

Edición: Norma Castillo Falcato
Diseño de cubierta: Frank Herrera García
Diseño interior: Arsenio Fournier Cuza
Diagramación: Luis Moya Medina

© Colectivo de autores, 2005
© Sobre la presente edición:
Editorial Félix Varela, 2005

ISBN 959-258-860-0 Obra completa
959-258-861-9 Primera parte

EDITORIAL FÉLIX VARELA
San Miguel No. 1111
entre Mazón y Basarrate, Vedado,
Ciudad de La Habana, Cuba.
E-mail: elsa@enpses.co.cu
Tél.: 878-6986

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	/ VII
<i>Evolución histórica del Derecho Mercantil</i>	/ 1
Surgimiento y evolución del Derecho Mercantil en Cuba	/ 7
<i>Concepto, caracteres y fuentes del Derecho Mercantil</i>	/ 15
Fuentes de Derecho Mercantil	/ 17
La empresa y el establecimiento mercantil	/ 20
<i>El empresario mercantil. Generalidades</i>	/ 28
Requisitos	/ 32
Prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio de la actividad económica constitutiva de empresa	/ 35
El estatuto jurídico del empresario mercantil	/ 38
Responsabilidad del empresario mercantil	/ 46
Colaboradores del empresario mercantil	/ 46
<i>El Empresario Social</i>	/ 50
Concepto y características de la sociedad mercantil	/ 51
Requisitos de constitución	/ 54
Efectos o consecuencias de la personalidad jurídica	/ 55
La sociedad y los demás fenómenos asociativos	/ 57
Sociedad irregular y sociedad en formación	/ 58
Distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil	/ 59
Clasificación de las sociedades mercantiles	/ 60
Tipos de sociedades mercantiles	/ 61
<i>Las sociedades personalistas</i>	/ 62
La sociedad colectiva. Generalidades	/ 63
Definición y caracteres	/ 64
Régimen Jurídico Interno	/ 70

La sociedad Comanditaria. Generalidades / 78
<i>La Sociedad Anónima</i> / 90
Antecedentes / 90
Concepto y características / 91
Denominación de la sociedad / 93
Requisitos de constitución / 94
Procedimiento de fundación de la Sociedad / 95
El capital social / 97
La acción / 100
Órganos de la Sociedad / 106
La Sociedad Anónima en el ordenamiento jurídico cubano / 110
Las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano / 114
Transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación de sociedades / 116
<i>La Sociedad de Responsabilidad Limitada</i> / 123
Concepto y naturaleza / 123
Características / 124
Naturaleza jurídica / 125
Requisitos de constitución / 128
Órganos sociales / 129
La Sociedad de Responsabilidad Limitada en la legislación cubana / 131
<i>La sociedad unipersonal</i> / 134
Causas que propiciaron el surgimiento de la sociedad unipersonal. Análisis teórico / 134
Concepto de sociedad unipersonal / 138
Constitución de la sociedad unipersonal / 141
La constitución de una sociedad unipersonal según la forma social adoptada / 146
Funcionamiento de la sociedad unipersonal / 148
Modificaciones estructurales / 155
Extinción de la sociedad unipersonal. Disolución y liquidación / 156
<i>Unión de Empresarios</i> / 157
Surgimiento de la Unión de Empresarios / 157
Grupos de Sociedades. Concepto / 158
Elementos que distinguen al grupo de sociedades / 160
Clasificación de los grupos de sociedades / 163
Relaciones internas en el grupo de sociedades / 167
Relaciones externas de los grupos de sociedades / 169
Regulación legal sobre el Grupo de Sociedades / 170
Las cuentas anuales consolidadas en el Grupo de Sociedades / 171
La <i>Joint Venture</i> como modalidad especial de grupo de sociedades / 171
Diferencias con instituciones jurídicas afines / 172
Unión temporal de empresarios / 174

Las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras/ 179
Sucursales. Definición / 180
Generalidades del contrato de agencia / 182
Aspectos fundamentales del régimen jurídico de las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras / 187
Contratos Mercantiles. Generalidades/ 196
Especialidad en el régimen general de las obligaciones / 197
Teoría general de los contratos mercantiles / 198
La compraventa mercantil / 202
Elementos del contrato / 204
Contenido del contrato / 205
Extinción del contrato / 209
Compraventas mercantiles especiales / 210
La compraventa internacional / 212
Contratos afines a la compraventa mercantil / 221

PRÓLOGO

Al presentar este libro a los profesores, estudiantes y público en general se hace necesario, ante todo, subrayar el esfuerzo y dedicación con los que los profesores de la asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, se volcaron en su realización en un plazo extraordinariamente corto, dada la premura con que se requería disponer del mismo para su empleo en todas las universidades y centros universitarios municipales del país.

Se trata, hasta donde conocemos, del primer intento después del tiempo de la Revolución de sistematizar en un texto los conocimientos básicos del Derecho Mercantil en forma diferenciada y no vinculada a otras disciplinas jurídicas, tales como el Derecho Económico o el Derecho Comercial Internacional y, en este sentido, continúa por el camino iniciado con la edición en 1998 del Código de Comercio (actualizado) preparado también por un colectivo de profesores de la facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

La obra, destinada tanto a los estudiantes de la licenciatura en Derecho como a otras carreras universitarias que incluyen esta disciplina en su currículo docente cual es el caso de las económicas, ha seguido en el orden metodológico el programa vigente de la asignatura, ampliándolo con el objetivo de brindar al lector una panorámica doctrinal lo suficientemente amplia, que le permita profundizar posteriormente de forma autónoma en aspectos de su interés en esta materia.

Los autores trataron en todo momento de vincular los conceptos e instituciones desarrollados a la realidad cubana de hoy y a su derecho positivo en el sentido más amplio del término, sin olvidar la necesaria generalización doctrinal que permita aplicar los conocimientos adquiridos

a los aspectos concretos de la contratación internacional y al estudio comparado de legislaciones de otros países.

Dado que las instituciones mercantiles en Cuba no se han reformulado en nuestra legislación mucho más allá del Código de Comercio vigente, que no es otro que el Código español de 1889, se ha aprovechado el caudal legislativo y, sobre todo, doctrinario de autores extranjeros, principalmente españoles para desarrollar los conceptos expuestos; sin embargo, al acudir a fuentes doctrinales extranjeras se ha tratado en todo momento de ceñirse a la realidad cubana dada, en primera instancia, por nuestro sistema económico-social y su consecuente diversidad conceptual y legislativa.

Esta edición que hoy modestamente presentamos es un primer paso en una dirección mucho más compleja y ambiciosa de sistematizar doctrinalmente las instituciones y conceptos del Derecho Mercantil por autores cubanos.

Las próximas ediciones de esta obra, permitirán con seguridad mejorar la actual, al eliminar las inevitables insuficiencias y errores que esta presenta, lo que permitirá elevar tanto su rigor conceptual como el aspecto pedagógico, inherentes ambos a todo libro de texto universitario.

DR. RUBÉN MUÑIZ GRIÑÁN

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL

LIC. NATACHA TERESA MESA TEJEDA

Los primeros vestigios del Derecho Mercantil no los encontramos en Roma, sino en la Edad Media. Y esto se debe a que el Derecho imperante en Roma estaba caracterizado por una gran flexibilidad y por una gran capacidad de adaptación a las realidades sociales. La inexistencia del Derecho Mercantil en Roma obedecía a la existencia del *Ius Honorarium*, el cual confirió al Derecho Romano la capacidad innovadora necesaria que permitió ir adecuando el derecho tradicional a las exigencias cada vez más cambiantes de la vida social. El *Ius Honorarium*, creado por el edicto del pretor, y el reconocimiento del *Ius Gentium* propició que no existiera en esta etapa un derecho especial que fuera capaz de regular el comercio. Es por estas razones que podemos afirmar la inexistencia de un Derecho Mercantil en Roma.

Podemos enmarcar el surgimiento del Derecho Mercantil en la **Baja Edad Media**, a partir del siglo XI. El surgimiento de este derecho en esta etapa obedece a que, con la caída del imperio romano, tuvieron lugar un conjunto de factores, que un sector mayoritario de la doctrina, ha dividido en: político-sociales y económico-jurídicos los cuales hicieron posible la aparición de un derecho especial que regulara la actividad profesional de una clase de ciudadanos: **los comerciantes**. Algunos de estos factores fueron los siguientes:

- Renace la ciudad con un especial significado económico, ya que en ella se desarrolla el comercio con variada intensidad y una naciente actividad industrial rudimentaria y artesana.
- La ciudad se convierte en centro de consumo, de cambio y de producción en la que las ferias y los mercados se dedican al fomento del comercio nacional e internacional. En las ciudades estas actividades son realizadas por dos clases de profesionales: *los mercaderes* y *los*

artesanos, quienes a partir de la segunda mitad del siglo XII se asocian en gremios y corporaciones. Estos crearon su Derecho que regularía el desarrollo de la actividad económica; el mismo se caracterizó por ser un derecho consuetudinario; por lo que la costumbre se convirtió en su fuente formal.

Tal y como señalábamos anteriormente, los mercaderes y artesanos se unen en gremios y corporaciones, a partir del siglo XII, creando jurisdicciones especiales para resolver los litigios que se suscitaban como consecuencia del desarrollo del comercio. La competencia de estos tribunales especiales estaba delimitada por la concurrencia de dos elementos: subjetivo y objetivo. Con relación al primero, solo se sometían a dicha competencia una clase determinada de personas: los comerciantes; y del segundo debemos señalar que la competencia de estos tribunales solo se extendía a los litigios nacidos del tráfico mercantil, por tanto, no eran competentes para conocer asuntos civiles de los cuales era parte un comerciante.

Las decisiones adoptadas por estos tribunales especiales posteriormente comenzaron a recogerse por escrito, y fueron recopilándose poco a poco en forma escrita y por medio de la costumbre; esta generalización trajo consigo que se fueran estableciendo las normas mercantiles de la época. Al mismo tiempo, debido al desarrollo que alcanzó la ciudad, al convertirse en centro de poder político, vida social y actividad económica, muchas ciudades, entre ellas Génova, Pisa, Florencia, Milán, Venecia, etc. sintieron la necesidad de un derecho adecuado al floreciente tráfico que realizaban. Por lo que comenzaron a crear sus estatutos con características peculiares de cómo se desarrollaría el comercio en cada una de estas ciudades. Todos los estatutos y sentencias que los tribunales y las ciudades fueron creando, contribuyeron a moldear los contornos del incipiente Derecho Mercantil. Ya en esta etapa podemos ver que se produce un abandono de la forma consuetudinaria que le caracterizaba al Derecho Mercantil para convertirse en un derecho estatutario.

