaron a regular diferentes tipos de sociedades que no requerían de pluralidad de socios para

su funcionamiento, ejemplo de ello fue Alemania en el año 1890 con la denominada Einmanngesellschaft o “sociedad de un solo hombre”, en la cual se podía concentrar todo el capital social en un único socio sin que esto conllevara a la disolución de la compañía (Badilla, 2009).

Ante la iniciativa germana de reconocer el funcionamiento de las sociedades aunque perdieran la pluralidad de socios, se convoca en el año 1892, en la ciudad suiza de Ginebra, una conferencia dedicada a valorar las ventajas de esta novedosa situación societaria; con la intención de lograr la extensión de este beneficio de las sociedades de un solo socio alemanas a las “private companies” inglesas, con lo que se verificó el primer impulso a la consagración de la idea de aceptar en los ordenamientos jurídicos la existencia de algún tipo de empresa que diera cauce a la limitación de la responsabilidad de la personas naturales que emprendieran un negocio.

Es así como se convierte la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en lo adelante EIRL) en un tipo de negocio novedoso que tiene como antecedente fundamental al Principado de Liechtenstein que la regula desde 1926 en el “Código de las Personas Físicas y Jurídicas Mercantiles”, conocido como “Personen und Gesellschaftsrecht” destacándose en este la particularidad de la división patrimonial y la limitación de la responsabilidad en dicha empresa, otorgándole autonomía a su titular (Rozanski, 2002).

Este cuerpo legal instituyó dos figuras distintas: la empresa individual de responsabilidad limitada y la persona jurídica unipersonal. En el primer caso la empresa individual de responsabilidad limitada nace solamente con la correspondiente inscripción en un registro creado al efecto. Se establecía además que una misma persona física o jurídica, puede constituir varias empresas individuales de responsabilidad limitada.

En este caso en particular se crea un patrimonio de empresa que solo puede ser agredido por los acreedores de la empresa misma, no respondiendo por las deudas de los acreedores del titular, ni por los acreedores de otras empresas limitadas del titular. Solamente cabe la acción en casos muy particulares: daño por incumplimiento de normas de reducción de capital, simulación de capital superior, etc. (Luchinsky & Mordoj, 2001).

En cuanto a la persona jurídica unipersonal, definida por el art. 637 del cuerpo legislativo de 1926, se preveía que “toda persona jurídica prevista por la ley como sociedad por acciones, sociedad por cuotas o sociedad de responsabilidad limitada puede ser constituida por una persona o por una firma individual como único socio de un agregado asociativo unipersonal. Cuando el número de los socios de tal ente se reduzca a uno, puede continuar sus actividades, siempre que los estatutos sean modificados”. (p. 7)

Lo que constituye una verdadera sociedad unipersonal que será abordada en detalle más adelante. Esta norma del Principado de Liechtenstein estuvo inspirada en un estudio realizado por el jurista austríaco Oscar Pisko. Este jurista, ante la frecuencia con que en Austria las compañías mercantiles pasaban a ser unipersonales, apreció acertadamente que la causa radicaba en la intención de los empresarios individuales de burlar el requerimiento de la pluralidad de socios, para poder fundar una sociedad mercantil de tipo capitalista y así disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada.

Así comenzó la tarea de este jurista de defender ante sus colegas y otros sujetos, como legisladores y gobernantes, la idea de que no se podía condenar al empresario individual por aspirar al beneficio de la responsabilidad limitada por las operaciones de sus negocios y, ante la realidad que se estaba manifestando en su país, propuso darle cauce legal a esta posibilidad para eliminar la fundación de sociedades ficticias. Para ello se ampara

en el criterio de que la limitación de responsabilidad que ofrece una sociedad mercantil de corte capitalista no depende de la pluralidad de miembros, sino de la determinación de que la compañía respondiera solo con su capital (González, 2015).

La piedra angular de la tesis defendida por Pisko, y que en su momento fue verdaderamente revolucionaria, consistió en la consideración de que el carácter individual o unipersonal en la titularidad de un patrimonio no está relacionado con el número de personas que lo posean sino en el hecho de que esté destinado a un solo fin (Badilla, 2009).

La necesidad de contar con un sujeto mercantil que brinde a sus fundadores las ventajas de la limitación de responsabilidad, pero que pueda ser creado por un único empresario mercantil individual, motivó que aparecieran nuevos sujetos del Derecho Mercantil que evitaran que se incurriera en actos ilegales como el uso supletorio de sociedades ficticias, a partir del auxilio de los hombres de paja o testaferros para constituir sociedades aparentemente pluripersonales cuando en la práctica de su funcionamiento eran unimembres.

En consecuencia, varios estudiosos del Derecho se proponen la incorporación en los ordenamientos jurídicos del beneficio de la limitación de responsabilidad para los comerciantes individuales, por lo que la figura de la EIRL comienza a extenderse por Europa.

Por ejemplo, en países como Francia y España se emprende un estudio doctrinal muy serio sobre esta institución y estuvieron entre las naciones pioneras en la regulación de algún sujeto que amparara el beneficio antes mencionado.

En España se destacaron eminentes juristas como Roig y Bergada, Federico Trias de Bes, Valls Taberner y Pala Mediano que impulsaron los análisis sobre las ventajas y desventajas de la EIRL en este país. Debemos mencionar también a Sola

Cañizares quien se constituyó en uno de los más grandes defensores de las EIRL e incluso elaboró un proyecto con las bases necesarias para incorporar este sujeto al ordenamiento jurídico español que llevó por título: “Las formas jurídicas de las empresas: la empresa individual limitada, el contrato de sociedad y la institución por acciones”.

En el caso de Francia tocó a Michel de Juglart, a partir de los criterios de Henri León y Jean Mazeaud, impulsar la regulación de la EIRL en el país galo, cuando en 1965 defendió el criterio de que los empresarios individuales podían separar de su patrimonio una masa de bienes con la que dotar a una empresa, mientras que el resto de su patrimonio quedaba protegido contra la insolvencia absoluta que pudiera ocurrir en la explotación de aquel negocio. Como sustento a esta posición afirmaba Juglart, citado por Fugardo (2013, que “desde el momento en que unos bienes se afectan a un objeto particular, forman necesariamente un todo que debe poder vivir una vida jurídica común”. (p. 5)

Como una consecuencia de estas posiciones, se elaboró en Francia en 1979, por una comisión encabezada por Claude Champaud, un informe titulado: “La empresa personal de responsabilidad limitada” por encargo del Ministerio de Justicia de Francia. Dicho trabajo, conocido como el Informe Champaud, propiciaba la incorporación de la empresa personal bajo la metodología del patrimonio de afectación, sin personalidad jurídica, con un régimen estructural específico y proponía tres variantes para dar cabida a la responsabilidad limitada de los empresarios individuales (Luchinsky & Mordoj, 2001):

- Destinar determinada cantidad de dinero al patrimonio de la empresa que sería a partir de un mínimo de 20 000 francos. Con este patrimonio la empresa comenzaría sus operaciones y podía incrementarse en la medida en que el negocio fuera exitoso.

- Un patrimonio intermedio o disponible que no estuviera destinado directamente al patrimonio de la empresa pero que estaría a disposición de la misma ante la necesidad del titular de la empresa o de los acreedores de la misma para servir de garantía a los efectos del cumplimiento de las obligaciones con estos sujetos y que podría incluso ser embargado por ellos.
- Una tercera masa de bienes no destinado en modo alguno al patrimonio de la empresa que en ningún caso estaría a disposición de los acreedores para servir de garantía a las obligaciones con ellos contraídas o ser embargado, a no ser que se produjeran violaciones graves del empresario en el manejo de la empresa. Esta masa patrimonial estaría integrada por un valor máximo de 250 000 francos y tendría como destino las operaciones personales del fundador de la empresa.

Para resguardar la intangibilidad de esta masa patrimonial, se sancionaba con la declaración de nulidad a toda garantía que la afectara y se pactara a favor de los acreedores de la empresa, y como solución alternativa se proponía la creación de una caja mutua común, a la que todos los titulares de empresas de este tipo tenían el deber de aportar a prorrata del capital protegido (Fugardo, 2013).

Como un resultado de estas consideraciones sobre la EIRL en Francia se promulgaron varias normas legales que reconocieron a este nuevo sujeto mercantil o que se refirieron al mismo. Así, por ejemplo, podemos mencionar la Ley No. 94-126 de 1994 o Ley Madelin y la Ley No. 2010-658 del 15 de junio de 2010 que se ocupa, entre otros aspectos, de introducir en el ordenamiento jurídico galo al “Entrepreneur individuel à responsabilité limitée”, estableciendo el acrónimo “EIRL” para este sujeto.

Esta última norma jurídica fue analizada por el Consejo

Constitucional de Francia y en el asunto de fondo referido a la posibilidad de oposición del patrimonio afectado frente a los créditos concertados en fecha previa a la fundación de este nuevo sujeto mercantil, el mencionado Consejo estipuló que los acreedores debían tener la posibilidad de oponerse en los casos en que consideraran que podrían sufrir algún perjuicio (Fugardo, 2013).

Otra nación europea, Inglaterra, tuvo de igual forma sus antecedentes relacionados con las EIRL ya desde los últimos años del siglo XIX. Es archiconocido en este país el proceso Salomon c/ Salomon & Co. Ltd. (Rozanski, 2002) y (Luchinsky & Mordoj, 2001), ya que los Tribunales de Primera y Segunda instancia ingleses, tomaron una decisión que marcó el futuro de los análisis sobre esta materia habida cuenta del valor del precedente judicial en el ordenamiento jurídico inglés.

Estos órganos jurisdiccionales llegaron a la conclusión de que para que exista válidamente una sociedad mercantil no solo era necesario que se cumpliera con la cantidad de socios exigidos por la ley para su fundación sino que exigió además que estos socios fundadores debían tener un interés legítimo en la fundación y funcionamiento de la compañía y no debían servir solamente como hombres de paja o testaferros al servicio de un empresario individual que solo buscaba lograra disfrutar de la responsabilidad limitada que otorga la condición de una compañía de tipo capitalista.

Sin embargo, y a despecho de lo acordado por los tribunales ingleses, la Cámara de los Lores no estuvo de acuerdo con este criterio y modificó la decisión de las cortes de justicia inglesas. En opinión del órgano parlamentario, si el requerimiento de la ley consistía solo en exigir un cierto número de socios para su fundación, el cumplimiento de este requisito bastaba para considerar legítimamente creada a esta sociedad y no se podía introducir la falta de interés legítimo de alguno de los socios en

la misma como causal de nulidad.

Como resultado de estas valoraciones se resquebrajó el sistema en materia de sociedades de corte capitalista al brindársele al comerciante individual la posibilidad de beneficiarse de la figura societaria para asegurarse la responsabilidad limitada.

2.3. Concepto, características y requisitos de constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada puede ser definida como: la persona jurídica dedicada a una actividad de tipo mercantil que es constituida por una persona natural y que cuenta con un patrimonio aportado por su titular (pero a la vez separado del resto de los bienes de su titular) con el que asumirá los resultados de las operaciones de la empresa. De lo que resulta que el patrimonio de su fundador estará separado en dos partes, una destinada a las operaciones no comerciales del titular de la empresa y otras con las que la EIRL atenderá los resultados de sus operaciones comerciales.

Sobre los rasgos de este sujeto mercantil se ha dicho también que “la EIRL posee autonomía propia como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a la cual pertenece; fue una creación devenida del Principado de Liechtenstein. Puede decirse que no se trata de una verdadera sociedad, pues está constituida por una sola persona; debido a que existe la expresa prohibición de que las personas jurídicas constituyan y adquieran empresas de esta índole”. (Certad, 1979, p. 83)

La fundación de estas Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada cumple dos objetivos fundamentales: por una parte elimina la necesidad de recurrir a las llamadas sociedades impropias o ficticias, en las que era frecuente encontrar compañías anónimas o de responsabilidad limitada donde uno de los socios poseía el 99% del capital y otro el restante el 1%

y el segundo objetivo está encaminado a estimular la fundación de negocios por los pequeños empresarios estimulados ahora por la posibilidad de no arriesgar todo su patrimonio en el emprendimiento de una empresa mercantil.

Al constituirse una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada surge una nueva persona jurídica que se convierte en un nuevo sujeto de derecho y, en consecuencia, la EIRL debe ser entendida

Las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada se crean bajo una doble circunstancia: como sujeto de derecho y como objeto de derecho. En cuanto al primero, como sujeto de derecho, la EIRL debe ser entendida tal y como este término es aceptado por las normas del derecho, es decir, como sujeto con personalidad jurídica y como patrimonio de afectación, sometidos ambos a reglas especiales.

En cuanto al segundo, como objeto de derecho, se hace referencia al hecho de que pueden constituirse derechos reales, los cuales pueden ser cedidos, transmitidos o de cualquier otra forma ser objeto de transacciones, y además ser gravado por las obligaciones adquiridas frente a terceros.

Al constituirse como sujeto de derecho y adquirir capacidad como tal, los empresarios individuales que apuestan por su constitución arguyen como principal ventaja la posibilidad de afectar solo una parte de su patrimonio siempre que esta separación quede debidamente publicitada mediante los mecanismos legales establecidos para evitar que sus acreedores se vean perjudicados.

Por tanto, este sujeto mercantil logra distanciar a la persona natural, mediante la interposición de una persona jurídica, de responder ilimitadamente por el desarrollo de una actividad empresarial de forma individual. El patrimonio de la EIRL

funciona como una especie de escudo protector bajo el que se ampara el resto de los bienes no destinados al funcionamiento de la Empresa.

Los elementos anteriormente analizados nos permiten distinguir los rasgos más relevantes de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. Estos son:

- **Actúa bajo una denominación que la individualiza en el tráfico jurídico:** esta puede estar compuesta por el nombre y apellidos de su fundador (denominación subjetiva), la mención de la actividad económica fundamental que va a desempeñar en el mercado (denominación objetiva) e incluso un nombre de fantasía siempre que respete la habitual prohibición de que no sea lesivo a las buenas costumbres y la moral. En todos los casos, y como elemento identificativo esencial, cualquiera que sea la variante escogida entre las arriba mencionadas irá acompañada del rótulo: Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” o su acrónimo “EIRL”.
- **Su fundación se verifica mediante escritura pública:** este requerimiento está encaminado a garantizar, con la formalidad y la seguridad jurídicas que son propias de este documento notarial, que las menciones esenciales en la fundación de la EIRL queden debidamente reflejadas lo que permitirá, de ser necesario más adelante, que puedan ser debidamente conocidas por acreedores, jueces, etc.

Es, en fin, una medida encaminada a brindarle seguridad jurídica a la figura y a los sujetos que se relacionen con ella, pues si bien el comienzo de las operaciones del empresario individual clásico no está revestido de tantas formalidades (entre otras razones porque se cuenta con la garantía de todo su patrimonio en caso de deudas) en este caso, al introducirse la novedad de la responsabilidad limitada de la persona natural fundadora

de un negocio unipersonal, conviene garantizar la mención expresa en un documento público de aspectos esenciales para la misma, entre los que destaca el capital que se destina a la fundación de la Empresa. Por demás, todos los demás sujetos mercantiles que se crean como personas jurídicas son fundados partiendo de una escritura pública notarial y en el caso de la EIRL no habría porque hacer una excepción.

- **No existe un período determinado para su duración:** este rasgo es compartido con el resto de los sujetos mercantiles y está avalado por los diversos ordenamientos jurídicos. No existe, como norma, un plazo predeterminado por las leyes mercantiles para la duración de una empresa, aunque sí pueden los fundadores limitar la vida de su negocio a un determinado período de tiempo, vencido el cual pueden optar por prorrogarlo o finalmente aceptar su extinción. En el caso de la EIRL su funcionamiento puede estar acotado al término escogido por su titular o condicionado a su fallecimiento.
- **La EIRL operará siempre con una personalidad jurídica propia distinta a la de su titular y su objeto será siempre comercial:** por más que sea fundada por una sola persona natural adquiere personalidad jurídica propia (tal y como sucede con las sociedades mercantiles) lo que constituye la base de la existencia de patrimonios diferentes y de dos regímenes de responsabilidad también diferentes para la EIRL y su fundador. En cuanto a la mercantilidad de la EIRL, se la considera de esta forma por todos los ordenamientos jurídicos que la regulan. En primer lugar porque su surgimiento es fruto de un viejo reclamo de los empresarios mercantiles individuales y de las reflexiones de la doctrina (y mayormente la concerniente al Derecho Mercantil) al respecto y en segundo lugar porque no es conveniente extender el beneficio de la responsabilidad limitada a demasiadas personas naturales pues esto podría generar un estado de inseguridad jurídica considerable en el tráfico jurídico por lo que se deja este beneficio en exclusiva para el ámbito mercantil.

- **Existe una escisión patrimonial entre el correspondiente a la EIRL y el de su propietario:** es el resultado natural de la existencia de dos personalidades jurídicas también distintas: la del titular y la de la EIRL, pues tal y como sucede en el caso de las sociedades capitalistas, el titular de la EIRL solo responde por la cuantía de los aportes efectuados para la fundación de la empresa o aquellos que se haya comprometido a incorporar y aún no haya realizado.

Por su parte, la Empresa responde por las obligaciones surgidas del ejercicio de su actividad empresarial con todo su patrimonio, que está integrado en el momento fundacional básicamente con el capital conformado a partir de las aportaciones del fundador (cuya cantidad es de obligada mención en la escritura pública fundacional) y que debe ir aumentando a medida que la actividad económica desarrollada por la Empresa permita robustecerla patrimonialmente.

- **El propietario de la EIRL puede formalizar contratos con la misma, pero estos deben quedar formalizados mediante escritura pública y deben recibir la necesaria publicidad:** es una característica que se encamina a proteger a la EIRL de manejos indebidos por parte del titular de la Empresa y que está amparado en la obligación de respetar y proteger la personalidad jurídica de la Empresa y de su patrimonio. Con la publicidad y formalidad defendida para estos especiales actos entre la EIRL y su fundador se persigue tener una herramienta de control que permita contrastar la actuación del titular respecto al sujeto por él fundado y llegado el caso exigirle responsabilidad por un comportamiento alejado de la legalidad.
- **La administración de la EIRL corresponde a su propietario quien tiene la posibilidad de nombrar apoderados que administren en su nombre:** al igual que sucede con otras personas jurídicas, donde los socios tienen el derecho de

dirigir su gestión, pueden optar por ejercerlo personalmente o designar un gerente o representante que administre en su nombre pero conservando siempre la obligación de responder personalmente por actos lesivos a la Empresa; especialmente los que vayan en contra de los poderes extendidos, lo acordado en la escritura pública fundacional y las leyes aplicables.

- **Es posible la transformación de la EIRL en una compañía y viceversa:** la transformación en una sociedad mercantil implica para el titular de la EIRL la admisión de al menos un socio para dar cabida a alguna de las formas societarias por lo que la unipersonalidad de la EIRL necesariamente desaparecerá. En el caso contrario, donde una sociedad con responsabilidad limitada de los socios (compañías anónimas, sociedades de responsabilidad limitadas, etc.) pretenda transformarse en una EIRL, será requisito sine qua non que las acciones o participaciones se concentren en una sola persona natural que pasará a ser el titular de la EIRL.

2.3.1. Responsabilidad del empresario titular de la EIRL

Sin dudas, la característica esencial de una EIRL es que su titular solo responde por las pérdidas que genere la actividad de la Empresa exclusivamente con sus aportes realizados o con los que se haya comprometido a entregar y todavía no haya aportado efectivamente a la EIRL.

Por su lado, la Empresa asume sus compromisos ante los terceros en el mercado con todos los bienes que integran su patrimonio por lo que existe, como ya se dijo, una escisión de la responsabilidad de la Empresa y su titular. Dada la importancia que para la EIRL tiene la figura de su fundador es necesario dedicar un análisis a la responsabilidad de este sujeto por la fuerte incidencia que tiene en los destinos de la persona jurídica por él fundada.

El titular de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada solo puede perder por los resultados de la misma, como máximo, una suma igual a la que ha aportado para conformar el patrimonio de la EIRL (salvo que incurra en alguna de las causales que lo hacen responder personal y subsidiariamente y que serán analizadas más adelante) mientras que la Empresa responde con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas en el desarrollo de su actividad mercantil. Por tanto, el titular de la Empresa tiene ciertamente responsabilidad limitada ante las pérdidas de la misma pero la EIRL está sometida al régimen de responsabilidad ilimitada.

Por tanto, y al igual que sucede en el caso de las compañías mercantiles donde sus miembros tienen responsabilidad limitada, el empresario fundador de una EIRL solo responde por el pago efectivo de los bienes que se haya obligado a entregar a la Empresa Individual en el momento fundacional, o bien en fecha posterior realizando las correspondientes modificaciones a la escritura constitutiva de la Empresa. Sin embargo, la ventaja que supone la responsabilidad limitada no puede constituir, para el titular de la EIRL, una oportunidad de realizar malos manejos de la Empresa y su patrimonio, pues se generaría una alta inseguridad jurídica sobre todo para los terceros contratantes.

En consecuencia, el patrimonio de la EIRL solo puede ser utilizado para desarrollar actos propios de la Empresa siendo estos los ejecutados bajo el nombre y la representación de la misma por su administrador y relacionados con su objeto social.

No obstante, a su titularidad sobre la EIRL, el empresario individual fundador de la misma puede responder personalmente con todos sus bienes en los casos en que realice actos distintos a los de una buena administración. Así, por ejemplo, deberá responder en los casos siguientes:

- Si ejecuta actos y contratos que no se corresponden con

el objeto social de la EIRL para honrar las obligaciones de pago que se deriven de ellos.

- Si ejecuta actos o contratos sin gozar de la debida facultad de representar a la EIRL para cumplir las obligaciones que de ellos emanen.
- Si permite que la Empresa acuerde actos y contratos simulados, que oculte o se alce con bienes o que reconozca como válidas deudas que no lo son, aunque esto no cause un perjuicio o daño inmediatamente.
- Si el empresario recibe beneficios que son desproporcionados teniendo en cuenta el nivel de actividad comercial de la Empresa o realiza extracciones que no guardan correspondencia con las ganancias obtenidas por la misma.
- Si se produce la quiebra de la Empresa y esta es calificada de fraudulenta o culpable.

Por su parte, la Empresa responde por sus obligaciones generadas en el ejercicio de su actividad con todos sus bienes. Las utilidades generadas por las EIRL pertenecerán al patrimonio del titular y una vez separadas las correspondientes al patrimonio de la Empresa no habrá acción contra las atribuidas al titular por las obligaciones de la Empresa.

En cuanto a la administración de la Empresa, puede recaer en el empresario fundador, quien tiene en principio esta facultad pero que puede ser delegada en otra persona mediante la extensión de poder general o especial que designe a un gerente, mandatario, administrador u otra figura análoga. Este será el que ostente, a partir de su nombramiento, las facultades de administración para darle cumplimiento al objeto social y de representación de la EIRL tanto judicial como extrajudicialmente.

2.3.2. Requisitos de constitución de la EIRL

La EIRL, a diferencia de como sucede con las sociedades mercantiles que se crean a partir de un contrato social, se funda a partir de un acto voluntario unilateral dada la singularidad de su fundador, quien a través de un documento notarial crea una masa de bienes separada y afecta a las operaciones de la Empresa que constituye un verdadero patrimonio para la EIRL.

Con esto logra el empresario fundador, como ya se ha visto, el beneficio de la responsabilidad limitada tal y como sucede con los accionistas y los socios de una compañía anónima o de responsabilidad limitada. Por tanto, su responsabilidad por las operaciones de la Empresa alcanza hasta el monto de su aportación y precisamente dado este beneficio adquirido es de interés para los ordenamientos jurídicos que los extremos fundamentales de la EIRL queden recogidos en un documento notarial.

Como norma, la regulación de la EIRL es extremadamente formalista concediéndole sobre todo a su expresión escrita vital importancia, pues debe efectuarse el trámite mediante escritura notarial donde quedarán estipuladas las normas básicas de funcionamiento de la EIRL.

Uno de los requisitos fundamentales para la fundación de una EIRL es la escritura pública. Existe una notable homogeneidad entre los distintos ordenamientos jurídicos en cuanto a los aspectos esenciales que debe contener esta escritura fundacional:

- Datos generales del fundador de la Empresa como su nombre y apellidos, edad, domicilio, nacionalidad y estado civil.
- La denominación de la Empresa, que puede confeccionarse a partir del nombre y apellido del fundador, o bien utilizando una denominación que refleje el objeto social de la EIRL

o un nombre de fantasía y en cualquiera de los casos anteriores se le añadirá las palabras “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” o la abreviatura EIRL.

- La cantidad de patrimonio que su fundador traspasa la Empresa, debiendo explicitarse si se aporta en bienes, derechos con valor pecuniario o dinero y si se trata de los dos primeros es necesario reflejar el valor pecuniario que les corresponde. Es frecuente que el titular deba acreditar, mediante la entrega de comprobantes u otros documentos bancarios, el traspaso patrimonial de dinero que ha hecho a favor de la EIRL y, en el caso del aporte de bienes o derechos debe acreditarse mediante documentos idóneos su titularidad sobre estos; así como el valor real de aportaciones.
- El objeto social de la Empresa.
- El domicilio de la Empresa.
- El término por el que se decide fundar la Empresa. En el caso de que la escritura pública no contenga mención alguna sobre este particular, se entenderá que la fundación se ha producido para un período indefinido que comenzará con la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil.
- La mención del administrador de la Empresa que puede ser el propio titular u otra persona nombrada por él. Este nombramiento de gerente o administrador, puede efectuarse para todo el tiempo de funcionamiento de la EIRL (aunque con la facultad de revocarlo) o por un período que debe reflejarse en la escritura constitutiva.

Como evidencia de la homogeneidad antes mencionada tenemos la regulación que hacen sobre este particular el artículo 18 del Código de Comercio de Costa Rica; el artículo

15 de Decreto Ley No. 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada de Perú; el artículo 455 de la Ley No. 479-08, de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de República Dominicana (República Dominicana. Congreso Nacional, 2008) y al artículo 4 de la Ley 19587 de establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de Chile.

Una vez otorgada la escritura, un resumen de la misma, autorizado por un notario público, debe ser inscrita en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social. Esta exigencia aparece en varias leyes nacionales al respecto como, por ejemplo, el Código de Comercio de Costa Rica (artículo 10 d); el Decreto Ley No. 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada de Perú (artículo 13); la Ley No. 479-08, de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de República Dominicana (artículo 452) (República Dominicana. Congreso Nacional, 2008) y la Ley 19587 de establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de Chile (artículo 5).

Cualquier modificación que vaya a realizarse en los estatutos de la sociedad debe cumplir con las mismas formalidades (escritura pública en que se señale la modificación, y un extracto inscrito y publicado de la misma).

Si bien cronológicamente la escritura pública es el primer requisito para la fundación de una EIRL, la inscripción registral tiene tanta importancia como esta a los efectos de su constitución pues a partir de la misma es que la Empresa adquiere personalidad jurídica y puede como sujeto de derecho asumir derechos y obligaciones. Por tanto, esta inscripción tiene efectos constitutivos, tal y como sucede con las sociedades mercantiles.

2.4. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en el

Derecho comparado

Hasta el momento se han abordado determinadas cuestiones relacionadas con la EIRL, como su concepto, características, requisitos de constitución, responsabilidad de la Empresa, todo ello para ilustrar de una manera más diáfana el funcionamiento de dicho sujeto económico y para complementar estos elementos teóricos consideramos oportuno realizar un estudio de derecho comparado.

2.4.1. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en Perú

La EIRL se encuentra regulada en Perú en el Decreto Ley No. 21621, que constituye la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, y fue promulgado en el año 1976 (Perú. Presidencia de la República, 1976).

En esta norma se define a la EIRL como una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad de una sola persona, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley N° 21435. Desde el punto de vista patrimonial, la Empresa dispondrá inicialmente de los bienes que aporta quien la constituye, y el valor asignado a estas aportaciones constituye el capital inicial de la misma.

Además, según el régimen legal peruano, la responsabilidad de la Empresa está limitada a su patrimonio y se exonera a su Titular de responder personalmente por las obligaciones de ésta, salvo cuando la Empresa no esté debidamente representada, si se efectúan retiros que no responden a beneficios debidamente comprobados y si se produce la pérdida del cincuenta por ciento o más del capital y el Titular de la EIRL no procede a disolver la misma, ni tampoco opta por reducir el capital para evitar una diferencia mayor del 20% entre esta cifra y la del

patrimonio de la Empresa, lo que está prohibido para las EIRL en el ordenamiento jurídico peruano.

En cuanto a los titulares de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, solo las personas naturales pueden constituirse como tales. Incluso en el caso de los bienes comunes de la sociedad conyugal aportados a la Empresa, se consideran estos como aportados por una sola persona natural, cuya representación la ejerce el cónyuge a quien corresponde la administración de los bienes comunes.

Si se da el caso de la terminación de la sociedad conyugal, la Empresa deberá ser adjudicada a cualquiera de los cónyuges con capacidad civil o, de no ser esto posible, deberá procederse, a tenor del artículo 31 inciso b) de la Ley, a transferir la titularidad de la EIRL a favor de una persona natural (mediante compraventa, permuta, donación o adjudicación en pago) o bien a transformarla en una compañía comercial de tipo sociedad de responsabilidad limitada por mandato del inciso c) del propio cuerpo legal.

Si bien inicialmente el Decreto Ley 21621 autorizaba a las personas naturales a ser titulares de una sola EIRL, en fecha posterior se modificó esta posición y actualmente se permite que las personas naturales sean titulares de más de una Empresa.

Las EIRL peruanas tendrán una denominación que permita individualizarlas, seguida de las palabras “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, o de las siglas “E.I.R.L.” y no se pronuncia la Ley sobre la utilización del nombre del Titular en dicha denominación o la mención en la misma del objeto empresarial al que se dedicará, por lo que se infiere que pueden utilizarse denominaciones objetivas, subjetivas e incluso de fantasía. Solo prohíbe la Ley que se adopte por una Empresa una denominación igual a la de otra preexistente.

Esta prohibición opera incluso en el supuesto de que se haya solicitado una reserva de preferencia registral, en cuyo caso, el que haya participado en la constitución de una EIRL o realice una modificación estatutaria que importe un cambio de denominación, tiene derecho a solicitar dicha reserva que estará vigente por un plazo de 30 días hábiles, vencido el cual caduca de pleno derecho.

Tampoco se pronuncia la ley sobre el plazo de duración de las EIRL que se declara como indefinido pero sí se especifica que tendrá en todos los casos carácter mercantil y que en cuanto a lo que no previsto en la escritura de constitución de la Empresa o en los actos que la modifiquen, se aplicarán las disposiciones del mencionado Decreto Ley 21621, no pudiendo estipularse acuerdos contrarios a las normas de este. Prescribe la Ley que la Empresa debe ser constituida en el Perú, y tener su domicilio en territorio peruano, quedando sometida a la jurisdicción de los tribunales de este país. El Juez competente para conocer de las acciones que se sigan contra una Empresa, es el del domicilio inscrito en el Registro Mercantil.

En cuanto a los efectos de constitución, las EIRL peruanas se constituirán por escritura pública otorgada en forma personal por quien la constituye y deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. A partir de esta inscripción registral la Empresa adquirirá personalidad jurídica y es el momento marcado por la Ley el inicio de sus operaciones comerciales. Dado el caso de que se hayan celebrado actos y contratos antes de la constitución de la EIRL su validez dependerá de la verificación de los requisitos constitutivos y se responsabiliza a quien hubiera contratado a nombre de la Empresa para que responda personal e ilimitadamente ante terceros si no se efectúan los trámites de rigor.

En cuanto a los contenidos de la escritura pública de constitución de la Empresa se expresará:

- El nombre, nacionalidad, estado civil, nombre del cónyuge si fuera casado, y domicilio del otorgante.
- La voluntad del otorgante de constituir la Empresa y de efectuar sus aportes;
- La denominación y domicilio de la Empresa.
- Que la Empresa circunscriba sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entiende que están incluidos en el objeto social, todos los actos relacionados con éste y que coadyuven a la realización de sus fines empresariales, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en su estatuto. La Empresa no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.
- El valor del patrimonio aportado, los bienes que lo constituyen y su valorización.
- El capital de la Empresa.
- El régimen de los órganos de la Empresa.
- El nombramiento del primer gerente o gerentes.
- Las otras condiciones lícitas que se establezcan.

Una vez verificada la firma de la escritura fundacional esta debe inscribirse en el Registro Mercantil dentro del plazo de treinta días de la fecha de otorgamiento de la respectiva escritura. De igual forma, otros actos que modifiquen aspectos de la EIRL deben constar en escritura pública y ser inscritos en el Registro

Mercantil dentro del mismo plazo. Por su parte, aquellos que no requieran del otorgamiento de escritura pública y que aún así deban inscribirse en el Registro Mercantil deberán constar en acta con firma legalizada por Notario, cuya copia igualmente legalizada deberá ser inscrita dentro del plazo de treinta días de la decisión del acto. Si la Empresa tiene sucursales habrá un plazo adicional de otros treinta días para hacer las inscripciones en el Registro Mercantil del lugar donde estas operen.

Como un aspecto esencial de la Ley peruana sobre las EIRL se regula lo concerniente a los aportes del Titular al patrimonio de la Empresa. El aportante transfiere a la Empresa la propiedad de los bienes aportados, quedando éstos definitivamente incorporados al patrimonio de la misma. Solo podrán constituir aportaciones el dinero o bienes muebles e inmuebles y no podrán aportarse bienes que tengan el carácter de inversión extranjera directa. En el caso del aporte en dinero se hará mediante el depósito en un Banco para ser acreditado en cuenta a nombre de la Empresa y el comprobante del depósito será insertado en la escritura de constitución de la Empresa o en la de aumento de su capital según el caso.

Si las aportaciones son no dinerarias deberá insertarse bajo responsabilidad del Notario un inventario detallado y valorizado de los mismos. La valorización se hará bajo declaración jurada del aportante, de acuerdo con las normas que dicte sobre el particular la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. La transferencia de los bienes a la Empresa opera, en el caso de los bienes inmuebles, al momento de inscribirse en el Registro Mercantil la escritura mediante la cual se hace el aporte; sea al constituirse la Empresa o al modificarse su capital y si son bienes muebles, al momento de su entrega a la Empresa, previa declaración del aporte por el aportante.

El derecho de propiedad adquirido por la Empresa sobre los bienes aportados podrá ser opuesto a terceros en el modo

y forma que establece el derecho común o los derechos especiales, según sea el caso dada la naturaleza del aporte y el riesgo sobre los bienes aportados es de cargo de la Empresa desde el momento de su transferencia a ésta.

El derecho del Titular sobre el capital de la Empresa tiene la calidad legal de bien mueble incorporal y no puede ser incorporado a títulos valores. Sin embargo, sí puede ser gravado con prenda, ser objeto de embargo y otras medidas judiciales sin que esto afecte los derechos del Titular como órgano de la Empresa. En caso de fallecimiento del titular, deberá inscribirse este hecho en el Registro Mercantil mediante la presentación de la partida de defunción respectiva, bajo responsabilidad del Gerente y subsidiariamente de los herederos, dentro de los treinta días de ocurrido el fallecimiento.

Este derecho del Titular sobre el capital de la Empresa puede ser transferido por acto inter vivos o por sucesión mortis causa. En el primer caso, la transmisión del derecho del Titular será hecha a otra persona natural mediante compraventa, permuta, donación y adjudicación en pago. En caso de transferencia por sucesión mortis causa, si el sucesor fuera una sola persona natural capaz, adquirirá la calidad de Titular de la Empresa. La Ley hace la salvedad de que no podrá adjudicarse a una persona jurídica el derecho del Titular.

Si los herederos fueran más de una persona física, el derecho del Titular les corresponderá a todas ellas en condominio, a prorrata de sus cuotas correspondientes en la sucesión, hasta por un plazo improrrogable de cuatro años contados a partir de la fecha de fallecimiento del causante. Durante, este plazo, todos los condóminos serán considerados, a los efectos de la Ley, como una sola persona natural cuya representación la ejercerá aquél a quien corresponda la administración de los bienes de la sucesión.

Dentro del plazo indicado de cuatro años, los sucesores deberán adoptar medidas encaminadas a eliminar esta copropiedad que rompe con el principio de que la titularidad sobre las EIRL solo será ostentada por una única persona natural. Las posibilidades que la Ley brinda para esto son las siguientes:

- Adjudicar la titularidad de la Empresa a uno solo de ellos, mediante división y partición.
- Transferir en conjunto su derecho a una persona natural, mediante compraventa, permuta, donación o adjudicación en pago.
- Transformar la Empresa en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

Si transcurrieran los cuatro años que concede la Ley para tomar alguna de estas decisiones sin que se verifique ninguna, la EIRL quedará automáticamente disuelta, asumiendo los sucesores responsabilidad personal e ilimitada en la marcha de la Empresa. En el caso de una Empresa que forme parte de una masa hereditaria declarada vacante judicialmente, pasará a constituir patrimonio de los trabajadores de la misma bajo la forma jurídica de Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

En el caso de que se produzca la transferencia del derecho del Titular por compraventa, permuta, donación y adjudicación en pago o por adjudicación de la titularidad de la Empresa a uno solo de los herederos, esto se hará por escritura pública, que debe ser inscrita en el Registro Mercantil dentro de los treinta días de otorgada y en la que habrá de expresarse necesariamente:

- Nombre, nacionalidad, estado civil, nombre del cónyuge si fuera casado y domicilio del enajenante o de los enajenantes

y del adquirente.

- Denominación de la Empresa, su objeto, capital, domicilio y los datos de su inscripción en el Registro Mercantil.
- Condiciones del convenio de transferencia.
- El balance general cerrado al día anterior a la fecha de la Minuta que origine la Escritura de Transferencia.

Si se produce la transferencia del derecho del Titular por sucesión mortis causa este acto se inscribirá en el Registro Mercantil y para efectuar esta inscripción no se exigirá la certificación del pago de los impuestos sucesorios, pero en el caso de no acreditarse tal pago, se dejará constancia de ello en el asiento respectivo. La inscripción se efectuará dentro del plazo de treinta días contados a partir del fallecimiento del causante (si el testamento fue otorgado por escritura pública); de la protocolización de los expedientes judiciales de apertura del testamento cerrado o de comprobación del testamento ológrafo o desde que haya quedado consentido el auto de declaratoria de herederos. En caso de no efectuarse la inscripción dentro del indicado plazo, la Empresa quedará automáticamente disuelta.

Los órganos de la Empresa reconocidos en la legislación peruana son: el Titular y la Gerencia. El primero es el órgano máximo de la EIRL y tiene a su cargo la decisión sobre los bienes y actividades de ésta y se asume tal condición por la constitución de la Empresa o por adquisición posterior del derecho del titular. Sus atribuciones reconocidas en la Ley son:

- Aprobar o desaprobar las cuentas y el balance general de cada ejercicio económico.
- Disponer la aplicación de los beneficios, observando

las disposiciones de la presente Ley, en particular, de los trabajadores.

- Resolver sobre la formación de reservas facultativas.
- Designar y sustituir a los Gerentes y Liquidadores.
- Disponer investigaciones, auditorías y balances.
- Modificar la escritura de constitución de la Empresa.
- Modificar la denominación, el objeto y el domicilio de la Empresa.
- Aumentar o disminuir el capital.
- Transformar, fusionar, disolver y liquidar la Empresa.
- Decidir sobre los demás asuntos que requiera el interés de la Empresa o que la Ley determine.

Las decisiones del Titular relacionadas con sus atribuciones y las demás que considere conveniente dejar constancia escrita, deben constar en un Libro de Actas debidamente legalizado. En cada acta se indicarán el lugar y fecha, así como la indicación clara del sentido de la decisión adoptada, y llevará la firma del titular. Quiere la Ley que el acta tenga fuerza legal desde su suscripción y dispone que en un mismo libro se asienten las actas de las decisiones del Titular y las de la Gerencia.

A pesar de que la Ley responsabiliza al patrimonio de la Empresa con las obligaciones por ella contraídas, existen casos en los que el Titular responde en forma personal e ilimitada:

- Cuando la Empresa no esté debidamente representada.
- Si hubiere efectuado retiros que no responden a beneficios debidamente comprobados.
- Si se produce la pérdida del cincuenta por ciento o más del capital y el Titular de la EIRL no procede a disolver la misma, ni tampoco opta por modificar el capital para evitar una diferencia mayor del 20% entre esta cifra y la del patrimonio de la Empresa.

Como se vio anteriormente, la Empresa puede ser heredada por uno o varios sucesores por lo que la muerte o incapacidad del Titular no determina la disolución de la misma. Si los herederos resultan incapaces, los derechos del Titular serán ejercidos por el tutor o curador según sea la clase de incapacidad y si esta se prolonga por cuatro años, caducará automáticamente la representación y deberá disolverse la Empresa o transferirse los derechos del Titular a una persona natural capaz, salvo el caso de que la incapacidad resultase de la minoría de edad, en el cual el plazo será aquél que resulte necesario hasta que el menor adquiera mayoría de edad.

El otro órgano de la Empresa, la Gerencia, es el que tiene a su cargo la administración y representación de la EIRL y podrá ser desempeñada por una o más personas naturales, con capacidad para contratar, designadas por el titular. La persona o personas que ejerzan la Gerencia se llaman Gerentes, y no se podrá conferir esta denominación a quienes no ejerzan el cargo en toda su amplitud. El cargo de Gerente es personal e indelegable.

Si bien la Ley reconoce la posibilidad de que existan estos dos órganos por separado, también permite que el Titular asuma el cargo de Gerente, en cuyo caso tendrá las facultades, deberes y responsabilidades de ambos cargos, debiendo emplear para

todos sus actos la denominación de “Titular-Gerente”.

La primera designación del Gerente o Gerentes de la EIRL se hará en la escritura de constitución de la Empresa y las posteriores por el Titular mediante acta con firma legalizada, para su inscripción en el Registro Mercantil. El nombramiento del Gerente puede ser revocado en cualquier momento por el Titular y es nula la decisión del Titular que establezca la irrevocabilidad del cargo de Gerente.