El Derecho Mercantil tiene en esta etapa las características siguientes:¹

- Su fuente formal es la costumbre.
- Su fuente material se encuentra en las organizaciones profesionales de mercaderes.² Posteriormente la costumbre comenzó a recogerse

¹Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador): *Derecho Mercantil*, Ariel S. A., Barcelona, 1992, p.7.

²Era el Derecho de una clase social surgido en el seno de los gremios y corporaciones.

por escrito en los estatutos de las corporaciones, y estas a través de sus órganos la interpretan y aplican al administrar justicia.

- El criterio de delimitación de este derecho es un criterio subjetivo, ya que solo es aplicable a una determinada clase de persona: los mercaderes, y en ocasión de la realización de su actividad profesional. De este modo, la jurisdicción mercantil solo es aplicable a los litigios surgidos entre los miembros de las corporaciones en sus relaciones de negocios.

A **finales del siglo xv**, con la aparición de los estados nacionales y los descubrimientos geográficos tienen lugar importantes cambios políticos y económicos que van a repercutir en el nuevo Derecho Mercantil.

La afirmación de la soberanía del Estado, fundamentalmente en las monarquías absolutas, trae consigo un reforzamiento de la ley frente a la costumbre como fuente del derecho.³ El ámbito de la soberanía estatal va configurando la existencia de un mercado nacional y de una economía mercantilista basada en el protagonismo del Estado en la regulación y control del desarrollo del comercio y la obtención de riquezas.⁴

El florecimiento del comercio, entre otros factores, produce la extensión a otras clases sociales de actividades que anteriormente solo se reservaban a los mercaderes. Por tanto, se amplía la base del Derecho Mercantil a nuevos sujetos, los cuales pasan a someterse a las normas y jurisdicción ya referidas, pero sin ser comerciantes. Es válido señalar que no solo esta expansión se limita a los sujetos, sino que instituciones jurídicas nacidas en el tráfico mercantil se extienden hacia otros sectores de actividades económicas distintas del comercio, provocando un crecimiento progresivo del ámbito de aplicación de este derecho.

Podemos señalar que el Derecho Mercantil, desde la Edad Media hasta la Revolución Francesa, se caracterizó⁵ por las notas siguientes:

- La primera fuente formal del Derecho Mercantil pasa a ser la Ley. La costumbre, sin llegar a perder su carácter de fuente, pasa a un segundo plano.

³Esto obedece al surgimiento de una nueva ideología político-social que influye en la formación del Derecho Mercantil, cambiando totalmente su proceso formativo, ya que el monarca para fomentar la unidad política dicta las normas y las leyes que han de regular el comercio.

⁴Guillermo Jiménez Sánchez: Ob. cit., p. 7.

⁵Ibídem, p. 8.

- La potestad de dictar leyes corresponde al Estado.⁶
- El criterio de delimitación del Derecho Mercantil, no abandona su carácter subjetivo, pero se va extendiendo progresivamente a otros sujetos no comerciantes y a actividades económicas distintas al comercio.
- La nota de internacionalidad, que hasta este momento lo caracterizaba cede paso al nacionalismo, que afirma el poder del Estado en su ámbito territorial de soberanía.

Es admitido por la doctrina que el **siglo XIX** instaura una nueva época en la evolución histórica del Derecho Mercantil. En esta etapa tuvieron lugar un conjunto de circunstancias económicas, políticas y sociales que determinaron la profunda transformación sufrida por el Derecho Mercantil de la época. Expondremos a continuación algunos de estos factores: aparece el capitalismo industrial y financiero. La máquina de vapor alcanza un desarrollo insospechado y desempeña un importante papel de desarrollo industrial, lo cual trajo consigo un desarrollo creciente del comercio marítimo y el ferroviario, y por ende, la actividad industrial y mercantil alcanza un gran crecimiento. La Sociedad Anónima alcanza la fisonomía que mantiene hasta nuestros días, así como el crédito y los títulos valores alcanzan su actual perfección.

El nuevo sistema capitalista se sirvió de la ideología que triunfa con la Revolución Francesa. Los fundamentales principios instaurados por la Revolución Francesa y utilizados por el capitalismo para la construcción de su sistema fueron los siguientes: a) Supresión del intervencionismo estatal en la economía, porque triunfa la posición o concepción de los fisiócratas que consideraban la libertad económica como presupuesto necesario para alcanzar el progreso social; b) Supresión de los privilegios concedidos a las corporaciones de mercaderes en el antiguo régimen; c) Constitucionalización del principio de que todo ciudadano puede libremente iniciar el ejercicio de cualquier actividad económica, con lo cual se opone al principio de ser un derecho especial de clase, instaurado en el viejo régimen; d) Institucionalización de la propiedad privada sobre los medios de producción.⁷

⁶Esta situación de progresiva legalización y estatalización del Derecho Mercantil, que inicialmente fue consuetudinario y corporativo, encuentra su más fiel expresión dentro de la Edad Moderna en las Ordenanzas Generales del Comercio Terrestre (1673) y del Comercio Marítimo promulgadas por Luis XIV, a las cuales se le llamaron Ordenanzas de Colbert.

⁷Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edición, Editorial TECNOS S.A., Madrid, España, pp. 54-55.

La **Obra Codificadora de Napoleón** es la que va a concretar un nuevo derecho mercantil inspirado en las ideas y principios de la Revolución Francesa. Su mérito es innegable, ya que unificó al Derecho Privado en dos grandes cuerpos legales: El Código Civil de 1803 y el Código de Comercio de 1807, marcando de esta manera un hito en la historia del Derecho. La existencia de un Código de Comercio separado del Código Civil significa la consagración de un Derecho Especial frente al Derecho Civil.

Introduce Napoleón, con su labor codificadora, otra novedad y es que da un nuevo matiz a la concepción delimitadora del Derecho Mercantil. Ya que trata de abandonar la posición subjetivista, hasta ahora asumida durante todo el proceso evolutivo, para adoptar una nueva concepción basada en el elemento o posición objetiva, es decir, basado en el concepto de acto objetivo de comercio, sin tener en cuenta la condición personal del sujeto que lo realice.⁸

Decimos que el Código de Napoleón *trata* de abandonar la posición subjetiva, para adoptar una nueva concepción: la objetiva, pues solo se queda en el intento. Solo fueron ansias de eliminar de un todo la concepción subjetiva, lo cual no se logró. El Código de Comercio presenta en su contenido aspectos que lo acercan al subjetivismo, por ejemplo, inicia su articulado con un título dedicado a los comerciantes y en el mismo ofrece una definición de comerciante, estableciendo que: “Son comerciantes los que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual”. Una vez que se califica a la persona como comerciante queda sujeto a un conjunto de derechos y obligaciones que integran el estatuto jurídico del empresario mercantil, y que lo distingue del resto de los sujetos.

Por otro lado, es muy cierto que la atribución del carácter de comerciante a una persona no se hace atendiendo a su pertenencia a alguna que otra organización, ya sean gremios o corporaciones; sino que se sigue una línea real, basada en atribuir a una persona la condición de comerciante por la realización de actos de comercio y su profesionalidad, todo esto independientemente de la persona que lo realice. Es decir, la actividad no se califica atendiendo al sujeto, sino que es la actividad misma la que va a calificar al sujeto como comerciante.

Lo expuesto anteriormente revela la mezcla de elementos subjetivos y objetivos que caracterizó al Código de Comercio Francés. En consecuencia no podemos hablar de una concepción objetiva del Derecho Mercantil en un sentido absoluto, sino que se trata de una calificación relativa. Porque no se logra borrar los aspectos subjetivos de la materia mercantil, ni imponer con

⁸Guillermo Jiménez Sánchez: *Derecho Mercantil*, Ed. cit., p. 9.

carácter absoluto un criterio objetivo de acto de comercio, como único delimitador de la materia mercantil. No obstante esto, es válido señalar que esta posición objetiva fue seguida por la codificación desarrollada a lo largo del siglo XIX.

El **Código de Comercio Español de 1829** establece una legislación uniforme general en materia y asuntos mercantiles derogatoria de toda la anterior, representada por las Ordenanzas de los Consulados. El cuerpo legal en cuestión presenta datos que demuestran su carácter mixto, en el cual es difícil superponer una concepción sobre la otra.

La norma española superó a su antecesor, el Código Francés, pues se ocupó de aspectos no tratados en aquel como, por ejemplo, los contratos mercantiles. Amplió y perfiló, aunque no de forma satisfactoria, la competencia de los tribunales de comercio al establecer que era “privativa de toda contestación jurídica sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones que van comprendidas en las disposiciones de este código.”⁹

En 1868 se suprimieron los tribunales de comercio, de modo que los tribunales ordinarios comenzaron a conocer de los asuntos civiles y mercantiles. Se establecieron las bases para un nuevo Código de Comercio, el cual se promulgó en 1885.

En 1885 se promulga un nuevo Código de Comercio Español, el cual, tras diversas modificaciones, se encuentra aún vigente en España. El mismo pretendió, a decir de Jiménez Sánchez¹⁰ “considerar al Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva”. Este empeño supuso un nuevo cambio respecto al Código de 1829. Con el Código de 1885 se pretendía instaurar un sistema de Derecho Mercantil basado en la noción de actos de comercio, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que lo realicen.

Los objetivos propuestos por los redactores de este cuerpo legal no fueron alcanzados. Al igual que los que le antecedieron, el nuevo Código tenía una naturaleza mixta, por cuanto estaban estrechamente vinculados los elementos subjetivos y objetivos. En el artículo 1 define a los comerciantes y establece que: “serán comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente...”, reservando para ellos un estatuto que los distingue del resto de las personas que en el tráfico mercantil actúan, integrado por un régimen de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil, suspensión de pagos y quiebra, etcétera.

⁹Fernando Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1996, t.1, p. 9.

¹⁰Guillermo Jiménez Sánchez: *Derecho Mercantil*, Ed. cit., p. 17.

A pesar de que en su artículo 2 intenta dar una noción de Actos de Comercio, la misma es insuficiente ya que no establece con exactitud qué ha de entenderse por tal; tampoco los define ni enumera, solo crea una campana flexible, en la cual entrarán, según el artículo 2, *los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga.*¹¹

Vale destacar que hoy en día la nomenclatura que este cuerpo legal utiliza para nombrar a las personas que realizan dichos actos de comercio es, a nuestro juicio, estrecha. Pues actualmente a la actividad económica que realizan estos sujetos se le denomina empresa, de ahí que dicha actividad permita denominar a los sujetos que la realizan como empresarios. Pudiendo concluir, en este sentido, que es la empresa un presupuesto necesario para denominar al sujeto que realiza esta actividad económica como empresario.

Podemos concluir diciendo que el Código de Comercio de 1885 a pesar de que la línea que siguió fue la de adoptar un criterio objetivo a la hora de determinar la materia mercantil (criterio que incluye la delimitación de la materia mercantil a partir de los actos de comercio), no se afilió de un todo a esta posición. Se trata de una clasificación relativa, pues de la lectura de los artículos del ya archimencionado cuerpo legal se demuestra que algunas de las instituciones recogidas en él, tendrán carácter de mercantil si en ella interviene al menos un comerciante, ejemplo de esto lo constituyen los contratos de depósito, Art. 233; préstamo Art. 311; comisión Art. 244, etcétera.

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN CUBA

Cuba fue descubierta el 27 de Octubre de 1492, y las relaciones comerciales entre las Indias y la metrópoli no comenzaron hasta la conquista de Cuba por los españoles en el siglo XVI.

La isla se encontraba habitada por indios, aborígenes, los cuales vivían en comunidad, no existía diferencia de clases entre ellos, todos vivían por igual y el fruto de su trabajo era repartido entre ellos. En España, por el contrario, existía una monarquía absoluta con características feudalistas.

¹¹Esta fórmula tan abierta y flexible implica una técnica de delimitación de la materia mercantil, ya que el criterio de inclusión en el Código de Comercio es redundante, pues al afirmar que se reputarán actos de comercio los contenidos en este Código sería redundar, porque se entiende que si los actos están recogidos en el Código es porque son de Comercio; y el criterio de la analogía es un tanto confuso, porque queda por descubrir cuál es la naturaleza, ya que el Código no sigue un criterio único y uniforme a la hora de delimitar la materia mercantil en su articulado; unas veces sigue un criterio objetivo y otras un criterio subjetivo.

Al llegar los españoles a la isla quisieron implantar el régimen vigente en España a Cuba, encontrándose que nuestros aborígenes no conocían la producción. Siendo la misma necesaria para que los conquistadores pudiesen vivir sin trabajar. Resolvieron esta situación con el reparto de tierras, de minas e indios a sus acompañantes, *pues nada sabían hacer nuestros primeros pobladores blancos, con tierra y sin indios o viceversa*.¹² Para esto introdujeron las Encomiendas de Indios, como variante de esclavitud.

Lo expuesto hasta aquí nos permite afirmar que el tipo histórico de Estado que imperaba en la isla fue impuesto por los españoles, caracterizándose por ser un Estado esclavista. Siendo evidente que en Cuba el Estado no fue fruto de un desarrollo normal de la sociedad, sino que fue traído desde España, impuesto a Cuba con características propias del modelo español y respondiendo siempre a sus intereses.

No fue hasta el siglo XVI que surge el comercio en Cuba y, por tanto, comienza a desarrollarse el tráfico mercantil entre las Indias y la metrópoli. Esto nos permite afirmar que el desarrollo del comercio en nuestro país tiene aproximadamente cuatro siglos de diferencia con el proceso evolutivo del mismo que tuvo lugar en el resto de los países.

El intercambio mercantil entre la metrópoli y la isla recién descubierta se desarrolló a base fundamentalmente de las mercaderías que España enviaba a las colonias y el oro exportado por esta a la metrópoli. Para el control de la explotación comercial de las colonias, se crea la Casa de Contratación de Sevilla, desde 1503 hasta 1524, la cual surge como instrumento regulador entre las relaciones económicas de España y América. La Casa de Contratación de Sevilla fue un órgano con funciones fiscales y mercantiles, órgano de administración de justicia competente para conocer tanto asuntos civiles como criminales; al decir de Hernández Más, la casa actuaba como comerciante, únicamente en todo lo relativo a la importación y exportación.

En 1524 se crea el Consejo de Indias, órgano encargado de la dirección suprema en la gobernación de las Colonias Españolas, *tiene la más alta jerarquía en los negocios del Nuevo Mundo*.¹³ Todo lo hasta aquí expuesto demuestra que las normas jurídicas en materia mercantil procedían de las autoridades españolas que controlaban las Indias.

Ante esta situación se ordenó la Recopilación de las Leyes de Indias que duró desde 1570 a 1680, pero se plantea por algunos autores, entre ellos el

¹²Hernández Más: *Antología de documentos para el estudio de la Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, s/a.

¹³Julio A. Carreras: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, 3ª reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1984, p. 16.

ya citado, Hernández Más, que adoleció de varios errores, por ejemplo: fue redactada para facilitar la labor de jueces y magistrados, contiene solo las normas más consideradas de conservadoras e importantes en su tiempo, dejó fuera el resto del contenido del Derecho de India, fue publicada un siglo después de algunas disposiciones que la integran, por lo que se convirtieron en leyes acatadas pero no aplicadas.¹⁴ Tratándose en el Libro Cuarto, entre otros aspectos, lo referente al comercio.

En el año 1573 se redactan las Ordenanzas de Cáceres, que fue el primer cuerpo legal redactado desde Cuba y para Cuba; en dicho cuerpo se regula el comercio en las villas desde la Ordenanza 38 a la 46. Encontrándose vigente las ordenanzas hasta 1854.

Antes de finalizar el siglo xvi los colonos comprobaron que las riquezas mineras en la isla eran pocas y que el oro, por tanto, no constituía una fuente básica, quedando la isla reducida a la actividad ganadera.

Con el propósito de limitar y poner fin al contrabando existente en la isla, se dictaron Reales Cédulas cuyo objetivo era controlar y delimitar la actividad de los comerciantes en el tabaco y en el azúcar.¹⁵ Los pobladores de estos sitios poco caso hicieron a estas disposiciones y continuaron sus actividades.

La Real Cédula de 20 de octubre de 1614 declaró libre el cultivo del tabaco y comisionó a la Casa de Contratación de Sevilla para la exportación.¹⁶ A esta regulación siguieron otras Reales Cédulas en las que se autorizaron la compra y embarque del tabaco, se creó la Factoría del Tabaco, la misma era el comprador único de las cosechas.

En 1734 comienza una fase en la que tiene lugar un predominio de los hombres de negocios, quienes en combinación con altos funcionarios preparan un monopolio privado. En 1739 el tabaco y el monopolio tienen el centro en la Real Compañía del Comercio en la Habana.

El derecho que imperaba en Cuba provenía de la metrópoli, lo que trajo consigo que muchas de estas leyes no se atemperaran a la realidad de la isla.

De todo lo expuesto hasta este momento podemos concluir que:

- a) En Cuba el comercio no surgió en la Edad Antigua tal y como ocurrió en los países del viejo continente, sino en el siglo xvi con la conquista de los españoles.

¹⁴Hernández Más: Ob. cit.

¹⁵Real Cédula de 26 de agosto de 1606, a través de la cual se prohibió el cultivo del tabaco.

¹⁶Julio A. Carreras: Ob. cit., p. 25.

- b) El Derecho Mercantil en Cuba no tuvo el mismo desarrollo histórico que en los países europeos. Se caracterizó por ser un derecho impuesto e importado, el mismo era legislado en España para ser aplicado a las colonias.
- c) En 1573 se produce la redacción del primer cuerpo legal en Cuba y para Cuba: las Ordenanzas de Cáceres.

En 1762 se produce la Toma de la Habana por los Ingleses; tan importante suceso histórico no influyó de manera alguna en el Derecho Mercantil, pues se mantuvieron vigentes todas las leyes españolas.

A la segunda mitad del siglo XVIII se denominó época de libre comercio. Durante esta etapa el gobierno español promulgó una legislación que concedió facilidades comerciales, y esta fue la real Orden del 16 de octubre de 1765, la que permitía que las colonias (Cuba, Puerto Rico y las Islas Barlovento) comerciaran con los puertos de Cádiz, Sevilla, Alicante, Cartagena... En 1778 se dicta el Real Decreto el cual amplió la regulación anterior, posibilitando la apertura del comercio a otros puertos.¹⁷

De este modo fue dictado un conjunto de disposiciones que regulaban el comercio en la colonia. Por ejemplo, en 1824 se promulga el Real Decreto por el cual se establece el libre comercio directo con los extranjeros.

Es un hecho conocido la promulgación en el año 1829 en España del primer Código de Comercio, por Real Cédula de fecha 30 de mayo de 1829, a la que siguió la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio. Ambos se hicieron extensivos a Cuba, por Real Cédula, en 1832.

En 1886 se hace extensivo a Cuba el Código de Comercio¹⁸ desde España, con modificaciones en algunos de sus artículos. El Código de Comercio fue promulgado en España por la Ley del 22 de agosto de 1885, entrando en vigor en nuestro país en el año 1886.

Concluida la dominación española, se produjo la intervención norteamericana. En 1901 surge la república neocolonial, atada económica y políticamente a los Estados Unidos. En febrero de este propio año se redacta la Constitución de la República, y en su disposición 7ma refrenda que: “se continuarán observando todas las leyes, reglamentos, decretos, órdenes y

¹⁷Al decir de Julio A. Carreras quedó abierto el comercio a dos tipos de puertos americanos: los menores (Puerto Rico, Santiago de Cuba, Trinidad, Batabanó, Isla de Trinidad y Margarita etc.) en los que los derechos eran menores que los que había que pagar en los puertos mayores (Habana, Cartagena, Río la Plata, Valparaíso, etc.)