En cuanto a la duración del cargo de Gerente es por tiempo indeterminado, salvo disposición en contrario de la escritura de constitución o que el nombramiento se haga por plazo determinado. Cuando el Gerente haya sido designado por plazo determinado y fuese removido antes del vencimiento de dicho plazo sin causa justificada, tendrá derecho a que la Empresa le indemnice los perjuicios que le cause la remoción. El cargo de Gerente termina además por muerte o incapacidad civil.

Al igual que en el caso del titular, la Ley define las atribuciones del Gerente que son las siguientes:

- Organizar el régimen interno de la Empresa.
- Representar judicial y extrajudicialmente a la Empresa.
- Realizar los actos y celebrar los contratos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto de la Empresa.
- Cuidar de la contabilidad y formular las cuentas y el balance.
- Dar cuenta periódicamente al Titular de la marcha de la Empresa.

- Ejercer las demás atribuciones que le señale la Ley o le confiere el Titular.

Al igual que sucede con las decisiones del titular, de las que debe quedar constancia escrita mediante la confección de un Libro de Actas, se asentarán en un libro de este tipo las decisiones de la Gerencia que ésta considere conveniente quede constancia escrita.

El Gerente debe actuar de acuerdo al poder extendido por el Titular y de no hacerlo así responde ante él y los terceros por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus funciones. Si son varios los Gerentes, responderán solidariamente de los daños causados. La ley señala al Gerente único y a aquellos que actúen solidariamente como responsables en los siguientes casos:

- Por inexistencia y falta de veracidad de los libros, documentos y cuentas que ordenen llevar las normas legales vigentes.
- Por la efectividad de los beneficios consignados en el balance.
- Por la existencia de los bienes consignados en los inventarios y la conservación de los fondos y del patrimonio de la Empresa.
- Por el empleo de los recursos de la Empresa en negocios distintos a su objeto.

También se reconoce que el Titular será solidariamente responsable con el Gerente por los actos violatorios de la Ley practicados por éste que consten en el Libro de Actas, si el Titular no las revoca o adopta medidas para impedir su efecto. En ese mismo sentido, el Gerente será solidariamente responsable con

el Titular de los actos contrarios a la Ley practicados por éste, que consten en el Libro de Actas si no los impugna judicialmente dentro de los quince días de asentada el acta respectiva, salvo que acredite no haber podido conocerla en su oportunidad. En los demás casos la responsabilidad del Titular y del Gerente por sus actos será personal.

Uno de los aspectos esenciales de la Ley sobre las EIRL en Perú lo constituye lo relativo a la modificación de la escritura constitutiva y del capital de la Empresa. Al respecto la norma permite que el Titular modifique en cualquier momento la escritura de constitución que debe ser debidamente inscrita en el Registro Mercantil. En cuanto al capital, puede aumentarse mediante nuevos aportes, capitalización de beneficios y de reservas, y revalorización del patrimonio de la Empresa, siempre que el valor del activo no sea inferior al capital de la misma. Sin embargo, el aumento de capital por capitalización de beneficios solo podrá realizarse cuando éstos hayan sido realmente obtenidos y si se realiza con cargo a las reservas disponibles de la Empresa se hará mediante traspaso de la cuenta de reservas a la de capital.

Un poco más complicado es el régimen de reducción del capital pues en el caso de que importe la devolución de aportes al Titular, podrá llevarse a efectos antes de los treinta días contados desde la última publicación de la decisión que deberá hacerse por tres veces y con intervalos de cinco días. Durante este plazo, los acreedores ordinarios de la Empresa, separada o conjuntamente, podrán oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción, si sus créditos no son satisfechos o la Empresa no les presta garantía. La Ley configura como nulo todo pago que se realice antes de transcurrir el plazo de treinta días o a pesar de la oposición oportunamente deducida por cualquier acreedor ordinario.

Esta oposición se tramitará por el procedimiento de menor

cuantía, suspendiéndose los efectos de la decisión hasta que la Empresa pague los créditos o los garantice a satisfacción del Juez que conoce del asunto, o hasta que quede consentida o ejecutoriada la resolución que declare infundada la oposición. Esto último no será obligatorio cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la Empresa, disminuido como consecuencia de pérdidas.

La reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la Empresa cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento salvo que de existir se capitalicen las reservas legales o de libre disposición, o se realicen nuevos aportes en cuantía que compense el desmedro. Además, si al término del ejercicio económico se apreciara una diferencia de más del veinte por ciento entre el importe del capital y el patrimonio real de la Empresa, de acuerdo con los datos que arroje el balance, el Titular deberá proceder a aumentar o disminuir el capital para que este se corresponda con el patrimonio.

En cuanto al balance económico de la EIRL y el reparto de los beneficios obtenidos el Gerente está obligado a presentar al Titular, dentro del plazo máximo de sesenta días, contados a partir del cierre del ejercicio económico, el Balance General con la cuenta de resultados y la propuesta de distribución de beneficios. El ejercicio económico se hace coincidir con el año calendario y solo se admite como excepción el primer ejercicio que iniciará al momento de inscribirse la Empresa y terminará con el año calendario.

La aprobación por el Titular del Balance General con la cuenta de resultados y la propuesta de distribución de beneficios no implica la exoneración del Gerente o Gerentes por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido. Una vez determinados los beneficios netos y antes de procederse a la separación de las reservas y la distribución de los mismos, se procederá a calcular

y separar los porcentajes que corresponden a los trabajadores de la Empresa cuyo monto se distribuirá dentro de los treinta días de aprobado el Balance General del ejercicio. La Empresa mantendrá una cuenta en el pasivo, que será actualizada el último día de cada año, en la que se consignará el monto a que asciende la compensación por tiempo de servicio de los trabajadores.

En el caso de las Empresas que obtengan en el ejercicio económico beneficios líquidos, superiores al siete por ciento del importe del capital, quedarán obligadas a destinar como mínimo un diez por ciento de esos beneficios, para constituir un fondo de reserva legal hasta que alcance la quinta parte del capital. Este fondo de reserva solo podrá ser utilizado para cubrir el saldo deudor de la cuenta de resultados en el mismo balance en que aparezca ese saldo deudor, y deberá ser repuesto cuando descienda del indicado nivel.

Por último, luego de la deducción del porcentaje correspondiente a los trabajadores y efectuadas las reservas legales y voluntarias, el Titular tiene derecho a percibir los beneficios realmente obtenidos, siempre que el valor del patrimonio no sea inferior al capital.

La legislación peruana no concibe a la EIRL como un ente estático, sino que acepta la posibilidad de que esta se transforme en una sociedad mercantil y que se fusione con otra Empresa o sociedad. Esta transformación implicará que la sociedad a la que se ha convertido una EIRL se regirá por el régimen legal para ese tipo social en Perú. Para el caso contrario, en que una compañía mercantil se convertirá en una EIRL, la Ley prescribe que no cambiará su personalidad jurídica lo que implica que la EIRL seguirá respondiendo de las obligaciones de la sociedad anteriores a la transformación e igualmente disfrutará de los derechos.

Esta modificación estructural, que convierte a una sociedad en una EIRL implica que los socios o accionistas de la sociedad que se transforme, deberán transferir sus participaciones o acciones, a uno solo de ellos, siempre que sea persona natural capaz, o una tercera persona natural capaz.

La transformación se hará constar en escritura pública, se inscribirá en el Registro Mercantil y contendrá, en todo caso, las indicaciones exigidas por la Ley y el balance general cerrado al día anterior al del acuerdo; la relación de los accionistas o socios que se hubieren separado y el capital que representan, las garantías o pagos efectuados a los acreedores sociales, en su caso, así como el balance general cerrado al día anterior al otorgamiento de la escritura correspondiente. El acuerdo de transformación deberá publicarse por tres veces consecutivas antes de ser elevado a escritura pública.

Esta escritura pública de transformación solo puede otorgarse después de vencido el plazo de treinta días desde la publicación del último aviso del acuerdo de transformación si no hubiera oposición y, en caso de haberla, hasta que quede consentida o ejecutoriada la resolución judicial que la declare infundada.

Como se dijo, además de la transformación de las EIRL la Ley brinda la posibilidad de efectuar fusiones a estas Empresas. Bajo esta idea, la fusión de una Empresa con otra, pertenecientes a un mismo Titular, puede ser realizada por incorporación o por constitución. Se produce una fusión por incorporación cuando una Empresa incorpora a otra, disolviéndose ésta sin liquidarse y asumiendo la Empresa incorporante la totalidad del patrimonio de la otra. La fusión por constitución se produce cuando se constituye una nueva EIRL, la cual asume en su totalidad el patrimonio de las Empresas fusionadas, las que se disuelven sin liquidarse.

En los casos de fusión de una Empresa con una sociedad, la

EIRL se incorpora en la sociedad, asumiendo ésta la totalidad del patrimonio de la Empresa, la cual se disuelve sin liquidarse.

En cualquier caso, en que la Empresa se extinga por fusión se hará constar la disolución por escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil. En esta escritura se reflejará, con relación a cada Empresa: el balance general cerrado al día anterior a la decisión de la fusión y el balance final, cerrado al día anterior al del otorgamiento de la escritura.

La escritura de constitución de una Empresa por fusión debe contener los balances finales de cada una de las Empresas que se fusionan y otras menciones como el nombre, nacionalidad, estado civil, nombre del cónyuge si fuera casado, y domicilio del otorgante; la denominación y domicilio de la Empresa; que la empresa circunscriba sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social (la empresa no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas); el valor del patrimonio aportado, los bienes que lo constituyen y su valorización; el capital de la Empresa; el régimen de los órganos de la Empresa; el nombramiento del gerente o gerentes y otras condiciones lícitas que se establezcan.

Cuando la fusión de produzca porque una Empresa incorpora a otra, la escritura respectiva debe contener los datos anteriormente explicados y las modificaciones resultantes del aumento del capital de la Empresa incorporante.

Como causales de disolución de las EIRL se reconocen en la legislación peruana:

- Voluntad del Titular, una vez satisfechos los requisitos de las normas legales vigentes.

- Conclusión de su objeto o imposibilidad sobreviniente de realizarlo.
- Pérdidas que reduzcan el patrimonio de la Empresa en más de cincuenta por ciento, si transcurrido un ejercicio económico persistiera tal situación y no se hubiese compensado el desmedro o disminuido el capital.
- Fusión de una Empresa con otra, o con una sociedad.
- Quiebra de la Empresa.
- Muerte del Titular, si se da el caso señalado en el artículo 31 de la propia Ley. En este caso, si los sucesores fueran varias personas naturales, el derecho del Titular pertenecerá a todos los sucesores en condominio, en proporción a sus respectivas participaciones en la sucesión, hasta por un plazo improrrogable de cuatro años contados a partir de la fecha de fallecimiento del causante. Durante, este plazo, todos los condóminos serán considerados, para los efectos de esta Ley, como una sola persona natural cuya representación la ejercerá aquél a quien corresponda la administración de los bienes de la sucesión.

Dentro del indicado plazo, los sucesores deberán adoptar alternativamente cualquiera de las siguientes medidas:

- a) Adjudicar la titularidad de la Empresa a uno solo de ellos, mediante división y partición;
- b) Transferir en conjunto su derecho a una persona natural, mediante cualquiera de los actos jurídicos indicados en el artículo 28;
- c) Transformar la Empresa en una Sociedad Comercial de

Responsabilidad Limitada.

Si venciera el plazo indicado sin haberse adoptado alguna de las medidas indicadas en el párrafo anterior, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada quedará automáticamente disuelta, asumiendo los sucesores responsabilidad personal e ilimitada en la marcha de la Empresa.

- Resolución judicial conforme al artículo 81 de la propia Ley.
- Por cualquier otra causa de disolución prevista en la Ley.

En cuanto a la penúltima de las causales de disolución, el mencionado artículo 81 dispone que la Ley confiere al Poder Ejecutivo el derecho de solicitar a la Corte Superior del distrito judicial del domicilio de la Empresa la disolución de ésta, si sus fines o actividades son contrarios al orden público o a las buenas costumbres. La Corte resolverá la disolución o subsistencia de la Empresa, previa citación de esta última.

La Empresa puede acompañar las pruebas de descargo que juzgue pertinente, en el término de treinta días, vencido el cual se realizará audiencia pública. Contra la resolución de la Corte Superior procede recurso de nulidad ante la Corte Suprema. Una vez consentida o ejecutoriada la resolución judicial que ordena la disolución, se abre el proceso de liquidación. Si en la escritura de constitución no se hubiera designado liquidador el Titular deberá nombrarlo dentro de los treinta días siguientes, y de ni ser así, el juez, de oficio, lo designará.

De la disolución de la Empresa hay que dejar constancia mediante escritura pública en la que constará la causal de disolución y el nombramiento del liquidador, debiendo inscribirse tal acto en el Registro de Personas Jurídicas. La decisión del Titular de disolver la Empresa debe publicarse dentro de los diez días

de adoptada, por tres veces consecutivas. Una vez disuelta, la Empresa conservará su personalidad jurídica mientras se realiza la liquidación, debiendo durante este lapso añadir a su denominación las palabras “en liquidación” en sus documentos y correspondencias.

En casos de disolución de la Empresa, que no hayan sido originados por quiebra o fusión, o por aplicación del ya mencionado derecho de Poder Ejecutivo a solicitar la disolución de la EIRL, los trabajadores de la misma tendrán derecho preferencial a la adquisición de los activos con cargo a sus beneficios sociales y a estos efectos, dentro de los quince días de producida la disolución deberán solicitar al Juez la adquisición de los mismos, los cuales serán valorizados de acuerdo a las normas legales vigentes.

En cuanto a la quiebra de la Empresa, esta no produce la quiebra del Titular y tampoco la insolvencia absoluta de éste produce la de la Empresa, pues estamos en presencia de dos personas distintas, una jurídica y otra humana o física, cada una con patrimonios distintos. El Gerente, bajo responsabilidad personal, deberá solicitar la declaración de quiebra de la Empresa, antes de que transcurran treinta días desde la fecha en que haya cesado el pago de sus obligaciones.

En caso de cesación de pagos de la Empresa durante la liquidación, el liquidador solicitará la declaración de quiebra dentro de los quince días siguientes a partir de la fecha en que se compruebe esta situación. Cualquier acreedor de la Empresa podrá solicitar la declaración de quiebra de la misma, en ejercicio del derecho y de acuerdo con el procedimiento señalado en las leyes.

2.4.2. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en República Dominicana

Otra norma a analizar es la Ley No. 479-08, Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de la República Dominicana, que regula la EIRL a partir de su Artículo 450, en el Título II (República Dominicana. Congreso Nacional, 2008).

A tenor de esta ley, la EIRL pertenece solo a una persona física y es una entidad dotada de personalidad jurídica propia, con capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, los cuales forman un patrimonio independiente y separado de los demás bienes de la persona física titular de dicha Empresa. No se permite que las personas jurídicas constituyan o adquieran Empresas de esta índole, que se constituirán mediante acto otorgado por su fundador, quien además de ser su propietario, tendrá las condiciones legales requeridas para ser comerciante y manifestará, en dicho acto, los aportes que hace para el establecimiento de esa Empresa.

El propietario de la EIRL otorgará dicho acto constitutivo en acta notarial auténtica, la cual deberá ser depositada en el Registro Mercantil, con la declaración pertinente, para la matriculación de la Empresa. Además, todos los actos que de algún modo afecten el contenido del acto constitutivo, tales como sus modificaciones y la disolución, la liquidación o el traspaso de la Empresa, deberán ser otorgados de igual modo y, con las respectivas declaraciones, depositados en el Registro Mercantil, para que se efectúen las inscripciones correspondientes en el mismo y sean regularmente oponibles a los terceros.

El propietario deberá hacer las indicadas declaraciones y depósitos en el Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha en que se haya otorgado el acto correspondiente.

En cuanto a la denominación de la ERIL, este deberá tener antepuestas o agregadas las palabras “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, o las siglas “E.I.R.L.” No deberá contener nombre, apellido o parte de los mismos, apodo o cualquier otro apelativo de una persona física, los cuales de ningún modo deberán ser utilizados como distintivos de la Empresa. En todas las facturas, anuncios, publicaciones, membretes y otros documentos, sea cual fuere su naturaleza, relativos a la Empresa, deberá aparecer su nombre, de acuerdo con lo antes indicado, y a continuación el monto de su capital y su domicilio.

La escritura contentiva del acto constitutivo deberá reflejar los datos necesarios para la identificación personal del propietario y además las siguientes menciones relativas a la Empresa:

- El nombre.
- El domicilio y, en su caso, las disposiciones para abrir sucursales o agencias dentro o fuera del país.
- El capital con que se funda, que deberá ser provisto exclusivamente por el propietario, la indicación de su valor y de los bienes que lo forman, así como de los documentos que los constatan según se indica a seguidas. El propietario deberá justificar los aportes en dinero con la entrega de comprobantes de su depósito en cuentas bancarias a favor de la Empresa en formación; y los aportes en naturaleza con la presentación de los documentos pertinentes que constaten los derechos sobre los mismos y la entrega de un informe sobre su consistencia y valor estimado preparado por un contador público autorizado.

Asimismo, el propietario deberá hacer una declaración jurada con su estimación del valor de los aportes en naturaleza, con la cual se hará responsable por cualquier exceso de valor que

indique. El monto del capital de la Empresa se determinará teniendo en cuenta el valor declarado por el propietario.

- El objeto a que se dedicará la Empresa y al cual deberá restringir sus actividades.
- Su duración y la fecha del inicio de sus operaciones. Si esta fecha no se indica, se entenderá que será la del depósito del acto constitutivo y la matriculación de la Empresa en el Registro Mercantil.
- Los primeros gerentes, que podrán ser uno o varios; el período de ejercicio de sus cargos; la forma de confirmarlos o sustituirlos; las condiciones del desempeño de sus funciones o el modo como se determinarán las mismas.

El propietario podrá designar un gerente o asumir las funciones administrativas personalmente y, en este último caso, podrá asignarse una remuneración razonable. El gerente nombrado tendrá facultades de apoderado general para actuar en nombre de la Empresa, salvo las restricciones determinadas en el acto constitutivo y no podrá delegar su mandato, salvo que lo autorice el mismo acto, pero siempre podrá conferir poderes para la representación de la Empresa. Ni la Empresa ni los terceros podrán incumplir sus obligaciones arguyendo irregularidad en la designación de los gerentes de la Empresa o en la cesación de sus funciones, desde que estas decisiones sean regularmente publicadas.

El gerente estará investido de las facultades más amplias para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la Empresa, dentro de los límites del objeto de ésta y bajo reserva de aquellos poderes que en virtud de la ley corresponden al propietario. En las relaciones con los terceros, la Empresa estará obligada por los actos del gerente aún si no correspondiesen al objeto social, a menos que se pruebe que el tercero sabía que el acto estaba

fuera de este objeto o que el mismo no podía ignorarlo en vista de las circunstancias. En cualquier caso el propietario obligará a la Empresa cuando actúe por la misma aunque exista un gerente nombrado.

Desde el inicio de sus operaciones, la Empresa está obligada a abrir y mantener una contabilidad ajustada a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a los comerciantes. Los estados financieros auditados y el informe de gestión anual de la Empresa deberán ser preparados en los tres meses que sigan al cierre de cada ejercicio. Las utilidades solo podrán ser retiradas por el propietario después que se practique el inventario y se establezcan las cuentas anuales de la Empresa y solo cuando éstos determinen ganancias realizadas y líquidas.

La EIRL será deudora, junto con su propietario, de los débitos de éste anteriores a la formación de aquélla, solo cuando sean inscritos en el Registro Mercantil, en los tres meses siguientes a la publicación del extracto del acto constitutivo de la Empresa. Por otra parte, esta solo responderá de las deudas de su propietario por cualquier causa, cuando sean anteriores a la adquisición e inscritas según se indicó anteriormente, dentro de los tres meses siguientes a la publicación del extracto del acto de traspaso.

En todo caso, frente a las deudas del adquirente que fueren objeto de dicha inscripción, tendrán preferencia los créditos que se hayan originado directamente contra la Empresa por sus operaciones, con anterioridad a tales inscripciones. La EIRL no responderá de las deudas de su propietario posteriores a su formación o a su traspaso, sin perjuicio del cobro de las mismas sobre las ganancias anuales que se produzcan a favor del propietario.

El capital de la EIRL podrá ser aumentado por su propietario, incorporando nuevos aportes al patrimonio de la misma y observando, al efecto, reglas iguales a las previstas para la

constitución de la Empresa. Los acreedores del propietario al momento de efectuarse el aumento del capital de la Empresa, aparte de los derechos que tengan por gravámenes existentes a su favor, podrán perseguir el cobro de sus créditos contra la Empresa sobre los nuevos aportes que se encuentren en naturaleza o, en todo caso, sobre otros bienes del patrimonio de la misma, hasta un monto igual al valor de los aportes hechos para el aumento.

El propietario no podrá retirar activos pertenecientes al patrimonio de la Empresa excepto para la reducción de su capital, cuando el propietario deberá hacer la declaración correspondiente en el Registro Mercantil en la cual señale los aportes que se propone retirar; y publicará un extracto de dicha declaración en un periódico de amplia circulación nacional. Los acreedores de la Empresa podrán hacer oposición a dicha reducción mediante demanda incoada en el plazo de un mes contado a partir de la publicación señalada.

El Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio de la Empresa, en atribuciones comerciales, será competente para conocer esa demanda y cualquier otra que concierna a la Empresa y el tribunal que ventila el caso podrá rechazar la oposición u ordenar el reembolso de los créditos o la constitución de garantías si la Empresa las ofrece y se juzgan suficientes.

Las operaciones de reducción del capital no podrán comenzar durante el plazo establecido para la mencionada oposición y, en su caso, antes de que se decida en primera instancia sobre la misma. Si el juez acogiese la oposición, el procedimiento de reducción de capital será inmediatamente interrumpido hasta la constitución de garantías suficientes o hasta el reembolso de los créditos; y si rechaza la oposición, las operaciones de reducción podrán comenzar.

La EIRL responderá por sus obligaciones con su patrimonio

y el propietario no tendrá responsabilidad cuando cumpla su obligación de aportar el capital. Sin embargo, el propietario será responsable de las obligaciones de la Empresa si no hubiera entregado los aportes declarados, si no diera cumplimiento a las obligaciones relativas a la contabilidad y los estados financieros de la EIRL, si retira activos de la Empresa de forma ilegítima y si violara la letra de los Artículos 463 y 465 de la propia Ley.

En todos estos casos, los acreedores de la Empresa podrán demandar al tribunal la disolución y liquidación de la misma.

La EIRL será transferible y respecto del acto de cesión deberán observarse las formalidades indicadas en los Artículos 452 y 453 de la propia Ley. En virtud de estos preceptos legales el propietario de la empresa otorgará dicho acto constitutivo en acta notarial auténtica, la cual deberá ser depositada en el Registro Mercantil, con la declaración pertinente, para la matriculación de la empresa.

Además, todos los actos que de algún modo afecten el contenido del acto constitutivo, tales como sus modificaciones y la disolución, la liquidación o el traspaso de la empresa, deberán ser otorgados de igual modo y, con las respectivas declaraciones, depositados en el Registro Mercantil, para que se efectúen las inscripciones correspondientes en el mismo y sean regularmente oponibles a los terceros. En añadidura, el propietario deberá hacer las mencionadas declaraciones y depósitos en el Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha en que se haya otorgado el acto correspondiente.

Asimismo, el acto de cesión deberá estar acompañado de los estados financieros auditados, cortados a la fecha del traspaso, preparados por el vendedor y aceptados por el comprador, y se considerarán partes integrantes de dicho acto.

A la muerte del propietario de la Empresa, ésta podrá ser

vendida o puesta en liquidación por los herederos; o atribuida a un causahabiente por aplicación de las reglas de la partición; o mantenida mediante un pacto de indivisión por el acuerdo de todos los causahabientes o sus representantes legales, en el cual se designará un gerente por el tiempo convenido en el mismo.

El propietario, o sus causahabientes, podrán decidir la disolución y la liquidación de la Empresa aún antes del vencimiento del término previsto. Al efecto, deberán hacer inventario y balance y requerir la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil con el depósito del acto contentivo de la decisión; así como publicar el aviso de liquidación por el cual llamen a acreedores e interesados para que presenten sus reclamaciones dentro del término de un mes a partir de la publicación. El patrimonio de la Empresa se destinará para pagar esas reclamaciones.

En cualquier caso, al efectuarse la liquidación de la Empresa, los acreedores de la misma serán pagados con preferencia a los acreedores del propietario frente a los cuales la Empresa no estará obligada. Si no se presenta un acreedor cuyo crédito constare en los asientos de la Empresa, se depositará el monto de éste en un banco a la orden de ese acreedor y transcurridos dos años desde el día de la señalada publicación, sin que el interesado haya reclamado la suma depositada, prescribirá su derecho a favor del propietario de la Empresa o sus causahabientes.

Si las pérdidas constatadas en los asientos contables determinan que los activos propios de la EIRL resultasen inferiores a la mitad de su capital fijado en el acto de constitución y en sus modificaciones, el propietario deberá decidir, en los dos meses que sigan a la preparación de las cuentas que establezcan dichas pérdidas, la disolución anticipada de la Empresa. El acto contentivo de la decisión adoptada por el propietario será depositado e inscrito en el Registro Mercantil y publicado en un periódico de amplia circulación nacional y, a falta de decisión

del propietario, todo interesado podrá demandar en justicia la disolución y liquidación de la Empresa.

En cuanto a las infracciones relativas a las EIRL la ley dominicana instituye que será sancionado con prisión de hasta tres años y multa equivalente al triple de la evaluación superior al valor real, el fundador o el dueño de una EIRL, que, a sabiendas, en el acto constitutivo o en otro posterior que lo modifique, declare aportes a la Empresa que no haya realizado; o fraudulentamente atribuya a un aporte en naturaleza una evaluación superior a su valor real. Además, será sancionado con multa de hasta veinte salarios, el propietario o el gerente o cualquier otro apoderado de una EIRL que no haya preparado los estados financieros debidamente auditados de un ejercicio.

En general, será sancionado con prisión de hasta tres años y multa de hasta sesenta salarios, el propietario o el gerente o cualquier otro apoderado de una EIRL, que cometa cualquiera de los siguientes hechos:

- Que, en ausencia de inventario y cuentas anuales, o mediante inventarios y cuentas anuales fraudulentas, haya retirado utilidades.
- Que con el propósito de disimular la verdadera situación de la Empresa y aún en ausencia de cualquier retiro de utilidades, a sabiendas, haya publicado o presentado cuentas anuales falsas, por ende, que no ofrezcan, para cada ejercicio, una imagen fiel del resultado de las operaciones de la misma, de la situación financiera y patrimonial, a la expiración de este período.
- Que de modo intencional haya hecho uso de los bienes o del crédito de la Empresa con conocimiento de que era contrario al interés de ésta, para fines personales o para favorecer a otra persona, sociedad o Empresa en la que haya estado

interesado directa o indirectamente.

- Que haya hecho, de forma intencional, un uso de sus poderes en forma que sabía era contraria a los intereses de la EIRL, para fines personales o para favorecer a otra persona, sociedad o Empresa en la que haya estado interesado directa o indirectamente.

En adición, serán sancionados con una multa de hasta veinte salarios, el propietario o el gerente o cualquier otro apoderado responsable que haya reducido el capital de la Empresa o que del patrimonio de la misma haya retirado bienes aportados o posteriormente adquiridos, con las siguientes violaciones a las disposiciones del Artículo 461 de la Ley:

- Sin hacer la declaración en el Registro Mercantil y la publicación prevista;
- Antes del vencimiento del plazo establecido para las oposiciones a la reducción o antes de que se decida sobre tales oposiciones en primera instancia;
- Sin dar cumplimiento a las disposiciones del juez que haya acogido las oposiciones.

Otras sanciones de prisión por hasta dos años y multa de hasta cuarenta salarios, se estipulan en la Ley para el propietario que, a sabiendas, cuando los activos propios de la Empresa resultaren inferiores a la mitad del capital de la misma, en razón de las pérdidas constatadas en los asientos contables no haya decidido la disolución anticipada de la Empresa en los dos meses que sigan a la elaboración de las cuentas que constaten esas pérdidas y que no haya depositado en la secretaría del tribunal, inscrito en el Registro Mercantil y publicado en un periódico de amplia circulación nacional, el acto contentivo de

la decisión prevista en el literal anterior.

Al margen de la responsabilidad penal que, como se ha visto puede exigírseles a las personas físicas que incurran de modo personal en las acciones u omisiones antes mencionadas, las EIRL podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en el mismo y serán sancionadas con una o varias de las siguientes penas:

- La clausura temporal por un período no mayor de tres años de uno o varios de los establecimientos comerciales operados por la Empresa, o de parte o la totalidad de su explotación comercial, o su disolución legal.
- La revocación temporal por un período no mayor de cinco años o definitiva de alguna habilitación legal que le concediera determinada autoridad pública para la prestación de la actividad comercial, sin considerar la naturaleza del título habilitante, ya sea mediante concesión, licencia, permiso, autorización o cualquier otro.
- La inhabilitación temporal por un período no mayor de cinco años o definitiva de hacer llamado público al ahorro, en los sectores financieros, bursátiles o comerciales, a los fines de colocar títulos o valores.

2.4.3. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en Costa Rica

En este país no existe una ley especial que regule a la EIR, sino que es el Código de Comercio quien ampara legalmente a la EIRL y se configura como la entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a quien pertenezca. Además, establece el Código en su artículo 9 que las personas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole.

Como en las legislaciones anteriores su constitución depende de la firma de una escritura pública que debe contener las menciones siguientes:

- El nombre de la empresa al cual deberá anteponerse o agregarse la expresión “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, o las iniciales EIRL. Queda prohibido usar como distintivo el nombre o parte del nombre de una persona física.
- El domicilio de la empresa, indicando si queda autorizada para abrir agencias o sucursales, dentro o fuera del país.
- El capital con que se funda, al cual se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 18 inciso 9), y 32 del Código de Comercio relativas a la justipreciación de los aportes no dinerarios. En este caso, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente en metálico. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren. Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieren reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo.

Si el aporte fuere la explotación de una marca de fábrica, de una patente, de una concesión nacional o municipal u otro derecho semejante, debe expresarse si lo que se aporta es solo el uso o la explotación de la misma, conservando el socio su calidad de dueño, a fin de que le sea devuelta al vencer el plazo estipulado en el contrato, o si por el contrario el traspaso es definitivo en favor de la sociedad.

Si sobre este particular se guardare silencio o el contrato no fuere suficientemente claro, se entenderá que el traspaso se ha hecho de modo total y definitivo a la sociedad. Si el aporte consistiere

en trabajo personal o conocimientos, deberán estipularse los plazos y condiciones en que serán puestos a disposición de la sociedad.

- El objeto a que se dedicará la empresa. No podrá éste dedicarse a otra actividad que la consignada en la escritura.
- La duración de la empresa, con indicación de la fecha en que ha de iniciar operaciones. Si se omite este dato, se entenderá, para todos los efectos, que inicia sus operaciones en el momento en que se inscriba en el Registro Público.
- El nombramiento del gerente, que puede serlo por todo el tiempo de duración de la empresa o por períodos que en la escritura se indicarán.

Esta escritura fundacional y otras situaciones esenciales para la Empresa como modificaciones, disolución, liquidación o traspaso, se publicarán en extracto en el periódico oficial y se inscribirán en el Registro Público.

En cuanto a la posibilidad de delegar sus funciones por parte del titular de la Empresa, el Código consigna que el gerente puede ser o no el dueño de la Empresa; tendrá facultades de apoderado generalísimo y no podrá sustituir su mandato, a no ser que se autorice en la escritura. Sin embargo, sí estará facultado para conferir poderes judiciales.

La delimitación de la responsabilidad entre la EIRL y su titular es atendida por esta norma, estableciendo que únicamente el patrimonio de la Empresa responderá por las obligaciones de ésta, sin que al propietario le alcance responsabilidad alguna, pues su obligación se limita a aportar el capital. En cuanto a las ganancias, dispone la ley que los titulares de EIRL solo podrán retirar utilidades cuando se hayan practicado el inventario y el

balance anuales y se compruebe que estos arrojan ganancias realizadas y líquidas.

Sobre la liquidación de la EIRL el Código permite que el fundador, o sus legítimos sucesores, liquiden la Empresa antes del vencimiento, para lo que deberán hacer inventario y balance y publicar el aviso de liquidación en “La Gaceta”, llamando a acreedores e interesados, para que dentro del término de un mes a partir de la publicación presenten sus reclamos y solo el patrimonio de la Empresa servirá para pagar los créditos. Si no se presenta ningún acreedor cuyo crédito conste en los libros de la Empresa, se depositará el monto de éste en un banco a la orden del acreedor omiso.

Transcurridos cuatro años desde el día de la publicación sin que el interesado haya reclamado la suma depositada, prescribirá su derecho en favor del dueño de la Empresa liquidada. Igual trámite se observará cuando la Empresa se liquide por haber vencido su término. El Código hace la salvedad de que la venta del establecimiento comercial, taller, negocio o actividad que desarrolle, no producirá necesariamente la liquidación de la Empresa.

En caso de quiebra de la Empresa esto no supone la del propietario; sin embargo, si el gerente fuere condenado por el delito de quiebra fraudulenta o culpable, el Juez decretará, de oficio, el embargo general sobre los bienes del propietario, en los términos del artículo 960 del propio Código. Según esta ley costarricense, la declaratoria de quiebra de una sociedad no acarrea la de los socios en particular. Tampoco la quiebra de los socios afectará la vida legal de la sociedad.

Sin embargo, tratándose de una sociedad en nombre colectivo o en comandita el Juez de oficio decretará embargo general en los bienes de los socios ilimitadamente responsables. Dirigirá mandamiento al Registro Público embargando bienes

de los socios sin que sea necesario dar la cita de esos bienes o derechos reales inscritos, bastando la orden de embargo para que se anoten todos los bienes, créditos y derechos inscritos a nombre del quebrado y de los socios ilimitadamente responsables. Además de los bienes que aparezcan del Registro, embargará cualesquiera otros que indiquen al Juez el curador, o los acreedores. En ningún caso será indispensable practicar el embargo.

2.4.4. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en Colombia

En Colombia la EIRL fue aceptada por el ordenamiento jurídico en 1995 con la promulgación de la Ley 222 que modificó al Código de Comercio. A tenor de esta Ley, que llama Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada al sujeto que nos ocupa (en lo adelante EURL), una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil a través de una EURL que, una vez inscrita en el Registro Mercantil, forma una persona jurídica.

La Ley hace la salvedad de que cuando se utilice la EURL en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

A los efectos de la fundación de una EURL, la Ley exige que se haga mediante documento escrito que deberá contener:

- Nombre, documento de identidad, domicilio y dirección del empresario.
- Denominación o razón social de la Empresa, seguida de

la expresión “Empresa Unipersonal”, o de su sigla E.U., so pena de que el empresario responda ilimitadamente.

- El domicilio.
- El término de duración, si éste no fuere indefinido.
- Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la Empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio.
- El monto del capital haciendo una descripción pormenorizada de los bienes aportados, con estimación de su valor. El empresario responderá por el valor asignado a los bienes en el documento constitutivo.
- Cuando los activos destinados a la Empresa comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la Empresa deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.
- El número de cuotas de igual valor nominal en que se dividirá el capital de la Empresa.
- La forma de administración y el nombre, documento de identidad y las facultades de sus administradores. A falta de estipulaciones se entenderá que los administradores podrán adelantar todos los actos comprendidos dentro de las actividades previstas. Si se delega totalmente la administración y mientras así se mantenga, el empresario no podrá realizar actos y contratos a nombre de la Empresa. La responsabilidad de los administradores será la prevista en el régimen general de las sociedades mercantiles.

Este documento constitutivo debe ser inscrito en las respectivas

Cámaras de Comercio que se abstendrán de inscribirlo si se omite alguno de estos requisitos, o cuando a la diligencia de registro no concurre personalmente el constituyente o su representante o apoderado.

Una vez realizada la aportación inicial de bienes para conformar el capital de la EURL el empresario titular podrá aumentar el capital de la misma mediante la aportación de nuevos bienes. En este caso se procederá en la forma prevista para la constitución de la empresa y en el caso de disminución del capital se sujetará a las reglas señaladas en el artículo 145 del Código de Comercio.

Para proteger a la EURL de apropiaciones indebidas por parte de su titular se prescribe que en ningún caso el empresario podrá directamente o por interpuesta persona retirar para sí o para un tercero, cualquier clase de bienes pertenecientes a la Empresa, salvo que se trate de utilidades debidamente justificadas. Las utilidades se justificarán en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente. Se prohíbe también que el titular de la Empresa contrate con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre sí Empresas Unipersonales constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho.

El empresario fundador de una EURL puede ceder total o parcialmente sus cuotas en la Empresa a otras personas naturales o jurídicas, mediante documento escrito que se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente. A partir de este momento producirá efectos la cesión, que deberá ser revisada por la Cámara de Comercio con la obligación de oponerse cuando a la diligencia de registro no concurren el cedente y el cesionario, personalmente o a través de sus representantes o apoderados.

En cuanto a la modificación estructural de la EURL la Ley reconoce la posibilidad de que esta se transforme en una sociedad

mercantil cuando por virtud de la cesión o por cualquier otro acto jurídico, la Empresa llegare a pertenecer a dos o más personas. En estos casos deberá convertirse en una sociedad comercial para lo cual, dentro de los seis meses siguientes a la inscripción de aquélla en el Registro Mercantil se elaborarán los estatutos sociales de acuerdo con la forma de sociedad adoptada.

Estos deberán elevarse a escritura pública que se otorgará por todos los socios e inscribirse en el Registro Mercantil. La nueva sociedad asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la Empresa Unipersonal. Si transcurre dicho término sin que se cumplan las formalidades aludidas, la Empresa quedará disuelta de pleno derecho y deberá liquidarse.

Respecto al caso contrario, la conversión de una sociedad mercantil en una EURL, es legalmente posible siempre que una sociedad se disuelva por la reducción del número de socios a uno. Dada esta situación, podrá, sin liquidarse, convertirse en Empresa Unipersonal, siempre que la decisión respectiva se solemnice mediante escritura pública y se inscriba en el Registro Mercantil dentro de los seis meses siguientes a la disolución. En este caso, la Empresa Unipersonal asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta.

Como causales de terminación de la EURL se definan en la Ley:

- Por voluntad del titular de la Empresa.
- Por vencimiento del término previsto, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el Registro Mercantil antes de su expiración.
- Por muerte del constituyente cuando así se haya estipulado expresamente en el acto de constitución de la Empresa Unipersonal o en sus reformas.

- Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas.
- Por orden de autoridad competente.
- Por pérdidas que reduzcan el patrimonio de la Empresa en más del cincuenta por ciento.
- Por la iniciación del trámite de liquidación obligatoria.

En el caso previsto en el numeral segundo anterior, la disolución se producirá de pleno derecho a partir de la fecha de expiración del término de duración, sin necesidad de formalidades especiales. En los demás casos, la disolución se hará constar en documento privado que se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente.

No obstante, la disolución de la Empresa podrá evitarse si se adoptan las medidas que sean del caso según la causal ocurrida, siempre que se haga dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal.

La liquidación del patrimonio se realizará conforme al procedimiento señalado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada. Actuará como liquidador el empresario mismo o una persona designada por éste o por la Superintendencia de Sociedades, a solicitud de cualquier acreedor.

Por último, y para salvar la relativa parquedad de la Ley sobre la EURL, se dispone que en lo no previsto en ella, se aplicará a la Empresa Unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada. Además, las Empresas Unipersonales estarán sujetas, en lo pertinente, a la inspección, vigilancia o control de la

Superintendencia de Sociedades, en los casos que determine el Presidente de la República. Serán aplicables a la Empresa Unipersonal las referencias que a las sociedades se hagan en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la Constitución o en otras leyes.

2.4.5. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en Chile

En el caso de Chile, la Ley 19857 (Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2003) autoriza a toda persona natural el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada y la define como una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, que será siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto. La ERIL en Chile podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.

La constitución de la Empresa se hará por escritura pública que expresará, al menos, los extremos siguientes:

- El nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio del constituyente.
- El nombre de la Empresa, que contendrá, al menos, el nombre y apellido del constituyente, pudiendo tener también un nombre de fantasía, sumado al de las actividades económicas que constituirán el objeto o el giro de la Empresa y deberá concluir con las palabras “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” o la abreviatura EIRL.
- El monto del capital que se transfiere a la Empresa, la indicación de si se aporta en dinero o en especies y, en este último caso, el valor que les asigna.

- La actividad económica que constituirá el objeto o giro de la Empresa y el ramo o rubro específico en que dentro de ella se desempeñará.
- El domicilio de la Empresa.
- El plazo de duración, sin perjuicio de su prórroga. Si nada se dice, se entenderá que su duración es indefinida.

Un extracto de esta escritura pública, autorizado por el notario ante quien se otorgó, se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio de la Empresa y se publicará por una vez en el Diario Oficial, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la escritura. El extracto deberá contener un resumen de las menciones anteriormente señaladas.

Si se realiza alguna modificación de los aspectos que contenga la escritura pública fundacional se debe dejar constancia de esto en una nueva escritura y realizar la inscripción de este nuevo documento en el Registro Mercantil. Además, la omisión de las solemnidades exigidas generará la nulidad absoluta del acto respectivo. Si se tratare de la nulidad absoluta del acto constitutivo, el titular responderá personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la Empresa, sin perjuicio del saneamiento que deba prestar.

De acuerdo a la Ley chilena, la Empresa responde por las obligaciones contraídas en el desarrollo de su actividad con todos sus bienes; mientras que su titular responderá con su patrimonio solo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones. No obstante, la Ley reconoce las siguientes situaciones en que el titular de la EIRL puede responder personal e ilimitadamente por las operaciones de la Empresa:

- Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la Empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos.
- Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la Empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos.
- Si la Empresa celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato.
- Si el titular percibiere rentas de la Empresa que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir.
- Si la Empresa fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta.

La Empresa queda obligada por los actos ejecutados bajo el nombre y la representación de su administrador, que en principio, será el fundador de la EIRL quien la quien la representa judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento del objeto social, con todas las facultades de administración y disposición.

Sin embargo, este fundador podrá designar un gerente general, que tendrá todas las facultades del administrador excepto las que se excluyan expresamente, mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio de la Empresa y se anotará al margen de la inscripción estatutaria. Las notificaciones judiciales podrán practicarse indistintamente al titular de la Empresa o a quien éste hubiere conferido poder para administrarla, sin perjuicio de las facultades de recibirlas que se hayan otorgado a uno o más gerentes o mandatarios.

En cuanto a los actos y contratos entre la EIRL y su titular, solo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento.

Las utilidades líquidas de la Empresa pertenecerán al patrimonio del titular separado del patrimonio de la EIRL, una vez que se hubieren retirado y no habrá acción contra ellas por las obligaciones de la Empresa. Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la EIRL y, en caso de liquidación, tales acreedores solo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la Empresa correspondan al titular y sobre el remanente, una vez satisfechos los acreedores de la Empresa.

La Ley chilena reconoce la posibilidad de una sociedad mercantil se transforme en una EIRL siempre que se manifieste el caso de que se reúnan en manos de una sola persona las acciones, derechos o participaciones en el capital de cualquier sociedad, la que podrá transformarse en una EIRL, siempre que su propietario cumpla con las formalidades de constitución establecidas en la Ley.

Para ello, la escritura pública en la que deberá constar la transformación y la individualización de la sociedad que se transforma, deberá extenderse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que dicha reunión de acciones, derechos o participaciones se produzca, y el extracto correspondiente deberá inscribirse y publicarse. Para el caso de la transformación de una EIRL en una sociedad mercantil la Ley explica que será posible siempre que se cumplan los requisitos y formalidades que establece el estatuto jurídico de la sociedad en la cual se transforma.

Las causales de terminación de una EIRL que, según la norma

chilena, se establecen tanto en favor del empresario como de sus acreedores, son las siguientes:

- Por voluntad del empresario.
- Por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo.
- Por el aporte del capital de la Empresa Individual a una sociedad.
- Por quiebra.
- Por la muerte del titular. Los herederos podrán designar un gerente común para la continuación del giro de la Empresa hasta por el plazo de un año, al cabo del cual terminará la responsabilidad limitada.

Cualquiera que sea la causa de terminación de la Empresa, ésta deberá declararse por escritura pública, inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y publicarse en el Diario Oficial. En el caso de la muerte del titular, corresponderá a cualquier heredero declarar la terminación; excepto si el giro hubiere continuado y se hubiere designado gerente común; pero, vencido el plazo, cualquier heredero podrá hacerlo. Valdrán los legados que el titular hubiere señalado sobre derechos o bienes singulares de la Empresa, los que no serán afectados por la continuación de ésta, y se sujetarán a las normas de derecho común.

2.5. Ventajas y desventajas que ofrece la figura de la EIRL

Como se ha visto, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada tiene varias similitudes con las sociedades mercantiles y, no obstante, a ser un sujeto de reciente incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales ya se han podido apreciar

las ventajas para el tráfico mercantil de los países que la han acogido. Las EIRL se han revelado como un medio idóneo para comenzar un negocio de responsabilidad limitada por las personas naturales sin la necesidad de incluir a otros miembros en la empresa.

El denominado “patrimonio de afectación”, permite que se asuman los riesgos inherentes a cualquier actividad mercantil, sin que sus fundadores tengan el temor de perder todo su patrimonio como garantía general de los acreedores. Otra de estas ventajas es que no se exige como norma, una cantidad mínima de capital y además su estructura administrativa es bien sencilla y de fácil manejo, lo que resulta idóneo para que aquellos empresarios interesados en desarrollar su empresa y administrarla lo puedan hacer sin dificultades.

Otra de las ventajas de las EIRL es la posibilidad de transformarla en una sociedad mercantil si lo decide su propietario. Una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada puede convertirse en una sociedad de cualquier tipo siempre que se atiendan los requisitos exigidos en la legislación correspondiente para realizar la transformación de la EIRL en el tipo social seleccionado.

De igual forma, si se reúnen en manos de una sola persona natural la totalidad de las acciones o de participaciones de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada respectivamente, será posible la transformación de estas sociedades en una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Para que esta conversión surta efectos deben cumplirse los requerimientos constitutivos de las EIRL, como la escritura pública en la que debe constar que opera dicha transformación y señalando los datos identificativos de la sociedad que se va a transformar.

Continuando con las ventajas que presenta una EIRL, puede decirse que esta figura mercantil es idónea para el desarrollo

de pequeñas y medianas empresas concebidos para tener un único dueño, mediante las cuales se desea emprender un negocio por cuenta propia, sin socios y donde el capital no sea demasiado elevado; además estas Empresas pueden realizar todo tipo de operaciones comerciales, de prestación de servicios o industriales.

Uno de sus elementos cardinales y que en nuestra opinión tiene significativa importancia es que el patrimonio de la Empresa es totalmente independiente al de su propietario.

Otra de las ventajas de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada es que el régimen de tributación como norma es más beneficioso que el establecido para otros sujetos mercantiles, debido a que la base impositiva suele ser más baja que para las personas naturales y además se le aplican, las reglas que rigen a las compañías mercantiles de responsabilidad limitada.

A pesar de todas sus ventajas la EIRL tiene sus seguidores y detractores pues a este sujeto mercantil se le pueden señalar también algunas desventajas, como por ejemplo que al requerir una llevanza de la Contabilidad más exigente que la del empresario mercantil individual, es necesario contratar personal especializado en esta actividad, lo que encarece la gestión del negocio.

Además, se argumenta que es un sujeto comercial y, como se conoce, las reglas para resolver las situaciones de insolvencia son distintas para los empresarios respecto de aquello que no tienen tal condición. Por otro lado, la legislación de índole laboral aplicable a las empresas de tipo mercantil usualmente genera ciertos deberes para estas entidades como por ejemplo la obligación de pagar gratificaciones lo que no se exige para las personas naturales.

Otra de las desventajas, esta de tipo penal, es la agravación de las penas que se suele reconocer en el caso de que el titular de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada firme contratos simulados con la EIRL o con otros sujetos o que de cualquier otra forma afecte a la Empresa o a terceros por una administración negligente o fraudulenta.

En cuanto al acceso a los servicios bancarios se han presentado varias dificultades, pues en ocasiones se dificulta abrir una cuenta corriente o acceder a un préstamo en un banco por la reticencia de estas instituciones a prestar dinero a las EIRL.

Sin embargo, como ha podido verse, la EIRL es una figura mercantil con más ventajas que desventajas, por lo que sería inteligente promover su inclusión en los ordenamientos jurídicos.

2.6. La sociedad unipersonal como sociedad capitalista

Las primeras sociedades mercantiles que existieron, la colectiva y la comanditaria simple, fueron de corte personalista. Estas compañías, amén del relevante papel de las condiciones personales de los socios para integrarlas, se caracterizaron porque sus socios se sometían al régimen de responsabilidad ilimitada ante las pérdidas sociales, con la excepción del socio comanditario, que si disfrutaba del beneficio de la limitación de responsabilidad.

Naturalmente, con la aparición de las sociedades capitalistas, en las que sus miembros solo responden hasta el monto de su aportación, aquellas primeras compañías fueron relegadas a un segundo plano. Los individuos interesados en desarrollar una empresa podían ahora hacerlo sin arriesgar todo su patrimonio, lo que se ha convertido en el principal atractivo de este tipo de compañías, que está integrado fundamentalmente por la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada (aunque se pueden mencionar otras como la comanditaria por acciones).

La sociedad unipersonal tiene necesariamente que fundarse bajo uno de estos tipos de compañías capitalistas (anónimas o de responsabilidad limitada) pues la intención del fundador de una compañía unimembre es limitar su responsabilidad, manteniendo la titularidad absoluta sobre la empresa. Bajo este presupuesto, carece de sentido la fundación de una sociedad colectiva unipersonal al tener sus miembros la responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las pérdidas sociales.

Tampoco procede la creación de una comanditaria simple unipersonal pues en esta sociedad se requieren necesariamente de dos socios (uno colectivo y otro comanditario). En consecuencia, es necesario analizar los elementos fundamentales de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada por su incidencia práctica y teórica en la compañía unipersonal.

2.6.1. La sociedad anónima

Son varios los autores que ubican el surgimiento de este tipo de sociedad en el siglo XVII (Uría, 2001; Jiménez, 2010; Cañizares, 2012) cuyo perfeccionamiento ocurrió con posterioridad a la Revolución Francesa hasta que en los siglos XIX y XX alcanzó sus rasgos actuales.

La importancia de este tipo de compañía para el tráfico mercantil actual es considerable, al punto de que constituye la sociedad más utilizada para la fundación de negocios. Su ductilidad la hace idónea tanto para los pequeños negocios como para las grandes empresas, pues en los distintos países las grandes compañías dedicadas a actividades económicas cardinales (tales como la banca, el seguro, servicios de transporte marítimo, etc.) son fundadas generalmente bajo esta forma societaria; lo que no obsta para que convivan con otras sociedades anónimas dedicadas a negocios más modestos.

Desde el punto de vista conceptual, una compañía anónima

es aquella que tiene el capital dividido en acciones y cuyos socios, llamados accionistas, disfrutan del privilegio de la responsabilidad limitada por las pérdidas sociales.

Los tres rasgos fundamentales de una sociedad anónima son su carácter capitalista, la responsabilidad limitada de sus socios y el hecho de tener el capital dividido en acciones.

En cuanto a la primera de estas características, el carácter capitalista, en el caso de las compañías anónimas no sucede como en aquellas de corte personalista (como la sociedad regular colectiva y la comanditaria simple) donde las condiciones personales de los socios (tales como sus especiales habilidades, reputación, vínculos estrechos de confianza, etc.) son especialmente tenidas en cuenta al momento de incluir a una persona como socio. En el caso de la anónima, estas condiciones no son determinantes y cobra mucha más importancia la aportación de tipo capitalista (ya sea en bienes, dinero o derechos con valor pecuniario) que los rasgos personales de los socios.

De hecho, el corte capitalista de esta sociedad está presente en su propia designación como anónima pues, mientras que en las compañías personalistas el nombre de los socios colectivos debe necesariamente formar parte de la denominación social, el hecho de que, en el caso de la sociedad que nos ocupa, se puedan utilizar denominaciones objetivas (que reflejen la actividad económica desarrollada) o de fantasía y que no sea obligatorio reflejar el nombre de los socios, la convierte precisamente en “anónima”.

Por otra parte, la responsabilidad limitada constituye, sin dudas, el principal atractivo de esta sociedad y, si bien no le es exclusivo, pues otras compañías como la de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones brindan a sus miembros esta ventaja, fue la compañía anónima la primera que surgió como alternativa

al régimen de responsabilidad ilimitada, subsidiaria y solidaria propio de la sociedad colectiva y la comanditaria simple (con la única excepción del socio comanditario en esta última). Evidentemente, esta limitación representa una protección al resto de los bienes que el accionista no destinó a la adquisición de acciones, de forma tal, que, si las operaciones sociales no son exitosas, no se pondría en riesgo el resto de su patrimonio.

Por último, el hecho de tener el capital dividido en acciones se presenta también como una gran ventaja, y no solo frente a las sociedades personalistas sino incluso frente a algunas de corte capitalista, como la de responsabilidad limitada. En efecto, en estas sociedades mencionadas la posibilidad del socio de transmitir su participación en la compañía se ve limitada por el hecho de que no tienen la condición de bienes en sí mismos, como si lo tiene la acción. El hecho de que la acción constituya una parte del capital y de representarla mediante títulos valores o bien por anotaciones en cuenta, la convierte en un bien mueble susceptible de ser negociado tal y como sucede con otros bienes jurídicos lo que confiere agilidad al tráfico de acciones, facilitando la entrada y salida de socios de la compañía.

De todas las categorías relacionadas con la sociedad anónima, ninguna tiene tanta relevancia como el capital social. Tal es así, que se ha llegado a llamar a este tipo de compañía “un capital con personalidad jurídica” (Uría, 2001, p. 228). Desde el punto de vista conceptual podemos entender el capital social como “una cifra estable, permanente, invariable que aparece en la escritura de constitución de la sociedad. Estará integrado por las aportaciones de los socios que han realizado, así como las que se obligaron a realizar”. (Mesa et al, 2005, p. 122)

Conviene distinguir al capital social de esa otra categoría, con la que guarda similitudes, que es el patrimonio social. El patrimonio de la compañía está integrado por todos los bienes, derechos y obligaciones de los que es titular, esto naturalmente

incluye al capital social pero no podemos colocar un signo de igualdad entre ambas figuras. El capital social es, si se quiere, el equivalente al patrimonio inicial de la sociedad, pero este puede irse incrementando a medida que la sociedad comienza a operar en el tráfico mercantil, alejándose de aquella cifra inicial de capital cuyo monto se reflejó oportunamente en la escritura fundacional.

La verdadera importancia del capital social para una sociedad anónima se refleja en las funciones que cumple. Estas son la de servir como cifra de retención, de garantía indirecta para los acreedores sociales y la organizativa.

Como el capital se constituye por las aportaciones de los socios, representa a la vez la primera deuda de la sociedad, esta vez con los socios. Es decir, desde el punto de vista contable es el primer pasivo de la compañía y para poder repartir ganancias entre los socios necesariamente el patrimonio social, al momento del reparto de los dividendos, debe ser superior a la cifra escriturada de capital social. De ser igual o inferior no será posible repartir ganancias pues estas no existen, lo que viene a configurar al capital como una línea que marca la prosperidad económica de la compañía y de los socios y que, en tanto no se rebase, sirve para retener (de ahí el nombre de función de retención) la percepción de utilidades, evitando así que los socios abusivamente dispongan del capital de la sociedad en su propio beneficio.

En cuanto a la función de garantía indirecta a los acreedores sociales se manifiesta cuando el capital social “impide que puedan resultar, del balance, ganancias repartibles sin que los elementos del activo cubran, aparte de las demás deudas, la deuda representada por el capital”. (Uría, 2001, p. 230)

Por último, la función organizativa hace depender del capital social la toma de decisiones en la Junta General de Accionistas,

pues no se vota en este órgano por votos personales sino por participación de capital. De ahí que el socio con mayor cantidad de acciones tenga mayor cuota de poder en las decisiones sociales y pueda influir con más fuerza en la organización de la vida societaria.

Para la consecución de sus funciones el capital social debe cumplir con varios principios:

- **Determinación:** la cifra de capital debe estar debidamente reflejada en la escritura pública fundacional de la sociedad anónima. Además, se debe reflejar el número de acciones que lo integran, el valor nominal de las mismas, su forma de representación, etc. Este principio contribuye en gran medida al cumplimiento de las funciones de garantía y de retención que vimos anteriormente. Evidentemente, si en virtud de la primera función las ganancias no se pueden repartir hasta que el patrimonio social sea superior al capital social, es extremadamente útil que aparezca reflejado en el documento constitutivo de la compañía cuál es esa cantidad mínima que se debe rebasar. Por otra parte, en cuanto a la función de garantía indirecta a los acreedores, es también provechoso para estos que se determine con exactitud la cifra de capital que les dará una idea aproximada de la situación patrimonial de la compañía.
- **Estabilidad:** guarda relación con el anterior en tanto esa cifra reflejada en la escritura pública inicial no es inamovible. Ciertamente es posible aumentar o disminuir el capital social, pero siguiendo el procedimiento requerido para ello. Por lo general, este procedimiento pasa por la aprobación en la Junta General de Accionistas de la modificación (reduciéndolo o incrementándolo) con la consecuente enmienda de la escritura fundacional y la inscripción de esta en el Registro Mercantil. Una notable excepción a este principio lo constituyen las sociedades anónimas de capital

variable donde los procedimientos para cambiar la cifra de capital son mucho más flexibles, aceptando incluso que no se maneje una cifra exacta sino un rango de valores dentro de los cuales deberá estar necesariamente el capital social.

- **Integridad:** consiste en que la totalidad de las acciones que integran el capital deben estar suscritas, por lo que se le suele llamar también principio de suscripción plena. Es decir, que para cada acción creada debe existir una manifestación de voluntad de alguno de los socios comprometiéndose en adquirirlas, por lo que no se puede fundar una sociedad anónima con una parte del capital sin suscribir. La consecuencia más relevante de esto es que el socio, al realizar este compromiso, se convierte en deudor de la sociedad por el monto del valor correspondiente a las acciones suscritas.
- **Realidad:** si bien la determinación de capital social en los documentos fundacionales de una sociedad anónima representa, como vimos, una garantía a los acreedores sociales, este principio contribuye aún más a proteger a estos sujetos. De acuerdo a este principio, la creación de acciones y su suscripción deben estar respaldadas por una efectiva aportación de los socios que conforme patrimonialmente el capital social. Además, esta aportación realizada debe tener realmente el valor equivalente al de las acciones adquiridas. Se quiere evitar con esta exigencia que los socios, por ejemplo, desembolsen un valor inferior al que verdaderamente corresponde a las acciones. Si tal cosa ocurriera, la sociedad estaría entregando acciones (y con ellas derechos como los de participar en las utilidades y el de votar en la Junta) sin recibir una contraprestación económica del socio que se corresponda efectivamente con la participación que va a tener en la vida social.
- **Desembolso mínimo:** este principio otorga a la sociedad

la posibilidad de contar con una cantidad mínima de capital al momento de su fundación. Aparece reconocido por algunas legislaciones y es una vía efectiva para proteger patrimonialmente a la sociedad frente a cualquier abuso o imprevisión de parte de los socios. En el caso de la legislación española los accionistas están obligados a desembolsar, como mínimo, la cuarta parte del valor de cada acción y la mexicana también reconoce este principio cuando exige que al menos la quinta parte de las acciones pagaderas en dinerario sea pagada al momento de la fundación de la sociedad.

- **Capital mínimo:** a los efectos de la fundación de una sociedad anónima consiste en la exigencia legal de que esta debe tener determinada cifra mínima de capital. Los socios deben alcanzar con sus aportaciones esta cantidad exigida de lo contrario no podrán fundar una sociedad anónima, y deberán optar por otro tipo social. Este mínimo exigido no solo opera en el momento fundacional de la compañía, sino que es válido durante todo su período de funcionamiento. En consecuencia, si una sociedad anónima es creada cumpliendo con este requisito, pero en algún momento su capital es inferior al mínimo exigido de capital deberá necesariamente transformarse o disolverse. Este principio suele ser utilizado por los ordenamientos jurídicos que buscan dejar a la sociedad anónima para los negocios de mayor entidad y que los pequeños emprendimientos se realicen bajo la forma de otros sujetos mercantiles. En el caso de la legislación ecuatoriana, se exige que la fundación de las sociedades anónimas se realice con un capital de al menos 800 dólares. Otro ejemplo lo tenemos en la legislación española que exige como capital mínimo para las compañías anónimas fundadas en este país la cantidad de 60 000 euros.

La otra categoría esencial de la sociedad anónima es la acción. Tener el capital dividido en acciones representa, como se vio anteriormente, una gran ventaja pues los accionistas pueden

enajenar su participación en la compañía, o una parte de ella, con mayor facilidad que en otras sociedades mercantiles. De igual forma, si se quiere aumentar el capital social, una de las formas sería emitir nuevas acciones que pueden ser adquiridas tanto por los socios como por terceros que adquirirían inmediatamente tal condición.

Desde el punto de vista conceptual, una acción es cada una de las partes alícuotas en las que se divide el capital social de una sociedad anónima. Es decir, la suma del valor nominal de cada acción debe ser igual al total de la cifra de capital reconocida en la escritura pública fundacional.

Para comprender a cabalidad la figura de la acción hay que analizarla desde tres puntos de vista: como título valor, como parte del capital y como expresión de los derechos de socio.

En tanto título valor, la acción reúne los rasgos propios de estos especiales documentos del tráfico mercantil. Los títulos valores son documentos contentivos de derechos en los que resulta indispensable la posesión sobre los mismos para el ejercicio efectivo de tales derechos. Los derechos contenidos en un título valor pueden ser pecuniarios, de tradición o de participación social, en dependencia a si recaen sobre dinero, mercancías u otorgan la facultad de integrar determinadas entidades. Las acciones, precisamente, integran este último grupo pues los titulares de las mismas se coinvierten en socios de una sociedad anónima.

Los títulos valores se clasifican, de acuerdo a la forma de designar al titular del derecho que contienen, en nominativos, al portador y a la orden. Las acciones pueden ser creadas como títulos nominativos o al portador. En el caso de los primeros, el carácter nominativo consiste en que estos expresan nominalmente, el nombre del titular. Es decir, hay una identificación expresa de la persona natural o jurídica a favor de la cual se emite el título,

razón por la cual se le llama también título directo. Los títulos al portador son aquellos en los que no se designa al titular. Esto no quiere decir que no lo tengan sino que los ordenamientos jurídicos presumen que la persona facultada para ejercer el derecho contenido en el título es el mero detentador de la posesión del mismo.

Con su incorporación a títulos valores, la acción se cosifica, es decir, pasa de ser una parte del capital a convertirse, además, en un bien mueble susceptible de ser objeto de negocios jurídicos. En consecuencia, las acciones pueden ser vendidas, donadas, pignoradas, etc. Como título valor, la acción debe reflejar varios elementos como el nombre de la sociedad que la emitió, el domicilio de la misma, el capital social de la compañía, el valor nominal de la acción, la serie o clase a la que pertenece, el nombre o denominación social del titular o los titulares (si es nominativa) o la mención de ser al portador y la firma de algún Administrador u otro representante societario.

Por último, hay que decir que la acción no solo se puede representar mediante títulos valores sino además a través de anotaciones en cuenta, ya sea en libros registros o auxiliándose de medios computacionales. Esta forma de representación es especialmente útil en el caso de las compañías de gran capital, que como norma se encontrará dividido también grandes cantidades de acciones, pues puede ser verdaderamente engorroso y gravoso para la sociedad emitir documentalmente un gran número de acciones.

Como parte del capital la acción tiene en primer lugar varios tipos de valores. El valor nominal se corresponde con el desembolso efectivo que realizó el socio para adquirir la acción al momento de su emisión. Sumando el valor nominal de todas las acciones se tendrá como resultado la suma del capital social. No todas las acciones deben tener necesariamente igual valor nominal, pues la sociedad puede emitir varias series de acciones con

valores nominales distintos entre ellas siempre que cada acción integrante de cada serie tenga el mismo valor nominal. Por tanto, este tipo de valor guarda una estrecha relación con el capital social, pues el que se le confiera a cada acción representará, necesariamente, una fracción de aquel.

En cuanto al valor real, consiste en la proporción que tiene el accionista en el patrimonio y especialmente en las ganancias de la sociedad por el hecho de ser socio de la compañía anónima. Naturalmente, este ánimo de lucro es el motivo fundamental del socio para incorporarse a la sociedad, y sus aspiraciones solo se materializan cuando efectivamente logra percibir ganancias por la adquisición de determinado número de acciones. Este es el momento en el que realmente, se manifieste este tipo de valor. Pueden existir acciones con un valor nominal elevado y que, sin embargo, no reporten para el socio grandes ganancias pues los resultados económicos de la sociedad no han sido buenos. En el caso contrario, es posible también que, habiendo tenido un valor nominal bajo, una acción reporte a su titular grandes beneficios pues la gestión de la sociedad ha arrojado ganancias considerables.

En resumen, si el valor nominal está relacionado directamente con el capital social, el valor real lo está con el patrimonio de la sociedad, por lo que cabe esperar que mientras más sólido sea el patrimonio social, mayor será el valor real de la acción, pues le permitirá a su titular obtener mayores ganancias.

Por último, el valor de cotización en Bolsa o Mercado es aquel que tienen las acciones cuando son vendidas en estos mercados especializados que son las Bolsas de Valores o, de no existir estos, el que adquieren para su venta en el tráfico mercantil en general. Son varios los aspectos que determinan la fijación de este tipo de valor. En primer lugar, el valor nominal suele ser referencia al momento de fijarlo pues, en principio, el accionista pretenderá recuperar como mínimo las cantidades que tuvo que

desembolsar para adquirir las acciones en el momento de su emisión por la compañía.

Sin embargo, una sociedad exitosa, que habitualmente reparta dividendos entre los socios, hará que sea más atractivo para otros adquirir sus acciones pues aumentan las posibilidades de lucrar con su compra. También opera esto en el caso contrario, si la situación patrimonial de la compañía no es buena y se perciben pocos o ningún dividendo por sus socios, esto influirá negativamente en el precio de venta en el mercado de las acciones. A fin de cuentas, también el valor real de la acción incide claramente en su cotización. Incluso, algunos aspectos extrasociales suelen incidir en la valoración del precio de las acciones en el mercado pues situaciones como crisis políticas, sociales o económicas en los países donde están domiciliadas las sociedades que las emitieron, catástrofes naturales que afecten a la compañía y hasta la especulación financiera, son sucesos que influyen poderosamente en el valor de venta de las acciones.

La tercera arista de la acción que debe ser estudiada es como expresión de los derechos de socio, pues la posesión de acciones pertenecientes a una sociedad anónima convierte a su titular legítimo en socio de la misma. En tal condición de socio, los accionistas tienen facultades que generalmente se dividen para su estudio en políticas y económicas.

En cuanto a los derechos políticos del accionista, el más relevante sin dudas es el de asistir y votar en la Junta General de Accionistas. Este derecho les permite a los socios participar decisivamente en el diseño y control de la vida de la sociedad, y su ejercicio está relacionado con la participación en la sociedad que tenga cada uno de ellos. Es decir, en la compañía anónima los acuerdos son adoptados por mayoría de capital y no por mayoría personal de votos. En principio, todos los accionistas, por el solo hecho de serlo, tienen la facultad de concurrir y

expresar su voluntad en la Junta.

Ahora bien, este principio general puede ser limitado en algunos casos, ya sea legal o estatutariamente. La ley española, por ejemplo, reconoce la posibilidad de que los estatutos priven de la asistencia a la Junta a aquellos accionistas que posean la milésima parte, o menos, del total de las acciones, tal y como lo reconoce el artículo 179.2 de la Ley de sociedades de capital de este país. También se suele privar de este derecho a los accionistas que no hayan realizado oportunamente el desembolso del valor de sus acciones.

Otra facultad de corte político, estrechamente relacionada con la anterior, es la de impugnar los acuerdos sociales. Si bien los socios tienen en la Junta el espacio idóneo para adoptar los acuerdos pertinentes para garantizar el desenvolvimiento de la sociedad, es también cierto que este órgano puede tomar decisiones que vayan en contra de los estatutos sociales, que afecten manifiestamente a la sociedad en beneficio de ciertos socios e incluso que vayan contra la legislación vigente. Tal situación puede ser combatida por los accionistas, independientemente de la proporción de su participación en el capital social, quienes deben seguir los procedimientos legales establecidos para estos casos.

El último derecho político que analizaremos es el de información. Si bien la asistencia y voto a la Junta es la facultad que más incidencia tiene en el control de la sociedad por parte de los accionistas, la posibilidad a ellos atribuida de solicitar la información necesaria para formarse un criterio de la marcha de la compañía, también incide poderosamente en esto. En realidad, el derecho de información sirve de complemento perfecto al de asistencia y voto, que sin dudas se ejercerá con mayor calidad, mientras más informados estén los socios. Las atribuciones de los accionistas pasan, entre otras, por el hecho de estar informados del balance económico, de los temas que

se analizarán en las Juntas convocadas y de los procesos que afectarán sensiblemente a la sociedad y sus miembros como los de fusión, escisión, transformación, etc.

Sin demeritar la relevancia de los derechos políticos, son los económicos los que más interesan al socio pues le permiten realizar su intención de incrementar su patrimonio personal. De todos ellos, ninguno contribuye tanto a este interés primordial como el de participar en las ganancias y en el patrimonio resultante de la liquidación, que tiene la condición de derecho fundamental al punto de que ningún socio puede ser privado de él totalmente. La proporción en la que el socio obtiene ganancias en la compañía puede ser libremente determinada en los documentos fundacionales, aunque la norma, con rarísimas excepciones, es que sea proporcional a su participación en el capital social.

Sin embargo, hay que distinguir entre esta intangibilidad del derecho de la accionista a participar en las utilidades y la posibilidad cierta de que este sea ejercible, lo que depende de que, en primer lugar, efectivamente la sociedad haya obtenido beneficios y en un segundo supuesto de que estos, una vez obtenidos, sean repartibles. El primero de estos casos es claro, pues si la sociedad no obtiene beneficios no podrán los socios repartir ganancias, so pena de afectar patrimonialmente a la sociedad (recordemos por ejemplo la función de retención del capital social).

En cuanto al segundo supuesto, si la sociedad obtuvo utilidades estas no tienen porque se inmediatamente distribuidas entre los socios. En primer lugar, porque, como norma, con estas deben engrosarse las reservas sociales para robustecer patrimonialmente a la sociedad, lo que puede ser exigido por la ley mercantil o por los estatutos y, en segundo lugar, porque pueden quedar gastos propios de la sociedad (ajenos a las deudas con terceros acreedores) que tengan que ser satisfechos

necesariamente, como los relacionados con conservación y el mantenimiento de los distintos establecimientos de la compañía.

El otro derecho patrimonial es el de suscribir preferentemente las nuevas acciones emitidas por la sociedad. Este constituye un verdadero derecho de tanteo de los accionistas frente a terceros al momento de adquirirlas, pues como actual miembro de la compañía tiene prioridad para incrementar su participación en el capital social, con el correspondiente aumento de su rol en la vida societaria interna, en especial de la potencia con la que ejerce sus derechos, tanto económicos como políticos. Solo cuando los actuales miembros no sean capaces, o no estén interesados, en suscribir las nuevas acciones, estas podrán ser ofrecidas a terceros no socios. No debe confundirse este derecho con el de adquirir prioritariamente las acciones que otros socios posean y estén interesados en enajenar. Este por lo general queda a decisión de los estatutos y el otro suele ser regulado por las distintas leyes sobre la materia como un derecho básico del que no puede ser librado el accionista.

Una de las consecuencias de fundar una sociedad mercantil es que esta necesita, para operar en el mercado, de órganos sociales que desarrollen el objeto social y cuyo accionar obligue a la compañía. En el caso específico de la sociedad anónima estos órganos son la Junta General de Accionistas y la Administración.

De estos dos órganos el más poderoso es la Junta General pues es donde se toman los acuerdos fundamentales de la vida societaria. Decisiones como el cambio de domicilio, el aumento y reducción del capital social, la fusión y escisión con otras sociedades, la transformación de la compañía, la aprobación del balance, el nombramiento, revocación y fiscalización de los Administradores, etc., corresponden a este órgano. Sin embargo, estas amplias y fundamentales decisiones no la convierten en una estructura omnipotente pues se subordina a la ley en general

y en particular a los estatutos que rigen el funcionamiento de la compañía. Es la Junta un órgano no permanente que sesiona con carácter ordinario pocas veces en el año y que puede ser convocada de forma extraordinaria si las circunstancias lo ameritan o los socios así lo requieren.

El órgano administrativo, por su parte, sí tiene carácter permanente pues así lo demandan sus funciones. Encargado de la gestión y la representación social, ejerce las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto social y, aunque es controlado por la Junta, esta no puede convertir la fiscalización en intromisión, dificultando el cumplimiento de las funciones de los Administradores.

2.6.2. La sociedad de responsabilidad limitada

La otra gran sociedad de corte capitalista es la llamada de responsabilidad limitada o bien solo sociedad limitada. En cualquiera de los dos casos la doctrina no se muestra de acuerdo con semejante denominación (Garrigues, 2010), pues acertadamente se advierte que la responsabilidad limitada no corresponde a la sociedad sino a los socios, ya que la sociedad propiamente responde con todo su patrimonio, y se han propuesto otras denominaciones como la de sociedad de riesgo limitado (Mesa, et al., 2005).

Su surgimiento data del siglo XIX en Europa y concretamente en Inglaterra donde se le dio respuesta legislativa a la necesidad de contar con una sociedad que se aviniera mejor a los pequeños negocios, tanto en número de socios como en monto de capital, lo que no sucedía con las sociedades anónimas que eran propias, como ya vimos, de las grandes empresas con amplitud de capital y numerosos socios.

En cuanto a su delimitación conceptual se le ha definido como “la sociedad mercantil cuyo capital está dividido en

participaciones, iguales, acumulables e indivisibles, las que no pueden incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones, y cuyos socios no responden personalmente de las deudas sociales”. (Sánchez, 1996, p. 509)

También Uría (2001, coincide con estas líneas conceptuales cuando la define como: “aquella sociedad mercantil que tiene el capital social dividido en participaciones de igual valor, y no en acciones, y gira bajo una denominación objetiva o razón social sin que los socios adquieran responsabilidad personal por las deudas sociales”.

Son varios los rasgos que caracterizan a este tipo social, algunos similares a los de la sociedad anónima. Sin embargo, dentro de sus similitudes con este tipo social, se aprecian diferencias que le dan a la sociedad limitada una dimensión propia. Por ejemplo, ambas tienen carácter capitalista, sin embargo, en la limitada conviven rasgos personalistas pues las condiciones personales de los socios tienen aquí mayor relevancia. Un rasgo personalista que se le suele señalar a la sociedad limitada es que tiene carácter cerrado. Es decir, no existen en esta sociedad las facilidades para adquirir y perder la condición de socio, como sí sucede en la anónima en virtud, sobre todo, del flexible régimen de transmisión de las acciones.

Otra característica en común es la responsabilidad limitada de los socios, y en este caso si hay identidad total entre ambas compañías, pues tanto el accionista como el socio de la compañía de responsabilidad limitada arriesgarán en el negocio una suma equivalente a la de sus aportaciones. Un rasgo exclusivo de la sociedad que nos ocupa es la de tener el capital dividido en participaciones. Estas constituyen partes del capital social que no podrán denominarse acciones ni estar representadas por títulos valores y que a pesar de esto tienen similitudes con ellas. Precisamente esta imposibilidad de constituir títulos valores, otorga a las participaciones un régimen

menos ágil de transmisión, lo que a la vez confiere a la sociedad de responsabilidad limitada su carácter cerrado.

Muchas son las similitudes entre la compañía anónima y la limitada, pues los aspectos relacionados con el capital social, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, así como la estructura y funcionamiento de los órganos sociales tienen un tratamiento muy parecido tanto por la doctrina mercantil como por los distintos ordenamientos jurídicos.

2.7. Antecedentes doctrinales y legales de la sociedad unipersonal

La sociedad unipersonal es una figura societaria de reciente reconocimiento legal, aunque el debate acerca de su pertinencia y validez legal se remonta a varias décadas atrás. La creciente necesidad de esta forma societaria para el adecuado funcionamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales ha hecho que se convierta en objeto de debate doctrinal y jurisprudencial desde hace años.

La concepción clásica en cuanto a la membresía de las sociedades, recogida en los Códigos de Comercio y algunas leyes sobre compañías mercantiles, no era compatible con la posibilidad de constituir una sociedad anónima o de responsabilidad limitada formada por un solo socio, pues la exigencia de la pluralidad de socios hacía imposible su constitución individualmente y la salida de todos los socios menos uno era considerado como causal de disolución.

Más allá de estos aspectos formales en cuanto a su constitución y funcionamiento se consideraba que la sociedad formada por un solo socio vulneraba el principio de responsabilidad patrimonial universal y admitirla sería permitir la posibilidad de separación del patrimonio de una persona.

Sin embargo, la aceptación de la sociedad unipersonal por los

ordenamientos jurídicos también contó el apoyo de un sector de la doctrina atendiendo a los beneficios prácticos que podría tener. Unos la consideraban como una posible solución a los abusos que se estaban produciendo por la creación de sociedades ficticias (González, 2015) dada la proliferación de sociedades pluripersonales artificiales por la utilización de prestanombres, encaminadas a garantizar la responsabilidad limitada del comerciante individual, que controlaba una abrumadora mayoría de capital.

Además, sus defensores consideraban que la sociedad unipersonal no infringía el principio de responsabilidad patrimonial universal, puesto que en el patrimonio del socio se sustituyen los bienes aportados a la sociedad por las acciones recibidas como contraprestación. También se afirmó que el hecho de que una sociedad esté integrada por un único socio no modificaría la estructura y funcionamiento de las sociedades de capital, así como tampoco los intereses de los acreedores y deudores (González, 2015).

Todos estos argumentos favorables cristalizaron en la regulación legal de la compañía unimembre en varios países, algunos de los cuales se analizarán a continuación.

- **Liechtenstein:** este principado europeo jugó un papel fundamental en el reconocimiento legal no solo de la sociedad unipersonal, sino también de la EIRL, como se vio anteriormente. Mediante el ya mencionado cuerpo legal de 1925 se instituyó la persona jurídica unipersonal definida por el artículo 637 al estipular que “toda persona jurídica prevista por la ley como sociedad por acciones, sociedad por cuotas o sociedad de responsabilidad limitada puede ser constituida por una persona o por una firma individual como único socio de un agregado asociativo unipersonal. Cuando el número de los socios de tal ente se reduzca a uno, puede continuar sus actividades, siempre que los estatutos sean

modificados”. (Aramouni, 1996, p. 106).

- **Francia:** si bien en sus inicios la doctrina y la legislación francesa eran totalmente opuestas a la unipersonalidad societaria, se produjo una interesante evolución que cristalizó con su aceptación legal. Aunque el ya mencionado Informe Champaud recomendó la aceptación de la responsabilidad limitada de los empresarios individuales bajo la forma de un patrimonio de afectación (léase una EIRL), esta propuesta fue rechazada por los legisladores franceses quienes acogieron la sociedad unipersonal.

Para ello primero modificaron el Código Civil admitiendo que las sociedades se podrían constituir también, en los casos permitidos legalmente, por la declaración de voluntad de una sola persona. Más adelante la legislación comercial autorizó la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por una sola persona física o jurídica, haciendo la salvedad que la persona jurídica fundadora de una compañía unimembre no puede ser a su vez unipersonal.

La responsabilidad por las deudas sociales se extiende solo hasta el monto de patrimonio social y en contadas excepciones como gestión indebida por fraude o negligencia es posible que el fundador de la sociedad unipersonal sea responsable también por las deudas de la compañía. De igual forma, si se viola la prohibición de que una persona jurídica unipersonal no puede fundar una compañía unimembre se decreta su nulidad.

- **Alemania:** en este país la legislación mercantil reconoció en 1980 las sociedades limitadas unipersonales que han tenido una aceptación considerable como forma de fundar negocios (Luchinsky & Mordoj, 2001). Tanto la fundación sobrevenida como la originaria son permitidas, constituyéndose la primera cuando las participaciones de la sociedad fundada de manera pluripersonal inicialmente, recaen todas en poder de un solo socio.

La creación originaria de una sociedad unimembre comienza por la declaración de voluntad de su fundador en una escritura pública y termina con la inscripción en el Registro Mercantil. Como requisito para fundar la sociedad se exige el desembolso de, al menos, la cuarta parte del capital social y el ofrecimiento de garantías sobre el aporte del resto.

- **La Duodécima Directiva de la CEE:** desde 1976 la Comunidad Europea había mostrado su preocupación por las sociedades de capital formadas por un solo socio y en ese año estableció, en el artículo 5.1 de la Segunda Directiva 77/91 CEE del 13 de diciembre de 1976 que cuando la legislación de un estado miembro exija el concurso de varios socios para la constitución de una sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal no implicará la nulidad de pleno derecho de la sociedad. Admitiendo, como se ve, que la posesión de todas las acciones de la sociedad por una misma persona no implicaría su disolución.

Sin embargo, es en el año 1986 cuando se da un paso verdaderamente importante por esta entidad cuando el Consejo de la Unión Europea aprobó un programa de actuación para incentivar la creación de pequeñas y medianas empresas; así como fomentar a los empresarios individuales a la constitución de sociedades.

Más adelante la Comunidad Europea emite la Duodécima directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de sociedades sobre la sociedad de responsabilidad limitada del socio único, que obligaba a reconocer la posibilidad de las sociedades unipersonales, en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros de la Comunidad Europea.

Esta Directiva se encuadra dentro del citado programa de acción para las pequeñas y medianas empresas, por el que la

Comunidad reconoce la unipersonalidad. La finalidad de esta Directiva es limitar la responsabilidad del empresario individual en todos los países de la Comunidad para fomentar el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. En el art. 2.1 se reconoce la sociedad unipersonal tanto originaria como sobrevinida pues la sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular.

En el art. 2.2 se establece que los diferentes Estados tendrán libertad en atención a las disposiciones nacionales en materia de derecho de grupos⁴³. Se establecen también una serie de medidas sobre la publicidad de la situación de unipersonalidad, los poderes del socio único y sobre los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad.

Además, en el art. 7 se da la opción a los diferentes Estados Miembros de no permitir la sociedad unipersonal si dicha legislación contiene la posibilidad de que los empresarios individuales puedan constituir empresas de responsabilidad limitada con unas garantías equivalentes a las que se establecen para la sociedad unipersonal. Dichas garantías serán las relativas al capital, la publicidad y las cuentas anuales.

Sin embargo, parte de la doctrina entiende que estas previsiones no pueden aplicarse al empresario individual de responsabilidad limitada porque están basadas en la dualidad de sujetos y en la estructura de la persona jurídica (González & Cáceres, 2009).

Tras la publicación de la esta Directiva los Estados Miembros tuvieron que modificar sus derechos para adaptarla a los diferentes ordenamientos. Para algunos países supuso un difícil proceso de modernización del Derecho de Sociedades, mientras que para otros la modificación ha sido escasa pues ya habían aprobado la sociedad de responsabilidad limitada y solo han tenido que recoger exigencias puntuales (González, 2015).