¹⁸Se hizo extensivo dicho cuerpo legal a través de la Real Cédula de 30 de mayo de 1829, a la que siguió la Real Cédula de 24 de julio de 1830, promulgando la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio.

demás disposiciones que estuvieran en vigor al promulgarse la Constitución, siempre que no se oponga a ella y que no fueran legalmente derogadas y modificadas...” Por lo que aquí se encuentra incluido el Código de Comercio de 1886, aspecto que fue ratificado por el resto de las Constituciones que se redactaron durante neocolonial.

A pesar de todas las disposiciones españolas que regían en Cuba, se dictaron un conjunto de disposiciones eminentemente cubanas, que modificaron el contenido del Código de Comercio derogando algunos de sus preceptos o complementándolos, por ejemplo:

- Orden 400 del 1900 por la cual se crea el Registro Mercantil en Cuba.
- Decreto 1123 del 1909, mediante el cual se crea el Registro de Sociedades Anónimas.
- Ley 1929 que regula la Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- Ley 13 del 23 de diciembre de 1948, por la cual se crea el Banco Nacional de Cuba, el cual tiene como objeto centralizar los recursos monetarios, regular el crédito, crear y retirar medios de pagos, etcétera.
- Ley 9 del 20 de diciembre de 1950, ley sobre la capacidad civil de la mujer, la cual entre otros derechos le concede la posibilidad a la mujer de realizar libremente el comercio, sin necesidad de tener licencia marital.

Entre otras disposiciones que durante el período de dominación norteamericana fueron promulgadas en la isla, las cuales, como señalábamos, anteriormente, derogaban, enriquecían o complementaban las disposiciones españolas vigentes en Cuba.

Con el triunfo de la Revolución, el 1ro de enero de 1959, se llevó a cabo un proceso de transformaciones radicales de las relaciones económicas en Cuba.

En marzo de 1960 se crea JUCEPLAN (Junta Central de Planificación) la que sustituyó a la Comisión de Fomento Nacional y a la Junta Nacional de Planificación, instituciones existentes antes del triunfo de la Revolución. Esto nos evidencia que la política, llevada a cabo por nuestro país, iba dirigida a reducir el papel de la economía privada, a partir de la concentración de los recursos en manos del Estado.

En este propio año se comienza a desarrollar el proceso de nacionalización en nuestro país, procediéndose a la nacionalización de todas las compañías industriales y comerciales, así como de las fábricas, almacenes y depósitos.

Nacionalizándose además las instituciones bancarias privadas nacionales, y esto tributó a la declaración del carácter de la actividad bancaria.

Implicando este proceso, junto a otras medidas que fueron tomadas por la dirección de la Revolución, el traspaso a propiedad estatal de la mayoría de los bienes de producción lo que trajo como consecuencia la aparición y fortalecimiento del sector estatal de la economía y la necesidad de emprender tareas de planificación.¹⁹

Se identifican en esta etapa dos posiciones contrapuestas, el sistema presupuestario de financiamiento y el sistema de autogestión financiera también conocido como autofinanciamiento. A pesar de las diferencias que presentaban ambas teorías, las dos se concibieron dentro del modelo de planificación centralizada. Siendo el financiamiento presupuestario acogido esencialmente en el sector industrial, el autofinanciamiento fue desarrollado y empleado en el ámbito del comercio exterior y la agricultura, coexistiendo ambos.²⁰

En la etapa comprendida entre el 1967 y 1970 aún subsisten las concepciones del sistema de financiamiento presupuestario, por lo que a partir de estas se reduce de un modo significativo el papel del dinero, los precios, el crédito, los impuestos, desechándose las categorías financieras. Los cobros y pagos entre las empresas son suprimidos.²¹

Durante este mismo período se lleva a cabo también el proceso conocido como “ofensiva revolucionaria” en 1968 el cual respondió a la decisión de limitar el sector privado de la economía, nacionalizando las actividades comerciales, de servicios e industriales en manos de particulares.

En 1972 se produce la incorporación de Cuba al CAME lo que le permite firmar acuerdos favorables en materia comercial y acceder a créditos ventajosos. Continúa debilitándose el Derecho Mercantil, pues las relaciones económicas estarían regidas por las legislaciones que eran establecidas por esta misma organización.

En 1979, se dicta el Decreto Ley 24, el cual en unos de sus Por Cuanto dispone la no aplicación de las normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio así como las legislaciones complementarias a la empresa estatal. Por lo que las disposiciones contenidas en el Código de Comercio se vuelven incompatibles con la empresa estatal socialista.

Toma auge en esta etapa una nueva rama del derecho, destinada a regular todas las relaciones jurídicas que surgen en el sector estatal, conocida como Derecho Económico.

¹⁹Colectivo de Autores: “Temas de Derecho Económico” (en proceso de edición).

²⁰Ibídem.

²¹Ibídem.

No obstante esto, vale señalar que en el año 1982, se promulga el Decreto Ley 50,²² aprobado con el propósito de crear un marco legal para la realización de actividades lucrativas en asociación con intereses extranjeros de distintos países y dentro del territorio nacional mediante la constitución de empresas mixtas y otras formas de asociación económica que no estaban reguladas de manera especial en la legislación. Con la promulgación del Decreto Ley 50 se comienza a utilizar nuevamente el Código de Comercio en lo relativo a las sociedades mercantiles, especialmente la Sociedad Anónima, figura societaria que adoptan las empresas mixtas en nuestro ordenamiento jurídico.

En el año 1989 se produce el derrumbe del campo socialista y un año más tarde la desaparición de la URSS. Cuba se ve inmersa en la más aguda crisis desde el triunfo revolucionario, la que también estuvo marcada por el recrudecimiento del bloqueo norteamericano y por los problemas internos que vinieron presentándose.

Esta situación propició que la primera mitad de la década de los 90 se caracterizara por cambios sustanciales en el entorno jurídico y práctico en el que se desarrolla la inversión extranjera en Cuba.

En el año 1992 se lleva a cabo una reforma parcial en nuestra Constitución, con la cual cambia, en primer lugar, el carácter irreversible de la propiedad estatal, reconociendo el carácter reversible de la misma (artículo 15) se reconocen constitucionalmente nuevas formas de propiedad, es el caso de la propiedad de las empresas mixtas (artículo 23) cobrando mayor fuerza las relaciones monetario mercantiles a partir de esta realidad.

En el propio año 1992 entra en vigor la Resolución 112, mediante la cual se admitía la creación de Sociedades Mercantiles Cubanas de carácter privado. Dicha resolución fue posteriormente derogada por la Resolución 260/99 del MINCEX, actualmente vigente, a través de la cual se crean las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano.

“La desmonopolización del comercio exterior incide igualmente en las categorías analizadas. El artículo 18 del texto constitucional se modifica en el sentido de permitir que otras entidades no estatales realicen funciones de importación y/o exportación. La descentralización paralela que sufre esta actividad, condiciona formas de actuación diferentes para las entidades, las que pueden seleccionar entre importar o comprar a un productor nacional lo que demanden. El aumento de entidades que pueden ejercer funciones de comercio exterior permite asimismo una reactivación de relaciones monetario-mercantiles como costos, precios, créditos comerciales, entre otras”.²³

²²Primer cuerpo legal que regularía lo referente a la inversión extranjera en el país.

²³Colectivo de Autores: “Temas de Derecho Económico” (en proceso de edición).

El fortalecimiento de la actividad inversionista y la nueva apertura legal contenida en la reforma constitucional del 92, exigió la creación de una nueva legislación que se adecuara a las nuevas circunstancias y exigencias de ampliar las formas y áreas de inversión, flexibilizar las disposiciones sobre esta materia y establecer los procedimientos legales necesarios que contribuyeran a hacer la ley más transparente y atractiva al inversionista.

Como parte de todas las transformaciones llevadas a cabo en nuestro país, en septiembre de 1995 se promulgó la Ley de Inversión Extranjera,²⁴ la cual brinda mayores garantías y seguridad a los inversionistas, introduce una nueva modalidad de invertir en nuestro país a través de la empresa de capital totalmente extranjero, se produce una ampliación en los sectores destinatarios de inversiones, en los cuales hasta el momento no se había incursionado, entre otras.

Desde la promulgación de la Ley 77/95 se han dictado un conjunto de disposiciones normativas reguladoras, todas, de la materia mercantil; tal es el caso del Decreto 260 del 94 sobre Sucursales y Agencias, Decreto Ley 165/96 sobre Zonas Francas y Parques Industriales, la Resolución 260/99 del MINCEX la cual regula lo relacionado a la constitución de Sociedades Mercantiles de capital totalmente cubano. En diciembre del año 2001 se promulga el Decreto Ley 226, que instrumentaría la regulación jurídica y práctica del Registro Mercantil en nuestro territorio; en el año 2002 se promulgó su reglamento la Resolución 230, dotando de uniformidad a la actividad registral en nuestro país. Todo esto nos evidencia como luego de un proceso de crisis que atravesó el Derecho Mercantil, se ha alzado y se ha ido reponiendo hasta llegar al lugar donde se encuentra hoy en día.

²⁴Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, no. 3 de fecha 6 de septiembre de 1995.

CONCEPTO, CARACTERES Y FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

LIC. NATACHA TERESA MESA TEJEDA

Al referirnos o dar una definición de Derecho Mercantil, no debemos restringirnos única y exclusivamente al comercio, pues el comercio como palabra, tiene su origen en el latín *cum* que significa *con*, y el término *mers*, que significa *mercancías*. Por ello, etimológicamente, comercio consiste “en una serie de actos que tiene por objeto el cambio de una mercancía por otra”. Por tanto, a nuestro juicio, el término comercio no es el más indicado para identificar el concepto de Derecho Mercantil, ya que se nos presenta como un concepto muy estrecho.

Hoy en día no puede considerarse el Derecho Mercantil igual al comercio pues este tiene como objeto otras actividades económicas además del comercio, que van a constituir la empresa y son la industria (fabricación de productos en masa) y la prestación de servicios.

Podemos definir el Derecho Mercantil como la *rama del derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan al empresario y los actos que estos realizan en el desarrollo de su actividad económica constitutiva de empresa*.