- **España:** la primera referencia de la jurisprudencia a la sociedad unipersonal se puede encontrar, según las referencias de algunos autores de principios de siglo, en una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891 en la que se niega la posibilidad de constituir una sociedad colectiva con un solo socio. Sin embargo, en la práctica eran abundantes los casos en los que se encontraban sociedades formadas unipersonalmente (González, 2015).

Fue en el año 1945 cuando se produjo un primer intento de aceptar a la sociedad unipersonal con el reconocimiento, mediante La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 11 de abril de ese año, de que la reunión en un solo socio de todas las acciones de una sociedad no era causal suficiente para su disolución.

La ya derogada Ley de Sociedades Anónimas de 1951 ratifica en su Exposición de Motivos la oposición a la disolución de la sociedad anónima por la concentración causada por determinados motivos de todas las acciones en una sola mano, “por lo menos, mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios”, sin resolver la consecuente interrogante sobre el tiempo que podría prolongarse legítimamente la unipersonalidad

De igual forma, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no aparecía la concentración de todas las participaciones en manos de un solo socio como causa de disolución. En el anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1987 se admitía la sociedad unipersonal fundada por otra sociedad anónima y pero se establecía una cierta cautela de esta nueva figura jurídica ya que permite mayores abusos que la sociedad pluripersonal. Le imponía al accionista único responsabilidad ilimitada si el patrimonio social resultaba insuficiente.

Sin embargo, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas define únicamente un concepto formal de sociedad unipersonal y no se sancionan todas las infracciones al deber de publicidad registral, obviando así los antecedentes establecidos en el anteproyecto de 1987.

El primer paso al reconocimiento de la unipersonalidad se produce cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado reconoce la sociedad de capital devenida unipersonal. De acuerdo a esta norma no hay incompatibilidad entre la unipersonalidad y el concepto de compañía mercantil dado que en las sociedades de corte capitalista la cantidad de socios no es relevante.

También termina con la supuesta contradicción entre la sociedad unipersonal y la persona jurídica, al negar que la unipersonalidad supusiera la pérdida de la personalidad jurídica. Además, considera compatible a la sociedad unipersonal y al principio general de responsabilidad universal puesto que tal y como cita la mencionada resolución: “la limitación de responsabilidad no se funda en la estructura corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación- poco importa si a cargo de uno o de muchos socios- de un fondo de responsabilidad adecuado”.

España adaptó la ya mencionada Duodécima Directiva a su ordenamiento con la promulgación de la ahora derogada Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que reconoció la unipersonalidad, originaria y sobrevenida, para las compañías limitadas y para las anónimas en los artículos del 125 al 129. Se hacía posible de este modo la constitución de una persona jurídica sin necesidad de contar con más de un socio.

Tal y como se configura en la legislación española la sociedad unipersonal no es un tipo distinto de sociedad de capital, ni

tampoco una clase especial de sociedad anónima o limitada. Es simplemente una sociedad de capital (anónima o limitada) dotada de personalidad jurídica que, eventualmente, dispone de una sola persona física o jurídica como titular de todas las acciones o participaciones en que aparezca dividido el capital social estatuario.

Del análisis de las legislaciones nacionales que se ha hecho se desprende que desde hace mucho el Derecho ha venido adecuando sus realidades a las diferentes realidades económicas en torno a la unipersonalidad de las sociedades. La regulación de los distintos tipos de compañías que aparecen con el objetivo de intensificar el ejercicio de actividades económicas es ejemplo de ello. El progreso y el aumento del riesgo, traen como consecuencia que los entes colectivos ganen personalidad diferente a la de sus socios, a través de la persona jurídica.

Es así que la figura de las sociedades unipersonales se hace presente como una forma utilizada como medio para la limitación de la responsabilidad del empresario individual y además como técnica de descentralización de la gran empresa.

La condición de unipersonales de las sociedades mercantiles ha estado presente, como se ve, desde hace décadas y si bien en sus inicios no contó con todo el reconocimiento legal las exigencias del tráfico mercantil hicieron imposible que el Derecho las rechazara absolutamente. Debido a esto su regulación legal reviste importancia capital y consiste en una alternativa más para contar con una figura destinada a emprender iniciativas de negocios con dimensiones distintas, pues su estructura y funcionamiento se presta tanto para la gran empresa como para las pequeñas y medianas.

Además, esta sociedad, si bien es de composición unimembre su carácter dúctil permite el tránsito a la pluralidad de miembros y viceversa, acomodándose tanto a las realidades del mercado

y como a las necesidades de su socio y todo esto se logra sin afectar la esencia de su funcionamiento y el desarrollo de su objeto social. En base a esto puede considerarse a la sociedad unipersonal, hasta ahora, como el último paso en la evolución del Derecho Societario.

2.7.1. Concepto y características. Requisitos de constitución

Igual a como sucede con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada la sociedad unipersonal es otra de las formas de limitar la responsabilidad del empresario. Este sujeto mercantil esté dotado de plena personalidad jurídica y consiste en un medio de una elevada técnica jurídica para lograr la escisión del patrimonio y la responsabilidad de las personas naturales, ya que el socio único puede levantar un muro protector sobre sus bienes personales que impedirá que estos se vean afectados por los resultados del negocio.

Varias legislaciones han definido esta figura, por ejemplo, la española, cuando la Ley de Sociedades de Capital establece que será aquella fundada originariamente por un único socio, sea persona natural o jurídica y la que, habiendo sido constituida por dos o más socios, todas las acciones o participaciones hayan pasado a poder de un solo socio.

La sociedad unimembre no ha escapado a los criterios críticos de la doctrina que comienzan desde su misma denominación pues se considera contradictorio el término de sociedad unipersonal. En primer lugar, desde el punto de vista etimológico pues “sociedad” implica sin duda alguna pluralidad y aquí se declara como integrada por un solo sujeto.

La otra contradicción tiene que ver con la ya larga tradición de considerar en el Derecho Mercantil a las compañías o sociedades como un ente fundado por varias personas, naturales o jurídicas, y que al producirse por varias vías la salida de todos menos uno

esto generaba indefectiblemente la disolución de la sociedad. Desde el punto de vista conceptual el Derecho Mercantil considera a esta sociedad como una compañía mercantil con personalidad jurídica independiente de la de su único socio, que puede ser una persona física o jurídica, quien destina una parte de sus bienes para la realización de una o varias actividades mercantiles.

Este tipo especial de compañía se caracteriza por tener un patrimonio propio, integrado a partir de las aportaciones de quien la crea, con el que responde de sus deudas y se materializa el principio de responsabilidad patrimonial universal por las obligaciones de la sociedad y que permite al socio único disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada. Con esta masa patrimonial, asumirá todas sus deudas, a partir de los bienes presentes y futuros que lo integran, sin tener que afectar en ningún momento el patrimonio del socio único. Además, la compañía se convierte en un sujeto de derecho diferente y completamente separado del socio sin importar que este sea el único, por lo que tendrá personalidad y capacidad jurídica propia aunque su actuar esté subordinado a las disposiciones del único socio.

El capital de una sociedad unipersonal está integrado por acciones o participaciones que están en su totalidad en manos de su socio fundador desde el momento de su constitución o posteriormente, si todas las acciones o participaciones de una sociedad originalmente constituida de forma plural, son adquiridas por una sola persona.

Otro rasgo característico de la compañía unipersonal es el socio único, quien para ostentar esta condición debe cumplir ciertos requisitos como poseer plena capacidad legal y tener la libre disposición de sus bienes. Como se ve, estos requerimientos no están tan lejos de los exigidos a una persona natural para obtener la condición de empresario mercantil individual, lo

que se explica a partir de que la fundación de una sociedad unipersonal es un mecanismo utilizado por los comerciantes individuales para limitar su responsabilidad.

En cuanto al régimen de derechos y obligaciones de este único socio, viene obligado a ejecutar la aportación de capital a la que se comprometió en el momento fundacional de la compañía. En cuanto a los derechos sociales, el socio está facultado para recibir las ganancias que le corresponden una vez deducida la parte que debe pasar a engrosar el patrimonio social pues si este socio único se apropia de todas las ganancias la solidez de la compañía sería bien precaria.

Al igual que sucede con las sociedades con pluralidad de miembros el socio único tiene además derechos de tipo administrativo o político, como el derecho de información y el de asistir y votar en la Junta General que en este caso se ejercen con mucha facilidad pues en primer lugar sus decisiones no son sometidas a debate dada la unipersonalidad, lo que no quita el hecho de que sus decisiones deben respetar la ley mercantil en general y los estatutos sociales sin que pueda vulnerar tampoco el desarrollo del objeto social de la compañía.

Como se mencionó con anterioridad, en esta sociedad no existe una Junta de Socios, pero sí existe un órgano administrativo que puede estar dirigido por el mismo socio o por otra persona nombrada por él.

En cuanto a los requisitos de constitución, si bien la compañía unipersonal se funda mediante escritura pública, igual a como sucede con las sociedades de varios socios y no hay grandes diferencias en cuanto a las menciones de este documento en uno u otro caso, desde el punto de vista teórico existe una diferencia fundamental entre ambos actos; pues las sociedades plurales se crean a partir de un acto jurídico donde se manifiesta la voluntad de todos los socios, mientras que la sociedad unimembre es

creada por un negocio jurídico unipersonal que da cabida a una declaración de voluntad unilateral del socio único.

A pesar de que la naturaleza jurídica de los documentos constitutivos es diferente la escritura pública que hace surgir la sociedad unipersonal tiene grandes coincidencias con las requeridas para la creación de las compañías mercantiles comunes. Además, esta escritura pública debe ser inscrita en el Registro Mercantil correspondiente para garantizar su publicidad y que se verifique el surgimiento de la personalidad jurídica de la sociedad unipersonal en virtud de los conocidos efectos constitutivos de la inscripción registral.

En adición estos requisitos, la fundación de las compañías unimembres requiere del cumplimiento de otros como la publicación de la unipersonalidad para el conocimiento de terceros, la capacidad para emitir el consentimiento que debe tener el socio único y la licitud del objeto social. En cuanto al requisito especial de la publicación de la unipersonalidad, está condicionado por la necesidad de informar al público de esta especial característica de la sociedad, que justifica este sistema de publicidad más profundo que el habitual para las sociedades de varios miembros.

Otro de los requisitos indispensables para la fundación de una sociedad unipersonal es la inscripción registral, que debe verificarse, al igual que en el caso de las demás sociedades, en el Registro Mercantil. Este documento deberá contener los datos siguientes, para la fundación de una sociedad unipersonal originaria, y en el caso que estos falten no podrá ser efectuada la inscripción registral:

- La identidad del socio fundador con mención expresa del carácter unipersonal de la sociedad.
- La aportación del socio único y las acciones debidamente

identificadas.

- Los estatutos de la sociedad.
- La identidad de las personas encargadas de la administración y representación de la sociedad.

Para el caso de la unipersonalidad sobrevenida la ley reserva la misma formalidad pues esta condición debe hacerse constar en documento público, que será inscrito en el Registro Mercantil, reflejando la identidad del socio único y la causa por la que se produjo la unipersonalidad.

La personalidad jurídica de la compañía debe estar desvinculada de la correspondiente a sus miembros y deberá basarse en el principio de unidad; ya que el sujeto fundado se distancia de las personas que lo constituyeron y asume con su propio patrimonio los resultados de las operaciones económicas que realice.

2.8. Clases de unipersonalidad

En dependencia de la configuración que presente una sociedad unipersonal tanto desde su fundación o en un momento posterior a la misma, puede decirse entonces que estamos ante una sociedad originaria o sobrevenida; las mismas serán explicadas a continuación.

- **Unipersonalidad originaria:** como su nombre lo enuncia, este tipo de unipersonalidad existe cuando desde sus inicios la fundación de una sociedad unimembre se realiza por una sola persona natural o jurídica que emite la ya mencionada declaración unilateral de voluntad y con ello funda la compañía. Esta manifestación de voluntad puede ser dejada sin efectos siempre que se revoque antes de que se produzca el asiento de la escritura pública correspondiente en el Registro Mercantil.

Esta forma de crear una sociedad unipersonal es la que más tardíamente se reconoce en los ordenamientos jurídicos pues significaba romper con la tradición pluralista anterior en materia de la cantidad de socios para fundar una compañía mercantil. Solo después de que en la práctica se utilizara la otra variante de fundación de la compañía unimembre (que será explicada a continuación), es que se acepta este tipo de unipersonalidad, como una opción frente a la acostumbrada teoría contractualista dominante en las legislaciones nacionales y la doctrina del siglo XIX.

Esta variante de la unipersonalidad le permite al empresario no incorporar a un socio desde los inicios del negocio, lo que le da la ventaja evidente de poseer el 100% de las acciones o participaciones de la compañía pero además le evita tener a un potencial contrario; pues si bien es cierto que en una sociedad con 99% de participación para un socio y el restante 1% para otro, este socio minoritario no podrá oponerse en la Junta a los acuerdos del socio tirano, siempre le queda otro derecho político que le permite impugnar los acuerdos tomados en la Junta siempre que vayan en contra de la ley, los estatutos sociales o que dañen los derechos de los socios. Por tanto, permite que prevalezcan las decisiones del socio único desde el momento de la constitución de la compañía (Artola, 2012).

- **Unipersonalidad sobrevenida:** existe cuando la sociedad se fundó originalmente con pluralidad de socios y posteriormente, por varias razones como sucesión mortis causa e intervivos, donación, compraventa, etc. sus socios van abandonando la compañía de forma tal que todas las acciones o participaciones quedan en manos de un solo socio que adquiere de forma sobrevenida el control absoluto sobre el capital y las decisiones de la sociedad, que pasa a ser, a partir de ese momento, unipersonal.

Esta salida de todos los socios menos uno y la adquisición del

carácter unimembre por la compañía, no genera, como norma, un cambio en el tipo social con la que fue fundada y decimos como norma pues hay algunos casos en los que no tendría sentido o sencillamente no procede la unipersonalidad.

Por ejemplo, si se funda una sociedad colectiva y todos los socios menos uno, abandonan la sociedad, ciertamente quedaría una sociedad unipersonal que puede funcionar como tal, pero al tener los socios colectivos un régimen de responsabilidad subsidiario al de la compañía y además ilimitado, pierde sentido que se mantenga esta sociedad funcionando con un solo socio pues el objetivo de las sociedades unipersonales es precisamente limitar la responsabilidad del socio único. Es por eso que las legislaciones que amparan esta figura la circunscriben a las sociedades de tipo capitalista.

Existe otro caso, cuando se funda una sociedad comanditaria, en la que su propio diseño doctrinal y legal descansa en la pluralidad inevitable de socios ya que existen dos tipos de ellos: los colectivos y los comanditarios, incluso con diferencias notables en el régimen de derechos y obligaciones y del tipo de responsabilidad por las deudas de la sociedad. Por tanto, no puede existir una sociedad unipersonal comanditaria pues si salen de la sociedad todos los socios menos uno habría que disolverla necesariamente.

Si bien la anterior clasificación es la más utilizada doctrina y legalmente, también se ordena a las compañías unipersonales de acuerdo al tipo social adoptado, y de acuerdo a este criterio se dividen en sociedades unimembres anónimas y sociedades unimembres de responsabilidad limitada y en ambos casos la condición de unipersonal no afecta el funcionamiento y los rasgos básicos de estos dos tipos sociales.

Otra forma de clasificar a las compañías unimembres depende de que su titular sea de índole privada o no y en consecuencia

existen sociedades unipersonales de tipo público y de tipo privado (Artola, 2012). Broseta & Martínez (2010), manifiestan que en España hay una cantidad apreciable de compañías públicas que son unipersonales y que se denominan como sociedades anónimas públicas unipersonales o SAPU, de acuerdo a sus siglas.

En este caso una SAPU es fundada por una entidad de carácter público que se convierte en la única accionista de la sociedad ya sea de forma originaria o sobrevenida y como especialidad frente a las compañías unimembres “normales” están exentas del mandato de reflejar la condición de unipersonalidad en sus escritos constitutivos así como de la responsabilidad que posee el socio único por las deudas sociales si no se produce la inscripción registral de la unipersonalidad (Broseta & Martínez, 2010).

2.9. Estructura orgánica de la sociedad unipersonal

Aunque una sociedad mercantil tenga el carácter de unimembre, no puede argumentarse esta razón para que carezca de órganos sociales que rijan sus relaciones tanto internas como externas. Estos órganos sociales en general deben respetar los mecanismos establecidos para la adopción de acuerdos y ejercer una acertada administración de la compañía.

También es relevante, en relación a las atribuciones de los órganos, que no se invadan las respectivas esferas de competencia de la Administración y las que le corresponden al socio único pues no rinde buenos frutos privar a los administradores de sus funciones básicas maximizando el papel del socio único, que es ya bastante grande de por sí, ni debe este único socio permitir que el órgano administrativo asume el papel decisor de los aspectos más relevantes en una sociedad.

En las compañías capitalistas clásicas la Junta General es el

órgano de mayor poder dentro de la sociedad y en el caso de las de tipo unipersonal todas las funciones de este órgano recaen en el socio único quien asumirá las posiciones de Presidente, Secretario y único votante. Sin embargo, esta indudable posición de poder del socio único no está diseñada para que abuse de ella en detrimento de la sociedad, y el diseño de mecanismos de control sobre sus decisiones respecto a la sociedad ha marcado buena parte de los debates sobre la unipersonalidad societaria.

Si bien la condición de unimembre no altera las funciones esenciales de una Junta General, lo novedoso está en que estas atribuciones fundamentales ahora recaen en una sola persona natural o jurídica que decidirá individualmente sobre aspectos medulares para la sociedad, como el aumento y la reducción del capital, la fusión, escisión y liquidación de la compañía, el nombramiento y revocación de administradores, la aprobación del balance general y lo relativo al reparto de utilidades, entre otras importantes decisiones que ya no son sometidas a votación y sobre las cuales no se producen debates, por lo que en buena técnica no podemos referirnos a que en la sociedad unipersonal existe la Junta General como órgano.

El mecanismo universalmente aceptado para controlar la equidad de las decisiones del socio único es la elaboración de actas que reflejen los acuerdos tomados que deben ser certificadas, conservadas en el domicilio de la sociedad y depositadas en el Registro Mercantil. Este régimen formal para documentar las disposiciones del socio facilita la posible impugnación de sus decisiones.

Algo similar sucede con el órgano administrativo si está integrado por el socio único, pues la decisión adoptada por él sería implementada de forma automática por tratarse de la misma persona. Si el órgano de administración estuviera integrado por una persona ajena a la sociedad este administrador debe exigirle al socio único que decida sobre determinados aspectos

para darle cumplimiento al objeto social de la compañía.

2.10. Disolución y liquidación de una sociedad unipersonal

Una sociedad unipersonal puede ser disuelta por varias causas que se clasifican en estatutarias y legales. Como ejemplos más frecuentes de estas se encuentran:

- Por orden de autoridad competente.
- Por iniciación del trámite de liquidación obligatoria.
- Por voluntad del empresario.
- Por vencimiento del término de duración.
- Por imposibilidad de desarrollar el objeto.
- Por muerte del socio único, salvo que el mismo haya dispuesto lo contrario.
- Por pérdidas que reduzcan el patrimonio en la cuantía establecida por las leyes.

Manifestada alguna de las condiciones por las cuales puede quedar disuelta una sociedad unipersonal, dicho procedimiento debe ser inscrito y si la razón para disolverla es por orden de autoridad competente, por voluntad del empresario, por vencimiento del término de duración, por imposibilidad de desarrollar el objeto y por pérdidas que reduzcan el capital a la mitad debe procederse a la inscripción registral de la escritura pública o del documento privado extendido por el empresario, en el que se declare la disolución de la compañía. Si la opción escogida por el empresario para declarar la disolución es mediante documento privado se debe añadir el reconocimiento

ante un juez, notario o funcionario.

La liquidación de una sociedad unipersonal procede con posterioridad a la inscripción de la disolución y siempre que la sociedad haya pagado sus deudas pendientes, si las tuviera, se procede a firmar una escritura notarial o un documento privado donde se explicita el estado de liquidación en el que se encuentra esta sociedad unimembre. Para realizar esta acción deben seguirse los pasos siguientes:

- Darles aviso a los terceros y en especial a los acreedores de que la sociedad se encuentra en liquidación.
- Se elaborará el inventario y el balance final de la compañía.
- Se procederá a cumplir con las obligaciones de pago de la sociedad y posteriormente se adjudicará al socio único el patrimonio remanente de la liquidación.
- El socio único debe otorgar la escritura o del documento privado que recoja la declaración de quiebra que debe ser inscrito posteriormente. Si la variante utilizada es la del documento privado debe contarse además con el reconocimiento de un juez, notario u otro funcionario.

2.11. Ventajas y desventajas de la sociedad unipersonal

De todos los aspectos anteriormente expuestos sobre las sociedades unimembres se colige que el reconocimiento legal de la unipersonalidad en materia de sociedades constituyó una revolución en las naciones que la aceptaron. Esto provocó que se rompieran los habituales márgenes de las personas jurídicas en general y las sociedades mercantiles en particular, que ya no se circunscriben a la pluralidad de miembros.

Atendiendo a que, a fin de cuentas, una sociedad mercantil es un ente estructurado y dirigido a la percepción de ganancias mediante la intermediación en el mercado de bienes y servicios, podemos decir que la unipersonalidad no afecta estas esencias societarias por lo que no pueden argumentarse en su contra dificultades de índole estructural o de funcionamiento y tampoco de índole teórica, pues aunque se rompió con la tradicional tesis contractualista en cuanto a la fundación de una sociedad mercantil, la tesis del negocio jurídico unilateral ha venido a satisfacer cualquier duda o inconformidad sobre este particular.

Al igual que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la sociedad unipersonal sirve para que el empresario individual se beneficie con la responsabilidad limitada, pero si bien las EIRL están diseñadas para pequeños y medianos negocios, la ductilidad de las sociedades unimembres admite que bajo esta modalidad se realicen tanto pequeños como grandes emprendimientos. Es por ello que la sociedad unipersonal se ha convertido en un medio idóneo para contribuir al perfeccionamiento de la gestión de negocios.

A partir de todo lo mencionado sobre este tipo de sociedad podemos establecer varias de sus ventajas. Así, por ejemplo, es un medio para que las personas naturales interesadas en emprender pequeñas actividades comerciales concurren al mercado sin que esto se convierta en un riesgo para la totalidad de su patrimonio en caso de quiebra del negocio. Además, permite una mayor recaudación tributaria pues al estimular los emprendimientos, aumentan los sujetos mercantiles que deben pagar impuestos lo que beneficia la economía nacional.

Desde un punto de vista más genérico es posible mencionar otros beneficios que reporta la fundación de una compañía unimembre:

- Se estimula los emprendimientos entre las personas naturales.

- Aumenta la agilidad de la dinámica empresarial a partir de su estructura que es tremendamente operativa.
- Se agiliza la transmisión de empresas.
- Disminuye la utilización de testaferros para la fundación de sociedades de favor.
- Es un sujeto en el que las decisiones se toman con mayor rapidez dada la sencillez de sus órganos sociales.

La sociedad unipersonal presenta, como se ha visto, varias ventajas, pero sus detractores argumentan como desventajas que se rompe con ella la correspondencia, que debe existir en todo negocio, entre poder y responsabilidad, que constituye un principio elemental para que los empresarios individuales asuman el riesgo por la gestión de sus negocios y que este no se traslade a sus acreedores.

La mayor objeción a la constitución de las compañías unimembres es que existen verdaderas posibilidades de que estos sujetos sean utilizados para actos ilícitos, pues su unipersonalidad se presta para el encubrimiento de las personalidades jurídicas de los infractores tras la fundación de sucesivas sociedades unipersonales fundadas por otras lo que permitiría evadir responsabilidades mediante el abuso de la personalidad jurídica de esta compañía mercantil.

Otra de las desventajas que se esgrimen contra la unipersonalidad societaria es que rompe, en relación a los comerciantes individuales, con el principio de unidad e indivisibilidad del patrimonio, según el cual ningún sujeto puede ser el titular de más de un patrimonio que debe estar indiviso y tener una regulación legal homogénea.

A la objeción anterior se añade la consideración de que esta figura en la práctica no tendría mucha utilidad en cuanto a la separación del patrimonio y las responsabilidades del comerciante individual, pues puede ocurrir que los acreedores de la sociedad unipersonal exijan a su fundador, en garantía al cumplimiento de contratos, determinados bienes de su patrimonio personal sobre los que podrían ejecutarse las garantías acordadas. Con esto lo que se rompería la responsabilidad limitada de ese empresario individual fundador de la sociedad unipersonal y la pretendida división patrimonial que es la causa fundamental por la que se crean estos novedosos sujetos mercantiles (Mesa, et al., 2005).

Capítulo III. El trabajador por cuenta propia cubano

3.1. Delimitación del concepto de trabajo por cuenta propia

El concepto de trabajo ha ido cambiando históricamente y como el cuentapropista realiza un tipo de trabajo conviene definir esta figura básica en el devenir de los seres humanos. Desde el punto de vista más elemental podemos entender al trabajo como la “transformación de un objeto por la actividad humana utilizando determinados medios de producción para generar un producto con un valor de uso y bajo determinadas condiciones con un valor de cambio” (De la Garza, 2012, p. 76). Esta actividad no se realiza aisladamente, sino que implica cierta interacción con los hombres y como resultado de la misma a la par que genera bienes el hombre se va transformando.

La Organización Internacional del Trabajo (2013), por su parte, lo define como “el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos”.

El trabajo, como hemos visto arriba, puede tener carácter remunerado o no, pero en particular nos ocupa el primer caso pues desde el punto de vista económico es el que tiene mayor incidencia como actividad humana. Para referirse a este se prefiere utilizar el término de empleo, entendido precisamente como el trabajo efectuado a cambio de pago (Organización Internacional del Trabajo, 1998) y dentro de esta categoría se distingue el autoempleo por la realización de forma independiente y no subordinada de un trabajo. En este caso, quien trabaja no está en situación de dependencia con otro sujeto que le entrega una remuneración a cambio de su labor y una de las formas en las que se manifiesta ese autoempleo es el trabajo por cuenta propia.

Otra de las formas de clasificar el trabajo es por razón del empleo y se divide en trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia. Entre ambos hay diferencias sustanciales que la doctrina resume en la ajenidad y la subordinación jurídica y técnica pues en el trabajo por cuenta ajena la asignación o atribución del resultado del trabajo se produce a favor del empleador; a la par que es este quien asume los riesgos de la explotación del negocio. En cuanto a la subordinación, tanto jurídica como técnica, implica que sobre el trabajador recae una autoridad que supone una actividad dirigida o vigilada de forma constante o inmediata por el empleador y su cadena jerárquica de mando; pero también la existencia de una subordinación jurídica, que inscribe al trabajador en el ámbito de organización del trabajo del empleador, en el cual se ejercitan los poderes de dirección y disciplinario (Sánchez-Rodas, 2002).

A contrario sensu, el trabajo por cuenta propia se caracteriza por la independencia jurídica y técnica frente a otros sujetos pues el trabajador organiza la actividad económica que escogió desarrollar y la remuneración por esta depende de su gestión al frente del negocio escogido.

La figura del trabajador por cuenta propia ha sido definida tanto por diversas legislaciones y organizaciones internacionales, como por varios investigadores en la materia. La Organización Internacional del Trabajo (1993), por ejemplo, brinda un concepto cuando dice que “son aquellos trabajadores que, trabajando por su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» y no han contratado a ningún «asalariado» de manera continua para que trabaje para ellos durante el período de referencia, aunque durante el período de referencia los miembros de este grupo pueden haber contratado «asalariados», siempre y cuando lo hagan de manera no continua”.

Los conceptos de empleo independiente y la contratación de asalariados con carácter no permanente cobran en este caso un papel importante pues son elementos que distinguen al trabajador por cuenta propia de los que lo hacen por cuenta ajena.

Como empleo independiente entiende la Organización Internacional del Trabajo (1998), “aquellos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos. Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa”.

En cuanto a la contratación de asalariados se requiere que sea con carácter no permanente pues si se rompe esta regla ya no estaríamos en presencia de un trabajador por cuenta propia sino ante la figura de un empleador que se caracteriza precisamente por contratar por períodos continuos a personas que trabajarán para él. Al empleador se le ha entendido como “aquellos trabajadores que tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» y que, en virtud de su condición de tales, han contratado a una o a varias personas para que trabajen para ellos en su empresa como asalariados a lo largo de un período continuo que incluye el período de referencia”. (Organización Internacional del Trabajo, 1993)

En resumen, según la Organización Internacional del Trabajo, el trabajador por cuenta propia se caracteriza por mantener un empleo independiente donde toma las decisiones fundamentales y asume las consecuencias de los resultados de la gestión de la actividad que desarrolla, a la par que labora personalmente en la misma lo que se deriva de la exigencia de no contratar asalariados o a hacerlo de forma discontinua para no perder dicha condición.

Este requerimiento del trabajo personal en el negocio, apuntado por la OIT, se refleja con amplitud en algunas legislaciones pues en España, por ejemplo, en el año 2006 de un total de 2 213 636 trabajadores por cuenta propia o autónomos acogidos al régimen especial de seguridad social un total de 1 755 703 no tenían asalariados y de la cifra restante 457.933, algo más de 330.000 solo tenían uno o dos asalariados. Es decir, el 94% de los autónomos que realizaban una actividad profesional o económica no tenían asalariados o solo contrataron uno o dos.

En la actualidad estos números no han sufrido cambios sustanciales, pues se encontraban registrados en el 2014 un total de 1 945 548 trabajadores por cuenta propia o autónomos y de ellos el 79% no contrata a ningún asalariado por lo que trabajan personalmente en el negocio y si sumamos a los que contratan hasta dos trabajadores la cifra se eleva hasta el 95%.

Algunas legislaciones también definen al trabajo por cuenta propia, como por ejemplo la colombiana, que en el artículo 329 de la Ley 1607/12 (Colombia. Congreso Nacional, 2012) de las normas en materia tributaria lo entiende como toda persona natural residente en el país cuyos ingresos provengan en una proporción igual o superior a un ochenta por ciento (80%) de la realización de una de las actividades económicas autorizadas. Además, en el Decreto 1473/14 (Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2014) de las actividades económicas para los trabajadores por cuenta propia, se definen las actividades que pueden ser desarrolladas por estos trabajadores que alcanzan a 248 actividades agrupadas en los siguientes grupos: Servicios financieros, Servicios de hoteles, restaurantes y similares, Servicios de transporte, almacenamiento y comunicaciones, Minería, Manufacturas textiles, prendas de vestir y cuero, Manufactura de alimentos, Industria de la madera, corcho y papel, Fabricación de sustancias químicas, Fabricación de productos minerales y otros, Electricidad, gas y vapor, Construcción, Comercio de vehículos automotores, accesorios y productos conexos, Comercio al por menor, Comercio al

por mayor, Agropecuario, silvicultura y pesca y Actividades deportivas y otras actividades de esparcimiento.

El artículo 4 del Proyecto de Ley Especial para las personas trabajadoras por cuenta propia de la República de El Salvador lo conceptualiza como toda aquella actividad laboral dedicada a la prestación de servicios, producción de bienes o el ejercicio de actividades comerciales a pequeña escala, todos realizados con sus propios medios y autonomía técnica; en las que no existe un vínculo laboral con un empleador y en cuanto permanezcan en dicha situación; también aquellos que no emplee a ningún trabajador asalariado, excepto de manera ocasional. Se entienden comprendidos dentro del vocablo “persona trabajadora por cuenta propia”: la trabajadora o el trabajador de la economía informal, independiente, autónoma”.

En el caso de España los trabajadores autónomos o por cuenta propia son las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, de acuerdo al artículo 1.1 de la Ley 20/07 del Estatuto del Trabajador Autónomo del Reino de España. En esta norma jurídica, al referir los sujetos que expresamente están bajo su imperio, se aprecia claramente que todos ejercen de forma directa la actividad descrita.

Así sucede por ejemplo, con los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias; los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común; quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa y los trabajadores

autónomos económicamente dependientes y cualquier otra persona que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley.

También investigadores extranjeros han emitido un concepto de trabajador por cuenta propia y lo definen como “las personas que, sin depender de un patrón, explotan su propia empresa económica sin ocupar a ningún trabajador remunerado”. (Amarante & Perazzo, 2013, p. 4)

En cuanto al tratamiento de la figura por investigadores nacionales encontramos diversos conceptos, pues se ha entendido el trabajo por cuenta propia como “todas aquellas actividades desarrolladas por agentes económicos, fuera de los dos sectores sociales fundamentales de la economía socialista, es decir, el sector estatal y el cooperativo” (Pérez, Oberto & González, 2003, p. 2). De igual forma otros autores lo definen como “la persona natural cubana con edad laboral, que autorizada por las direcciones municipales de trabajo, previa autorización de las organizaciones políticas y de masas, realiza una actividad económica a cambio de la obligación de pagar el impuesto correspondiente”. (Antúnez, Bruzón & Velázquez, 2013, p. 3)

Otros conceptos de trabajo por cuenta propia que se han manejado en trabajos cubanos al respecto lo consideran como “la actividad económica o profesional realizada por persona física o jurídica de forma habitual y directa, a título lucrativo, fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”. (Rodríguez & Piorno, 2012, p. 6).

Por su parte, la Oficina Nacional de Estadísticas e Información en Cuba (2011), considera que los trabajadores por cuenta propia son: “aquellos trabajadores que siendo o no propietarios de los medios y objetos de trabajo no están sujetos a un contrato de trabajo con entidades jurídicas y no reciben remuneración

salarial”.

Es destacable que la legislación nacional no define la figura del trabajador por cuenta propia y solo se limita a expresar los requisitos que debe cumplir una persona para adquirir tal condición. Sin embargo, a pesar de esta omisión sí encontramos referencia expresa en las normas reguladoras del trabajo por cuenta propia en Cuba a la posibilidad de contratar fuerza de trabajo.

Desde el primer gran impulso del cuentapropismo en nuestro país, que ocurrió en el año 1993 con el Decreto Ley 141 y la Resolución Conjunta No.1 (que serán analizados más adelante) se le prohibió al titular de la patente la posibilidad de contratar fuerza de trabajo por lo que la actividad tenía que desempeñarse de forma directa por el autorizado que solo podía utilizar la ayuda de familiares. Sin embargo, en regulaciones posteriores esta medida se fue flexibilizando y ya la Resolución No 32/10 del MTSS autorizaba a los titulares de patentes de 84 actividades a contratar fuerza de trabajo, lo que fue eliminado por la Resolución 33/11 del mismo Ministerio que autorizó a todos los cuentapropistas a contratar fuerza de trabajo lo que se ha mantenido en la legislación vigente en materia de cuentapropismo.

Habiendo analizado diversas posiciones en materia de trabajo por cuenta propia podemos concluir que la característica distintiva es el ejercicio personal de la actividad, que incluso emana de la misma enunciación de la figura, pues se exige que el cuentapropista labore personalmente en el negocio. No está diseñada para que este explote el trabajo ajeno sino para que lo desempeñe o, en último caso, si contrata fuerza de trabajo generalmente el número de trabajadores es bajo y el cuentapropista comparte con ellos las mismas tareas.

Aquí destaca una diferencia fundamental con el empresario mercantil individual, que si bien puede laborar directamente en el

negocio, también puede actuar a través de algún representante que dirija la empresa en su nombre. Este tipo de empresario se define por ser “la persona física que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutivo de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de la actividad”. (Uría, 2001, p. 153)

Otros autores también coinciden en este concepto de empresario individual y en esta posibilidad que tienen los empresarios individuales de no trabajar personalmente en el negocio que han fundado, lo que se refleja también en los requisitos para ser empresario individual, pues la actuación en nombre propio le obliga a responder con su patrimonio independientemente de que actúe por sí mismo o por medio de un representante.

El otro rasgo que distingue al trabajador por cuenta propia, y que es consecuencia de lo arriba analizado, es que en el caso de contratar mano de obra lo hacen con pocos trabajadores dada la pequeña entidad de sus negocios. Esto también separa al cuentapropista del empresario mercantil quien sí contrata a multitud de personas para desarrollar el giro del comercio que escogió.

De acuerdo a la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas aquellas que contraten hasta 10 empleados están en el primer grupo y las que tengan menos de 50 y de 250 estarán, respectivamente, en los dos restantes. Esto contrasta con el ejemplo, ya apuntado anteriormente, de que los trabajadores autónomos españoles en el 94% de los casos contratan como máximo solo a dos trabajadores.

3.2. La evolución del trabajo por cuenta propia en Cuba

En el año 1959, y como herencia del pasado capitalista cubano,

existían pequeños y medianos empresarios individuales que formaban parte importante del entramado económico de la República Neocolonial. Durante años, estas figuras convivieron con los cambios que se venían produciendo en la realidad económica de nuestro país que incidieron, en primer lugar, sobre las grandes industrias de la época.

Desde el mismo año 1959 se promulgó la Ley de Reforma Agraria que eliminaba el latifundio y fue un paso importante para la entrega de tierras al campesinado cubano. El 17 de mayo de 1959 se promulgó la Primera Ley de Reforma Agraria que redujo las fincas a un máximo de 30 caballerías de tierras (aunque en algunos casos excepcionales se podían mantener en 100 caballerías) y en 1963 se emite la Segunda Ley de Reforma Agraria que expresaba en su Artículo 1: Se dispone la nacionalización, y por consiguiente la adjudicación al Estado Cubano de todas las fincas rústicas con una extensión superior a sesenta y siete hectáreas y diez áreas (cinco caballerías de tierra).

Posteriormente se produjo la nacionalización de la Banca, de la industria azucarera, de las refinerías de petróleo y de las principales empresas que prestaban servicios públicos como el de electricidad, de telefonía, etc., que pasaron todas a patrimonio estatal en 1960, fundamentalmente a partir de la promulgación de la llamada Ley Escudo y de los Decretos Leyes 890 y 891 de octubre de ese año. El proceso de nacionalización comenzó por las dependencias de las empresas petroleras norteamericanas Esso, Texaco y Shell en junio de 1960.

Posteriormente se nacionalizaron otras 26 compañías estadounidenses, entre ellas la Cuban Telephone Company y la Cuban Electric Company; así como 36 centrales azucareros propiedad de norteamericanos. En los meses sucesivos se incorporaron al patrimonio estatal el resto de las grandes empresas foráneas y nacionales

No es hasta el año 1968 que la atención de la Gobierno cubano se centra en los pequeños y medianos empresarios que aún funcionaban en la economía nacional y el 13 de marzo de ese año, en un discurso del entonces Primer Ministro Fidel Castro Ruz, se da comienzo a la llamada Ofensiva Revolucionaria y se proclama la intención de eliminar toda manifestación de comercio privado por considerar que era incompatible con el nuevo sistema social que se pretendía construir en Cuba.

Como resultado de este proceso, según la prensa nacional de la época, se cerraron en nuestro país 55 636 pequeños negocios, muchos operados por una o dos personas. Entre ellos 11 878 comercios de víveres (bodegas), 3 130 carnicerías, 3 198 bares, 8 101 establecimientos de comida (restaurantes, friterías, cafeterías, etc.), 6 653 lavanderías, 3 643 barberías, 1 188 reparadoras de calzado, 4 544 talleres de mecánica automotriz, 1 598 artesanías y 3 345 carpinterías.

A nivel local, en la antigua provincia de Las Villas (que incluía a las actuales Villa Clara, Sancti Spíritus y Cienfuegos) se cerraron cerca de diez mil pequeños negocios según reporte de la prensa de la época (Chaos, 1968).

Sin embargo, en el país siguieron existiendo trabajadores privados, concentrados fundamentalmente en campesinos individuales, transportistas y algunas profesiones como médicos, estomatólogos, optometristas y veterinarios amparados en el Decreto Ley No. 14 de 1978 sobre el ejercicio de actividades laborales por cuenta propia que autorizaba a los profesionales graduados antes de 1964 a ejercer la profesión.

Sin embargo, al no producirse nuevas autorizaciones para estas actividades desarrolladas por profesionales, desaparecieron con el paso de los años dada la intención del Estado cubano de configurar su ejercicio con carácter estatal y social como conquista del proyecto revolucionario donde la asistencia

médica, veterinaria y estomatológica en el país, a diferencia de la mayoría de las legislaciones, no serían objeto de transacciones mercantiles.

Otro tanto sucedió con el ejercicio de la abogacía ya que era una actividad ejercida libremente por los abogados y en el año 1964 la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de La Habana propuso al Ministro de Justicia la creación de una agrupación de abogados que se denominaría Bufetes Colectivos y que debía funcionar conforme a bases propuestas por la propia Junta por lo que, a partir de ese momento, coexistieron con el ejercicio privado de la abogacía hasta que en el año 1973, el Consejo de Ministros dictó la ley 1250 “Ley de Organización del Sistema Judicial”, que eliminó en Cuba el ejercicio privado de la abogacía que duraría hasta el año 1974.

En cuanto a las actividades no profesionales el mencionado Decreto Ley No. 14 de 1978 por primera vez permitía a los trabajadores de las entidades estatales a desempeñar una actividad económica por cuenta propia: se les autorizaba elaborar alimentos o prestar diferentes servicios, previa autorización y solo con la ayuda de sus familiares, sin pago de salario, ni el empleo de trabajadores contratados.

Todos los trabajadores autorizados a ejercer el cuentapropismo estaban obligados a inscribirse previamente en el Registro de Contribuyentes y abonar el impuesto correspondiente. Dicha inscripción tenía validez por un año y, transcurrido ese plazo, el trabajador estaba obligado a renovarlo para poder continuar en la actividad.

Las producciones y servicios que se autorizaba a realizar a estos trabajadores eran solamente aquellas que las entidades estatales no podían realizar. Los locales en que podían ejercer su actividad eran sus respectivos hogares, en los cuales tenían que cumplir las normas higiénico-sanitarias y seguridad que los

poseedores de la licencia estaban obligados a cumplir.

A los que se les concedía licencia para el ejercicio de la actividad por cuenta propia, no podían realizarla en portales o locales públicos habilitados para el desempeño de su actividad, y tampoco en instalaciones fijas o móviles ubicadas en la vía pública, ya que no tenían autorización para desempeñarse como vendedores ambulantes.

En dicho cuerpo legal no se reflejaba como adquirir de manera legal los insumos y materias primas para cumplir el cometido de los cuentapropistas, pues no se fijaba el derecho de adquirirlos en las empresas mayoristas del Estado y las producciones y servicios que se autorizaban a realizar solo las podían vender a las entidades estatales, constituyendo una violación grave ofertarlas a la población o producir para intermediarios. En materia de precios, estos bienes y servicios estaban oficialmente determinados por el Estado y estaban prohibidos los mecanismos de oferta y demanda: era inexistente todo lo relativo a las leyes del mercado.

En 1985 se dispuso, mediante la Resolución Conjunta No. 23 del Comité Estatal de Finanzas y del Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social, la actualización del Registro de Contribuyentes, quedando explícito quiénes podían ejercer este trabajo por cuenta propia, lo que contribuyó a resolver algunos vacíos de la legislación anterior.

El primer gran impulso al trabajo por cuenta propia en nuestro país ocurrió en 1993 y vino de la mano del derrumbe del campo socialista que se completó en 1991 con la desaparición de la URSS. Como consecuencia de esto, el mercado cubano se contrajo en más de un 80% y el PIB cayó un 34% y una de las medidas para hacer frente a esta severa crisis económica fue extender las actividades que se podían desarrollar por cuenta propia.

Los motivos fundamentales de esta medida fueron: liberar al sector estatal de una carga en la producción de bienes y servicios que no podía ejecutar eficientemente, y como alternativa de empleo, con lo cual se buscaba un estímulo a la producción en las condiciones adversas de recursos que enfrentaba el país, en las cuales la iniciativa del trabajador debía jugar un papel acrecentado.

Para darle cauce legal a esta necesaria medida económica se promulgó en 1993 el Decreto Ley No. 141 Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular, 1993) y se le encargó al Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social determinar las actividades autorizadas, la regulación de quiénes podían ejercerlas, los requisitos y el ordenamiento, supervisión y control de estas actividades, al mismo tiempo que se encargaba al Comité Estatal de Finanzas todo lo referido al Sistema Tributario.

A la par que derogaba al Decreto Ley No. 14/78, esta nueva disposición ratificaba que los autorizados a desempeñar la actividad privada, estaban obligados a inscribirse en el Registro de Contribuyentes, previo el pago de los derechos por dicha inscripción. Además de estipular, para todos a los que se les concedía la licencia, que debían pagar un impuesto de acuerdo a la actividad que realizaban que consistió inicialmente en una cuota fija mensual.

Todos los dueños de los pequeños negocios fundados eran sometidos periódicamente a inspecciones estatales y estaban obligados a mostrar los documentos y materiales que empleaban en su negocio y brindar las informaciones que les solicitaran.

En el mismo día de la puesta en vigor del Decreto Ley 141, entró en vigencia la Resolución Conjunta No. 1 de los Comités Estatales de Trabajo y de Finanzas. La misma definía las actividades que se podían desarrollar bajo el régimen de

cuentapropismo e identificaba a quienes se autorizaba a ejercer la actividad privada, de lo que quedaban excluidos los graduados universitarios. Esta Resolución, que derogaba a la ya mencionada Resolución Conjunta No. 23 de 1985, autorizó el desempeño de 117 actividades que podían realizar todos aquellos que tuvieran sus licencias y abonaran los impuestos correspondientes. En el futuro las actividades autorizadas se incrementarían o reducirían de acuerdo a las necesidades del país.

Al contrario de lo que establecía el derogado Decreto Ley No. 14/78, la nueva norma jurídica autorizaba a los trabajadores por cuenta propia la comercialización de sus producciones y servicios directamente a la población. El precio se fijaba de acuerdo a las leyes del mercado, pero ajustado a las regulaciones vigentes, para evitar la proliferación de vendedores no autorizados, en áreas que estaban prohibidas.

Otra diferencia sustancial de la nueva legislación en materia de cuentapropismo con el Decreto Ley No. 14/78 es que este solo permitía a los trabajadores privados vender sus producciones y servicios a las entidades estatales y no a la población mientras que la Resolución Conjunta No. 1/93 les prohibía a los trabajadores autorizados realizar estas transacciones con cualquier ente estatal.

Después de tres años de estar en vigencia la Resolución Conjunta No. 1/93, entró en vigor una nueva Resolución Conjunta de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Finanzas y Precios, contentiva del Reglamento sobre el Trabajo por cuenta propia, donde se reconocía que la actividad por cuenta propia era un complemento de la estatal en lo referido a la producción y los servicios.

Esta Resolución Conjunta No. 1/96, que autorizaba 157 actividades, hacía énfasis en que la autorización había que

entenderla como una nueva vía de empleo, que se revertía en el incremento de los ingresos personales y de acuerdo al impuesto que abonaban al fisco, eran una entrada al presupuesto de la nación.

En dicha Resolución Conjunta fue puesto en vigor el primer reglamento sobre la actividad por cuenta propia, en el que se fijaban las que se podían realizar, los impuestos que estaban obligado a pagar de acuerdo a sus ingresos personales; de igual manera, autorizaba a los Consejos de Administración Provincial y Municipal suprimir aquellas actividades, previa autorización del MTSS.

La Resolución Conjunta establecía que la actividad privada la podían ejercer personas que tuvieran vínculo laboral con empresas del Estado, jubilados, trabajadores desempleados, los desvinculados laboralmente, amas de casa, discapacitados y universitarios previamente autorizados.

La Resolución dejaba claro que los trabajadores privados podían realizar las ventas de sus productos y servicios directamente a la población en sus domicilios, locales y aéreas habilitadas, previa autorización, pero no se autorizaba la contratación de trabajadores.

Quedaba definido que los Consejos de Administración eran los que fijaban el monto de pago por el alquiler de áreas y locales arrendados, en que podían realizar su actividad los dueños de los negocios privados. El precio de la venta de sus mercancías y servicios se fijaba de acuerdo a las leyes del mercado.

Dicha Resolución era bien específica al señalar que los trabajadores privados no estaban autorizados a firmar contrato de venta de producciones o prestación de servicios a personas jurídicas, fueran estatales o privadas, empresas mixtas o asociaciones económicas internacionales.

Como una medida dirigida a controlar la licitud de las materias primas utilizadas para producir los bienes que ofertaban los cuentapropistas estaban obligados a comprar los insumos y equipos en las Tiendas de Recaudación de Divisas y en los Mercados Agropecuarios Industriales y Artesanales y tenían que mostrar los comprobantes de compras cuando los inspectores estatales se los solicitaran.

Además, se estableció en esta norma, que los trabajadores por cuenta propia podían utilizar la ayuda familiar en el ejercicio de las actividades autorizadas. Se desecha toda posibilidad de la contratación de trabajadores asalariados por los titulares de la patente, lo que deja bien establecido en el desarrollo de su articulado. De acuerdo a esta ley, los trabajadores que ejerzan como ayuda familiar, serán declarados como tal por el titular de la licencia y están obligados a obtener su licencia, según el procedimiento establecido en la Dirección Municipal de Trabajo correspondiente a su domicilio.

Además, continúa expresando que la ayuda familiar se autoriza exclusivamente para las actividades de elaboración y venta de alimentos y bebidas en sus distintas modalidades; comprende los convivientes, familiares o no, registrados en la vivienda del trabajador por cuenta propia poseedor de la licencia para las actividades antes mencionadas y al cónyuge y los padres, hermanos e hijos en edad laboral, aunque no pertenezcan a dicho núcleo familiar.

A los trabajadores privados que tuvieran licencia para vender productos no alimenticios, se les tenía prohibido vender artículos elaborados industrialmente que se vendieran en las TRD y los dueños de cafeterías y pequeños restaurantes no podían vender productos lácteos, embutidos u otros alimentos enlatados, así como mariscos, pescados y carnes de ganado bovino y equino, solamente se les autorizaba a vender lo que adquirirían en las Tiendas de Recaudación de Divisas y en los

Mercados Agropecuarios Industriales y Artesanales.

A dos años de estar vigente la Resolución Conjunta No.1 del MTSS y el MFP de 1996, esta fue derogada por otra Resolución Conjunta, la No.1 de 1998, que mantuvo el mismo número de actividades que la derogada, pero aclaraba que de ese momento en adelante los trabajadores privados debidamente inscriptos para el desempeño de su actividad liquidarían sus impuestos y declaración jurada anual en pesos y dólares.

La nueva Resolución Conjunta aclaraba que para el otorgamiento de licencia para el ejercicio de la actividad privada a trabajadores vinculados a entidades estatales, tenían que presentar previamente la certificación firmada por el jefe de personal del centro donde laboraba. Además, mantenía las disposiciones relativas a que los dueños de los pequeños establecimientos que expendían alimentos a la población no estaban autorizados a vender jamones ni embutidos de producción artesanal; solo podían ofertar lo que compraban en las TRD.

A partir de la regulación del cuentapropismo que se realizó en los años 1996 y 1998 se logró darle un impulso a esta actividad, que comenzó a ganar importancia económica, pues en 1999 se reportaban 156 600 trabajadores por cuenta propia y aunque estos números están lejos de los actuales, respecto a etapas anteriores constituyó un verdadero salto cuantitativo.

A la altura del 2003 se promulga una nueva regulación para el trabajo por cuenta propia a través de la Resolución No. 8 de 31 de marzo de 2003 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), en la que solo se aprobaban 107 actividades, es decir, 50 menos de las 157 que estaban autorizadas. Además, la Resolución especificaba que para 22 de las actividades aprobadas no se volvería a otorgar nuevas licencias. Un año después se puso en vigor la Resolución No. 11 de 25 de marzo de 2004 del MTSS (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular,

2004). En esta ocasión hubo un aumento de 11 actividades, elevándose a 118, pero si había 22 actividades en la Resolución anterior para las cuales no se otorgarían nuevas licencias, la nueva resolución las aumentó a 40.

Una regulación similar instituiría la Resolución No. 9 del 11 de marzo de 2005 del MTSS (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular., 2005), en la que se mantuvieron las 118 actividades, pero no hubo cambio alguno en las 40 actividades para las que no se otorgarían nuevas licencias. Los principios generales que para el ejercicio del trabajo por cuenta propia que instituyó esta resolución fueron: servir como complemento de la actividad estatal, ejercerlo de forma individual, el carácter renovable de la autorización para su ejercicio, abarcaba las actividades de producción y comercialización de los bienes y servicios en el domicilio del titular quien solo podía ofertar las producciones y servicios a personas naturales y la actividad autorizada tenía carácter municipal.

De forma expresa se estipulaba además que los trabajadores por cuenta propia no podían ofertar sus productos y servicios a las personas jurídicas, tanto estatales como privadas o asociaciones con capital extranjero y estos tampoco estaban facultados para adquirir productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia. No obstante, las entidades estatales podían recibir los servicios de trabajadores por cuenta propia, siempre que se tratara de servicios de transportación por tracción animal; actividades vinculadas a la agricultura; a la recogida de desechos sólidos; traslado de pan, suministro de leche y otros servicios relacionados con la alimentación. Igualmente, las mencionadas entidades podían solicitar del Consejo de la Administración Municipal, autorización para recibir la prestación de otros servicios por parte de trabajadores por cuenta propia, en actividades tales como ponchero o reparador de neumáticos, cerrajero, plomero, cocheros para la transportación de cargas y otros de alta demanda que se autorizaran previo análisis realizado en el territorio.

Los trabajadores por cuenta propia no estaban facultados para revender artículos, productos industriales o alimenticios ofrecidos en la red ordinaria de establecimientos comerciales. Tampoco para revender productos previamente elaborados por la red gastronómica y de alimentos; ni elaborar o vender leche y derivados lácteos, salvo en los casos que se adquirieran en su forma natural estos productos, en la red de establecimientos de venta en pesos convertibles y pudiera ser probada su procedencia mediante facturas y vales de compra.

Por tanto, en estos años se produce un retroceso en la cantidad de actividades que se podían ejercer mediante el cuentapropismo en nuestro país, lo que tuvo un impacto cuantitativo para el futuro desarrollo de esta actividad al punto de que en el año 2005 se registraba un máximo histórico de 169 400 cuentapropistas, mientras que al año siguiente su número descendió a 152 600 y en el 2007 se habían reducido hasta la cantidad de 138 400 las personas dedicadas a esta modalidad laboral, el más bajo desde el gran impulso de 1996.

No es hasta el año 2010 que se promulga un nuevo Reglamento sobre el trabajo por cuenta propia con la Resolución 32 del 2010 del MTSS. Esta resolución deroga a la anterior Resolución No. 9/05 e introducía aspectos novedosos en la regulación de esta actividad. En primer lugar se reconocían 178 actividades que se podían desempeñar bajo el régimen del cuentapropismo, lo que constituía el mayor número autorizado hasta la fecha, por encima de las anteriores 118 actividades reconocidas por la anteriormente vigente Resolución No. 9/05 y las 157 que estableció la Resolución Conjunta No. 1/96.

Podrían ejercer el trabajo por cuenta propia los residentes permanentes en Cuba, mayores de 17 años que cumplan los requisitos establecidos en la ley. La autorización para su ejercicio se consideraba personal e intransferible y los trabajadores por cuenta propia podían ser autorizados a ejercer más de una actividad.

En cuanto al procedimiento de solicitud de la persona interesada en ejercer el trabajo por cuenta propia, este debía acudir a la Dirección de Trabajo Municipal correspondiente y presentar los documentos siguientes:

- Carné de identidad.
- Dos fotos.
- Documentos adicionales que se exigen para algunas actividades.
- Certificación emitida por la entidad laboral sobre sus deudas bancarias.

Una vez presentada la documentación correspondiente, se procedía a la confección del Modelo “Solicitud para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia”, en original y copia, se registra la solicitud, se elabora y se firma por el Director de Trabajo Municipal el documento de autorización en un plazo no mayor a 5 días hábiles.

En el momento de la entrega de la autorización para el ejercicio del trabajo por cuenta propia por parte del funcionario encargado en la Dirección de Trabajo Municipal, este realizaba la afiliación al régimen especial de seguridad social de las personas que correspondían.

En cuanto a los solicitantes, una vez recibida la autorización del Director de Trabajo Municipal están obligados a inscribirse en el Registro de Contribuyentes de la Oficina Nacional de Administración Tributaria correspondiente, cumplimentando los requisitos que al efecto se establecían por el Ministerio de Finanzas y Precios.

En caso de deterioro o extravío del documento acreditativo, el trabajador por cuenta propia realizaba la solicitud a la Dirección de Trabajo Municipal para que le sea confeccionado un duplicado del mismo, acompañada de sellos del timbre de acuerdo a lo establecido por el Ministerio de Finanzas y Precios.

Como una notable novedad se incorporaba el derecho de los cuentapropistas a contratar trabajadores para el desempeño de la actividad autorizada y, si bien esta autorización no era válida para las 178 actividades, si se definían 84 en las que esto era posible. A esta fuerza laboral contratada se le otorgó también la condición de cuentapropista y era una de las actividades autorizadas bajo la modalidad de Trabajador contratado. Se rompe con la obligatoriedad de que el trabajador por cuenta propia laborara únicamente por sí mismo o como máximo con la ayuda de familiares y se abre la posibilidad de que utilicen fuerza de trabajo contratada y como lógica consecuencia de esto se obligaba al trabajador a pagar el impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo.

Sin embargo, nunca estuvo en el espíritu del legislador que la contratación de fuerza de trabajo alejara al titular de la patente del trabajo personal en la actividad escogida, queriendo evitar que se solicitara la autorización solo para explotar el trabajo ajeno y no para desempeñarlo de forma personal. Evidencia de esto es el artículo 8 de dicha resolución que instituía el deber para los cuentapropistas de ejercer la actividad junto con los trabajadores contratados, excepto en las actividades de transporte.

En cuanto al procedimiento de autorización de estos trabajadores contratados por los titulares autorizados para ello, estaban obligados a inscribirse en la Dirección de Trabajo Municipal, a partir de una solicitud escrita de parte del titular junto al que laboran y en la autorización que se emitía constaba el nombre del titular que los contrataba.

En relación a la comercialización de los bienes y servicios generados por los trabajadores por cuenta propia, se reconoce por primera vez que estos pueden ofrecerlos tanto a la población como a las entidades estatales y, en este caso, dentro de los límites financieros que estas tengan establecidos y teniendo como requisito que deben extenderles una factura donde se acredite la actividad realizada y la cuantía cobrada. En las anteriores regulaciones sobre cuentapropismo ya se había autorizado la comercialización de las producciones a entidades estatales mediante el Decreto Ley No. 14/78. De hecho, como vimos arriba este solo permitía a los trabajadores privados vender sus producciones y servicios a las entidades estatales y no a la población. Sin embargo, este régimen cambió cuando la Resolución Conjunta No. 1/93 prohibió realizar estas transacciones con cualquier ente estatal y solo permitió efectuarlas con la población.

En consecuencia, esta Resolución 32/10 por primera vez permite a los titulares de patentes de cuentapropistas que tengan relaciones económicas plenas, en el sentido de que pueden ofrecer sus servicios tanto al simple consumidor nacional como a las personas jurídicas que los necesitaran.

Esta Resolución 32/10, en cuanto a las actividades que tenían suspendido el otorgamiento de nuevas autorizaciones, solo reflejaba un total de nueve, cuyos titulares actuales podían seguir ejerciéndolas, pero al no existir aseguramiento de materias primas en la red comercial para las mismas se decidió no emitir nuevas patentes. Estas actividades eran: chapistero, elaborador vendedor de artículos de granito y mármol, elaborador vendedor de jabón, betún, tintas y otros similares, fundidor, herrero, oxicortador, productor vendedor de artículos de aluminio, productor vendedor de artículos de fundición no ferrosa y pulidor de piso.

La norma reguladora del cuentapropismo objeto de análisis

incluía la posibilidad de solicitar suspensiones temporales en el ejercicio de su actividad por razón de certificados médicos, debidamente avalados por la autoridad facultada que concedan hasta seis meses de inhabilitación para el trabajo o por movilizaciones militares, suspensión que debe ser solicitada al Director de Trabajo Municipal y su otorgamiento entregado por escrito. En el caso de la licencia de maternidad, también se otorgaba suspensión temporal por el período comprendido como licencia prenatal y postnatal, la que podía extenderse a solicitud de la trabajadora hasta que el niño arribara al primer año de vida.

En todos los casos la Dirección de Trabajo Municipal estaba en la obligación de retener temporalmente los documentos que autorizaban el ejercicio del trabajo por cuenta propia, durante el período concedido en la suspensión temporal e informar en un plazo que no excediera las 72 horas a la filial municipal del Instituto Nacional de Seguridad Social y a la Oficina Nacional de Administración Tributaria del municipio correspondiente para que actuaran en consecuencia. Esta suspensión temporal también afectaba al trabajador contratado pues le impedía realizar la actividad mientras su titular estuviera suspendido.

En cuanto al registro y control de esta actividad las Direcciones de Trabajo Municipales eran las encargadas de mantener actualizado el registro de las personas autorizadas a ejercer el trabajo por cuenta propia y la información sobre cada una de estas así como de realizar las comprobaciones correspondientes y estaban facultadas para evaluar mensualmente con los órganos de inspección los resultados de la fiscalización del trabajo por cuenta propia y proponer al Consejo de la Administración Municipal del Poder Popular, las medidas oportunas e informar mensualmente a las Direcciones de Trabajo Provinciales correspondientes.

A los efectos del registro, a cada trabajador por cuenta propia

se le confeccionaba, en la Dirección municipal de Trabajo a la que le solicitaba la autorización, un Expediente que contenía:

- Modelo “Solicitud y Registro del ejercicio del trabajo por cuenta propia”.
- Documentos de las entidades facultadas solicitando el retiro de la autorización, cuando corresponda.
- Resolución del Director de Trabajo Municipal, suprimiendo la autorización por violación de la ley, cuando corresponda.
- Otros documentos que haya presentado de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento.
- Constancia de la baja cuando corresponda.

Además debía incluirse una evaluación de los resultados de las fiscalizaciones al trabajo por cuenta propia, realizada por los órganos de inspección de los Consejos de la Administración del Poder Popular y otros órganos y organismos estatales así como los resultados de las conciliaciones con las filiales del Instituto Nacional de Seguridad Social y la Oficina Nacional de Administración Tributaria en los territorios.

El 18 de abril del año 2011 se aprueban por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución que reflejan en el Lineamiento Número 2: El modelo de gestión reconoce y promueve, además de la empresa estatal socialista, que es la forma principal en la economía nacional, las modalidades de inversión extranjera previstas en la ley (empresas mixtas, contratos de asociación económica internacional, entre otras), las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras

formas, todas las que, en conjunto, deben contribuir a elevar la eficiencia.

Como una consecuencia de lo aprobado en los Lineamientos, cinco meses después de su aprobación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social emite una nueva resolución que reglamentaba el trabajo por cuenta propia, la Resolución No. 33 del 2011 la que, aunque derogaba a la anterior, tenía muchas similitudes con dicha normativa. Al punto de que, en su Por Cuanto Tercero, la Resolución reflejaba, como motivo de su promulgación, que: “Las experiencias derivadas de su aplicación aconsejan sustituirla con el fin de modificar un artículo y los anexos de la citada Resolución No. 32/10, para autorizar la contratación de trabajadores en todas las actividades y adicionar nuevas actividades”.

Por tanto, los aspectos novedosos de este nuevo Reglamento del trabajo por cuenta propia incluían la autorización de 181 actividades (tres más que las autorizadas por la Resolución 32/10) y la posibilidad para los titulares de patentes de contratar trabajadores, independientemente de la modalidad del cuentapropismo que desarrollen, lo que rompe con la limitante de la anterior reglamentación que fijaba solo en 84 las actividades en las que sus titulares podían contratar trabajadores.

En el año 2013 se produce una nueva regulación del trabajo por cuenta propia cuando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social promulga la Resolución 41 del 22 de agosto de ese año, contentiva del Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia y que es la norma actualmente vigente en la materia.

Según esta norma jurídica, las entidades facultadas para otorgar las autorizaciones para el ejercicio de las actividades del trabajo por cuenta propia se determinan por resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Asimismo, las suspensiones temporales, las bajas, el registro de las actividades y la

aprobación e inscripción de la contratación por el titular, de servicios de trabajadores, se emiten por las referidas entidades facultadas, de acuerdo con el procedimiento establecido por los jefes de los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales, a los que se subordinan, así como por el Presidente del Consejo de Administración Provincial de La Habana, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los requisitos para ejercer el cuentapropismo consagrados en esta norma jurídica consisten en ser ciudadano cubano o extranjero residente permanente en Cuba, mayor de 17 años que cumplan los requisitos establecidos para ello en la ley y se mantiene el carácter personal e intransferible de la autorización para el ejercicio de la actividad. Los trabajadores por cuenta propia podrán ser autorizados a ejercer más de una actividad, siempre que cumplan lo establecido en la legislación.

En el caso especial de los recién graduados de obreros calificados y de las escuelas de oficio, que al momento de su egreso no han arribado a la edad laboral, pueden incorporarse al trabajo por cuenta propia con la autorización del Director de Trabajo Municipal, cumpliendo los procedimientos establecidos para estos casos.

En cuanto a sus obligaciones, los trabajadores por cuenta propia deben observar las siguientes:

- cumplir la legislación vigente y las disposiciones de los organismos y órganos facultados;
- cumplir con las obligaciones tributarias establecidas;
- realizar la actividad o las actividades para las cuales están autorizados;

- ejercer cotidianamente la actividad con los trabajadores contratados, excepto en las actividades de transporte. Pueden ausentarse para resolver problemas propios de la actividad o personales.
- utilizar en el ejercicio del trabajo, materias primas, materiales y equipos de procedencia lícita;
- responsabilizarse con la calidad de la producción que realizan y los servicios que prestan;
- mantener, en los lugares donde ejerzan la actividad, el cumplimiento de las normas sobre el ornato público, la seguridad en el trabajo, la higiene comunal, sanitaria y la preservación del medio ambiente;
- mostrar a la autoridad competente la autorización que los acredite para ejercer la actividad, su inscripción en el Registro de Contribuyentes, así como cualquier otro documento que se establezca por los órganos del Estado y el Gobierno, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales, siempre que se encuentren en la elaboración, prestación del servicio, comercialización de las producciones o realicen gestiones de suministro u otras asociadas al ejercicio del trabajo por cuenta propia;
- brindar la información sobre el ejercicio de sus actividades, a las autoridades facultadas para ello y facilitar, durante el desarrollo de su trabajo, que se realicen las verificaciones y los controles que se requieran.

De acuerdo al Reglamento, los trabajadores por cuenta propia tienen como facultades: solicitar y recibir la asesoría de las autoridades competentes; así como la información que requieran para el ejercicio de su trabajo y las explicaciones sobre las

inspecciones que se les realizan. De igual forma se mantiene la autorización de contratar trabajadores para todos los que tengan patente que los autorice a desarrollar cualquiera de las actividades aprobada.

Las personas para ejercer la actividad de “trabajador contratado” están obligadas a inscribirse, a partir de una solicitud escrita de parte del trabajador con el que laboran. En la autorización que se emite debe constar el nombre del que los contrata y en el caso de los creadores y artistas pueden contratar trabajadores que se inscriben en las Direcciones de Trabajo municipales a solicitud de los primeros.

De acuerdo al régimen vigente los trabajadores por cuenta propia pueden comercializar sus productos y servicios a entidades estatales, dentro de los límites financieros que estas tengan establecidos, debiendo extenderles un escrito (factura) donde se acredite la actividad realizada y la cuantía cobrada tal y como se autorizaba por la Resolución 32/11.

En cuanto a los locales para el desempeño de su actividad los trabajadores por cuenta propia están autorizados a ejercerla en su domicilio u otro local o espacio arrendado, con observancia de las normas establecidas por el Consejo de la Administración Municipal del Poder Popular; las áreas comunes habilitadas al efecto y los itinerarios definidos, en las actividades que lo requieran, con la autorización del Consejo de la Administración Municipal o Provincial del Poder Popular, según corresponda y en el domicilio del usuario, en las actividades que debido a su naturaleza deben realizarse en este.

La autorización para ejercer el trabajo por cuenta propia, se obtiene a partir de la solicitud del interesado presentada a las entidades facultadas y corresponde a estas la aprobación o no, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento y las regulaciones específicas. Los trabajadores por cuenta propia

ejercen la actividad una vez recibida la autorización y realizada la afiliación al régimen especial de la seguridad social y la inscripción como contribuyentes en la Oficina Nacional de Administración Tributaria de su municipio, conforme establecen los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Finanzas y Precios.

En cuanto a los trabajadores autorizados que se encuentren impedidos de ejercer su actividad por certificados médicos, debidamente avalados por la autoridad facultada, que concedan hasta seis meses de inhabilitación para el trabajo o por movilizaciones militares, pueden solicitar por escrito, a la entidad que autorizó el ejercicio de la actividad, el otorgamiento de una suspensión temporal de su realización. De igual forma, en el caso de la licencia de maternidad, se otorga suspensión temporal por el período comprendido como licencia prenatal y postnatal, la que puede extenderse a solicitud de la trabajadora hasta que el niño arribe al primer año de vida. Esta suspensión temporal es concedida previo análisis por la entidad que autorizó el ejercicio de la actividad, de las causas que sustentan la solicitud.

Al vencimiento del período sin que se produzca la reincorporación a la actividad, se realiza un nuevo análisis y puede disponerse la baja como trabajador por cuenta propia. La entidad en cuestión está en la obligación de retener temporalmente los documentos que autorizan el ejercicio del trabajo por cuenta propia, durante el período concedido en la suspensión temporal e informar en un plazo que no exceda las 72 horas a la filial municipal del Instituto Nacional de Seguridad Social y a la Oficina Nacional de Administración Tributaria del municipio correspondiente para que actúen en consecuencia. Cuando el trabajador por cuenta propia tenga una suspensión temporal, los trabajadores contratados por él no pueden realizar la actividad.

También refleja el Reglamento las causas por la que los jefes

de las entidades facultadas pueden disponer la baja de un trabajador por cuenta propia:

- violaciones o incumplimientos de la legislación vigente, a solicitud de los funcionarios que atienden el trabajo por cuenta propia en las direcciones de Trabajo municipales.
- incumplimiento de sus obligaciones, a solicitud de la Oficina Nacional de Administración Tributaria.
- solicitud expresa del trabajador.
- de oficio o por solicitud del familiar por fallecimiento.
- notificación del retiro de la autorización, a solicitud de los órganos de inspección en el caso de violación de la legislación.
- excepcionalmente, a solicitud del Banco, por incumplimiento reiterado del pago de los créditos otorgados.
- vencimiento del término de la suspensión temporal, sin que se produzca la reincorporación a la actividad.

En los casos a que se refieren los incisos a), b), e) y f) el escrito fundamentado por el que se dispone la baja, debe expresar las infracciones u otras violaciones de la legislación vigente que la motivan.

Los jefes de las entidades facultadas, al retirar la autorización para el ejercicio del trabajo por cuenta propia, lo comunican a la filial municipal del Instituto Nacional de Seguridad Social, a la Oficina Nacional de Administración Tributaria del municipio y a los órganos de inspección correspondientes en un término no

mayor de 72 horas, para que actúen en consecuencia.

La autorización para ejercer el trabajo por cuenta propia, de acuerdo al Reglamento, se obtiene a partir de la solicitud del interesado al Director de Trabajo de su municipio de residencia y corresponde a este la aprobación o no de dicha solicitud y una vez recibida la documentación, se confecciona el modelo "Solicitud para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia", en original y copia, se elabora y se firma por el Director de Trabajo Municipal el documento de autorización, en un plazo no mayor a 5 días hábiles, a partir de la recepción de la solicitud.

En el momento de la entrega de la autorización a la persona, para el ejercicio del trabajo por cuenta propia por el funcionario encargado en la Dirección de Trabajo Municipal, este realiza su afiliación al régimen especial de seguridad social, si corresponde. Los solicitantes, al recibir la autorización del Director de Trabajo Municipal están obligados a inscribirse en el Registro de Contribuyentes de la Oficina Nacional de Administración Tributaria correspondiente, cumplimentando los términos y condiciones establecidos en la legislación tributaria.

Como complemento a la Resolución No. 41/13 se dictó, por el mismo organismo y en la misma fecha, la Resolución No. 42 que establecía el número de las actividades autorizadas para el ejercicio del trabajo por cuenta propia, permitiéndose un total de 201 actividades que en este caso no eran meramente enumeradas, sino que, por primera vez, se añadía la descripción del alcance de las mismas. Esto estuvo motivado por las situaciones que se habían presentado anteriormente dada la indefinición del contenido de las actividades autorizadas, lo que permitió que algunas se desvirtuaran en la práctica. Así, por ejemplo, se generalizó la figura del cuentapropista que se dedicaba a revender los artículos industriales que se ofertaban en las Tiendas Recaudadoras de Divisas y otros establecimientos estatales y que habían solicitado su autorización bajo la figura

del Productor o vendedor de artículos varios de uso en el hogar. Otro tanto sucedió con las solicitudes de Modista o sastre que derivaron en la venta de ropas que procedían del extranjero.

Esta Resolución 42/13 terminó con la suspensión de las autorizaciones para el ejercicio de las actividades de Chapistero, Elaborador vendedor de artículos de mármol, Fundidor, Herrero, Oxicortador, Productor vendedor de artículos de aluminio, Productor vendedor de artículos de fundición no ferrosa y Pulidor de pisos que comenzaron a otorgarse a partir de la entrada en vigor de dicha Resolución. Solo se mantuvo la suspensión de licencias para aquellos trabajadores que se encuentran autorizados a ejercer la actividad de Elaborador vendedor de jabón, betún, tintas y otros similares, pues no existe aseguramiento de materias primas en la red comercial para desarrollar la misma.

Sobre algunas actividades de nueva creación como el vendedor mayorista de productos agropecuarios y vendedor minorista de productos agropecuarios serían autorizadas en la medida que se implemente el Sistema de Comercialización de productos Agropecuarios. De manera similar, las actividades de Agente postal y Agente de telecomunicaciones serían autorizadas, en la medida que se implementen los sistemas de gestión aprobados a las Empresas de Correos de Cuba y de Telecomunicaciones de Cuba.

3.3. Análisis de la regulación vigente sobre el trabajo por cuenta propia

No obstante, al paso de avance que representaron las normas jurídicas recién analizadas en materia de trabajo por cuenta propia, en comparación con las que las antecieron, en el año 2018 se promulga un paquete legislativo regulador de esta actividad, que mantiene algunos elementos de las normas anteriores e incorpora aspectos novedosos.

Con el propósito de lograr ajustes de las actividades existentes, así como cambios en requisitos y obligaciones, reglas jurídicas y prácticas tributarias, el 15 de julio de 2018 se publicaron en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 35 las normas que implementan la política para el perfeccionamiento del trabajo por cuenta propia en Cuba. Estas nuevas regulaciones entraron en vigor el 7 de diciembre del propio año. Las 201 actividades permitidas anteriormente quedaron agrupadas en 123, lo cual no significó la supresión de ninguna de ellas, sino su reordenamiento. Estas nuevas actividades se relacionan en la Resolución No. 12/18 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De acuerdo a estas nuevas normas jurídicas, las personas naturales pueden ser autorizadas a ejercer más de una actividad, siempre que cumplan lo regulado para el ejercicio del trabajo por cuenta propia (ya que el Código del Trabajo consagraba la opción del pluriempleo) y manteniendo el principio de que el cuentapropista tiene que participar cotidianamente en su negocio, por lo que no se autorizará más de una actividad en aquellas labores que por su naturaleza no pueden ejecutarse en el mismo espacio de tiempo.

El Decreto Ley 356/18 sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia, mantiene el requisito de 17 años de edad para el ejercicio de cualquier actividad, pero adiciona que los jóvenes de quince y dieciséis años se podrán incorporar excepcionalmente al trabajo por cuenta propia. Además, aclara que a los jóvenes de diecisiete y dieciocho años de edad se les deben garantizar las condiciones laborales establecidas en la ley. En este cuerpo legal se listan los veintidós organismos del Estado cubano que son rectores del trabajo por cuenta propia, así como sus funciones. De igual manera, se faculta a los Consejos de la Administración provinciales y del municipio especial de Isla de la Juventud para regular los precios y tarifas fijos o máximos sobre los productos y servicios que prestan los trabajadores por cuenta propia, cuando las circunstancias lo aconsejen y teniendo en cuenta las condiciones y características de cada territorio.

Por su parte, el Decreto-Ley No. 357 de las contravenciones personales en el ejercicio del trabajo por cuenta propia, regula las medidas aplicables por contravenir las regulaciones del cuentapropismo y son: notificación preventiva; multa; cancelación de la autorización para ejercer la actividad del trabajo por cuenta propia, por el plazo de hasta dos años; cancelación definitiva de la autorización para ejercer la actividad del trabajo por cuenta propia; comiso de los instrumentos, equipos, herramientas, materias primas y otros insumos, así como los productos en proceso y terminados que resulten del ejercicio de la actividad del trabajo por cuenta propia; y confiscación de la vivienda, en los casos que proceda. Además, se refiere este Decreto Ley a las infracciones sancionables, la cuantía de las multas y las autoridades facultadas para imponer estas medidas y aquellas ante las cuales se resolverán las reclamaciones.

Una norma de menor rango, la Resolución No. 182/18 del Ministerio de Economía y Planificación, autorizó a las personas jurídicas cubanas a realizar pagos en pesos cubanos convertibles a las personas naturales que prestan servicios de alimentación y de alojamiento en dicha moneda, siempre que lo tengan aprobado en su presupuesto de gastos. Esto constituía una prohibición a anterior que se elimina y amplía el mercado de los cuentapropistas cubanos propietarios de un hostel, a la par que les ofrece a las entidades cubanas una posibilidad más para contratar servicios de alojamiento.

Otras Resoluciones norman los requisitos para obtener el dictamen técnico de seguridad al operar equipos de recreación (Resolución 87/18 del Ministerio de Industrias), los necesarios para obtener licencia sanitaria para las actividades que la requieran (Resolución 179/18 del Ministerio de Salud Pública) y las relacionadas con la licencia para las actividades de transportación (Resoluciones 174, 175 y 176 del Ministerio del Transporte). De igual forma, y con el objetivo de ordenar el uso de carteles por los trabajadores por cuenta propia, el Instituto de Planificación Física emitió la Resolución No. 31/18 donde se

exige que el contenido del cartel debe corresponderse con la actividad autorizada al cuentapropista y que en los casos donde se utilice algún signo distintivo de publicidad, este debe estar registrado en la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial.

Sin dudas, el cuerpo legal más importante de esta nueva etapa de la regulación del cuentapropismo en Cuba, lo constituye la Resolución No. 11/18 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, contentivo del Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia. Esta resolución recoge que los poseedores de licencias no pueden comercializar artículos y productos importados por ellos u otras personas, o que hayan sido adquiridos en la red de establecimientos comerciales, con excepción de las actividades cuyo alcance lo autoriza, siempre que estén asociados a la prestación de servicio. Otra prohibición expresa para los cuentapropistas es la de no poder actuar como cooperativa, asociación o cualquier tipo de organización colectiva de producción, comercialización o prestación de servicios, sin estar expresamente autorizados por la autoridad competente.

Por otra parte, el Reglamento autoriza a los trabajadores por cuenta propia, así como los creadores y artistas, a contratar trabajadores. Se exceptúan de lo antes dispuesto solo tres actividades (Facilitador de permutas y compra-venta de viviendas, Agente Postal y Arrendador de medios de transporte). En todos los casos en que se autorice a contratar trabajadores los titulares de licencias están obligados a formalizar el contrato de trabajo o documento equivalente de conformidad con lo establecido en el Código de Trabajo.

El artículo 22 de la mencionada Resolución regula como obligaciones del trabajador por cuenta propia, las siguientes:

- Realizar la actividad para la cual está autorizado y cumplir su alcance.

- Ejercer cotidianamente la actividad con los trabajadores contratados, excepto en las actividades de transporte de carga y pasajeros, así como arrendador de vivienda, habitaciones y espacios.
- Cumplir la legislación vigente y las disposiciones de los organismos de la Administración Central del Estado, órganos y entidades nacionales facultados.
- Cumplir con las obligaciones tributarias establecidas.
- Utilizar en el ejercicio del trabajo, materias primas, materiales y equipos de procedencia lícita.
- Responsabilizarse con la calidad de la producción que realiza y los servicios que presta.
- Mostrar a la autoridad competente la autorización que lo acredita para ejercer la actividad, su inscripción en el Registro de Contribuyentes, así como cualquier otro documento que se establezca por los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y entidades nacionales, siempre que se encuentre en el ejercicio del trabajo por cuenta propia o realice gestiones asociadas a este.
- Brindar la información sobre el ejercicio de su actividad, a las autoridades facultadas para ello y facilitar, durante el desarrollo de su trabajo, que se realicen las verificaciones y los controles que se requieran.
- Informar a la entidad que emitió la autorización cualquier modificación de la información declarada al momento de la solicitud en un término de hasta quince días naturales, a partir de la fecha en que se produzca.

- Cumplir las regulaciones sobre niveles de ruido, seguridad y salud en el trabajo, disposición de residuales líquidos, control de los desechos sólidos, de protección contra incendios, urbanas, el orden, las normas de convivencia y la tranquilidad ciudadana.
- Colocar en un lugar visible el horario de producción o servicio con observancia de lo establecido por el Consejo de la Administración Provincial o Municipal del Poder Popular y los precios aprobados en las actividades que correspondan.

Más adelante, el artículo 25 ratifica para el cuentapropista la posibilidad, que daban Reglamentos anteriores, de comercializar sus productos y servicios con las personas naturales y jurídicas cubanas y con las personas naturales extranjeras, conforme a lo establecido en la ley. De igual forma, los arrendadores de vivienda, habitaciones y espacios, pueden arrendar a las personas jurídicas cubanas o extranjeras, solo a los efectos de los servicios de alojamiento. Sin embargo, los arrendadores de medios de transporte solo pueden arrendar a las personas naturales cubanas y extranjeras. En el caso de un trabajador que presta servicios a las personas jurídicas, está obligado a extender un escrito o factura por el cual se acredita la actividad realizada y la cuantía cobrada. En el caso de las personas jurídicas cubanas, la comercialización con los trabajadores por cuenta propia se realiza dentro de los límites financieros que estas tengan establecidos.

3.4. Análisis de otras normas jurídicas complementarias

Además de las ya analizadas Resoluciones 41 y 42 (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular, 2013ab) se han dictado otras disposiciones que redondean la regulación jurídica del trabajador por cuenta propia y que norman otros aspectos más específicos de esta actividad. En algunos casos son anteriores a estas resoluciones arriba mencionadas y se dictaron bajo el

imperio del anterior Reglamento sobre el trabajo por cuenta propia, la Resolución No. 33/11 (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular, 2011), pero al promulgarse la nueva reglamentación han continuado vigentes.

Así por ejemplo, se dictó el Decreto Ley 289/11 sobre créditos a las personas naturales y otros servicios bancarios entre los que estaban los que se podían conceder a las personas naturales autorizadas a ejercer el trabajo por cuenta propia y a otras formas de gestión no estatal, para financiar la compra de bienes, insumos y equipos, y para cualquier otro fin que contribuya al adecuado funcionamiento de la actividad. Los trabajadores por cuenta propia, de acuerdo a este Decreto Ley, pueden optar por ser titulares de cuentas corrientes siempre que depositen en ellas solamente los fondos obtenidos por las actividades autorizadas. Sin embargo, en el caso de los cuentapropistas que obtengan ingresos brutos anuales iguales o superiores a cincuenta mil pesos cubanos, o su equivalente en pesos convertibles según la tasa de cambio vigente para compra de pesos convertibles por la población, están obligadas a operar una cuenta corriente en las instituciones bancarias.

Como medios de pago reconocidos para los trabajadores por cuenta propia el Decreto Ley autoriza la transferencia bancaria, el cheque, la orden de cobro, la tarjeta débito o crédito, la carta de crédito local, la letra de cambio, el pagaré y otros que se utilicen en la práctica bancaria los que fueron regulados después con más detalle en la Resolución 101/11 del Banco Central de Cuba.