De este concepto podemos extraer las siguientes elementos que lo caracterizan:

- Parte del Derecho Privado: Como es conocido, existe una corriente doctrinal que divide el ordenamiento jurídico en dos grandes ramas: el Derecho Público y el Derecho Privado. El Derecho Privado regulará las relaciones que se establecen entre particulares, así como las que tienen lugar entre los entes públicos, siempre que actúen como particulares, es decir, despojados del poder e imperio que los caracteriza. El Derecho Mercantil es el derecho regulador de las relacio-

nes que surgen entre los empresarios, o de estos con sus clientes, lo cual lo ubica dentro del Derecho Privado.

- Derecho Especial: La especialidad del derecho mercantil consiste en que su normativa no es aplicable a la generalidad de individuos como lo hace el Derecho Civil, sino que se aplica a individuos particulares que serán los empresarios mercantiles y a determinados actos, que son los realizados por estos: los actos de comercio.
- Derecho de los Empresarios: Es el empresario el elemento personal y más importante en el Derecho Mercantil. Tan así es que en algunos contratos mercantiles la presencia de un empresario es requisito *sine qua non* para calificar estos contratos como mercantiles. Esta nota resalta el carácter subjetivo y profesional del mismo, guardando relación con sus orígenes. El Derecho Mercantil regula la relación de los empresarios entre sí y de estos con sus clientes que al final son los destinatarios de los bienes y servicios que estos producen.

Amén de lo anteriormente expuesto, la doctrina tradicionalmente ha utilizado diversos criterios para ofrecer un concepto de Derecho Mercantil.

El primero de ellos considera que el Derecho Mercantil es el Derecho Privado del comercio y de las actividades económicas que puedan asimilarse a él. En este sentido somos del criterio de que no se puede confundir el Derecho de Comercio con el Derecho Mercantil, al ser el último solo una parte de aquel. Se trata de una relación de género a especie. Mientras el Derecho Mercantil abarca todos los hechos que se refieren a cualquier sujeto, objeto o negocio de comercio, queda fuera del Derecho Mercantil todo derecho de carácter público relativo al comercio (Derecho Administrativo, Financiero, Penal en la materia mercantil).

El segundo de los criterios es el que lo concibe como Derecho de los Negocios,¹ y esto responde a la gran extensión que este derecho ha adquirido a partir del siglo pasado.² En este sentido queda negada la posibilidad de entender este planteamiento, porque si bien es cierto que este criterio supera el de Derecho Mercantil como Derecho del Comercio, no es el ideal pues el término negocios es muy genérico e indeterminado. El Derecho de los Negocios encierra en sí diversas materias y ramas del derecho. En él surgen diversas relaciones jurídicas y no necesariamente tienen que estar regu-

¹Este criterio tiene como exponente a un sector de la literatura jurídica francesa y su representante fue un jurista llamado Joseph Hamel.

²Al decir de Sánchez Calero, a medida que se organiza el mundo de los negocios en el que participan tanto empresarios como particulares, el Derecho Mercantil se convierte en el derecho de ese mundo de los negocios.

ladas por el Derecho Mercantil, sino que pueden ser tuteladas por otras ramas del derecho.

El tercer criterio considera al Derecho Mercantil como derecho de los actos jurídicos realizados en masa. En cuanto a este criterio un sector de la doctrina planteó la cuestión de ¿por qué existe un Derecho Mercantil separado de un Derecho Civil? Para dar respuesta a esta interrogante fue necesario hacer toda una caracterización del Derecho Mercantil y uno de los resultados arrojados fue que el Derecho Mercantil debe responder a las exigencias y necesidades de la ejecución en masa de actos o negocios jurídicos los cuales conducen a su tipificación y uniformidad. Idea que al decir de Sánchez Calero, “sirvió de base para que posteriormente se abriera el camino a la doctrina de la empresa”.³

Otro grupo considera el Derecho Mercantil como Derecho de la Empresa. Esta posición ha recibido sus críticas y precisiones. Según este criterio se conoce a la empresa como *el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones en la organización económica de capital y trabajo para la obtención de una ganancia ilimitada*. Podemos señalar que en la empresa confluyen diversas ramas del derecho. Por ejemplo: Derecho Laboral, Administrativo, Financiero y como una rama autónoma más el Derecho Mercantil; y es por esto que consideramos no debe ser aceptada como exacta esta posición porque, por ejemplo, el Derecho Laboral desempeña su papel dentro del Derecho de la Empresa cuando regula las relaciones que se establecen entre el empresario y sus auxiliares (dependientes) y trabajadores; el Derecho Financiero aparece para regular la materia tributaria de los empresarios, entre otros. Por tanto, el Derecho Mercantil consideramos que es una rama más dentro del conjunto de las que giran en torno a la empresa, es algo así como una relación de género y especie.

FUENTES DE DERECHO MERCANTIL

El Derecho Mercantil, como acabamos de ver, es el conjunto de normas jurídicas que regulan al empresario y los actos que estos realizan en el desarrollo de una actividad económica constitutiva de empresa. Cabría preguntarnos entonces, ¿cuáles son estas normas jurídicas?

Nuestro Código en su artículo 2 establece: “los actos de comercio sean o no comerciantes los que lo ejecuten, y estén o no especificados en este código se regirán por las disposiciones contenidas en él, en su defecto por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de

³Fernando Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 20ª edición, Editorial Ciencias Jurídicas, Madrid, España, 1997, tomo I, p.17.

ambas reglas por las del Derecho Común”. Del precepto podemos señalar que este cuerpo legal establece de modo expreso las normas jurídicas que regularán los actos de los empresarios, así como deja muy claro el orden de prelación de las mismas.

El Derecho Mercantil, establece su propio sistema de fuentes y en el precepto antes mencionado, de un modo expreso, se señala el orden de aplicación de las mismas. En primer lugar, encontramos a la Ley, después los Usos de Comercio y por último, con carácter supletorio, el Derecho Civil.

Como se ha podido apreciar, de acuerdo a lo preceptuado en el Código de Comercio, en primer lugar han de aplicarse las disposiciones contenidas en dicha normativa. Ahora bien, no ha de entenderse el Código, como ley, en sentido estricto, sino que aquí se incluyen todas las disposiciones normativas que en materia mercantil sean dictadas,⁴ las cuales sin llegar a producir modificaciones sustanciales en su contenido lo complementan.

Los usos de comercio son la segunda fuente del Derecho Mercantil. Consideramos que el reconocimiento de los usos de comercio como fuentes del Derecho Mercantil, tiene su raíz en el carácter histórico del Derecho Mercantil, ya que en la primera etapa de su proceso evolutivo se caracterizó por ser un derecho consuetudinario, característica que fue quedando atrás con todo el proceso codificador que se llevó a cabo durante las últimas etapas de la evolución histórica del mismo.

Aún así, en la actualidad han sido recogidos en diversos Códigos de Comercio como fuentes del derecho, incluso por encima del Derecho Común. Un ejemplo de ello lo constituye nuestro Código.

A falta de la Ley se debe obediencia a los usos de comercio. Se entiende por uso de comercio la práctica repetida y efectiva de una determinada conducta. Pero es válido señalar que cualquier práctica de naturaleza mercantil no puede considerarse uso de comercio. Para su existencia es necesario que esa práctica haya creado la conciencia general de su existencia y obligatoriedad, con independencia de la voluntad de las partes, que sea una práctica de forma continuada, y que no sea contrario a la moral, la ley y el orden público.

Un gran sector de la doctrina ha realizado una clasificación de los usos y los divide en: usos normativos y usos interpretativos.

⁴Entre estas disposiciones nos encontramos: el Decreto 260 del 94 sobre Sucursales y Agencias, Decreto Ley 65/96 sobre Zonas Francas y parques industriales, la Resolución 260/99 del MINCEX, la cual regula lo relacionado a la constitución de Sociedades Mercantiles Cubanas, Decreto Ley 226 de diciembre del 2001 y su reglamento la Resolución 230/02 que van a regular todo lo concerniente al Registro Mercantil en nuestro país, Acuerdo 5290 CECM, sobre los Contratos de Producción Cooperada, etcétera.

Los usos normativos a decir de Jiménez Sánchez,⁵ constituyen el Derecho Consuetudinario propiamente dicho. Son normas de derecho objetivo que se imponen a la voluntad de las partes, salvo que estas expresamente las excluyan. Se consideran fuentes del Derecho.

Los interpretativos, por su parte, entran a disciplinar una determinada relación jurídica, siempre que se presuma que han sido queridos por las partes. A diferencia de los anteriores con la particularidad que no pueden considerarse fuentes del Derecho.

Esta distinción entre usos normativos e interpretativos no ha sido aceptada por algunos autores. Sin embargo, hay otro sector de la doctrina, entre ellos se encuentra Sánchez Calero, que consideran que esta distinción sí debe mantenerse, y por ende se debe considerar como fuente del Derecho Mercantil solo a los usos normativos.

Las funciones de los usos de comercio son diversas, entre ellas encontramos las siguientes: establecer normas que colmen el total silencio de la ley, es decir, cuando en la ley no se diga nada respecto a una determinada cuestión, saldrán a suplir estas lagunas los usos de comercio; concretar el mandato abstracto de la ley, cuando esta por su inconcreción sea inaplicable sin la regla contenida en el uso; fijar el contenido del contrato, cuando ni las partes ni la ley lo hacen expresamente, así como también puede servir para resolver las dudas en los contratos.⁶

Con relación al carácter de fuente o no del Derecho Civil, vale decir que el mismo tiene un carácter supletorio, ya que al ser el ordenamiento jurídico común de aplicación general a la materia mercantil, en defectos de normas especiales, entiéndase ley y usos de comercio, será de aplicación. Por tanto podemos concluir diciendo que tiene el Derecho Civil un carácter supletorio. Planteamiento este que es reforzado por la Disposición Final Primera del Código Civil.

No obstante, existe una excepción a la regla ya analizada, establecida en el artículo 2 del Código de Comercio. Encontrada su regulación en el artículo 50⁷ del propio cuerpo legal. Este artículo, referido a la aplicación de las normas en materia de Contratos Mercantiles, establece una alteración en el orden de prelación que establece el ya mencionado artículo 2 del Código de Comercio. Es decir, en materia de Contratos Mercantiles la primera fuente será la Ley, la segunda el Derecho Civil y en tercer lugar los usos de comer-

⁵Ibídem, p. 45.

⁶Ibídem, p. 69.