Esta propia institución bancaria emitió, en el año 2011, la Resolución No. 99 en relación a los créditos concedidos a los trabajadores por cuenta propia, estableciendo que los préstamos se podrían otorgar a partir de un mínimo de 3000 pesos amortizables en 18 meses si se solicitaban como capital de trabajo y en un máximo de cinco años si eran para inversiones. Como vía fundamental para amortizar el préstamo

se identificaban los ingresos obtenidos por el desarrollo de la actividad por cuenta propia.

Si bien estas normas jurídicas anteriores aprueban el otorgamiento de créditos a los trabajadores por cuenta propia, también se diseñaron las formas en que el Estado cubano, como prestamista, obtendría garantías por las obligaciones de pago contraídas por estos sujetos y en el año 2013 se dictó la Instrucción No. 1 del Banco Central de Cuba que norma la aceptación de bienes en prenda o hipoteca como garantía de los créditos concedidos a los cuentapropistas. En dicha Instrucción se aceptan como bienes sobre los que se pueden constituir prenda: joyas, alhajas o cualquier otro bien de metal o piedras preciosas; bienes patrimoniales categorizados de Valor 1 en el Registro Nacional de Bienes Culturales de la República de Cuba; vehículos de motor y bienes agropecuarios como el ganado mayor (excepto el ganado de ceba comprometido con el Plan de la Carne), tractores y cosechadoras autopropulsadas. En cuanto a los bienes hipotecables se definen como tales las viviendas de descanso o veraneo y los solares yermos.

El Ministerio de Economía y Planificación emitió, en el año 2011, la Instrucción No. 7 dirigida a normalizar las relaciones contractuales de los cuentapropistas como parte de la actualización del modelo económico del país dándoles la posibilidad de que comercialicen sus productos y servicios a entidades estatales (incluidas las unidades presupuestadas) y sociedades mercantiles de capital totalmente cubano debiendo extender un escrito (factura) que acredite la actividad realizada y la cuantía cobrada. A tenor de esta Instrucción estas relaciones comerciales deben realizarse a través de contratos, ya sean verbales o escritos a los que les serán de aplicación las normativas vigentes en el país en materia de contratación económica.

En el caso de los contratos verbales estipula la Instrucción que será suficiente con la factura o documento que acredite el

servicio prestado y la cuantía a pagar mientras que cuando se trate de contratos de ejecución sucesiva o en aquellos casos en que sea necesario realizar especificaciones técnicas, de calidad, garantías, de servicios postventa u otras similares, se deben concertar los contratos por escrito. Las entidades estatales en sus contratos con los trabajadores por cuenta propia no pueden exceder los límites de gastos establecidos en el plan o el presupuesto aprobado para cada entidad. En los casos en que sea necesario, se pueden realizar pagos anticipados, los que no pueden exceder un monto del 15 % del valor total del contrato y los instrumentos de pago que pueden emplearse en estos contratos, serán los que a tales efectos disponga el Banco Central de Cuba.

A los contratos con los cuentapropistas se les dará para su aprobación el mismo tratamiento que al resto de los que suscriba la entidad. Por lo que, cuando corresponda, su aprobación se someterá al órgano colegiado que exista y deben ser suscritos por quienes se encuentren facultados expresamente para actuar en representación de la entidad estatal. Además, se verificará que el trabajador por cuenta propia con quien se contrata se encuentra autorizado para realizar la actividad económica correspondiente.

Si bien estas normas jurídicas anteriores aprueban el otorgamiento de créditos a los trabajadores por cuenta propia, también se diseñaron las formas en que el Estado cubano, como prestamista, obtendría garantías por las obligaciones de pago contraídas por estos sujetos y en el año 2013 se dictó la Instrucción No. 1 del Banco Central de Cuba que norma la aceptación de bienes en prenda o hipoteca como garantía de los créditos concedidos a los cuentapropistas. En dicha Instrucción se aceptan como bienes sobre los que se pueden constituir prenda: joyas, alhajas o cualquier otro bien de metal o piedras preciosas; bienes patrimoniales categorizados de Valor 1 en el Registro Nacional de Bienes Culturales de la República de Cuba; vehículos de motor y bienes agropecuarios como el

ganado mayor (excepto el ganado de ceba comprometido con el Plan de la Carne), tractores y cosechadoras autopropulsadas. En cuanto a los bienes hipotecables se definen como tales las viviendas de descanso o veraneo y los solares yermos.

En resumen, estas disposiciones jurídicas complementarias logran normalizar la actividad económica de los trabajadores por cuenta propia; concediéndoles créditos para emprender su negocio tal y como sucede en el ámbito internacional, donde la banca juega un papel importante financiando los emprendimientos y como una consecuencia de esto, el Estado requiere que se presten determinadas garantías para poder cobrar los créditos concedidos ante el incumplimiento del prestatario.

También la normalización alcanza al ámbito contractual pues se fijan las reglas para que diversas entidades cubanas puedan acceder a los bienes y servicios ofertados por los cuentapropistas. Se rompe en este caso con el principio, propio de los primeros años de la regulación de la figura, de que la actividad autorizada solo se podía ejercer para satisfacer las necesidades de la población, aunque sobre este aspecto también se reconoció por legislaciones posteriores y con carácter excepcional que los trabajadores por cuenta propia ofrecieran sus servicios a una persona jurídica.

3.5. El trabajador por cuenta propia cubano como empresario mercantil individual. Efectos de no reconocerle tal condición

La fisonomía del trabajador por cuenta propia ha ido cambiando con el paso del tiempo en nuestro país, y esto se ha visto reflejado en la legislación sobre la materia. Comenzó siendo una forma de empleo que se potenció dada la necesidad de ofrecer una opción a una gran cantidad de trabajadores cubanos que perdieron sus plazas laborales por la gran crisis que significó el Período Especial. En estos inicios, solo se permitía a los

autorizados a ejercer la actividad escogida de forma personal, sin poder utilizar fuerza de trabajo contratada y solo se permitía contar con la ayuda de familiares. Hasta aquí había una coincidencia con la naturaleza del trabajo por cuenta propia que fue definida anteriormente y que exige se vincule directamente al cuentapropista con el ejercicio de la actividad.

Sin embargo, en años posteriores se permitió la contratación de fuerza de trabajo, primero para algunas actividades y luego para todas, sin límites en cuanto a la cantidad de trabajadores contratados. En una entrevista realizada a cuentapropistas del municipio Santa Clara todos respondieron que tenían contratados más de cuatro trabajadores, desglosándose en un 40% con cinco empleados, el 30% con seis, el 20% empleaba a diez trabajadores contratados y uno con más de cincuenta, donde se incluye un Economista que es quien lleva la contabilidad del negocio. Sobre el número de empleados cabe destacar que, de acuerdo a la norma europea para la clasificación de las MIPYMES (Micro, pequeños y medianos empresarios), todos estos negocios estarían considerados como tales. De hecho, los que emplean a diez trabajadores califican como pequeños empresarios, mientras que donde se emplea a más de cincuenta personas entra ya en la categoría de un mediano empresario.

Esta entrevista también arrojó que en uno de los casos había tres actividades autorizadas a tres personas distintas cuando en realidad el inversionista es uno solo por lo que sencillamente utiliza lo que la doctrina mercantil llama como testaferros, hombres de paja o prestanombres para encubrir su real titularidad sobre varios negocios. Todos los entrevistados coincidieron en que antes de comenzar el negocio habían llevado a cabo estudios de factibilidad, pero nada rebuscado ni profesional, sino que lo hicieron basados en su propia experiencia en la rama a la que cada uno correspondía y aunque queda evidenciada la insipiencia del asunto también nos demuestra que los emprendimientos de este tipo en Cuba no se hacen festinadamente.

Respecto a la pregunta sobre si los titulares de la patente trabajaban directamente en la actividad autorizada encontramos que en el 80% de los casos estos no laboran de forma directa en el negocio y se dedican a la actividad de dirección, gestión y adquisición de los insumos para el funcionamiento de la actividad autorizada. Todos los entrevistados refirieron y mostraron una tarjeta de presentación que utilizan como forma de promover su actividad y manifestaron estar interesados en promocionarse de otras formas que llegaran a mayor cantidad de población.

Igualmente hubo unanimidad al inquirir sobre las ventajas para ellos de adquirir los insumos para el funcionamiento de la actividad, importándolos ellos mismos o adquiriéndolos en un mercado mayorista, pues las respuestas tuvieron un común denominador ya que todos compran sus insumos en el mercado negro, y solo una pequeña parte la adquieren en las tiendas estatales, pero solo con la intención de justificar el propio funcionamiento del negocio. Además, todos lamentan que en Cuba no exista hoy un mercado mayorista donde ellos puedan comprar lo que necesitan a un menor precio como sucede con normalidad en el extranjero. Todos también coinciden en que si se les permitiese la posibilidad de importar productos su negocio funcionaría de mejor forma lo que incrementaría sus ganancias y permitiría bajar los precios de oferta a la población que se elevan sobre todo por el alto precio de adquisición de las materias primas.

La entrevista demuestra que el titular de la patente cada vez se aleja más del trabajo directo y se dedica con mucha frecuencia a labores de administración y gestión a lo que se suma el hecho de la cantidad, considerable en algunos casos, de trabajadores que se contratan en estos negocios y que estos se organizan como una verdadera empresa. Además, constatamos que el control sobre estos sujetos tiene defectos notables pues se descuidan dos actividades básicas como la contabilidad y el registro de extremos importantes a la hora de emprender un negocio.

En cuanto al alcance constitucional del trabajo por cuenta propia nuestra Carta Magna contiene preceptos que están reñidos con esta actividad. Así, por ejemplo, su artículo 14 defiende el principio de distribución socialista: de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo, pero la posibilidad del cuentapropista de contratar un número ilimitado de trabajadores le permite recibir ingresos que no son resultado de su trabajo sino de la utilización del trabajo ajeno. Además, el artículo 21 de la Constitución consagra la garantía de la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, pero no da cabida a los provenientes del trabajo de otras personas.

En ese propio artículo se refiere que los medios de trabajo personal o familiar están amparados constitucionalmente pero no pueden ser utilizados para explotar el trabajo ajeno y, en contraposición, es frecuente que el trabajador por cuenta propia dedique una variedad de instrumentos de trabajo adquiridos personalmente para el desarrollo de su negocio que son utilizados por las personas contratadas quienes producen bienes o prestan servicios generando ingresos que pasan en parte al patrimonio personal del titular de la patente de cuentapropista.

En estrecha relación con el tema de la explotación del trabajo ajeno la Resolución 42/13, que relaciona las actividades autorizadas para el trabajo por cuenta propia, consagra como un tipo de cuentapropista al trabajador contratado que aparece descrito en el número 145 de las actividades autorizadas como: el contratado por trabajadores por cuenta propia dedicados a cualquier actividad o a solicitud de los creadores o artistas, realizando las labores que le asignen en función del desarrollo de la actividad. Esto constituye un error técnico de la norma pues este trabajador contratado no realiza la actividad por cuenta propia, sino todo lo contrario, por cuenta ajena y en ningún caso se puede equiparar jurídicamente al trabajador por cuenta propia que lo contrata, sino que está subordinado a él. Es, en puridad, un empleado del cuentapropista que lo contrata y la relación que se crea entre ellos es de índole laboral,

como acertadamente lo regula el Código de Trabajo cuando en su artículo 72 llama empleadores a las personas naturales autorizadas a contratar trabajadores. Desde el punto de vista del Derecho Mercantil, este trabajador contratado es reconocido como uno de los colaboradores dependientes o subordinados del empresario.

En el caso de la contabilidad los trabajadores por cuenta propia vienen obligados a utilizar para el control de sus operaciones los registros de Ingresos y de Gastos, que a estos efectos establezca la Oficina Nacional de Administración Tributaria pero solo en el caso de aquellos que durante el año fiscal anterior hayan obtenido, en ocasión del ejercicio de sus actividades, ingresos anuales iguales o superiores a cien mil pesos cubanos, o con independencia de la cuantía de los ingresos anuales obtenidos, ejerzan las siguientes actividades: elaborador vendedor de alimentos y bebidas mediante servicio gastronómico en Restaurantes (Paladares), elaborador vendedor de alimentos y bebidas no alcohólicas a domicilio, elaborador vendedor de alimentos de bebidas en punto fijo de venta (cafetería), productor vendedor de calzado y los contratistas privados; y otras actividades que se aprueben por el Ministro de Finanzas y Precios. Como se ve, no todos los cuentapropistas están obligados a llevar una contabilidad, lo que contrasta con la regulación al respecto de los Códigos de Comercio que exigen a todos los empresarios, con carácter obligatorio, llevar libros contables legalizados por registradores mercantiles. De igual forma, se exige que las operaciones contables fundamentales se inscriban en el Registro Mercantil.

En cuanto al registro de la actividad por cuenta propia, las personas autorizadas solo deben reflejar en los modelos correspondientes datos personales como el nombre, la dirección particular, la actividad que realiza, si son contratadas o no, etc. Además, a cada trabajador por cuenta propia se le confecciona un Expediente que contiene:

- Modelo “Solicitud y Registro del ejercicio del trabajo por cuenta propia”.
- Documentos de las entidades facultadas solicitando el retiro de la autorización, cuando corresponda.
- Resolución del Director de Trabajo Municipal, suprimiendo la autorización por violación de la ley, cuando corresponda.
- Otros documentos que haya presentado de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento.
- Evaluación de los resultados de las fiscalizaciones al trabajo por cuenta propia, realizada por los órganos de inspección de los consejos de la Administración del Poder Popular y órganos y organismos estatales.
- Conciliaciones con las filiales del Instituto Nacional de Seguridad Social (INASS) y la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT) en los territorios.

Como puede verse, en cuanto a los aspectos registrales no se exigen al trabajador por cuenta propia informaciones fundamentales a la hora de emprender un negocio; como, por ejemplo: el capital que se pone en el mismo, el establecimiento que se dedicará a la actividad, el rótulo de dicho establecimiento y la firma comercial que se utilizará en los actos donde se obligue en el tráfico económico.

Estos aspectos que mencionamos no solo están presentes en ordenamientos jurídicos foráneos, sino que se exigieron durante años en Cuba para poder desarrollar un negocio. La falta de obligatoriedad de inscribir el rótulo de establecimiento genera problemáticas no solo en materia registral sino también en cuanto a la Propiedad Industrial, pues se dan casos de imitación

de rótulos utilizados por empresas extranjeras y cubanas lo que puede llevar a confusión al público y a una pérdida de prestigio y de ingresos a las entidades verdaderamente titulares, amén de constituir una manifestación evidente de competencia desleal.

Otro aspecto cardinal sobre el que la legislación nacional no se pronuncia está relacionado con la responsabilidad extracontractual del trabajador por cuenta propia por los actos de los trabajadores contratados o que se derive del funcionamiento de la actividad que desarrolla. Si bien otras legislaciones responsabilizan a los titulares de negocios por los actos de sus subordinados, al resultarles imputables todos los riesgos hacia terceros que procedan del mal funcionamiento de los elementos personales y materiales de la empresa, sin que resulte necesario identificar o demandar al concreto empleado causante del daño, en el caso de nuestro país nada hay regulado al respecto. Este particular cada vez adquiere mayor importancia pues el volumen de bienes y servicios ofertados por algunos cuentapropistas cubanos es ya considerable, así como lo son la cantidad de personas que emplean y cabe preguntarse quién respondería ante un daño causado a un tercero por uno de estos empleados ¿solo el causante del daño o tendrá el titular de la patente algún grado de responsabilidad civil e incluso penal? De ser así ¿cómo definirla ante el vacío del ordenamiento jurídico cubano?

El tema de la responsabilidad contractual se nos aparece con mucha más claridad pues el Decreto Ley 304/12 de la contratación económica consagra, en su artículo 84, el principio de la responsabilidad universal por deudas. Según este cuerpo legal, el deudor responde por sus obligaciones con todos los bienes, derechos y acciones que integran su patrimonio (salvo las limitaciones establecidas en la ley) pero incluso así, en una futura norma que considerara a los cuentapropistas como empresarios mercantiles, habría que decidir el régimen de responsabilidad de este sujeto pues si durante siglos fue indiscutida su responsabilidad ilimitada, en la actualidad ha triunfado la idea de la limitación de la responsabilidad del comerciante individual

bajo la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada; que permite a las personas naturales emprender un negocio arriesgando en él solo los bienes dedicados a dicha empresa y protegiendo el resto de su patrimonio de las deudas generadas por la actividad mercantil que desarrolle.

Tampoco está definido en la legislación cubana con que bienes debe responder el titular de un negocio privado de las obligaciones nacidas de su explotación, ni se define si su responsabilidad tendrá carácter limitado o ilimitado. La regulación de la responsabilidad de las personas naturales en nuestro país tiene como base al Código Civil, que expresamente regula tal aspecto en los artículos 89 al 94.

Sin embargo, el sentido y alcance de tales normas no están enfocados en la persona natural titular de una empresa mercantil, sino que norman la responsabilidad de padres, tutores y trabajadores de centros para menores con trastornos de conducta y asistenciales por los daños y perjuicios causados por los menores o incapacitados a su cargo.

Al respecto, los artículos 90 y 91 del Código Civil establecen que los padres o tutores son responsables de los daños y perjuicios causados por los menores de edad o incapacitados que estén bajo su guarda y custodia. Sin embargo, esta responsabilidad corresponde igualmente a las personas a quienes se haya confiado el cuidado de menores o incapacitados por estar sus padres o tutores fuera de su domicilio, en cumplimiento de misiones internacionalistas u otras tareas o deberes. Por último, también las personas que laboran en establecimientos asistenciales o destinados a menores con trastornos de conducta, fuera del sistema nacional de educación, responden de los daños y perjuicios causados por los menores o incapacitados a su cargo.

También incluye el Código la responsabilidad del jefe del

grupo familiar ante la caída o lanzamiento de objetos desde la vivienda y aquella surgida por las afectaciones patrimoniales de los animales que se posean. Por su parte, el artículo 89 se refiere a la obligación de responder que tienen las personas naturales por los daños o perjuicios que causen, mas no como empresarios sino en sus relaciones de índole civil. A tenor de esta norma jurídica las personas naturales están obligadas a reparar los daños o perjuicios que causen o sean causados por las personas por quienes deben responder, pero el tribunal, a su prudente arbitrio, si el responsable es un trabajador o pensionado sin bienes propios conocidos para satisfacer totalmente el importe del daño o perjuicio, puede adecuar la cuantía de la indemnización a un veinte por ciento del salario o cualquier otro ingreso periódico que perciba, sin que pueda exceder del término de diez años. Esta limitación puede disponerse cualquiera que sea el contenido económico de la responsabilidad.

De igual forma, los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores responden materialmente de los daños que ocasionen a los recursos materiales y financieros asignados a la entidad donde desempeñen sus funciones, en la cuantía y mediante el procedimiento legalmente establecido

En el caso del Decreto Ley 304/12, de la contratación económica, si bien se refiere a la responsabilidad universal de los deudores en su artículo 84, esta solo alcanza a la responsabilidad contractual sin que se regule la correspondiente a los casos en que no exista un contrato entre el que sufre el daño o perjuicio y quien lo provoca.

Estas carencias de la legislación cubana sobre la responsabilidad de las personas naturales que desarrollan una empresa mercantil genera inseguridad jurídica para sus acreedores, pues no está definido si los empresarios individuales responderán con todos sus bienes, en el caso de la responsabilidad ilimitada, o solo con aquellos que conforman su negocio, configurándose así un

régimen de responsabilidad limitada. No existe en la legislación cubana una solución a los conflictos que se pueden presentar en relación a las múltiples causas de endeudamiento de los titulares de estas empresas, que pueden ser puramente contractuales, pero también laborales, financieras, así como por concepto de los actos de sus empleados, entre otras. Tales indefiniciones pasan por la falta de reconocimiento de estos negocios como verdaderas empresas mercantiles, y de sus titulares como auténticos empresarios, y se agudizan con el hecho de que el diseño de la legislación cubana en materia de responsabilidad de las personas naturales no descansa en su condición de empresarios, sino en el establecimiento de relaciones civiles, por lo que nuestro ordenamiento jurídico no está preparado para enfrentar las múltiples situaciones que pueden surgir en materia de responsabilidad durante la explotación de una empresa mercantil.

Desde que los trabajadores por cuenta propia pueden establecer relaciones económicas plenas, el tratamiento procesal de este sujeto ha ganado en importancia y las Salas de lo Económico de nuestros tribunales conocen de un número modesto de causas que afectan al cuentapropista. Una de las principales dificultades que tienen hoy los tribunales cubanos para resolver asuntos al respecto es que ninguna norma legal ha consagrado la condición de esta figura como sujeto económico pues, si bien la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico reconoce, en su artículo 751, la posibilidad de ser partes en un proceso económico a cualquier persona natural autorizada expresamente por la ley, esta autorización explícita aún no se ha producido y carecen los tribunales de la uniformidad de criterio inherente al actuar judicial para decidir en cuales casos admitir demandas relacionadas con los trabajadores por cuenta propia.

Tal es así, que existen criterios divididos entre los jueces sobre la Sala que debe conocer en el caso de que un cuentapropista contrate con otro; pues unos opinan que el asunto sería de índole económica y otros consideran que civil por lo que asuntos

similares podrían ser ventilados ante Salas distintas y resueltos en virtud de normas jurídicas diferentes lo que genera un alto nivel de inseguridad jurídica. Otra arista relacionada con la situación procesal de los trabajadores por cuenta propia es la pobre calidad técnica de los contratos que firman con diversas entidades y que los dejan indefensos jurídicamente ante una reclamación judicial pues sus cláusulas no amparan sus derechos con la profundidad necesaria. A la baja calidad de estos contratos contribuye, en buena medida, la imposibilidad de contar con un asesor legal que pesa sobre los cuentapropistas cubanos.

Además de estas problemáticas de tipo legal el trabajo por cuenta propia enfrenta las siguientes: la lista de actividades autorizadas para el trabajo por cuenta propia es aún demasiado precaria y reducida para poder asimilar el medio millón de desempleados estatales, las categorías aprobadas son demasiado específicas y ello frena la iniciativa individual por lo que sería preferible una lista de categorías generales que le dieran espacio a los cuentapropistas para proponer y perfilar una oferta de bienes y servicios diversa, las actividades permitidas son poco intensivas en conocimiento por lo que no permiten aprovechar la inversión en educación que ha hecho el país por décadas y por último, aunque se permite el crédito bancario, el sistema financiero tiene problemas de liquidez (Vidal & Pérez, 2011).

La actividad de los cuentapropistas aumenta cada vez más en cantidad y también en cuanto a la complejidad de sus negocios y de las relaciones con terceros. Sin embargo, el marco legal que lo regula, aunque de reciente promulgación, es insuficiente para su control efectivo y para garantizar un desenvolvimiento de la figura que se avenga a la realidad de su praxis y a la necesidad de eliminar las problemáticas legales señaladas.

Como se analizó, el papel de estos trabajadores en la economía cubana transitó por varias etapas en las que el Estado ha

modulado el protagonismo de esta figura dada la no aceptación ideológica dentro del modelo económico cubano, lo que se evidencia en el discurso del presidente Raúl Castro Ruz ante el Parlamento cubano, refiriéndose al trabajo por cuenta propia “lo que corresponde hacer... en primer lugar es facilitar su gestión y no generar estigmas ni prejuicios hacia ellos, ni mucho menos demonizarlos, y para eso es fundamental modificar la apreciación negativa existente en no pocos de nosotros hacia esta forma de trabajo privado”.

En consecuencia, dadas las previsiones del aumento del rol de esta actividad en la economía nacional, es necesario que se reconozca su verdadera condición de empresarios mercantiles individuales como requisito indispensable para la promulgación de una norma jurídica que encauce ordenadamente su actividad.

3.6. Las micro, pequeñas y medianas empresas en Cuba

Una de las grandes instituciones del Derecho Mercantil es, sin dudas, la empresa, cuyo concepto fue tomado de las Ciencias Económicas donde se le entiende como “la organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes o servicios para el mercado con el fin de generar ganancias” (Jiménez, 2010, p. 52). En este criterio coinciden también Barrera (1983); Uría (2001); Broseta & Martínez (2010).

Ahora bien, al igual que la doctrina mercantil se encargó de separar el concepto de empresario mercantil del genérico de empresario ofrecido por la Economía, es necesario distinguir entre las empresas mercantiles y aquellas que no lo son. Para ello han existido varias posiciones que explican la naturaleza de esta figura, considerándola bien una persona jurídica, un patrimonio separado, una universalidad de bienes o una organización (Jiménez, 2010).

Otra de las teorías sobre la empresa mercantil la concibe como

la actividad desplegada por el empresario en el desarrollo de su negocio, auxiliándose de un conjunto de bienes materiales e inmateriales que se denomina establecimiento mercantil. Este punto de vista sobre la empresa tiene el acierto de combinar los elementos personales, materiales e inmateriales que están presentes en los emprendimientos, pues reconoce el papel preponderante del empresario como fundador y ejecutor de la empresa; así como la utilidad y necesidad de los recursos personales, materiales e inmateriales, pero designándoles un carácter instrumental.

Esta teoría, con la que concordamos, es aceptada por autores extranjeros y cubanos, como Hugo & Muiño (2000); Uría (2001); Berrizbeitía (2009); y Cañizares (2012), caracterizando la actividad constitutiva de una empresa mercantil de acuerdo a los siguientes elementos:

- **Carácter económico:** en el sentido de que la actividad debe consistir en la producción de bienes y servicios que satisfagan necesidades materiales de las personas, por lo que no serán mercantiles las actividades relacionadas con las actividades puramente intelectuales y artísticas.
- **Planificación:** es decir, que responda a un proyecto de explotación de una o varias operaciones mercantiles coordinando los medios personales, materiales y no materiales a disposición del empresario para lograr el objetivo final del empresario que es el ánimo de lucro.
- **Profesional o duradera:** este rasgo permite distinguir a la empresa mercantil de otras actividades económicas que se desarrollan esporádicamente y en las que el ánimo de lucro no es permanente. La empresa mercantil se caracteriza por la extensión en el tiempo y porque el empresario hace de la misma su forma de vida, dedicándose a ella con exclusividad en la inmensa mayoría de los casos, de tal forma que su

prosperidad económica depende del desarrollo del negocio.

- **Destinada a la intervención en el mercado de bienes o servicios:** este es el verdadero fin del empresario pues las actividades emprendidas para producir bienes que serán de consumo personal o familiar no tendrán carácter mercantil. Si no existe la intención y la capacidad de penetración del mercado no hay empresa mercantil posible, pues esta es precisamente la razón de que los ordenamientos jurídicos se interesen en regular la actividad del empresario en aras de proteger las economías nacionales, los intereses de los demás empresarios que concurren al tráfico mercantil y los correspondientes a los consumidores.

Sin embargo, existen actividades económicas que reúnen estos rasgos y cuyo carácter mercantil ha sido tradicionalmente rechazado por la doctrina y el derecho positivo. Así, por ejemplo, las empresas ejecutadas por los agricultores y ganaderos, los artesanos y los profesionales, son habitualmente consideradas como no mercantiles. En el caso de los dos primeros sujetos los criterios de exclusión pasan por la tradicional consideración de que las labores agrícolas y ganaderas no son reguladas por el Derecho Mercantil sino por el Civil y estos sujetos serán considerados empresarios civiles.

Sin embargo, esta realidad ha ido cambiando paulatinamente pues los motivos que generaron esta exclusión del ámbito mercantil se han modificado en buena medida (que pasan por la consideración de actividad de supervivencia que pesaba sobre la agricultura antes, e incluso un poco después, del gran impulso codificador del siglo XIX, y la también habitual apreciación de que la actividad agrícola estaba sometida a calamidades poco previsibles como las plagas, sequías, inundaciones etc., que la distanciaban de la planificación ordenada propia de una empresa mercantil). Incluso, son consideradas como mercantiles las empresas dedicadas a la transformación de los productos

agrícolas y ganaderos y aquellas actividades agropecuarias que son desarrolladas bajo la titularidad de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, dado el carácter siempre mercantil de estos sujetos. (Broseta & Martínez, 2010). A esto se añade la tradicional escasa entidad de estas actividades económicas y el hecho de que generalmente son desarrolladas mediante trabajo propio o familiar.

Otro tanto sucede con la artesanía, entendida esta como “la actividad de producción, transformación y reparación de bienes o prestación de servicios realizada mediante un procedimiento en que la intervención personal constituye un factor predominante, obteniéndose un resultado final individualizado que no se acomoda a la producción industrial, totalmente mecanizada o en grandes series”. (Broseta & Martínez, 2010, p. 88)

En cuanto al ejercicio de las llamadas profesiones liberales (tales como la abogacía, la medicina, las distintas ingenierías, la contabilidad, etc.) que son aquellas para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, tampoco se considera como una actividad mercantil debido a que es realizada personalmente. No obstante, si una compañía mercantil que agrupe a varios de estos profesionales es creada para ofrecer sus servicios en el mercado, sí se le atribuye la condición de empresa mercantil a la actividad desarrollada por estos sujetos bajo la forma societaria.

En resumen, existe una empresa mercantil siempre que el empresario desarrolle una actividad económica, de forma planificada y profesional, con ánimo de lucro para incidir en el mercado de bienes y servicios. A esto hay que añadirle que los resultados económicos de esta actividad no pueden depender exclusivamente del trabajo propio o familiar, por lo que es necesario que el empresario contrate fuerza de trabajo para penetrar en el mercado, pues difícilmente un negocio donde se labore de forma individual alcanzará la entidad suficiente para

incidir en el tráfico de bienes y servicios, y en consecuencia, ni tendrá carácter mercantil ni estará regulado por las normas legales sobre esta materia.

En relación a la existencia y funcionamiento de las empresas en Cuba, durante décadas contamos con empresa estatal como ente casi exclusivo de la economía nacional. Sin embargo, la señalada evolución del cuentapropismo en Cuba y la metamorfosis que han experimentado estos negocios durante décadas los han convertido en la práctica en verdaderas micro, pequeñas y medianas empresas que no cuentan aún con un reconocimiento expreso como tales.

La delimitación del concepto de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) pasa por considerarlas unidades económicas que están delimitadas de acuerdo a su tamaño. Son, a fin de cuentas, empresas que no alcanzan la categoría de grandes negocios y por esta razón se someten a un tratamiento legal, diferenciado en cierta medida, que propende a su estímulo y protección.

No obstante, no abundan las definiciones teóricas o legales sobre las MIPYMES que pretendan generalizar sus rasgos y, en general, se les brinda mucha mayor importancia a los criterios de clasificación que a su concepto. Algunos autores las consideran “toda organización de dimensión reducida que da lugar a un financiamiento y gestión cualitativamente diferentes a los normalmente vinculados con las grandes empresas”. (Robinson & Littlejohn, 1981, p. 45)

Un análisis de varias leyes sobre las MIPYMES evidencia lo antes dicho. No aparece, por ejemplo, definición alguna sobre este término en la Ley No. 488-08 de República Dominicana. Sin embargo, sí se define cuales empresas no serán consideradas MIPYMES cuando excluye de esta categoría a aquellas empresas, que, reuniendo los requerimientos cuantitativos

establecidos para la definición de las mismas, estén vinculadas o controladas por empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no reúnan tales requerimientos.

Un tratamiento similar encontramos en Argentina cuando la Ley 25300 de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa (Argentina. Congreso Nacional, 2000), no define a las MIPYMES y en una redacción muy similar a su homóloga dominicana solo establece un criterio negativo para determinar las empresas que no alcanzan la categoría de grandes y por tanto son objeto de dicha norma. Según su artículo 1, no serán consideradas MIPyMEs a los efectos de la implementación de los distintos instrumentos del presente régimen legal, las empresas que, aun reuniendo los requisitos cuantitativos establecidos por la autoridad de aplicación, estén vinculadas o controladas por empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no reúnan tales requisitos.

Tampoco la legislación mexicana enuncia un concepto de MIPYMES, y otro tanto hacen los ordenamientos jurídicos de Puerto Rico y Chile, cuyas leyes en la materia solo delimitan el tamaño de estas empresas en virtud de diversos criterios que serán analizados más adelante.

En cuanto a los criterios de clasificación, que, como se dijo antes, tienen tanta relevancia para la regulación de las MIPYMES, encontramos que existen tres criterios mayoritariamente aceptados para la categorización de estos negocios en el área de América Latina y el Caribe. El más utilizado de todos es la cantidad de empleados de la empresa, seguido por el volumen de ventas anuales y el patrimonio o activo del negocio. Sin embargo, no son estos los únicos criterios de clasificación pues en Chile, por ejemplo, se utilizan las Unidades de Fomento y en Perú las Unidades Impositivas Tributarias.

Incluso, es frecuente que se exijan combinaciones de dos y

hasta tres de ellos para cumplir los requisitos a los efectos de alcanzar la condición de micro, pequeña o mediana empresa, tal y como sucede por ejemplo en Bolivia, Colombia, Guatemala, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. De igual forma, en ocasiones estos criterios se hacen depender del tipo de actividad económica a la que se consagra la empresa, estableciendo un rango de empleados, de volumen de ventas o de patrimonio en dependencia a si se dedica a una actividad industrial, de servicios, agrícola, etc. Tal es el caso de Argentina que utiliza las ventas anuales como criterio clasificatorio, pero asignándole volúmenes distintos a las MIPYMES en dependencia del tipo de actividad económica que desarrollan (agropecuaria, industrial o minera, comercial, de servicios y constructiva) y otro tanto hace México que utiliza la cantidad de empleados como elemento delimitador, pero con rangos distintos para las MIPYMES industriales, comerciales o de servicios.

A pesar de que la cantidad de empleados es el criterio más utilizado no existe uniformidad, o siquiera similitud, en los rangos aprobados en cada país de nuestra área para medir el tamaño de sus MIPYMES. Así, por ejemplo, en cuanto a las microempresas destaca que mientras Costa Rica y Uruguay solo exigen hasta cinco y cuatro trabajadores, respectivamente, para entrar en esta categoría, República Dominicana establece una cantidad de hasta 15 empleados, por encima de México que establece un total de hasta 10 asalariados.

Igual sucede con la clasificación de pequeñas empresas donde encontramos que Guatemala exige a las empresas que tengan entre 11 y 25 contratados y Uruguay desde seis hasta 19. Sin embargo, una empresa peruana entra en esta categoría si tiene entre 11 y 100 empleados. Por último, y en cuanto a los medianos negocios (que es una categoría de especial relevancia para los distintos países pues es la antesala de las grandes empresas), vemos que Guatemala requiere entre 26 y 60 trabajadores, Uruguay entre 20 y 99; mientras que México (con un rango de 51 hasta 250) y Colombia (que exige entre 51 y 200 asalariados)

demandan cantidades iguales o levemente inferiores a las normativas de la Unión Europea para la clasificación de las MIPYMES.

En el Viejo Continente los negocios en los que se emplean a menos de diez trabajadores califican como microempresas, mientras que donde se emplean desde 10 y hasta 49 personas entra en la categoría de una pequeña empresa y las medianas empresas emplean desde 50 hasta 249 trabajadores. Esta similitud y coincidencia entre los rangos establecidos en México y Colombia y los europeos llama poderosamente la atención, ya que las condiciones para el desenvolvimiento de las MIPYMES en nuestro continente y en Europa son sensiblemente diferentes, por lo que sería saludable diseñar rangos de empleo de fuerza laboral más cercanos a la realidad económica de nuestros países.

La relevancia de las MIPYMES para los distintos países está fuera de toda duda. En primer lugar, porque constituyen la mayoría del número de empresas, y no solo en países subdesarrollados, sino también en aquellos llamados del Primer Mundo y, de igual forma, juegan un destacado papel al emplear a una parte considerable de la fuerza laboral en los distintos países. Estadísticamente, estas empresas representan, en los países latinoamericanos y caribeños, entre el 95% y el 99% del total de empresas (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2014). En cuanto al porcentaje de empleo de la fuerza laboral, es del 64% en estos mismos países (Saavedra & Hernández, 2008).

Por su parte, en el año 2016 las MIPYMES constituían el 99.8% de todas las empresas de la Unión Europea en el sector no financiero y empleaban al 66,8% de los trabajadores (Comisión Europea para el Mercado Interno, la Industria, el Emprendimiento y las MIPYMES, 2016).

Además, las MIPYMES pueden ayudar a la articulación de las

cadena productivas, robusteciendo eslabones relativamente frágiles, mejorando su contenido tecnológico e incorporando en forma más intensiva el conocimiento en la producción. Esto está dado por su capacidad de producir bienes y servicios individualizados, en contraposición con las grandes empresas que se enfocan en productos más estandarizados, propios de la producción en masa y por la posibilidad de las empresas de mayor tamaño para subcontratar varias de sus operaciones a una MIPYME. Además, estas empresas desempeñan un rol decisivo en el desarrollo territorial, cuando las políticas apuntan a agregar valor mediante el procesamiento de los recursos naturales, a promover la incorporación de empresas pequeñas y medianas en eslabonamientos productivos y a la integración de los productores locales.

En añadidura, al menos en principio las empresas de menor tamaño pueden tener un funcionamiento más dinámico y ser capaces de reorientar sus producciones a menores costos que las grandes empresas. También las MIPYMES pueden dedicarse con más facilidad a algunas actividades productivas donde es más apropiado trabajar con empresas pequeñas, como es el caso de las cooperativas agrícolas, las artesanías y manualidades y determinados servicios como los de limpieza, alimentación, etc.

No obstante, al importante papel que juegan las MIPYMES en las economías y el entramado social de los países estas empresas deben enfrentar numerosas limitaciones que atentan contra su funcionamiento. Así, por ejemplo, los costos de hacer negocios son particularmente onerosos para estas empresas que tienen que destinar una cantidad elevada de sus ventas para cubrir sus costos de transacción. Además, no son considerados por las entidades financieras como clientes confiables lo que les dificulta el acceso al crédito y al financiamiento en general.

Como norma, presentan escasez de empleados con la calificación

necesaria y están fuertemente especializadas, lo que les impide acceder a otras actividades económicas que les brinden nuevas oportunidades y mercados. Esto provoca también la falta de visión estratégica de las MIPYMES, y entorpece su acceso a nuevas tecnologías y el desarrollo de nuevas producciones y servicios. Se ha señalado que suelen carecer de espíritu de cooperación con otras empresas (Fundación IDEA, 2009) y que desaprovechan las oportunidades que brinda la colaboración con otras empresas, homólogas o no, para desarrollar procesos que mejoren sus producciones y su funcionamiento, lo que se ve afectado también por la poca intencionalidad en desarrollar procesos de innovación que elevarían los estándares de calidad de la empresa.

En añadidura, se aprecia una escasa utilización de las TICs en sus procesos de administración y producción, así como para la promoción de la empresa y la comercialización de sus bienes y servicios on line. Por último, pocas MIPYMES logran realizar exportaciones lo que las ata a los mercados locales, y las hace dependientes a las condiciones propias de este espacio, privándolas de acceso al mercado extranjero. Como consecuencia de esto, la tasa de supervivencia de las MIPYMES no es elevada lo que genera la desconfianza del sistema bancario y crediticio en general cayendo entonces en un círculo vicioso que lastra el funcionamiento de estas empresas.

Una de las formas de hacer frente a estas limitaciones propias de las MIPYMES es el diseño de una política gubernamental para su estímulo y protección. Estudios al respecto demuestran que en aquellas naciones en que existen programas de apoyo a las MIPYMES se logran resultados superiores en la gestión de estas empresas (Banco Mundial, 2010).

Los programas de los Gobiernos para apoyar a las MIPYMEs deben ser capaces de crear un marco legal y económico que permita resolver las dificultades que obstaculizan su desarrollo

para lograr obtener un beneficio para sus titulares, los empleados y la sociedad en general. Algunos componentes esenciales de estas políticas de apoyo al emprendimiento son:

- Brindar facilidades e iniciativas para ampliar el acceso al financiamiento.
- Desarrollar mecanismos e instrumentos para impulsar la capacitación de la fuerza de trabajo.
- Facilitar información sobre clientes o mercados potenciales, requisitos para acceder a otros mercados o clientes; así como a tecnología y técnicas de producción, etc.
- Diseñar medidas de beneficio tributario a favor de las MIPYMES
- Crear instrumentos para incentivar y controlar la formalidad jurídica de la empresa.
- Proveer servicios de consultoría.
- Articular la actividad de la empresa con el desarrollo local y territorial.
- Estimular las posibilidades de asociación económica y para el desarrollo de la innovación.
- Aprobar mecanismos para impulsar el aprovechamiento de las compras estatales por parte del sector de las MIPYMES.

Sin embargo, a pesar de la evidenciada relevancia de las MIPYMES para los países en general y para nuestra región latinoamericana y caribeña en particular, durante décadas se

careció de criterios comunes para el diseño de un plan estratégico regional que promueva el desarrollo de estas empresas. Esta realidad comienza a cambiar en el año 2015 cuando se crea, por la Secretaría Permanente del Sistema Económico de Latinoamericano y del Caribe, el Índice de Políticas Públicas para Pymes en América Latina y el Caribe (IPPALC) que, con la necesaria adaptación a la realidad de nuestras naciones, provee una herramienta encaminada a lograr la transformación y articulación productiva necesarias para la promoción de un ecosistema empresarial innovador, productivo, articulado y competitivo (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2016).

Este Índice tiene como objetivo la optimización del proceso de toma de decisiones que promuevan el desempeño de las pequeñas y medianas empresas en la región, a través de la evaluación de áreas temáticas profundamente ligadas a su funcionamiento. Su aplicación permite identificar las fortalezas y debilidades en áreas específicas asociadas al proceso de toma de decisiones, al tiempo de permitir la comparabilidad de resultados entre países y facilitar el intercambio de experiencias que fomente la cooperación en materia de políticas públicas sobre las Pymes.

En cuanto a su estructura, el IPPALC está integrado por nueve dimensiones, 25 sub-dimensiones y 120 indicadores que abarcan los aspectos relacionados con el funcionamiento de las PYMES (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2016). Estas variables están atemperadas con las características de la región latinoamericana y caribeña, y sirven no solo como diagnóstico del estado de las políticas públicas sobre estas empresas en los países del área, sino que en aquellos donde no se haya implementado una política pública al respecto, puede servir de guía para su diseño e implementación.

En el caso cubano, y como se vio, desde 1968 se eliminaron

formalmente las pequeñas empresas privadas y no fue hasta el año 1993 que se vuelve a estimular la actividad económica de los particulares. Sin embargo, este impulso inicial solo consideró estas actividades autorizadas como una forma de empleo con una regulación legal coherente con estas afirmaciones, y así sucedió hasta el año 2010 cuando se promulga la Resolución 32 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular, 2010) que incorporó dos importantes novedades. En primer lugar, el derecho de los cuentapropistas a contratar trabajadores en 84 de las 178 actividades que autorizaba, y la posibilidad de ofrecer sus bienes y servicios tanto a la población como a personas jurídicas. En el año siguiente se los Lineamientos de la Política Económica y Social que sirven de contención el programa general de desarrollo del país, donde se reconoce a los cuentapropistas como integrantes del modelo de gestión económica en Cuba. En el propio año 2011 se autorizan, a través de la Resolución 33 del MTSS (Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular, 2011), 181 actividades para el trabajo por cuenta propia y se permite que en todas ellas el titular de la licencia contrate un número ilimitado de trabajadores.

A nuestro juicio, es a partir de la promulgación de estas dos resoluciones que se elimina el último obstáculo para que se considere a determinados trabajadores por cuenta propia como sujetos que desarrollan una verdadera empresa, ya sea de escala micro, pequeña o mediana. En primer lugar porque cumplen el requisito de que la actividad sea de orden económico, así como los de profesionalidad y planificación, todo ello con la intención de lucrar. En cuanto a la intervención en el mercado, como se vio, con estas normas jurídicas se permite que el cuentapropista tenga relaciones comerciales plenas con acceso al mercado nacional de bienes y servicios y en añadidura, si hasta el 2010 no tenían permitido contratar fuerza de trabajo ya en el 2011 esta prohibición desaparece.

A estas consideraciones se suma el reconocimiento expreso

que se hace en los Lineamientos del cuentapropismo como un componente del sistema económico cubano y la mención en la Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo (elaborada en el 2016), de que se reconocerán dos formas de emprendimientos para las personas naturales cubanas: los pequeños negocios realizados por el trabajador y su familia y las empresas privadas de mediana, pequeña y micro escala, lo que consagra la voluntad política, inexistente en años anteriores, de estimular el desarrollo de este tipo de empresas.

Por tanto, consideramos que desde el año 2011 existen las condiciones legales (pues las fácticas existían con anterioridad) para otorgarle la categoría de empresarios a la actividad de algunos cuentapropistas y a sus negocios la condición de MIPYMES. En añadidura, la ya mencionada Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano, al momento de dividir los futuros negocios privados en nuestro país, se refiere a la contratación de trabajadores como criterio separador entre los que llama pequeños negocios y las empresas privadas, e incluso expresamente refiere que la cantidad de asalariados servirá como una de las formas para delimitar el tamaño de estas.

Es nuestra opinión que la consideración de mercantil de un negocio emprendido por un cuentapropista estará en función de si contrata o no fuerza de trabajo asalariada. Este es un criterio definitorio al momento de calificar a determinada actividad como mercantil o no, tal y como vimos anteriormente al determinar los rasgos propios de una actividad constitutiva de empresa mercantil. De hecho, la cantidad de trabajadores contratados sirve incluso para clasificar a las empresas por su tamaño, y en razón de tal criterio existen micro, pequeñas, medianas y grandes empresas.

No obstante a este criterio delimitador que proponemos, consideramos que entre las 201 actividades autorizadas por la Resolución 42/13 del MTSS para ejercer el trabajo por cuenta propia

existen algunas que no tienen el carácter de mercantil, ni siquiera contratando trabajadores, por la imposibilidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios dada la escasa entidad de la actividad desempeñada; o porque esta consiste en labores agrícolas, ganaderas, profesionales, artesanales o culturales; o bien porque su titular actúa en interés de otro sujeto.

Como ejemplo de esto sirven, respectivamente, las actividades siguientes: Cuidador de baños públicos y taquillas, Limpiabotas, Sereno o portero de edificio de viviendas y Pelador de frutas naturales; Boyero o carretero, Desmochador de palmas, Elaborador vendedor de carbón y Leñador; Trabajador agropecuario eventual y Trasquilador; Profesor de música y otras artes, Profesor de taquigrafía, mecanografía e idiomas y Repasador; Artesano, Talabartero, Zapatero remendón y Forrador de botones; Habanera, Cartomántica, Artista de danza folklórica, Dúo musical “Los amigos” y Pareja de baile “Benny Moré”; Trabajador contratado, Agente de seguros, Agente postal y Agente de telecomunicaciones.

Sin embargo, existen otras actividades que sí reúnen los requisitos para ser consideradas mercantiles, pues consisten en la producción de bienes o servicios con incidencia en el mercado y si sus titulares contratan trabajadores estaríamos en presencia de una empresa mercantil.

Algunos ejemplos son: Elaborador vendedor de alimentos y bebidas mediante servicio gastronómico en Restaurantes (Paladares), Elaborador vendedor de alimentos y bebidas en punto fijo de venta (Cafetería), Barbero, Electricista, Fotógrafo, Modista o sastre, Peluquera, Reparador de equipos eléctricos y electrónicos, Reparador de equipos de oficina, Organizador de servicios integrales para fiestas de quince, bodas y otras actividades, Servicios de construcción, reparación y mantenimiento de inmuebles y Arrendadores de vivienda, habitaciones y espacios que sean parte integrante de la vivienda.

En la provincia Villa Clara, por ejemplo, se reportaban en noviembre de 2016 un total de 40969 trabajadores por cuenta propia de los que 4663 (el 11.4%) contrataban trabajadores y de esta cantidad el 83.1% lo hacían en estas actividades.

En esta misma provincia, si sometemos los negocios operados por los cuentapropistas de la localidad al criterio clasificatorio de las MIPYMES aplicado por la Unión Europea, encontramos que existen 4643 microempresas y 20 pequeñas empresas. Sin embargo, estudiosos cubanos del tema como Pérez & Torres (2015) proponen rangos más atemperados a nuestra realidad económica para clasificar las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales que reproducimos en la tabla siguiente:

Tabla 1. Clasificación de las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales.

| Tamaño | Industria | Comercio y servicio |
|--------------------------------------|-----------|---------------------|
| Microempresas | 5 | 3 |
| Pequeñas empresas | 20 | 10 |
| Medianas empresas (estrato inferior) | 21-30 | 20 |
| Medianas empresas (estrato superior) | 21-50 | 30 |

Según este criterio clasificatorio, en la provincia Villa Clara existirían 4332 microempresas, 320 pequeñas empresas y 11 empresas medianas. Como se aprecia, el salto es evidente en la cantidad de pequeñas empresas que aumenta considerablemente y además aparece ya más de una decena de medianas empresas.

Sin embargo, a pesar de que se han eliminado los obstáculos

legales para la consideración de estos negocios como MIPYMES, a lo que se añade el hecho de su funcionamiento práctico como tales tipos de empresas, el ordenamiento jurídico cubano no provee normas legales que permitan un desenvolvimiento adecuado a estas figuras, ni permite efectuar un control idóneo sobre las mismas.

Por tanto, y a pesar de que las MIPYMES tienen en las economías caribeñas un rol esencial, pues representan entre el 95 y el 99% de las empresas de América Latina y el Caribe y su aporte es importante en términos de empleo al contratar al 64% de la fuerza laboral de la región, no existe en Cuba un reconocimiento legal de este tipo de empresa. Esto contrasta con los esfuerzos de organizaciones regionales como de países latinoamericanos y caribeños que han trazado políticas y promulgado leyes encaminadas a la protección, estimulación y control de este tipo de empresas.

Es un hecho que durante décadas no existió una política unificada en el área del Caribe respecto a las MIPYMES, lo que dificultó la medición de sus aportes económicos y sociales en el área. Resalta la diversidad de criterios existentes para clasificarlas en micro, pequeñas y medianas empresas a diferencia de la política adoptada por la Unión Europea, que uniformó este aspecto en relación a las MIPYMES de este continente. Sin embargo, desde el 2015, con la creación del Índice de Políticas Públicas para Pymes en América Latina y el Caribe, se ha dado un paso de avance considerable en función de la armonización del estímulo y control sobre las MIPYMES en la región.

No obstante, a lo antes dicho en el caso de Cuba, aunque desde hace años el funcionamiento de los negocios por cuenta propia reúne los rasgos para ser considerados empresas privadas, no existe todavía un reconocimiento por el ordenamiento jurídico de las MIPYMES, lo que dificulta su funcionamiento e impide ejercer sobre las mismas el control necesario por parte

del Estado cubano. En consecuencia, los aportes de estas empresas al crecimiento económico nacional están lejos de sus potencialidades por lo que deberían regularse en aras de su protección y control, tal y como sucede en el área caribeña y en otras regiones geográficas.

Capítulo IV. Los negocios unipersonales en Ecuador. Análisis legislativo

4.1. La regulación legal del empresario mercantil individual en Ecuador

Si hacemos un análisis de la legislación mercantil-societaria ecuatoriana encontramos que las primeras regulaciones al respecto surgieron con el Código Civil de 1861 (Código de Andrés Bello) con algunas variantes y contenía normas tanto para el Derecho Civil como para el Mercantil, algo clásico en esa época.

Pero, la constitución y funcionamiento de las Compañías de Comercio en el Ecuador estuvieron originalmente regulados por el Código de Comercio expedido por el General Eloy Alfaro en el año 1906.

Ya en el 1966 se crea la Superintendencia de Compañías como Organismo de Control, determinado a nivel de reglamentos las normas de acción en esta temática.

De acuerdo a la Ley de Compañías del Ecuador, existen compañías en nombre colectivo, en comandita simple o por acciones, anónimas, limitadas, de economía mixta, cuentas en participación o compañías accidentales.

Ahora bien, esta Ley de Compañías no abarcaba el aspecto relacionado a las empresas unipersonales por lo que se hacía necesario crear una nueva herramienta legislativa que diera solución a esta falencia, ya que es imprescindible para los estados la actualización de todos los instrumentos jurídicos necesarios para el logro del desarrollo social-económico y político.

Es así que en el Ecuador se aprueba en enero del 2006 una ley reguladora de las empresas unipersonales con cierta tardanza, ya que la misma ya existía en la mayoría de los países vecinos. La misma se conoce como “Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada”.

Con la ayuda de esta nueva ley comenzó un nuevo capítulo de apertura al desarrollo de la microempresa en el Ecuador, que sería de gran utilidad para el desarrollo de la economía nacional, trayendo consigo la promoción de actividades económicas, algunas tal vez olvidadas y que requieren de su recuperación. No obstante, debemos decir que el Ecuador comparado con los países vecinos tiene años de atraso en este aspecto tan importante.

Y es que en Ecuador se puso de moda, algo que atenta en sí contra los postulados del Derecho Mercantil y Societario, y es el de tener una excesiva cantidad de sociedades anónimas con un solo accionista. Esta nueva ley por tanto modifica a la Ley de Compañías trayendo consigo que las compañías con un solo socio o accionista deben transformarse en Empresas unipersonales.

Indudablemente que esta nueva Ley traerá una mayor libertad de empresa, y el desarrollo de nuevas actividades económicas-mercantiles que traerán consigo una mayor competencia.

Si bien el primer artículo del Código de Comercio ecuatoriano se refiere al comerciante, cuando refiere que este cuerpo legal rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes, no estamos en presencia en este artículo de una referencia al empresario individual, sino que se utiliza el término comerciante como sustituto del más amplio y moderno de empresario mercantil.

Este artículo está destinado, por tanto, a precisar el ámbito de aplicación de la principal ley mercantil ecuatoriana que abarca tanto las operaciones de los empresarios (individuales y sociales), como los actos y contratos de comercio, aunque sean personas no comerciantes los que intervengan en ellos.

Sin embargo, ya el segundo artículo del Código pasa a ocuparse directamente del empresario mercantil individual, cuando define que será comerciante el que tenga capacidad para contratar y se dedique profesionalmente a ejercer el comercio, lo que está en sintonía con otras normas mercantiles de igual rango y con los criterios más autorizados de la doctrina.

En cuanto a la capacidad para contratar que refiere el Código de Comercio, hay que tener en cuenta la arista del tema desde el Derecho Civil, pues aquel remite directamente a esta disciplina cuando en su artículo 6 refiere que tiene capacidad para ejercer el comercio toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar.

El mencionado Código Civil establece que son absolutamente incapaces (y por tanto no tendrán capacidad para contratar y en consecuencia para actuar como empresarios mercantiles individuales) los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Además de estos serán también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas sin llegar a ser considerados absolutamente incapaces pues en determinadas circunstancias y bajo el mandato de las leyes sus actos pueden obligarlos frente a terceros.

Amén de estas incapacidades el Código Civil reconoce la existencia de otras incapacidades particulares que otras leyes imponen concretamente a algunas personas sobre algunos actos tal y como sucede con el Código de Comercio que en su artículo 7 prohíbe comerciar (y por tanto están impedidos

de ser empresarios individuales) a los religiosos y clérigos, los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio y los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Como ratificación de la necesidad de ostentar la plena capacidad civil para el ejercicio del comercio en el artículo 8 del Código de Comercio se prohíbe la ejecución de actos de comercio a las personas que según las leyes civiles no tienen capacidad para contratar. Sin embargo, las necesidades del tráfico mercantil requieren que se establezcan excepciones al principio recogido en este artículo y, en consecuencia, se permite al menor emancipado desarrollar actos comerciales, con la debida autorización de su curador.

Esta actividad comercial es válida incluso si no se ha producido expresamente tal autorización, siempre que el menor ejerza el comercio públicamente sin que exista manifestación en contra de su curador, ya sea públicamente o poniéndola en mano del que contrate con el menor. Estos menores autorizados para comerciar se consideran mayores en el uso que hagan de la mencionada autorización y pueden comparecer en juicio por sí e hipotecar sus bienes inmuebles por los negocios de su comercio, así como venderlos en los casos y cumpliendo las formalidades que la legislación civil exige.

De igual forma, los menores que administren su propio peculio profesional y ejecuten algún acto comercial responderán ilimitadamente hasta el monto de este peculio y estarán sometidos al imperio de las leyes mercantiles.

Las reglas establecidas en el Código de Comercio para delimitar los casos en que se considera a una persona empresario mercantil individual, tienen una importancia cardinal pues partir de la atribución a una persona de esta condición le será aplicable el llamado estatuto jurídico del empresario y tendrá una serie de obligaciones que son exclusivas de este sujeto.

Así opera, por ejemplo, lo relativo al registro de los empresarios individuales pues según el artículo 22 del Código de Comercio toda persona que pretenda ejercer el comercio con un capital mayor al requerido legalmente, se hará inscribir en la matrícula del cantón correspondiente. Para ello, se dirigirá por escrito a uno de los jueces de lo Civil, haciéndole conocer el giro que va a emprender, el lugar donde va a establecerse, el nombre o razón con la que ha de girar, el modelo de la firma que usará, y si intenta ejercer por mayor o menor la profesión mercantil, así como el capital que destinará a su negocio. Además, es necesario que el comerciante acompañe la firma que usará en sus actos de comercio y si el establecimiento estuviera administrado por un factor deberá expresarse el nombre de éste y acompañarse el modelo de su firma.

Posteriormente, el solicitante presentará ante el Registrador de la respectiva jurisdicción cantonal el Oficio que autoriza la Matrícula de Comercio suscrito por el juez competente y dos ejemplares certificados del proceso judicial en el que se aprobó la matrícula de comercio. La ley concede al comerciante obligado a inscribirse un plazo de 15 días posteriores al establecimiento de su negocio para cumplir esta obligación so pena de ser multado.

No obstante, a la importancia de la obligación del comerciante de declarar los datos iniciales de su negocio, la legislación ecuatoriana protege la publicidad de otros aspectos como la continuación y las alteraciones que sufra una casa de comercio así como su extinción. En cuanto a los aspectos relacionados con la Propiedad Industrial, como la razón comercial, deben comunicarse también al juez correspondiente quien las enviará al Registrador de la Propiedad, para que las conserve en su archivo.

Otra de las consecuencias fundamentales de ser considerado empresario individual es la llevanza de una contabilidad

ordenada y desde el Código de Comercio se indican las reglas básicas para su cumplimiento que aparece designado como una obligación y por tanto escapa a la voluntad del comerciante. De acuerdo a la referencia que hace el Código a la Ley de Régimen Tributario Interno, existe la obligación de llevar el registro de sus operaciones contables y declarar el tributo correspondiente en base a los resultados que se deriven de las mismas, para las personas naturales que realicen actividades empresariales en el Ecuador y que operen con un capital propio o cuyos ingresos brutos anuales sean superiores a los establecidos por las leyes, incluyendo las personas naturales que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias, forestales o similares.

Tan relevante es la contabilidad para los empresarios que se les prohíbe alterar en los asientos el orden y la fecha de las operaciones descritas, dejar espacios en blanco en el cuerpo de los asientos, o a continuación de ellos; realizar otros asientos al margen y hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas; borrar los asientos o parte de ellos y arrancar hojas, alterar la encuadernación y foliatura y mutilar alguna parte de los libros contables.

Siempre que estos libros se lleven correctamente constituirán medios de prueba en los juicios entre comerciantes motivados por hechos de comercio y aquellos que presenten las faltas antes enumeradas no tendrán valor a favor del comerciante a quien pertenezcan.

Como quedó explicado en el Capítulo 1, los negocios unipersonales son por lo general de pequeña entidad, pero ello no obsta para que el comerciante individual contrate a algún colaborador dependiente o subordinado que lo auxilie en el desarrollo de su empresa. El Código de Comercio ecuatoriano se refiere solo a los factores y los dependientes, sin hacer mención del mancebo como lo hacen otras legislaciones.

En cuanto al factor, que vendría siendo un apoderado general del empresario individual, el Código lo define, en su artículo 117, como el gerente-propietario de una empresa o establecimiento mercantil o fabril o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del titular de estos negocios. Como requisitos legales se exige en el artículo 119 que tenga la libre administración de sus bienes, aunque también pueden ser factores los hijos de familia y los menores emancipados, con catorce años cumplidos al menos, que estén autorizados expresamente.

Para poder actuar al frente del establecimiento mercantil los factores deben contar con un poder especial extendido por su principal y que, en aras de la seguridad jurídica del tráfico mercantil, debe quedar debidamente registrado, como se vio anteriormente. En cuanto al alcance de las facultades del factor, se entiende que posee las necesarias para realizar todos los actos inherentes a la administración del establecimiento que se le ha encargado, en aras de cumplir con la diligencia debida el buen desempeño de su cargo. Solo la limitación expresa, por parte del principal, de las facultades del factor, podrá operar como excepción al principio arriba enunciado.

En cuanto a los dependientes, son los empleados subalternos del empresario para que le auxilien en las diversas operaciones del negocio. Estos colaboradores deben cumplir, para actuar como tales, los mismos requisitos que los factores por mandato del Código. A diferencia de los factores, que gozan de un poder más amplio y en virtud del mismo pueden obligar a su principal, salvo indicación expresa en contrario; no están facultados los dependientes para obligar al empresario con su actuar, a no ser que se les faculte expresamente para ejecutar en su nombre algunas operaciones propias del negocio. Es decir, mientras que el factor se encuentra autorizado de oficio para obligar al principal (salvo indicación explícita en contrario), en el caso del dependiente esta facultad tiene que serle extendida expresamente para que tenga validez.

Entre las obligaciones fundamentales de factores y dependientes están la de expresar que contratan a nombre de su principal, poniendo antes de su firma que actúan por poder. Esto los exonera de responder personalmente de tal operación y se responsabiliza directamente al empresario, salvo lo dispuesto en la legislación laboral. No podrán tampoco delegar sus funciones salvo que se produzca una autorización expresa del empresario.

En cuanto a la ejecución por su cuenta de negociaciones del mismo género que las correspondientes al establecimiento donde laboran, no podrán los factores y dependientes dedicarse a las mismas sin que medie una autorización explícita de su principal. En caso de que se viole esta obligación, cargarán los incumplidores con las pérdidas ocasionadas, mientras que el empresario obtendrá las utilidades que se generen.

4.2. La Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada en Ecuador

Entre las dos grandes vías de limitar la responsabilidad del empresario individual, la sociedad unipersonal y la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la legislación ecuatoriana optó por esta última al promulgar, en el año 2006, la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada (Ecuador Congreso Nacional, 2005). Esta decisión ratifica la tendencia latinoamericana a reconocer este tipo de Empresas antes que a la sociedad unimembre.

La mencionada ley faculta a toda persona natural con capacidad legal para realizar el comercio, a desarrollar una actividad económica legítima a través de una Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada (en lo adelante EURL), lo que le permite limitar su responsabilidad por las operaciones de dicha Empresa hasta el monto del capital con que la hubiera dotado. De la redacción del artículo se desprende con claridad que no es posible la constitución de una EURL por una persona jurídica

y se le concibe como una forma de otorgar al empresario individual el beneficio de la limitación de responsabilidad por las operaciones de la Empresa. Tampoco pueden, por mandato de la Ley, fundar una EURL las personas naturales impedidas de ejercer el comercio.

La EURL ostentará una personalidad jurídica distinta de la de su fundador y en consecuencia existirán dos patrimonios también distintos. Sobre la mercantilidad de la Empresa la Ley se pronuncia con total claridad al definir el carácter mercantil de la misma, cualquiera que sea su objeto, y atribuye a su titular la condición de comerciante. En consecuencia, no hay dudas del sometimiento de la EURL al estatuto jurídico del empresario mercantil, que ya ha sido analizado en el presente libro.

En base a la división patrimonial ya mencionada, la EURL responderá de las obligaciones que contraiga con terceros con su propio patrimonio. Por su parte, la persona natural titular de la Empresa no responderá de las obligaciones de la misma a no ser en los casos siguientes:

- Si dispusiere en provecho propio de bienes o fondos de la empresa que no correspondan a utilidades líquidas y realizadas, según los correspondientes estados financieros.
- Si la empresa desarrollare o hubiere desarrollado actividades prohibidas o ajenas a su objeto.
- Si el dinero aportado al capital de la empresa no hubiere ingresado efectivamente en el patrimonio de ésta.
- Cuando la quiebra de la empresa hubiere sido calificada por el juez como fraudulenta.
- Si el gerente-propietario de la empresa, al celebrar un acto o

contrato, no especificare que lo hace a nombre de la misma.

- Si la empresa realizare operaciones antes de su inscripción en el Registro Mercantil, a menos que se hubiere declarado en el acto o contrato respectivo, que se actúa para una empresa unipersonal de responsabilidad limitada en proceso de formación.
- Si en los documentos propios de la empresa se manifestare con la firma del gerente-propietario que la empresa tiene un capital superior al que realmente posee.
- En los demás casos establecidos en la Ley.

Como se ve, todos los supuestos están encaminados a garantizar la transparencia del titular de la EURL en su manejo, buscando garantizar que no se utilice Empresa como mecanismo para operaciones fraudulentas.

Tal y como sucede con las sociedades mercantiles, la inscripción registral marca el momento a partir del cual la Empresa adquiere personalidad jurídica, por lo que el asiento de su constitución en el Registro Mercantil tiene efectos constitutivos y surtirá los mismos efectos de la matrícula de comercio. Como evidencia de la especialidad de la EURL, se destina en el Registro Mercantil un libro especial llamado "Registro de empresas unipersonales de responsabilidad limitada", donde se inscribirán los actos constitutivos de estos sujetos, así como sus posteriores modificaciones.

La titularidad de la EURL solo podrá corresponder a una persona natural, que la Ley llama gerente-propietario, y no podrá existir copropiedad sobre la misma. La única excepción a esta regla consiste en el caso de la sucesión mortis causa a favor de varios herederos o legatarios, y aun así tendrá carácter temporal, lo

que será analizado más adelante. Tanto énfasis he hecho el legislador en la unipersonalidad de la EURL que, incluso si estuviera formada una sociedad conyugal antes de la fundación de la Empresa, su gerente-propietario rezará respecto a los terceros, con la única excepción de su cónyuge, como único titular.

Sin embargo, si el matrimonio se disolviera por cualquier razón durante la existencia de la Empresa, su patrimonio deberá ser tomado en cuenta para el cálculo de los respectivos gananciales, y el cónyuge que no hubiere sido el gerente-propietario, o sus herederos, adquirirán un crédito contra la Empresa por los gananciales de aquel, que deberá pagarse en el plazo de un año después de la disolución de la sociedad conyugal.

Si se da el caso de que la EURL se fundara antes de contraído el matrimonio, no entrará en la sociedad conyugal a no ser que se incorporara expresamente mediante capitulaciones matrimoniales.

Si bien la legislación exige irrestrictamente la unipersonalidad en la titularidad de la Empresa, no es tan intransigente con la posibilidad de las personas naturales para ser propietarios de varias EURL pues según la norma, el mismo individuo puede fundar más de una, siempre que no exista confusión en su denominación y los objetos empresariales de cada una sean distintos. Ante la eventualidad de que esta autorización de fundar varias Empresas genere la posibilidad de que se produzcan malos manejos por parte del fundador la Ley provee una serie de prohibiciones y fuerte régimen sancionador.

Así, por ejemplo, las EURL pertenecientes a un solo propietario no podrán contratar entre ellas ni con personas que guarden parentesco del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Si se produce la violación de estas restricciones el gerente-propietario de las diversas Empresas pasará a

responder personalmente, esto es con su patrimonio, de las obligaciones de todas las Empresas.

4.2.1. Denominación empresarial

Sin dudas, el legislador ecuatoriano consideró un tema muy importante la correcta identificación en el tráfico jurídico de estas especiales empresas. De hecho, la denominación empresarial es calificada como propiedad exclusiva de cada EURL, que será la única que podrá usarla. Sin embargo, esta titularidad exclusiva no le permite enajenarla, ni aún bajo el supuesto de liquidación y de producirse cualquier litigio relacionado con la protección y defensa de la denominación, solo podrá ser resuelto por la vía judicial.

En cuanto a la forma de individualizar en el mercado a la EURL, la Ley ecuatoriana opta, en principio, por la denominación subjetiva al obligar a los fundadores a reflejar el menos su nombre y/o las iniciales seguido de la mención: “Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada” o las siglas “E.U.R.L”. Como un añadido, el gerente-propietario puede hacer mención en la denominación de la actividad económica que va a desarrollar la Empresa.

Evidentemente, la apuesta por la utilización del nombre del titular de la Empresa como parte de la denominación de la EURL contribuye a facilitar la identificación del gerente-propietario, sobre todo a los efectos de terceros que podrán identificarlo con suma facilidad.

Al igual que sucede con las sociedades mercantiles, el requisito de novedad de la denominación empresarial tiene una importancia cardinal, dada la prohibición legal de que una EURL adopte una denominación igual o semejante al de otra preexistente, aunque exista consentimiento o estén radicadas en domicilios distintos y sean diferentes también los objetos empresariales a que se

dediquen. Solo escapa a esta restricción la semejanza que se puede producir en las denominaciones de Empresas fundadas por una misma persona o las creadas por personas distintas con nombres iguales. Es en este último caso donde la posibilidad de añadir el giro al que se dedicará la EURL alcanza mayor importancia, pues se constituye en otro elemento diferenciador de las denominaciones empresariales.

Cuando el gerente-propietario o su apoderado firmen documentos que le confieran derechos a la EURL deberán indicar en ellos, además de la denominación de la misma, el domicilio, el plazo de duración y el monto de su capital. Si se viola esta disposición, quien las hubiera omitido asumirá personalmente las obligaciones que se deriven del documento indebidamente firmado. A este régimen escapa la firma de letras de cambio, cheques, pagarés y otros instrumentos de naturaleza similar, donde se consignarán los datos requeridos por estos documentos.

4.2.2. Nacionalidad y domicilio

Las EURL constituidas e inscritas en Ecuador tendrán la nacionalidad ecuatoriana y su domicilio principal estará ubicado necesariamente en alguno de los cantones del territorio nacional, aunque la Empresa puede operar ocasional o habitualmente en otra parte del territorio nacional e incluso fuera de él.

Respecto al domicilio de la Empresa, estará en el lugar que se determine en el acto constitutivo y puede ser distinto del domicilio de su titular y del lugar donde se explota el negocio. Por tanto, la EURL tendrá un único domicilio sin importar las sucursales y los otros establecimientos que posea en el país. Dado el caso de que un factor administre una de las sucursales o establecimientos que la Empresa tuviera fuera de su domicilio principal, el lugar en que opere este establecimiento o sucursal se constituirá también en domicilio de la Empresa; pero solo a los efectos judiciales o extrajudiciales que se deriven de los

actos o contratos ejecutados o celebrados en dicho domicilio y en relación directa con el mismo.

4.2.3. Actividades económicas que pueden ejercer las EURL

De acuerdo a la Ley vigente, las EURL deben reflejar de forma concreta y precisa en el acto de constitución la actividad económica que va a desarrollar y se añade que tendrá que ser necesariamente una sola y debe quedar claramente expresada pues no es posible utilizar términos amplios o ambiguos pues esta acción será declarada legalmente ineficaz. Es decir, por mandato de la Ley no pueden las EURL ecuatorianas dedicarse a más de un objeto empresarial.

Pero la Ley va más allá, y además de estas limitaciones relaciona un grupo de actividades económicas a las que no se podrán dedicar estas Empresas. Incluso, si el gerente-propietario de una EURL viola lo dispuesto y ejecuta alguna de estas actividades la Ley prescribe que deberá responder personal e ilimitadamente por las obligaciones de la Empresa y asumirá, además, la responsabilidad penal por sus actos. Las actividades a las que no se pueden dedicar las EURL son las siguientes:

- bancarias;
- de seguros;
- de capitalización y ahorro;
- de mutualismo;
- de cambio de moneda extranjera;
- de mandato e intermediación financiera;

- de emisión de tarjetas de crédito de circulación general;
- de emisión de cheques viajeros;
- de financiación o de compra de cartera;
- de arrendamiento mercantil;
- de fideicomiso mercantil;
- de afianzamiento o garantía de obligaciones ajenas;
- de captación de dineros de terceros; y,
- de ninguna de las actividades a que se refieren las leyes de: Mercado de Valores; General de Instituciones del Sistema Financiero; de Seguros; y, ni las que requieran por ley de otras figuras societarias.

Además de estas prohibiciones expresas la Ley limita la actuación de las EURL en cuanto a la celebración de actos para la captación de dinero o recursos públicos, aunque sirvan para apoyar o mejorar el desarrollo del objeto empresarial. Tampoco está autorizada, bajo pena de nulidad, para otorgar fianzas y avales o constituir prendas, hipotecas u otras cauciones para asegurar el cumplimiento de obligaciones ajenas.

Teniendo en cuenta las limitaciones arriba expuestas, la Ley faculta a las EURL para ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos que sirvan para el cumplimiento del objeto empresarial escogido, el ejercicio de sus derechos como persona jurídica y el cumplimiento de sus obligaciones. Así, por ejemplo, la Empresa podrá constituir cauciones de toda clase para asegurar el cumplimiento de sus propias obligaciones, tales como prendas,

hipotecas o fideicomisos mercantiles sobre sus bienes propios.

Dispone la norma que, salvo el caso de las cauciones prohibidas, los actos o contratos ejecutados o celebrados y que violen la Ley obligarán a la Empresa, pero el gerente-propietario o los apoderados que los hubieren ejecutado o celebrado serán personal, solidaria e ilimitadamente responsables frente a los terceros de buena fe por los perjuicios respectivos, y, en su caso, sancionados conforme al Código Penal.

4.2.4. Plazo de duración de las EURL

Las EURL en Ecuador se constituirán por un plazo determinado que constará de forma clara y expresa en el documento constitutivo. No refleja la Ley ningún plazo por el que deban existir ni fija un mínimo o un máximo, sino que deja a su fundador la facultad de definir la duración de la misma. Sin embargo, esta posibilidad no lo faculta, a nuestro juicio, para proponer plazos donde no haya una correspondencia razonable entre el vínculo de la Empresa con la extensión de la vida de su fundador. También es facultad del gerente-propietario ampliar y reducir el plazo de existencia de la Empresa.

Si ha transcurrido el plazo de duración fijado inicialmente esta deberá disolverse y liquidarse, a no ser que el titular de la EURL haya otorgado la correspondiente escritura pública que prorrogue su existencia, pero, aun así, de transcurrir doce meses sin que se inscriba esta escritura en el Registro Mercantil, la Empresa se liquidará necesariamente sin otro trámite ni dilación. Hay que decir que el plazo de un año completo para inscribir esta escritura se antoja excesivo para un trámite que no tiene una complicación extraordinaria.

4.2.5. El capital de la EURL

Esta categoría tiene en las EURL una importancia fundamental,

con similitudes a la que representa para las sociedades mercantiles de corte capitalista, dada la responsabilidad limitada del fundador que es un rasgo compartido con los accionistas y los socios de las compañías limitadas. Para el gerente-propietario la cifra de capital representa la cantidad máxima que arriesgará en caso de que la Empresa tenga pérdidas y siempre que no incurra en alguno de los supuestos en que puede responder personalmente.

El capital inicial de una EURL estará constituido por el monto total del dinero que el gerente-propietario hubiere destinado para la actividad de la misma y deberá fijarse en el acto constitutivo de manera clara y precisa, y en moneda de curso legal.

El articulado de la Ley remarca el hecho de que para conformar el capital de estas Empresas solo podrá aportarse efectivo o numerario. Esta es una postura que distancia a la legislación ecuatoriana sobre el tema de sus homólogas de otras naciones del continente donde se acepta la conformación del capital a partir del aporte de bienes por parte del titular y no solo de dinero. Esto es aceptado, por ejemplo, por la Ley General de Sociedades comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de República Dominicana en su artículo 455 c), la Ley 19 857 de Chile que autoriza el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada en su artículo 4) y los artículos 2 y 18-24 de la Ley de la Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada del Perú.

Tal y como sucede en las sociedades mercantiles esta cifra de capital no es inamovible y puede ser aumentada y disminuida de conformidad con el procedimiento aprobado en la ley.

De forma especial, la Ley designa al capital de una EURL como “capital empresarial” o “capital asignado”. Consideramos que son menciones innecesarias (sobre todo la segunda) pues, en primer lugar, no tiene la Empresa otro capital y por tanto no es

necesario identificarlo con un nombre particular. Además, no tiene este capital denominado como “empresarial” o “asignado” en las EURL, un papel tan distinto al que juega esta categoría en las sociedades mercantiles como para ameritar tal distinción.

En cuanto a la integración del capital, la Ley exige que el fundador de una EURL está obligado a desembolsar totalmente la cantidad de dinero que deberá estar a disposición de la Empresa, o entregarse a la misma, en el cien por ciento de su valor, al momento de otorgar la escritura pública que contenga el respectivo acto constitutivo. Como garantías legales para la Empresa, se explicita que todo aporte dinerario a su favor constituye título traslativo de dominio y que la entrega a una EURL del aporte dinerario durante su constitución, tendrá plenos efectos jurídicos en el momento de la inscripción de ese acto constitutivo en el Registro Mercantil.

La cantidad que constituya el capital que el gerente-propietario se comprometió a aportar a la Empresa debe ser depositada en una cuenta especial de la Empresa en formación, que será abierta en un banco bajo la designación especial de “Cuenta de Integración de Capital” de la Empresa en cuestión. Como forma de acreditar el depósito el banco extenderá un certificado acreditativo que deberá agregarse como documento habilitante a la escritura pública que contenga el respectivo acto constitutivo.

En relación a la cuantía de la cifra de capital, el legislador optó por requerir una cifra mínima, pero no de forma nominal sino exigiendo que para fundar un EURL este no podrá ser inferior al producto de la multiplicación de la remuneración básica mínima unificada del trabajador en general, por diez. La experiencia en relación a las sociedades mercantiles dice que se suele optar por esta variante del capital mínimo, pero refiriendo una cifra fija lo que contribuye a una más sencilla aplicación de este requisito. Así, por ejemplo, la Ley de sociedades de capital de España en su artículo 4 establece un mínimo de 3000 euros de capital para

fundar una sociedad de responsabilidad limitada y de 60 000 euros para la constitución de una compañía anónima.

De hecho, en el propio Ecuador se exige que el capital de una compañía limitada deba ser de 400 dólares como mínimo y para las sociedades anónimas de 800 dólares. Estas cifras contrastan con el requerimiento anterior de que el capital empresarial debe ser igual a superior a diez veces la remuneración básica mínima unificada del trabajador en general, que puede alcanzar la cifra de miles de dólares por lo que se estaría exigiendo para fundar una EIRL un monto superior al requerido para fundar aquellos tipos sociales.

Para enrarecer más lo referido al capital mínimo la Ley exige además que si en algún momento de la existencia de la Empresa el capital resultara ser inferior al mínimo, en función de la remuneración básica unificada que entonces se encuentre vigente, el gerente-propietario deberá proceder a aumentar dicho capital dentro del plazo de seis meses. En adición, si dentro de este plazo la correspondiente escritura pública de aumento de capital no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, la Empresa entrará inmediatamente en liquidación. Lo anterior genera también dificultades al titular de la EURL pues, de producirse aumentos en la remuneración básica unificada, estaría obligada cada vez a incrementar la cifra de capital y a realizar todo el proceso requerido por la Ley para validar tal aumento.

Es decir, si se produjeran por ejemplo aumentos salariales a nivel de país, cada vez que esto ocurriera el gerente-propietario estaría forzado a buscar los fondos necesarios para alcanzar la nueva cifra de capital mínimo y reflejar dicho aumento en una escritura pública que será autorizada por un Juez de lo Civil del lugar donde se encuentre domiciliada la Empresa. Una vez hecho esto, y si la escritura cumple con todos los requisitos, el mencionado juez publica un extracto de la misma durante veinte días para dar oportunidad a cualquier oposición y, transcurrido

dicho término sin que la haya, se ordena su inscripción en el Registro Mercantil.

En cuanto al aumento del capital se reconocen en la Ley dos formas de realizarlo:

- **Por nuevo aporte en dinero del gerente-propietario:** en este caso sería el fundador el encargado de aportar de sus fondos propios el dinero necesario para el incremento, que puede ser de tipo voluntario u obligatorio si está compelido por la necesidad de alcanzar el mínimo de capital requerido en la Ley. En cualquiera de los dos casos la entrega del aporte dinerario se efectuará una vez que se haga efectivo el numerario o el correspondiente cheque con la debida provisión de fondos, o mediante el respectivo depósito hecho por el gerente-propietario en una cuenta bancaria de la Empresa, antes del otorgamiento de la escritura pública correspondiente.
- **Por capitalización de las reservas o de las utilidades de la Empresa:** en este caso el aumento no se produce con el desembolso del gerente-propietario, sino que de los fondos de la misma EURL se destina una parte para incrementar la cifra de capital.

También la disminución del capital empresarial ha captado la atención del legislador ecuatoriano y en la norma se exponen las situaciones en que no se podrá reducir esta cifra:

- Si el capital de la empresa, después de la reducción, resultara inferior al mínimo establecido en la propia Ley.
- Si de la disminución resultara que el activo de la empresa fuera inferior al pasivo.

4.2.6. Constitución, aprobación e inscripción

Una muestra de la importancia que el legislador le ha conferido a la EURL es la exigencia para su constitución de, básicamente, los mismos requisitos que para la fundación de una sociedad mercantil. Así, el primer paso para la fundación de estas Empresas consiste en el otorgamiento de una escritura pública por el gerente-propietario, que contendrá:

- El nombre, apellidos, nacionalidad, domicilio y estado civil del gerente-propietario.
- La denominación específica de la empresa.
- El domicilio fijado como sede de la empresa y las sucursales que la misma tuviere.
- El objeto a que se dedicará la empresa.
- El plazo de duración de la misma.
- El monto del capital asignado a la empresa por el gerente-propietario, de conformidad con el artículo 1 de la Ley.
- La determinación del aporte del gerente-propietario.
- La determinación de la asignación mensual que habrá de percibir de la empresa el gerente-propietario por el desempeño de sus labores dentro de la misma.
- Cualquier otra disposición lícita que el gerente-propietario de la empresa desee incluir.

En el caso de que el fundador tuviera formada una sociedad

conyugal al momento de la constitución de la Empresa la escritura en cuestión será otorgada también por su cónyuge o conviviente, a fin de que en la misma quede constancia de su consentimiento respecto de dicha constitución.

Como segundo paso, y una vez firmada la escritura, el gerente-propietario se dirigirá a uno de los jueces de lo civil del domicilio principal de la Empresa, solicitando su aprobación e inscripción en el Registro Mercantil de dicho domicilio. Esta solicitud se someterá al sorteo legal de rigor y si cumple con todos los requisitos legales, el juez ordenará la publicación por una sola vez de un extracto de la escritura en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la Empresa.

Este extracto será elaborado por el juez y reflejará: el nombre, apellidos, nacionalidad, domicilio y estado civil del gerente-propietario; la denominación de la Empresa; el domicilio de la misma y las sucursales que tuviera; el objeto a que se dedicará la Empresa; su plazo de duración; el monto del capital asignado a la Empresa por su fundador y la determinación del aporte del gerente-propietario. Una vez cumplida la publicación, el titular de la Empresa pedirá que se agregue a los autos la foja en que la misma se hubiere efectuado y el juez así lo ordenará para los efectos de la debida constancia.

A partir de la publicación del extracto de la escritura los terceros tendrán veinte días para oponerse, fundamentadamente, a la constitución de la Empresa ante el mismo juez que ordenó su publicación. Esto da oportunidad a los acreedores del gerente-propietario, o a cualquier persona en general que se considere afectada con la fundación de la EURL, a defender sus derechos. Las oposiciones, si se presentan, se tramitarán en un único juicio verbal sumario y se suspenderá la tramitación de la Empresa hasta tanto la reclamación presentada no se resuelva.