⁷Artículo 50: Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho Común.

cio. Teniendo el derecho civil, en estos casos, carácter de fuente. Pero es válido señalar que esto solo sucede en materia de contratos mercantiles.

LA EMPRESA Y EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

LA EMPRESA MERCANTIL

Al analizar el concepto de Derecho Mercantil, llegábamos a la conclusión de que no puede aceptarse la posición asumida por algunos autores de equiparar al Derecho Mercantil como Derecho de la Empresa. Pues en esta concurren otras ramas del Derecho que no son precisamente el Derecho Mercantil, tal es el caso del Derecho Laboral, Derecho Penal, Financiero, Administrativo, etc. Lo cual no significa que no sea la empresa objeto de estudio en nuestra asignatura.

La razón de la inclusión de la empresa dentro del Derecho Mercantil viene dada por varios motivos: es presupuesto del concepto de empresario, su actividad externa delimita el concepto de Derecho Mercantil, y es la empresa, cada día más, objeto del tráfico jurídico.

El concepto de empresa lo encontramos ausente de la preceptiva de nuestro Código de Comercio. No ha existido tampoco una definición de la empresa, como objeto del tráfico jurídico, en el Derecho Positivo. Por tanto, a la hora de buscar el concepto de empresa debemos dirigirnos hacia el concepto formulado por las ciencias económicas, ya que ha sido la economía la que desde su ciencia se ha encargado de definirla.

Desde un punto de vista económico *la empresa significa la organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el objetivo de obtener una ganancia ilimitada.*⁸

Visto desde la arista económica este concepto no presta ninguna dificultad. Al decir de Garrigues “cualquier hombre de negocio la definiría sin vacilar como un conjunto de bienes (cosas, derechos, actividad) organizados por el comerciante con ánimo de lucro”.⁹

Por otro lado, a falta de un concepto legal de empresa, han sido formuladas un conjunto de teorías o construcciones jurídicas, con el propósito de lograr un concepto jurídico de empresa que puedan ubicarlo en el sistema de derecho positivo. Estas son:

⁸Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª edición, Editorial TECNOS S.A., Madrid, España, 1994, p. 62.

⁹Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, España, 1976, tomo I, p. 166.

a) La empresa como persona jurídica: Según esta teoría,¹⁰ la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inertes; a la unión de los elementos aislados correspondería una total independencia jurídica, y el nacimiento de un sujeto con vida propia. Se trata de concebir jurídicamente la empresa como persona jurídica dotada de una unidad jurídica subjetivizada con atributos propios de la personalidad, ejemplo: nombre, firma, nacionalidad, domicilio, patrimonio propio, y con plena independencia del empresario el cual es considerado el primer servidor de la empresa. Es el negocio el que crea el comerciante y no lo contrario, es el negocio y no el comerciante el que determina la inclinación de terceras personas para entrar en relación con él, es el negocio el verdadero portador del crédito.

Esta construcción ha recibido sus críticas, pues entre tantas cosas confunde la empresa con la sociedad (siendo esta última la verdadera persona jurídica). Es innegable el hecho de la relación que existe entre ambos elementos, lo cual no significa que debamos identificar sociedad y empresa. La sociedad es la forma social que adopta el titular de la empresa, que es el empresario. Y por tanto el empresario puede llevar a cabo negocios jurídicos (dígase venta de su empresa, y otros derechos reales, cesión...) y esto no implica que lo que se esté, digamos, negociando, sea la sociedad misma. Igualmente puede una sociedad X pasar su empresa a otra, y en este caso lo que se está produciendo es una transmisión de la empresa y la sociedad permanece intacta. Por todo esto consideramos que sujeto de derecho y obligaciones es el hombre, ya sea solo o unido en sociedad, y no la empresa.

b) La empresa como patrimonio separado: esta construcción sigue la línea de la unidad jurídica establecida en la construcción de la empresa como persona jurídica, con el propósito de dotar a la empresa de autonomía y primacía respecto al empresario. Según esta se trata de construir la empresa como un patrimonio separado¹¹ o de afectación. Es decir, se crea un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio civil del empresario, definido por su finalidad y cerrado en sí mismo, tiene su propia administración, suele tener un nombre especial y una especial representación, y siempre posee capacidad para las relaciones jurídicas, ya sea de créditos y deudas con terceros y que sobre esta base se diferencie del patrimonio personal o civil del empresario. En esta, al decir de Garrigues, el empresario aparece con una doble personalidad: como

¹⁰Esta teoría tiene sus fieles exponentes en la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX, se formula en el contexto histórico y económico de la primera fase de expansión del capitalismo, cuando todavía no se le concede primacía a la persona, empresario, sobre la empresa.

¹¹El patrimonio separado va a estar constituido por la conformación de masas o núcleos de bienes sometidos a un régimen jurídico especial, que hace que los mismos se separen del

empresario y como no empresario; y con la existencia de dos patrimonios, uno civil y el otro mercantil. O sea, que el patrimonio mercantil estaría afecto o limitado solo a la realización de una actividad empresarial, comunicándolo del patrimonio civil del empresario.

Esta teoría al igual que su antecesora no ha sido aceptada y por consiguiente ha sido blanco de fuertes críticas porque, en primer lugar, no puede explicarse la existencia de un patrimonio sin una persona que sea su titular, el patrimonio mercantil carece de la nota esencial de la autonomía patrimonial, que tiene su expresión en la separación de la responsabilidad; y por tanto no cabe la posibilidad de que los acreedores se dirijan a este para exigir una satisfacción privilegiada y preferente del mismo; la quiebra del empresario que puede ser provocada por deudas civiles afecta a todo el patrimonio del deudor.

Debido a la falta de autonomía del patrimonio mercantil este no va a tener deudas propias, sino que va a responder de todas sus deudas tanto civiles como mercantiles. En el caso que un empresario mercantil tenga varios negocios, el o los acreedores podrán dirigirse indistintamente contra todos ellos, aunque los créditos hayan nacido en la explotación de un negocio en particular. La muerte de un empresario abre la sucesión a todos los bienes que mantiene en la empresa, dándole un destino común a todos los demás bienes.

c) La empresa como universalidad: Esta teoría concibe a la empresa como una universalidad, considerándola como objeto jurídico indivisible, que al integrar todos sus elementos patrimoniales singulares (bienes y derechos) se sobrepone a estos como derecho real *a se*.

Al decir de Garrigues¹² es discutido en la doctrina, si se trata de una universalidad de hecho o de derecho. Modernamente se retoma la idea de la universalidad de cosas, entendiéndose por tal la reunión física o económica de elementos que el ordenamiento jurídico considera, en ciertos aspectos como entidad única sometida a una disciplina nueva y diferente de aquella que es propia de los elementos aislados.

Esta doctrina ha ido perdiendo su virtualidad jurídica, ya que a pesar de que los particulares pueden someter todos los elementos patrimoniales de la empresa a un mismo destino, estos recibirán según su naturaleza, sean bienes muebles o inmuebles, deudas, créditos, etc. tratamientos jurídicos dife-

patrimonio general de la persona, de modo que el sujeto es ahora titular de varias masas patrimoniales, cada una de las cuales posee un tratamiento jurídico propio.

¹²Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Madrid, España, 1976, tomo I, p.170.

rentes. Es el ordenamiento jurídico y no los particulares los que han de reconocer la universalidad.

c) La empresa como actividad: Según esta teoría existen en la empresa dos aspectos diferentes: la empresa o actividad del empresario; y el otro es el establecimiento que se integra por el conjunto de medios instrumentales con los que el empresario realiza su actividad económica. La empresa es el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios.

Según la opinión de algunos autores como Joaquín Garrigues y Jiménez Sánchez, concebir la empresa como actividad es volver al punto de partida, porque es la actividad del empresario y sus colaboradores la que ha creado la empresa como cosa distinta de su actividad. Esta actividad crea la empresa pero no es la empresa misma. La empresa es la organización de esa actividad creada y dirigida por el empresario, y es además un conjunto de elementos de diversa naturaleza sobre los que se vierte la actividad organizada.

d) La empresa como organización: Para esta concepción la empresa sobrepasa el conjunto de las cosas y de los derechos pertenecientes a la empresa. No es la empresa ninguna cosa corporal, pero mediante su organización penetra en el mundo de las manifestaciones visibles.

Esta teoría pretende que la empresa jurídicamente como organización sea reconocida y protegida como organización inmaterial del empresario, por cuanto que en ella se aglutinan ideas creadoras y esfuerzos intelectuales y materiales, imagen y prestigio, expectativas, clientelas, cuota de mercado, capacidad de competencia..., en fin, todos los elementos que contribuyen a su funcionalidad y economicidad. Esta teoría vincula entre sí los elementos patrimoniales de una empresa, dotándolos de un valor superior a la suma de los valores aislados. Para ella la empresa sobrepasa el conjunto de las cosas y derechos pertenecientes a la empresa.

Pero, a pesar del mérito que tuvo esta concepción de tocar el perfil inmaterial de la empresa,¹³ hasta ahora ignorado por las teorías anteriores, no ha sido la misma aceptada del todo. Esto se debe a que en primer lugar carece de apoyo legal, y en segundo lugar incurre en el mismo defecto de doctrinas anteriores, es decir, de tocar solo la parcial comprensión de la realidad de la empresa.

¹³Las teorías anteriormente estudiadas (patrimonialistas) conciben a la empresa como un conjunto de derechos y obligaciones sometidos a un tratamiento jurídico unitario. Pero la realidad nos demuestra que la empresa mercantil es cosa distinta de los edificios en que se asienta, de las máquinas que utiliza y de los productos que comercializa, en general de todos los bienes patrimoniales puestos al servicio de su explotación. Quedando claro que la

f) Teoría atomista: ante los diversos intentos fallidos de lograr una conceptualización jurídica de la empresa ha surgido una última teoría a la que se le ha denominado doctrina atomista, según la cual la empresa solo puede considerarse desde el punto de vista jurídico “atomísticamente”, es decir, descompuesta en la diversidad de elementos simples y regulada con arreglo a las normas que a cada uno de estos corresponda según su naturaleza jurídica.