En el caso particular de una oposición por parte de un acreedor

personal del gerente-propietario si paga la deuda en cuestión el juicio finalizará inmediatamente y el proceso para la constitución de la Empresa continuará. De igual forma, si la oposición es considerada sin fundamento el juez la rechazará de plano sin ulteriores actuaciones.

El tercer y último paso para la constitución de la Empresa comienza una vez vencido el plazo establecido mencionado anteriormente sin que se presentara alguna oposición, o en el caso de haberla, si fuera desechada por el juez o cesara de otra manera, éste aprobará la constitución de la Empresa y ordenará su inscripción en el Registro Mercantil del cantón del domicilio principal de la misma, la cual se practicará archivándose en dicho registro una copia auténtica de la escritura respectiva y una copia certificada de la correspondiente resolución judicial, sin necesidad de la fijación a que se refiere el artículo 33 del Código de Comercio, que obliga al Registrador Mercantil fijar, y mantener fijada por seis meses en su despacho, una copia del extracto de cada documento registrado, con su número de orden y fecha. En el caso de que la Empresa fuera a tener sucursales, la inscripción también se practicará en el o los cantones en que tales sucursales fueran a operar.

Volviendo a las oposiciones que pueden oponer los terceros, si se estimara fundada alguna de las presentadas, la sentencia del juez cancelará la aprobación para la inscripción en el Registro Mercantil del resumen de la escritura constitutiva y ordenará que el aporte dinerario del gerente-propietario sea devuelto al mismo por la institución bancaria en que se haya depositado tal cantidad. Contra esta sentencia que da validez a la oposición presentada contra la constitución de una EURL, solo tendrá el gerente-propietario el recurso de apelación ante la Corte Superior del respectivo distrito, la que resolverá por los méritos de los autos, en el término improrrogable de diez días. Igual procedimiento se seguirá si la sentencia declara infundada la reclamación del tercero quien podrá reclamar ante el órgano mencionado.

Si en algún momento posterior a la constitución del EURL su fundador pretende cambiar la denominación de la Empresa, o variar su plazo de duración, el domicilio, objeto empresarial o aumentar o disminuir el capital tales modificaciones deben someterse al mismo procedimiento establecido para su constitución y que ya fue explicado anteriormente debiendo realizarse las anotaciones correspondientes en los márgenes de la escritura de constitución de la Empresa y de su inscripción en el Registro Mercantil. Igual procedimiento operará si se pretende abrir sucursales o liquidar voluntariamente la Empresa.

4.2.7. Sucesión mortis causa y transformación de la EURL

Sobre la posibilidad de que se produzca esta modificación estructural de las EURL ecuatorianas la norma es clara cuando expresa que salvo el caso previsto en el artículo 37 de la Ley, estas Empresas no podrán transformarse en ninguna de las sociedades reguladas por la Ley de Compañías.

El mencionado artículo comienza ocupándose del destino de la Empresa en el caso de la sucesión mortis causa (por vía legal o testamentaria) de su propietario, que pasará a manos de sus sucesores. Si del cumplimiento del testamento o de la aplicación de las normas sucesorias resulta que una EURL pasa a manos de una sola persona, ya sea como heredero o legatario de la misma, la Empresa podrá continuar su existencia hasta el vencimiento del plazo originalmente declarado en el acto constitutivo. Solo tiene el nuevo gerente-propietario que antepone en la denominación empresarial las palabras: "Sucesor de" como clara indicación de ya no se haya la Empresa en manos de su fundador. Para ello tiene que cumplir con los mismos requisitos que se exigen para la constitución de la Empresa y que fueron explicados anteriormente.

Si una vez abierta la sucesión por causa de muerte, se da el caso de que la EURL pasa a ser propiedad de más de una persona,

la Ley estipula que tendrá que transformarse en un plazo de noventa días en una sociedad anónima o de responsabilidad limitada o bien entrar en un proceso de disolución con su posterior liquidación. Sin embargo, si los sucesores transfieren sus derechos hereditarios sobre la Empresa a una sola persona, esta se constituirá como su nuevo gerente-propietario y la EURL podrá continuar sus operaciones realizando la modificación de la denominación empresarial, así como dejando constancia, en escritura pública, de los traspasos que se han producido. Para ello deberá seguirse el procedimiento contenido en los artículos 31 al 35 de la Ley, si fueran de aplicación.

Se desprende de lo analizado anteriormente que, para que se produzca la transformación de la EURL en alguno de los tipos de sociedades capitalistas, debe darse la situación de que la Empresa sea heredada por varias personas y que no haya acuerdo de transmitir a una sola persona los derechos hereditarios del resto de los sucesores ni que exista la intención de liquidar la Empresa. Solo así se pasaría a mutar la EURL en una sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

En cuanto al proceso inverso, es decir, a la transformación de una compañía anónima o de responsabilidad limitada en una EURL, la misma Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada en su Disposición Transitoria establece que es posible, siempre que se produzca la acumulación de las acciones o participaciones en manos de una sola persona natural pues las personas jurídicas no pueden constituir, por mandato legal, una EURL. Para realizar esta transformación la Ley otorga el plazo de un año o de lo contrario la compañía anónima o limitada deberá disolverse si tampoco se logra incorporar al menos a otro socio.

Otro requisito para que se produzca la transformación de una sociedad capitalista en una EURL, es que aquellas no podrán tener en circulación determinados tipos de valores como acciones preferidas, obligaciones, partes beneficiarias y otros

de similar naturaleza y se encarga a la Superintendencia de Compañías aprobar dicha transformación cumpliendo los requisitos previstos en la Ley de Compañías.

4.2.8. De la administración y de la representación legal

Como una forma de acentuar la relación directa entre la EURL y su fundador la Ley establece que esta será administrada por su gerente-propietario, quien, a su vez, será su representante legal sin que este vínculo entre él y la Empresa tenga carácter laboral, por lo que dicha relación no estará sujeta al Código del Trabajo.

Como forma de legitimar su condición de representante legal de la Empresa servirá una copia certificada y actualizada (se entiende por tal la extendida en los noventa días anteriores) de la escritura pública que contenga el acto constitutivo con la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil. También puede acreditar su personería mediante una certificación actualizada del Registrador Mercantil en la que se acredite la existencia y denominación de la Empresa, el domicilio principal, objeto, plazo de duración, capital empresarial y la identidad de su gerente-propietario.

La representación legal de la Empresa se ejercerá sin posibilidad de limitación alguna, a toda clase de actos y contratos relacionados directamente con el objeto empresarial y a todos los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones de la Empresa que se deriven de su existencia y de su actividad, así como los que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones en los términos del artículo 18 de la Ley.

Según este precepto legal para la realización de su objeto empresarial, la empresa unipersonal de responsabilidad limitada podrá ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos relacionados directamente con el mismo y todos los

que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones derivadas de su existencia y de su actividad, así como los que tengan por objeto asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones.

La empresa no podrá ejecutar ni celebrar otros actos o contratos distintos de los señalados en el inciso anterior, salvo los que ocasional o aisladamente puedan realizarse con fines de inversión en inmuebles, en depósito en instituciones financieras y en títulos valores con cotizaciones en bolsa.

Se prohíbe toda captación de dineros o recursos del público por parte de la empresa, inclusive las que tuvieren por pretexto o finalidad el apoyo o el mejor desarrollo del objeto de la empresa, aun cuando se realizaren bajo las formas de planes, sorteos, promesas u ofertas de bienes o servicios.

La empresa podrá constituir cauciones de toda clase para asegurar el cumplimiento de sus propias obligaciones, tales como prendas, hipotecas o fideicomisos mercantiles sobre sus bienes propios; pero, se prohíbe expresamente, bajo pena de nulidad, que la empresa otorgue fianzas y avales o constituya prendas, hipotecas u otras cauciones para asegurar el cumplimiento de obligaciones ajenas.

Salvo el caso de las cauciones prohibidas y mencionadas anteriormente, los actos o contratos violatorios ejecutados o celebrados obligarán a la empresa, pero el gerente-propietario o los apoderados que los hubieren ejecutado o celebrado serán personal, solidaria e ilimitadamente responsables frente a los terceros de buena fe por los perjuicios respectivos, y, en su caso, sancionados conforme al Código Penal.

Si el gerente-propietario ejecuta o celebra, a nombre de la Empresa, algún acto o contrato distinto de los señalados anteriormente se obliga a responder de forma personal e

ilimitada.

Sin dudas, y partiendo de la denominación gerente-propietario, el espíritu de la Ley en cuanto al desempeño de las facultades de administración y representación, es que estas sean asumidas por el titular de la EURL. Sin embargo, la propia norma brinda la posibilidad de que se deleguen estas funciones en terceros designando a uno o más apoderados generales de la Empresa. Estos poderes deberán constar en escrituras públicas que se inscribirán en el Registro Mercantil del domicilio principal de la Empresa. En el caso del poder otorgado para la administración de una sucursal o establecimiento ubicado fuera del domicilio principal de la EURL, la escritura correspondiente se deberá inscribir además en el Registro Mercantil del lugar en que funcione o deba funcionar tal sucursal o establecimiento.

Si, por otra parte, el gerente-propietario pretende delegar solo una o varias de las facultades administrativas y de representación que posee puede extender un poder especial sin que se requiera la firma de una escritura pública para ello ni la inscripción en el Registro Mercantil del documento que ampare tal nombramiento.

El gerente-propietario y sus delegados, independientemente de que ostenten poderes generales o especiales no estarán autorizados a realizar, a título personal o a favor de otras personas jurídicas, la misma actividad empresarial que desarrolla la Empresa. La violación de esta prohibición los hará responsables penalmente, con lo que se busca que los servicios del titular y sus apoderados se brinden en exclusiva a la EURL, y se pretende evitar actitudes indebidas para con la Empresa que puedan afectar su patrimonio y el desarrollo de la actividad empresarial.

Otra de las prohibiciones que pesan sobre los encargados de la administración y representación de la Empresa, sea desempeñada por su titular o un apoderado, consiste en otorgar

caución por cuenta propia para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de la EURL. De hecho, esta prohibición alcanza incluso a los respectivos cónyuges, ascendientes y descendientes y su violación hará que la caución otorgada carezca de valor y no surtirá ningún efecto. En el caso de los fideicomisos mercantiles sobre bienes propios, que de alguna manera tuvieran por finalidad garantizar las obligaciones de la Empresa, tendrán el mismo tratamiento que las cauciones antes explicadas.

Dada la unipersonalidad de las EURL, sumado al hecho de que su titular es como norma también el administrador y representante, la Ley presta especial importancia a la contratación del gerente-propietario con la Empresa. De hecho, la norma prohíbe al gerente-propietario y a sus apoderados la contratación o negociación por cuenta propia con la Empresa ya sea directamente o no. Como contratación indirecta presume la Ley que será la realizada por la Empresa con el cónyuge o cualquier pariente hasta el segundo grado de consanguinidad tanto del titular de la EURL como de sus mandatarios.

No obstante, a la regla prohibitiva anterior, se permiten algunos casos en que los encargados de la representación y administración pueden contratar con la Empresa:

- En el caso de la entrega de dinero hecha por el gerente-propietario a favor de la empresa que administre, a título de mutuo o de simple depósito, sin intereses.
- El comodato en que la empresa fuera la comodataria y cualquier otro acto o contrato gratuito ejecutado o pactado en beneficio exclusivo de la empresa.
- La prestación de servicios personales.

Como se ve, en todos los casos se trata de actos que benefician a la Empresa, robusteciéndola patrimonialmente, beneficiándose de servicios personales o que no la afectan como es el caso de constituirse en simple depositaria o mutuataria de sumas de dinero sin la obligación de devolver intereses.

4.2.9. Contabilidad y de los resultados económicos

Partiendo del hecho de la importancia de la Contabilidad para los sujetos económicos en general, se puede deducir la relevancia para la EURL en particular de la correcta llevanza de la actividad contable; pues por sus propias características está expuesta, más que otras personas jurídicas, a proceder incorrectos que la afecten patrimonialmente.

Para garantizar la normalidad contable de la EURL la Ley prescribe que se deberá llevar su contabilidad de conformidad con la ley y reglamentos respectivos en la forma que más se adecue al giro de sus negocios. Anualmente, dentro de los noventa días posteriores a la terminación de cada ejercicio económico, la Empresa deberá cerrar sus cuentas y preparar su balance general y su cuenta de pérdidas y ganancias, siguiendo las normas establecidas en la Ley de Compañías y en los reglamentos correspondientes expedidos por la Superintendencia de Compañías, en cuanto fueren aplicables.

Si, una vez conocidos los resultados económicos de la Empresa, las cuentas arrojan algún beneficio, el gerente-propietario decidirá el destino que dará a las utilidades líquidas y realizadas que se hubieren obtenido en el año anterior, debiendo asignar para la formación o incremento del fondo de reserva legal de la Empresa por lo menos un diez por ciento de dichas utilidades, hasta que dicho fondo alcance por lo menos el cincuenta por ciento del capital empresarial. Los fondos correspondientes a esta reserva legal podrán invertirse y conservarse en valores de alta liquidez en el mercado y no podrán retirarse. Una vez

asignada esta cantidad prescrita por la Ley, y las demás que correspondan por mandato de otras normas legales, el gerente-propietario podrá disponer libremente del resto, conservándolo para sí o constituyendo con él reservas voluntarias para la Empresa.

Como una forma de garantizar la transparencia de las decisiones del gerente-propietario sobre los resultados económicos del año anterior se exige que se levante un acta que estará firmada por él y el contador de la Empresa y que debe quedar redactada dentro del primer trimestre del año en curso. Una copia de esta acta se protocolizará en una notaría del cantón en que la Empresa tuviere su domicilio principal, dentro de los noventa días siguientes, junto con el correspondiente balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias de la Empresa. Los notarios públicos están obligados a llevar un protocolo especial para este tipo de documentos de los que no se emitirán copias salvo orden judicial o a solicitud del gerente-propietario.

Si el titular de la Empresa no protocoliza el acta y los estados financieros referidos anteriormente dentro del primer semestre del año correspondiente, responderá personal y solidariamente por todas las obligaciones que la Empresa hubiere contraído a partir del uno de enero del año anterior hasta que se efectúe la protocolización debida.

Aunque el gerente-propietario tiene derecho a retirar las utilidades una vez satisfechas las cantidades que legalmente pertenezcan a la Empresa, esto está condicionado al requisito adicional de que las pérdidas de años anteriores debieron haber sido totalmente amortizadas o compensadas pues no puede el titular de la Empresa disfrutar de ganancias mientras esta tenga pérdidas o deudas que cubrir. Como formas de amortizar o compensar las pérdidas se admiten todas las válidas para las sociedades mercantiles y en particular las realizadas con reservas, utilidades o con aportes del propio gerente-propietario.

Para hacer una distinción, a los efectos de los acreedores personales del propietario de la Empresa, entre el patrimonio de la misma y el de su titular, se explicita que estos no podrán cobrar sus créditos contra los bienes de la EURL, pero sí tendrán la facultad de embargar las ganancias que el gerente-propietario retire. Si estas ganancias no son suficientes para cobrar sus créditos vencidos, cualquier acreedor personal del gerente-propietario podrá solicitar al juez que decrete la liquidación de la Empresa; pero el titular de la misma podrá impedir que se consume dicha medida pagando al acreedor o acreedores que lo hubieren solicitado, más las costas judiciales que se hubieran ocasionado.

Si se admite la quiebra de la Empresa por esta o por otra causa, no se entenderá que su propietario ha entrado en la misma situación de insolvencia patrimonial, a no ser que la quiebra sea calificada como fraudulenta en cuyo caso el juez podrá, a petición de parte interesada, proceder a embargar todos los bienes del gerente-propietario. Los acreedores de la Empresa tendrán preferencia, para el cobro de sus créditos, sobre los bienes del gerente-propietario con relación a los demás acreedores menos en los casos de los créditos privilegiados de mejor clase.

4.2.10. Disolución y liquidación de la EURL

Al igual que sucede con las sociedades mercantiles en el caso de la EURL opera la disolución voluntaria y su gerente-propietario o sus sucesores pueden declarar disuelta la Empresa en cualquier momento y comenzar con la liquidación de la misma. Esta decisión debe ser recogida en escritura pública y sometida al trámite legal correspondiente.

Sin embargo, además de estos casos en que las personas autorizadas pueden decidir facultativamente la disolución de la Empresa, la Ley reconoce otros casos en que esta operará

forzosamente:

- Por cumplimiento del plazo de su duración.
- Por auto de quiebra legalmente ejecutoriado.
- Por traslado de su domicilio a país extranjero.
- Por la conclusión de la actividad para la que se constituyó o la imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto empresarial.
- Por la pérdida total de sus reservas o de más de la mitad del capital asignado, a menos que el gerente-propietario hiciera desaparecer esta causal antes de concluido el proceso de disolución, mediante el aumento del capital empresarial o la absorción de las pérdidas en las cuantías suficientes;
- A petición de parte interesada en los supuestos establecidos en la propia Ley.
- Por muerte del gerente-propietario con varios sucesores sin que se logren transferir los derechos de estos a favor de una sola persona.
- Por cualquier otra causal determinada en la ley.

En todos estos casos, excepto en la primera causa de disolución, esta y las liquidaciones consiguientes deberán ser decretadas por un Juez de lo Civil del domicilio principal de la Empresa, con citación al gerente-propietario, a petición de parte legítima o de oficio. En la misma providencia el juez nombrará liquidador y dictará las medidas preventivas que estime necesarias, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que hubiere incurrido el gerente-propietario o sus apoderados,

las que se harán efectivas separadamente. Esta providencia nombrando al liquidador, una vez ejecutoriada, se inscribirá en el Registro Mercantil del domicilio principal de la Empresa.

En los casos en que la disolución opere de pleno derecho, el Juez de lo Civil, de oficio o a petición de parte, notificará al correspondiente Registrador Mercantil para que proceda a la inscripción respectiva y, en el mismo acto, designará un liquidador; en caso de existir sucursales, la notificación se hará también en el Registro Mercantil del domicilio de éstas.

Contra la sentencia que ordena la disolución y liquidación de la EURL, su gerente- propietario puede oponer recurso de apelación que será admitido por la Corte Superior, cuyo fallo será de obligatorio cumplimiento.

Una vez admitida la disolución forzosa de la Empresa se anotará al margen de la inscripción correspondiente del Registro Mercantil y, bajo la responsabilidad personal del gerente-propietario, se anunciará por una sola vez, mediante publicación en el periódico de mayor circulación del domicilio principal de la Empresa, y de las sucursales en caso de haberlas, dentro del término de ocho días siguientes a la fecha en que fue decretada por el juez. Una vez inscrita la disolución de la Empresa, todos los créditos contra ella se considerarán vencidos y comenzará el proceso para su liquidación.

Al igual que sucede con las sociedades mercantiles la EURL conservará su personalidad jurídica pero solo a los efectos legales necesarios para tal proceso y se añadirá a la denominación empresarial las palabras “en liquidación”.

Si la disolución fuera voluntaria quedará por cuenta del gerente-propietario efectuar la liquidación personalmente, mediante un delegado suyo o bien por un liquidador designado por sus sucesores cuyo nombramiento deberá inscribirse en el Registro

Mercantil del domicilio principal de la Empresa. En cualquiera de las variantes al encargado de la liquidación se le llamará “liquidador” quien ejercerá la representación legal de la Empresa y legitimará su personería de conformidad con el artículo 38 de la Ley, en lo que sea aplicable. Este artículo exige al gerente-propietario, para legitimar su personería como representante legal de la empresa, una copia certificada actualizada de la escritura pública que contenga el acto constitutivo de la empresa con la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, o una certificación actualizada del Registrador Mercantil en la que se acredite la existencia y denominación de la empresa, domicilio principal, objeto, plazo de duración, capital empresarial y la identidad de su gerente-propietario.

Entre las obligaciones del liquidador está la de notificar a la administración tributaria respectiva el estado de liquidación de la Empresa para la determinación de las obligaciones tributarias que correspondan.

En general y por mandato de la propia Ley, la disolución y liquidación voluntaria o forzosa de las EURL, se ajustarán en cuanto fueren aplicables, a las reglas contenidas en la Ley de Compañías para la disolución y liquidación de sociedades mercantiles. En consonancia con esto, una vez satisfecho el pasivo de la Empresa y terminadas las operaciones de su liquidación, se cancelará su inscripción en el Registro Mercantil.

4.2.11. De la prescripción de las responsabilidades

En cuanto a la actividad de la EURL que encubra la consecución de fines ajenos a la misma, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o se utilice para defraudar derechos de terceros, se imputará directa y solidariamente al gerente-propietario y a las personas que la hubieren hecho posible, quienes responderán civil y penalmente en forma personal por los perjuicios causados. En general,

por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de estas Empresas, serán personal y solidariamente responsables quienes los hubieren ordenado y/o los que los hubieren ejecutado. En caso de infracción, la correspondiente responsabilidad penal recaerá también sobre dichas personas y prescribirá conforme a las normas del Código Penal. Por otra parte, las acciones civiles que personalmente puedan ejercerse contra el gerente-propietario u otros responsables, por las causas arriba mencionadas, prescribirán en cinco años, contados a partir del hecho correspondiente o de la inscripción de la liquidación de la Empresa, según el caso y a elección del accionante.

Con la excepción de lo explicado en el párrafo anterior, la responsabilidad del titular de la Empresa o de sus sucesores en los casos de disolución, prescribirá en tres años salvo disposición legal en contrario, contando dicho plazo desde la fecha de la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil. Hay que hacer la salvedad de que si la Empresa se disuelve por quiebra, el plazo para la prescripción de esta responsabilidad se extiende a los cinco años, que se contarán a partir de la inscripción de la quiebra en el Registro Mercantil.

Si se da el caso de que han transcurrido los plazos arriba mencionados, pero aún existen fondos indivisos de la Empresa, los acreedores con derecho a ejercer acción contra la EURL en liquidación podrán hacerlo en proporción a lo que por el capital y las ganancias les hubiere correspondido en la liquidación. Esta acción prescribirá en cinco años, contados a partir de la publicación del último aviso a los acreedores a que se refiere el artículo 393 de la Ley de Compañías según el cual el liquidador: publicará por tres días consecutivos, en un diario de amplia circulación en el lugar del domicilio principal de la compañía, y en los que operen las sucursales de la compañía, si los hubiere, un aviso en que notifique a los acreedores para que en el término de veinte días contados desde la última publicación, presenten los documentos que acrediten su derecho. Una vez transcurrido

este término, el liquidador tomará en cuenta solamente a los acreedores que hayan probado su calidad y a todos los que aparezcan reconocidos como tales en la contabilidad de la compañía, con la debida justificación.

Si se da el caso de un liquidador que haya pagado con dinero propio deudas de la EURL no podrá ejercer contra el gerente-propietario derechos mayores que los que corresponden a los acreedores pagados.

Por último, a los efectos tributarios, las utilidades de las EURL y lo que retiren de ellas sus gerentes-propietarios, tendrán el mismo tratamiento que establece la ley de la materia para las utilidades de las compañías anónimas y para los dividendos que ellas distribuyan entre sus accionistas, respectivamente.

4.3. La Universidad Metropolitana del Ecuador y su vinculación con el pequeño empresario ecuatoriano

La Universidad Metropolitana del Ecuador (UMET Matriz Guayaquil), viene desarrollando desde el año 2014 un trabajo científico investigativo con el objetivo principal de darle apoyo al pequeño empresariado ecuatoriano, específicamente en la Zona Sur del Cantón Guayaquil.

Con vistas al cumplimiento de este objetivo, en el 2014 se elaboró un Proyecto de Vinculación con la Sociedad titulado “Empoderamiento del emprendedor urbano en la Zona Sur del Cantón Guayaquil, a través de la Educación Jurídica y los medios alternativos de solución de conflictos.”

Los antecedentes de este Proyecto se reconocen a partir del convenio establecido entre la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Universidad Metropolitana del Ecuador, firmado el 22 de septiembre de 2014, mediante el cual las dos instituciones se comprometieron a realizar diferentes acciones

coordinadas a favor de fortalecer la institucionalidad del estado y aportar a la mejora de la academia del Sistema de Educación Superior.

Constituyen otros antecedentes fundamentales de este Proyecto lo establecido en el Plan para el Buen Vivir, donde se explicita las políticas, los objetivos y las principales acciones a desarrollar en función del cambio de la matriz productiva y del mejoramiento del bienestar y la calidad de vida del pueblo ecuatoriano; entre los objetivos establecidos a los cuales contribuye modestamente este proyecto de vinculación con la sociedad se encuentran:

Objetivo 2. Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial.

Objetivo 4. Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.

Objetivo 6. Fomentar la justicia, seguridad integral y derechos humanos.

Objetivo 8. Fortalecer el sistema económico social solidario y sostenible.

También se consideró en el Proyecto lo planteado en la Ley Orgánica de la Educación Superior (LOES) dentro de sus fines, a saber: contribuir en el desarrollo local y nacional de manera permanente, a través del trabajo con los sectores sociales y productivos.

Forma parte de este historial las misiones de la Universidad Metropolitana del Ecuador, la cual ha asumido en su gestión, la idea de que la universidad esta llamada, en mayor grado, a preservar, crear, desarrollar y difundir la cultura nacional y universal. En tal sentido se ha mantenido un estrecho vínculo con

la sociedad, generando programas y proyectos que responden a las necesidades de determinadas entidades y comunidades ecuatorianas.

La carrera de Derecho puede aportar a los objetivos y misiones antes planteados por medio de una actuación efectiva de profesores, estudiantes en formación y graduados si se tiene en cuenta los campos en donde pueden actuar.

Los profesores y estudiantes de las diferentes escuelas de la UMET, han desarrollado diversos proyectos que han contribuido a los objetivos del PNBV. Las actividades desarrolladas y los resultados obtenidos a partir de estos proyectos, que constituyen antecedentes del proyecto que se propone.

En la elaboración del Proyecto se hizo la Formulación del Problema, determinándose que existen necesidades sociales en el Ecuador vinculadas al conocimiento y práctica de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, así como en la Ley de empresas unipersonales y de responsabilidad limitada. Lo mismo afecta a todos y cada uno de los ciudadanos, productores, proveedores, comerciantes, consumidores de la sociedad, en lo relativo al manejo y uso del mercado.

En este sentido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha identificado la necesidad de educar a la comunidad, mejorar su funcionamiento y prevenir el abuso de poder, que se generan por conflictos de competitividad, el establecimiento de desigualdades dadas a partir de inadecuadas y desleales prácticas de mercado, concentración económica, publicidad engañosa, entre otras manifestaciones, todas dadas por el desconocimiento de lo normado al respecto.

El conocimiento y correcta aplicación de las Leyes es oportuna para la educación jurídica de la ciudadanía, en particular los emprendedores, lo cual es pertinente para la transformación

de la matriz productiva y comercial, como medida de desarrollo presentada por el gobierno a nivel profesional y social para el bien de la nación y su población.

Como Argumentación y Justificación del Proyecto se estableció lo siguiente:

El artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa”.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos.

El artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, numerales 15, 25 y 26, garantizan: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.

“El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”.

“El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. El artículo

85 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones”. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

“Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad”.

El artículo 284 de la Constitución de la República del Ecuador, establece “La política económica tendrá los siguientes objetivos:”

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

2. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. El artículo I de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Ecuador. Presidencia de la República, 2011), señala el objetivo de la siguiente manera: “evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control de regulación de las operaciones de concentración económicas; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficacia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

El artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Ecuador. Presidencia de la República, 2011), establece “Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país”.

El artículo 38 de la norma antes citada establece las atribuciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en su numeral 29 dice: “coordinar las acciones que fueren necesarias y suscribir convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, a fin de promover la libre concurrencia de los operadores económicos a los diferentes mercados”.

El artículo 343 de la Constitución de la República establece que “el sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura. El sistema tendrá como centro al sujeto que aprende y funcionará de manera flexible y dinámica, incluyente, eficaz y eficiente”. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Debe destacarse que el empoderamiento refiere y genera una intervención basada en las fortalezas, debilidades, potencialidades y oportunidades que tiene y se les presentan a las comunidades para un cambio social.

La enciclopedia libre Wikipedia (Fundación Wikimedia, 2010) declara que el “empoderamiento o apoderamiento se refiere al proceso por el cual se aumenta la fortaleza espiritual, política, social o económica de los individuos y las comunidades para impulsar cambios positivos... implica el desarrollo en el beneficiario de una confianza en sus propias capacidades”.

Estudios sobre el empoderamiento afirman que puede ser analizado como valor, proceso, práctica de un contexto y experimentación del cambio social; lo cual favorece al desarrollo de actividades que potencien valores e identidades, el control de los recursos personales y sociales. Asimismo, el empoderamiento contribuye a desarrollar capacidades y recursos para controlar estilos de vida, con actuaciones de compromiso, conscientes y críticas, para lograr la transformación del entorno socioeconómico y cultural según necesidades y aspiraciones (Montero, 2009).

Por otra parte, la Superintendencia de Control y Poder de Mercado mediante la Serie Web Interactiva “Ciudad Quinde”, y otras acciones interventoras en diversos sectores de la población y el comercio, ha iniciado una estrategia que incita a la población en general, a participar en el conocimiento de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en Ecuador y en otras normativas de índole jurídico como la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.

Lo descrito anteriormente, lleva a la consideración de las potencialidades de la cultura jurídica con la posibilidad de ejercer una amplia promoción de informaciones que impliquen procesos de capacitación, intercambios sociales, el desarrollo de diversas acciones comunicativas, de intervención social, el desarrollo de estudios diagnósticos e investigaciones jurídicas sobre mercados, abusos de poder, prácticas restrictivas de la competencia, etc.; y otras iniciativas capaces de promocionar competencias sobre derechos y obligaciones ciudadanas como contenido legislativo de la Leyes antes mencionadas.

En este sentido los profesionales y estudiantes de la carrera Derecho de la UMET, en la Casa Matriz de Guayaquil, toman en cuenta las necesidades sociales planteadas y la solicitud de contribución realizada a la UMET por la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, en función de contribuir a la promoción de formas legales de empoderamiento del emprendedor urbano en la Zona Sur del Cantón Guayaquil, contemplado desde el conocimiento de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en Ecuador, la intervención comunitaria y estudios pertinentes sobre la base de la necesidades planteadas, a favor del bienestar de la ciudadanía y la mejora de la matriz comercial en el Ecuador.

Para el estudio de viabilidad del Proyecto se ha tenido en cuenta los siguientes indicadores:

- Nivel de participación de las entidades involucradas y las personas beneficiadas.
- Grado de correspondencia entre los objetivos estratégicos del Plan Nacional del Buen Vivir, los objetivos del Plan Estratégico de Desarrollo Institucional de la Universidad Metropolitana (PEDI), los objetivos del convenio y los objetivos del Proyecto.
- Eficacia: cumplimiento de las actividades.
- Planteamiento técnico, costos beneficios y matriz del marco lógico.
- Sostenibilidad de los aprendizajes y acciones del proyecto. Sistematización y transferencia a beneficiarios de los conocimientos, prácticas o tecnologías del proyecto
- Conocimientos y/o prácticas nuevas que genera (por medio de la investigación/innovación)

- Socialización de resultados e impactos del proyecto.

En la ejecución del Proyecto se han realizado las siguientes actividades: desarrollo de talleres, intercambios barriales en instituciones y espacios de pequeños emprendedores, difusión de materiales en diversas instituciones, entidades y espacios públicos de la Zona Sur del Cantón Guayaquil, elaboración de materiales promocionales acerca de contenidos vinculados a la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, sobre la solución de alternativas de controversias entre emprendedores urbanos y sobre la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada.

Con el desarrollo de este proyecto se han beneficiado de manera directa: Capacitadores de la Superintendencia de Control y Poder del Mercado, emprendedores urbanos enclavados en la Zona Sur del Cantón Guayaquil, donde prevalece la marginación y población desfavorecida (unos 300 aproximadamente) y como beneficiarios indirectos, jóvenes y adultos de las comunidades, participantes en actividades de mercado (unos 1700 aproximadamente).

A través del Proyecto se han elaborado además materiales promocionales acerca de contenidos vinculados a la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado y sobre la solución de alternativas de controversias entre emprendedores urbanos y se ha emprendido un estudio para la creación de un Centro de Mediación y Arbitraje para emprendedores urbanos en la Zona Sur del cantón Guayaquil.

Para ello se han identificado las características de los conflictos entre emprendedores urbanos de la Zona Sur del cantón Guayaquil, se han determinado ofertas eficaces de solución alternativa de controversias entre ellos, y se ha determinado el grado de arraigo de la solución alternativa de controversias entre esos emprendedores.

Se trabaja en la creación y funcionamiento de un Centro de Mediación y Arbitraje para emprendedores urbanos en esta zona contando con el apoyo de la Superintendencia para ello.

Consideramos que este libro contribuya al cumplimiento del objetivo de este Proyecto, y sea de gran ayuda para los emprendedores de muchos países de América Latina, principalmente para Cuba y Ecuador, algo muy necesario para ambos países.

Referencias Bibliográficas

- Albaladejo, M. (2013). *Derecho Civil*. Barcelona: Librerías Bosch.
- Amarante, V., & Perazzo, I. (2013). *Trabajo por cuenta propia y monotributo en Uruguay*. Revista del Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración. Recuperado de http://www.iecon.ccee.edu.uy/dt-04-13-trabajo-por-cuenta-propia-y-monotributo-en-uruguay/publicacion/339/es/tem_2/
- Antúnez, A. F., Bruzón, C. J., & Velázquez, S. M. (2013). *Un análisis a partir de la constitución cubana sobre el ejercicio del autoempleo. Incidencias en el nuevo relanzamiento en el modelo económico del siglo XXI*. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana, 16(1), 49-82. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/2110/211028906005/>
- Aramouni, A. (1996). *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. Revista de Derecho Privado, 23(136-138). Recuperado de <http://www.revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20088/18021>
- Argentina. Congreso Nacional. (2000). *Ley 25300 de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa*. Recuperado de <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/texord/texcomp/L25300.pdf>
- Artola, G. (2012) *La sociedad unipersonal. Régimen jurídico*. Recuperado de http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/sociedad-unipersonal-Regimen-juridico_11_430555002.html
- Badilla, C. (2009). *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y su Reforma en el Código de Comercio de Costa Rica. (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho)*. San Pedro de Montes de Oca: Universidad de Costa Rica.
- Barrera, J. (1963). *El Derecho Mercantil en la América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bolivia. Presidencia de la República. (1977). *Código de Comercio*. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo015es.pdf>
- Broseta, M., & Martínez, F. (2010). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos SA.
- Bueno, E. (1989). *Economía de la empresa. Análisis de las decisiones empresariales*. Madrid: Pirámide S.A.
- Cañizares, D. F. (2012). *Derecho Comercial*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Chile. Congreso Nacional. (1865). *Código de Comercio*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974>
- Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. (2003). *Ley No. 19857 de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207588>
- Colombia. Congreso Nacional. (2012). *Ley 1607 de las normas en materia tributaria*. Recuperado de https://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1607_2012.html
- Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2014). *Decreto 1473/14 de las actividades económicas para los trabajadores por cuenta propia*. Recuperado de https://www.dian.gov.co/descargas/.../2014/Decretos/Decreto_1473_05_A_gost2014.pdf
- Colombia. Presidencia de la República. (1971). *Código de Comercio* Recuperado de <https://www.ccb.org.co/content/download/5915/86066/file/Codigo%20Comercio.pdf>
- Comunidad Europea. (1989). *Duodécima Directiva 89/667/CEE de 21 de diciembre de 1989*. Recuperado de <https://www.publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication.../language-es>
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. (1964). *Código de Comercio* Recuperado de <https://www.costarica.eregulations.org/media/codigo%20de%20comercio.pdf>

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (1993). *Decreto Ley No 141 Sobre el ejercicio del Trabajo por cuenta propia en Gaceta Oficial Extraordinaria*, 5. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2004). *Resolución 11. Reglamento para el ejercicio del Trabajo por cuenta propia en Gaceta Oficial Ordinaria*, 19. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2005). *Resolución 9/2005 Reglamento para el ejercicio del Trabajo por cuenta propia en Gaceta Oficial Ordinaria*, 22. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2010). *Resolución 32. Reglamento para el ejercicio del Trabajo por cuenta propia. Decretos leyes, decretos, acuerdos y resoluciones contenidos en la Gaceta Oficial Número 11 y 12*. La Habana: Política.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2011). *Resolución 33. Reglamento para el ejercicio del Trabajo por cuenta propia Gaceta Oficial Extraordinaria*, 29. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2013a). *Resolución 41. Reglamento para el ejercicio del Trabajo por cuenta propia. Gaceta Oficial*, 27. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2013a). *Resolución 42. Actividades autorizadas para el ejercicio del Trabajo por cuenta propia. Gaceta Oficial*, 27. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular.

Cuba. *Oficina Nacional de Estadísticas e Información*. (2013). Anuario Estadístico de Cuba del año 2013. La Habana: ONEI.

Ecuador. *Asamblea Nacional Constituyente*. (2008). *Constitución Política de a República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional Constituyente.

Ecuador. Congreso Nacional. (2005). *Ley No. 27 de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada* Recuperado de <https://www.supercias.gov.ec/web/.../LEY%20DE%20EMPRESAS%20UNIPERSONALES.pdf>

España. Cortes Generales. (2003). *Ley No. 22 Concursal*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-13813-consolidado.pdf>

España. Cortes Generales. (1885). *Código de Comercio*. Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia.

España. Cortes Generales. (1889). *Código Civil*. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Garrigues, J. (2010). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Jiménez, G. (2010). *Derecho mercantil* (T. I). Madrid: Editorial Ariel.

Luchinsky, R. S., & Mordoj, V. (2001). *Sociedades de un solo socio. Estudio de la doctrina y del derecho comparado. Análisis crítico del Proyecto de unificación del derecho privado*. En, Lecciones y Ensayos. (pp. 95-118). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Mesa, N. T., et al. (2005). *Temas de Derecho Mercantil Cubano, Primera Parte*. La Habana: Félix Varela.

México. Congreso de la Unión. (2000). *Ley de Concursos mercantiles*. Recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/29.pdf>

México. Presidencia de la República. (1889). *Código de Comercio*. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_020517.pdf

Organización Internacional de Trabajo. (1993). *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE), adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo*. Ginebra: OIT.

- Organización Internacional de Trabajo. (1998). *Resolución concerniente a la medición del subempleo y las situaciones de empleo inadecuado*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional de Trabajo. (2013). *Trabajo*. Recuperado de <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3315?page=1>
- Panamá. Asamblea Nacional. (1916). *Código de Comercio*. Recuperado de https://www.panama.eregulations.org/media/cod.%20comercio_1.pdf
- Paraguay. Congreso de la Nación. (1983). *Ley No. 1034 del comerciante* Recuperado de https://www.cej.org.py/games/Leyes_por_Materia_juridica/CIVIL/LEY%20No1034.pdf
- Pérez Izquierdo, V., Oberto Calderón, F., & González Rodríguez, M. (2003). *Los trabajadores por cuenta propia en Cuba*. Recuperado de <https://docplayer.es/10158823-1-antecedentes-teoricos-del-trabajo-por-cuenta-propia-en-cuba.html>
- Pérez, O. E., & Torres, R. (2015). *PYMES en Cuba: ¿utopía o realidad necesaria?* La Habana: Editorial Caminos.
- Perú. Presidencia de la República. (1976). Decreto Ley No. 21621 *Ley Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*. Recuperado de https://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_registral/.../Leyes/DL%20EIRL.pdf
- Ramírez, D. N. (1991). *Contabilidad Administrativa*. México: Mc Graw Hill.
- República Dominicana. Congreso Nacional. (2008). *Ley No. 479 de sociedades comerciales y de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_rep_ley_479_08.pdf
- Rodríguez, L., & Piorno Garcell, M. (2012). *Trabajador por cuenta propia en Cuba: ¿empresario mercantil o civil?* Revista Lex, 10(10), 163-190. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5157846.pdf>

- Sánchez Calero, F. (1996). *Instituciones de Derecho Mercantil*, T.I. Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas.
- Sánchez-Rodas, C. (2002) *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 37. [Recuperado de: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/37/inf2.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/37/inf2.pdf)
- Torres, R. (2015). *Un nuevo modelo económico en Cuba: el rol del sector privado*. La Habana: Editorial Caminos.
- Uría, R. (2001). *Derecho Mercantil*. (Vigésimo Cuarta Edición). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Uruguay. Asamblea General. (1865). *Código de Comercio* Recuperado de https://www.parlamento.gub.uy/sites/default/files/CodigoComercio2014-0_3.pdf
- Valdés, C. (2005). *Derecho Civil, Parte General*. La Habana: Félix Varela.
- Venezuela. Congreso de la República. (1955). *Código de Comercio* Recuperado de <https://www.finanzas.usb.ve/sites/default/files/Código%20de%20Comercio.pdf>
- Vicent, F. (2012). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Vidal, P., & Pérez, O. E. (2011). *Relanzamiento del cuentapropismo en medio del ajuste estructural*. Recuperado de https://www.nodo50.org/cubasi gloXXI/economia/vidalp_301111.pdf

La obra recorre el vasto mundo del derecho mercantil en lo que concierne al empresario mercantil individual o comerciante, partiendo de los fundamentos teóricos y doctrinales de esa institución y su estudio comparado en varias legislaciones de América Latina, hasta llegar al análisis del mismo en la legislación y práctica jurídica en Ecuador y Cuba. El texto puede ser de gran utilidad para especialistas del Derecho vinculados a esta materia, en cualquier país de nuestro continente, fundamentalmente para ecuatorianos y cubanos, además puede dotar a estudiantes ecuatorianos y cubanos de un conjunto de conocimientos que les resultará de gran aplicabilidad en sus estudios de pregrado y como operadores del Derecho.

EDITORIAL



FUNDACIÓN
METROPOLITANA
Fomentando la Educación Superior

ISBN: 978-959-257-563-9