Como anunciábamos al inicio del presente epígrafe, han sido infructuosos los esfuerzos de muchos juristas al tratar de formular un concepto jurídico unitario de empresa, que pueda ser reconocido por el ordenamiento jurídico. Quedando abierto y sin resolver este camino. No obstante, autores como Manuel Broseta Pont consideran que el concepto jurídico de empresa es totalmente coincidente con el concepto económico, o sea, que para él, la empresa va a ser la organización de capital y trabajo con la finalidad de obtener una ganancia ilimitada.

No obstante esto, desde un punto de vista jurídico, ha habido consenso, al considerar la empresa como el conjunto organizado de elementos heterogéneos, los cuales no se funden entre sí perdiendo su individualidad en la nueva unidad, sino que la conservan como objeto de distintos derechos. Es decir, la empresa es un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho. Se identifica la empresa por tener un conjunto dinámico de elementos heterogéneos (cosas corporales, derechos y relaciones materiales con un valor económico que no llegan a ser ni cosas ni derechos), a diferencia del patrimonio que tiene un carácter estático.

Las características que distinguen dichas actividades son las siguientes:

- La actividad ha de ser de orden económico.
- Profesional, sistemática, continuada, con tendencia a la estabilidad.
- Ánimo de lucro.
- Su finalidad será la producción de bienes y servicios o el cambio de los mismos para el mercado, nunca será para el consumo de estos por el productor o sus familiares. Va destinada a satisfacer las demandas del mercado.

empresa no puede confundirse con los elementos materiales que la integran, ya que todas estas cosas pueden destruirse y continuar la vida de la empresa, como también puede ocurrir lo contrario, es decir, que desaparezca la empresa y continúen con vida estos elementos materiales.

Antes de concluir, consideramos necesario destacar que el hecho que la empresa sea presupuesto para calificar al sujeto que la realiza: el empresario, no deben identificarse ambos. El empresario es la persona física o jurídica que realiza dicha actividad, es el sujeto de derecho, tiene personalidad jurídica, es el titular de la empresa y del patrimonio con el que hará frente a las posibles deudas que puedan surgir. La empresa, por su parte, es el conjunto de actividades que este sujeto desarrollará, en el mercado, con el objetivo de obtener un beneficio, que permite, entre otros aspectos, calificarlo como empresario.

Es válido aclarar que la empresa a la cual hacemos alusión tiene una dimensión o acepción diferente en nuestro país para hacer referencia a las relaciones que surgen en el tráfico mercantil. Ya que cotidianamente acostumbramos a mencionar la empresa como sinónimo de persona jurídica. En este sentido nos estamos refiriendo a la Empresa Estatal,¹⁴ la cual encuentra su regulación en el Derecho Económico, al ser sujeto del mismo.

EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

El empresario mercantil para el desarrollo de su actividad económica necesita tener ubicado el centro de sus operaciones, así como todo el conjunto de bienes y servicios organizados y puestos de la manera adecuada que posibilite la finalidad de la empresa. A este conjunto de elementos del cual se vale el empresario para desarrollar su empresa se le denomina establecimiento.

Es cierto que se establece una relación de medio a fin entre la empresa y el establecimiento, lo cual no significa que deban confundirse o identificarse. La empresa es un proceso dinámico, vivo, mientras que el establecimiento es la base estática de la organización.

En la composición del establecimiento entran bienes de las más diversas índoles de acuerdo a la empresa y sus exigencias. No existe por tanto un patrón único de establecimiento. El establecimiento está compuesto por bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, consumibles y no consumibles, derechos de créditos y de propiedad industrial; lo integran, además, los servicios del personal que prestan su trabajo en ellos a la orden de sus empresarios o colaboradores.

¹⁴Empresa es la organización económica, con personalidad jurídica, balance financiero independiente y gestión económica, financiera, organizativa y contractual autónoma, que se crea para la dirección técnica, económica y comercial de los procesos de elaboración de los productos y/o bienes o servicios, los que deberán lograrse con la mayor eficiencia económica.

Encontramos presentes en el seno del establecimiento el principio de mutabilidad o sustitución de unos bienes por otros, lo que posibilita que los elementos que integren el establecimiento para satisfacer su finalidad común –distinta de la que podían satisfacer de un modo aislado– puedan ser separados de este a voluntad del empresario, para ser sustituidos unos por otros sin perder su autonomía.

Es un hecho real que los establecimientos comiencen sus operaciones con unos elementos y la terminen con otros distintos, porque así lo ha exigido el desarrollo de su actividad económica. Todo esto es posible sin llegar a romper la unidad del mismo.

TIPOS DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

➤ **Principal:** Es el lugar donde radica la alta dirección y manejo efectivo de la empresa. Es donde se encuentra ubicado el centro de operaciones del empresario mercantil, persona que ostenta la personalidad jurídica. Radica en este lugar la administración real de la empresa.

A los efectos del Derecho es importante la designación del establecimiento principal pues, entre otras cosas, permite determinar la competencia del registrador mercantil a la hora de inscribir al sujeto o cualquier acto que este realice; determinar el juez competente en caso de litigios en materia mercantil; equiparar el establecimiento mercantil al domicilio del empresario. Con relación a este último aspecto, es válido señalar que no debe entenderse el domicilio del empresario mercantil, como el lugar de residencia habitual, es decir, en sentido civil, sino que en materia mercantil el domicilio del empresario es el establecimiento mercantil.

➤ **Secundarios:** Estos se subdividen en Sucursal y Accesorios. Son establecimientos secundarios aquellos en los que no radica la alta dirección y administración de la empresa. Están en un segundo plano respecto al establecimiento principal. Están carentes de personalidad jurídica, y por tanto no podrán alcanzar la condición de sujeto de derecho mercantil.

La **Sucursal** nace como consecuencia de la dispersión territorial de la actividad empresarial. Mediante ella el empresario extiende el ámbito de su negocio más allá del establecimiento principal, adquiriendo así la posibilidad de obtener nueva clientela. Como hemos señalado, no radica en ella la alta dirección del negocio, ni el domicilio del empresario. Se caracteriza la sucursal por una nota económica y otra jurídica; la nota económica viene dada por el hecho de pertenecer la sucursal a la sociedad, y está subordinada al establecimiento principal debiendo acatar sus instrucciones, y en la perspectiva jurídica tiene cierta independencia jurídica pues puede realizar de un modo autónomo los mismos actos jurídicos que el establecimiento principal, a través de los cuales

se explota o realiza el objeto social. No tiene personalidad jurídica, por tanto, no puede ser atacada por un tercero sin hacer previamente referencia al establecimiento principal o casa matriz. La nota que la caracteriza es que en ella se pueden concluir los mismos negocios que forman el objeto fundamental de la empresa.

Los establecimientos **Accesorios**, son aquellos que efectúan las actividades económicas que auxilian y complementan el objeto social. Es aquel en el cual las actividades que se realizan serán simplemente preparatoria o de ejecución; no se va a realizar en ellos las actividades que tributan directamente al logro del objeto social, sí aquellas donde el empresario se organiza para alcanzar el desarrollo y éxito de su empresa.

EL EMPRESARIO MERCANTIL. GENERALIDADES

LIC. NATASHA TERESA MESA TEJEDA

El empresario mercantil es el elemento personal, principal y más importante del Derecho Mercantil.

Nuestro Código de Comercio en el artículo 1 lo regula, y establece que:

“Son **comerciantes** para los efectos de este código:

1ro. Los que teniendo **capacidad legal** para ejercer el comercio, se dedican a él **habitualmente**.

2do. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

Como hemos de apreciar, el Código al regular al sujeto del Derecho Mercantil, hace referencia al comerciante y no al empresario mercantil. Entendemos que esto obedece a razones de índole histórica, las cuales se encuentran en estrecha relación con el origen y evolución del Derecho Mercantil. Como apuntábamos anteriormente el Derecho Mercantil en sus orígenes estaba destinado única y exclusivamente a regular una sola actividad: el comercio y una clase profesional de personas: los comerciantes.

Con el desarrollo tecnológico, industrial y comercial el Derecho Mercantil se ha generalizado y por ende ya no solo regula el comercio, ha extendido su ámbito de aplicación hacia otras actividades económicas, ellas son: la industria¹ y la prestación de servicios. De ahí que podamos apreciar que

¹Entiéndase por industria la extracción de riquezas que están en la naturaleza y la transformación de las materias primas extraídas del mundo natural. Es la fabricación de productos en masa.

el término comerciante no es el más idóneo para denominar al sujeto del Derecho Mercantil. El mismo se caracteriza por ser un término muy estrecho y limitado. En cambio, el término empresario, se nos presenta como un vocablo mucho más amplio y abarcador, y que, como ya hemos visto, está en sintonía con otro de los elementos del Derecho Mercantil: la empresa.

Con relación a lo anterior queremos resaltar, una vez más, que no deben identificarse los términos de empresa y empresario como los mismos fenómenos.

Por tanto, hemos de señalar que el comerciante, regulado en nuestro Código, se equipara con el término empresario regulado en las legislaciones modernas, a pesar de que hoy en día, el “comerciante” regulado en nuestro código dista mucho del comerciante de la Edad Media.

El empresario ha sido objeto de definición también desde un punto de vista económico; en este sentido se considera empresario a: “la persona física o jurídica que se sirve de una empresa para realizar en nombre propio una determinada actividad económica”.² Partiendo de esta definición podíamos formularnos algunas interrogantes; una de ellas sería: ¿Pueden ser considerados empresarios mercantiles todos los empresarios?

La respuesta sería, entonces, negativa, ya que como tendremos la oportunidad de estudiar más adelante, en el tráfico económico existen los empresarios civiles, que si bien realizan una actividad económica para el mercado, el régimen de esta actividad es regulado por el Derecho Civil. Siendo uno de los elementos determinantes de tal exclusión, el género de la actividad económica que estos realizan, etc. En tal sentido la doctrina ha coincidido en clasificar a los empresarios en civiles y mercantiles.

Los empresarios civiles serán aquellos que realizan una actividad económica, en nombre propio, para el mercado; pero esta vez esta actividad será regulada por el Derecho Civil. Dentro de este grupo se encuentran: a) los agricultores, ganaderos, labradores; así lo confirma el artículo, 326.2 del Código de Comercio, cuando establece que *no tendrán carácter de mercantil las ventas que hagan estos de sus frutos o productos de sus cosechas*. De igual forma se encuentran dentro de esta categoría los artesanos, y del mismo modo refuerza esta posición, el artículo 326.3, del propio cuerpo legal, cuando establece que *no se considerará mercantil las ventas que de los objetos contruidos, o fabricados por los artesanos hicieran estos en sus talleres*. Esta exclusión se debe a que la actividad económica por ellos realizada, la llevan a cabo sin disponer de una verdadera industria, sino que lo hacen con el trabajo propio y con el de los miembros de su

²Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 10^{ma} edición, Editorial Tecnos, S.A., 1991, Madrid, España, p. 82.

familia. Tampoco se incluyen dentro del concepto de empresario mercantil, a las personas dedicadas a las profesiones liberales (entiéndase abogados, arquitectos, médicos, ingenieros, etc.) ni a los artistas, ya que la actividad económica que estos realizan, dirigidas a la prestación de bienes o servicios para el mercado, depende de la propia personalidad del profesional.³

Debemos aclarar que en el caso de los agricultores, si tras su actividad agrícola de extracción, se realizan otras más, digamos de transformación del producto para adaptarlo a las necesidades humanas, facilitando la demanda y salida del producto; entonces se debe considerar mercantil las ventas que hagan estos del producto acabado, siempre que vengan precedidos de todo un proceso de transformación.⁴

El empresario mercantil puede ser definido como “la persona física o jurídica que en nombre propio y de modo habitual, realiza por sí o a través de representantes una actividad económica para el mercado destinada al comercio, la producción de bienes o la prestación de servicios”.

La calificación de una persona como empresario mercantil trae consigo varias consecuencias jurídicas, estas son:

- Sometimiento a un estatuto jurídico, que trae consigo un régimen especial frente al de las demás personas. Quedando obligado el empresario, por ejemplo a llevar una contabilidad ordenada y adecuada, a inscribirse en el Registro Mercantil el cual constituye un mecanismo oficial de publicidad; someterse a los procedimientos concursales específicos para los casos de Insolvencia Patrimonial (suspensión de pagos y quiebra). El estatuto jurídico permite distinguir al empresario mercantil del resto de las personas, ya sean físicas o jurídicas.
- La intervención de los empresarios mercantiles califica a ciertos contratos como mercantiles. El Código de Comercio, a pesar de la posición objetiva que trató de seguir, en ocasiones abandona este camino para adoptar una postura subjetiva, pues, en algunos casos, además de los objetos ser destinados a actos de comercio, se requiere que

³Es válido aclarar que cuando estas personas constituyen una organización para el ejercicio de estas actividades, que dan lugar a la aparición de sociedades mercantiles; por ejemplo, cuando se constituye una sociedad de asistencia médica, una sociedad de ingeniería, etcétera.

⁴Ejemplo: cuando un agricultor, recoge los mangos que cosecha en su finca, llevando a cabo posteriormente un proceso de transformación de los mangos, obtenidos de la naturaleza, en mermelada, en dulce en almíbar, etc. Algo similar sucede con el ganadero, que una vez que toma la leche que le brinda la vaca, la somete a un proceso industrial y de transformación y lo convierte en leche, queso, mantequilla, etcétera.

uno de los sujetos sea empresario, es el caso de los contratos de préstamos, depósito, comisión, etcétera.

Son varios los principios⁵ que rigen y ordenan la actividad del empresario mercantil:

- **Unidad e indivisibilidad del patrimonio:** El empresario mercantil debe tener un solo patrimonio. Es decir, que no exista una separación entre el patrimonio civil y mercantil, sino que posea un solo patrimonio que le permita hacer frente a las deudas que del ejercicio de su empresa puedan surgir.
- **Responsabilidad personal:** Guarda este principio relación con el anterior, pues se trata de que el empresario responda de todos sus actos con su patrimonio, como reflejo de su persona y no como se hacía en el Derecho Romano que las personas respondían de sus actos con su persona y no con sus bienes.
- **Responsabilidad ilimitada o universal:** Todos los empresarios deben responder de sus actos con su propio patrimonio y con todos los bienes presentes y futuros que lo integran. Esta responsabilidad implica que el empresario mercantil que tiene una deuda con un tercero, de cierta cantidad de dinero, si el día de pagar sólo cuenta con la mitad de la totalidad de la deuda, al pagar no se libera del todo; sino que quedará deudor de la suma que debe al tercero. Queda liberado el empresario mercantil de su deuda, cuando pague al acreedor el monto de la misma con los bienes que entren a su caudal patrimonial en el futuro. Se liberará cuando pague la totalidad de la deuda.
- **Correspondencia entre gestión y responsabilidad:** Según este principio será responsable quien actúe en el mercado con su nombre. La gestión en el tráfico entraña asunción de responsabilidad en la misma proporción. Es decir, si el empresario tiene un poder de gestión e iniciativa de su actividad económica, tiene a su vez que tener la capacidad para saber responder por todos los actos que se generen de su actuar.
- **Ética negocial:** Toda persona que se dispone a desarrollar una actividad económica, constitutiva de empresa, para el mercado, debe ser capaz de asumir las deudas y riesgos que de esta se produzcan. Ya que si disfruta los beneficios y resultados prósperos de dicha actividad, debe también soportar las deudas.

⁵Raiza Fraga Martínez: *Nociones de Derecho Mercantil*, Editorial Félix Varela, 1^{ra} edición, 2004, La Habana, Cuba, p. 10.

El empresario mercantil, a su vez, puede clasificarse en Empresario Mercantil Individual y Social. En el presente artículo solo analizaremos el Empresario Mercantil Individual.

REQUISITOS

El Código de Comercio en su artículo 1 regula cuáles son los requisitos a tener en consideración para ser empresario mercantil individual, estos son:

➤ **Capacidad Legal:** el artículo 4 del cuerpo legal anteriormente mencionado, establece que *tendrán la capacidad para el ejercicio habitual del comercio: las personas que hayan cumplido los 21 años, que no estén sujetos a la patria potestad de sus padres ni a la autoridad marital y tengan la libre disposición de los bienes.*

Con relación a esto debemos señalar que el Código Civil⁶ y de Familia⁷ establecen la de 18 años para alcanzar la mayoría de edad. Se pudiera pensar que el Código de Comercio no está en sintonía con el Código Civil, pero no es así. El Código Civil, norma general, en su artículo 28.2 establece que *el ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones contenidas en este código y la legislación especial según sea el caso.*

Por tanto, somos del criterio que no existe ningún conflicto ni desarmonía en cuanto a la edad que establece el Código de Comercio y la que establece el Código Civil, ya que el Código de Comercio, como el Código del Trabajo, el Código Penal constituyen normas especiales y por tanto, la norma de aplicación general da la posibilidad de que dichas normas especiales fijen la edad necesaria para ser sujeto de las relaciones jurídicas que de ellas emanan. En resumen, la edad para ser considerado empresario mercantil es la de 21 años.

Ahora bien, somos del criterio que el segundo elemento que conforma la capacidad legal a tenor del artículo 4, no tiene sentido alguno, pues la mayoría de edad se alcanza a los 18 años y ella es una de las causas por las que se extingue la patria potestad. Por tanto, a nuestro juicio, con el primero de los elementos: la edad, se queda fuera el segundo de ellos.

Con relación a la autoridad marital, no creemos necesario detenernos, pues amén de que esta parte del artículo está derogada, es una realidad que en nuestra Constitución y en el Código de Familia, se reconoce la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

⁶Ley 59 / 87 (Código Civil) Artículo 29 inciso a).

⁷Ley 1289/75 Código de Familia, Disposición Final Primera.

Resulta necesario, hacer una distinción entre la capacidad para ser comerciante y la capacidad para actuar como comerciante. De la lectura del artículo 1 del Código de Comercio (cuando establece: *son comerciantes ...*) se infiere que podrán ser empresarios mercantiles, los empresarios propiamente dichos, y los gerentes, representantes, así como los menores de edad y los mayores incapacitados.

Para **actuar** como empresario mercantil se requiere la capacidad legal que regula el artículo 4, la dedicación habitual al comercio, y actuar en nombre propio. En cambio, para **ser** empresario mercantil solo se necesita tener la capacidad jurídica general, sin necesidad alguna de dedicarse a ejercerlo.

De la lectura del artículo 5 del Código de Comercio se desprende que **son** comerciantes los menores de edad (21 años) y los mayores incapacitados, quienes podrán **continuar**, de un modo efectivo, 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. Recayendo, por ende, toda la responsabilidad de su actuar sobre estos y no sobre sus representantes. Es decir, los menores de edad y los mayores incapacitados, nunca podrán comenzar por sí mismos, mientras estén en este estado, actividad económica alguna. Solo podrán continuar en el caso del menor de edad 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. Es válido aclarar que en este caso nunca las personas señaladas anteriormente podrán **iniciar** actividad económica alguna mientras no tengan la capacidad legal necesaria que exige el Código de Comercio.

➤ **Habitualidad:** es este el segundo requisito que se necesita para ser Empresario Mercantil. La habitualidad no significa la realización habitual de actos de comercio. Ya que es posible que una persona realice habitualmente alguna actividad económica constitutiva de empresa y no se considere empresario individual, por faltarle el tercer requisito legal de actuar en nombre propio, ejemplo: la persona que se dedica, digamos por razón de su profesión a la aceptación de letras de cambio, la emisión de cheques o compra de acciones.

El requisito de la habitualidad en el ejercicio del comercio significa que el empresario se dedique profesionalmente al desarrollo de esa actividad económica (comercio, industria o servicios).

Sólo puede considerarse empresario mercantil, aquel que hace del comercio su profesión, adquiriendo para sí derechos y obligaciones derivadas

del ejercicio de esa profesión.⁸ Es necesario que el desarrollo de esa actividad sea constante, sistemática, profesional. Este último término está muy ligado al requisito de la habitualidad; tienen de común la repetición de actos. La profesión se compone de otros elementos, tales como el propósito de obtener un lucro que constituya un medio de vida; y que se exteriorice, es decir, que se dé a conocer al público, a terceros. De modo que, quien produce para sí mismo o para el consumo de sus familiares no ha de considerarse empresario mercantil, su actividad económica siempre tiene que estar dirigida a un tercero: el consumidor.

En resumen, la habitualidad significa la realización repetida de actos de comercio, pero de modo constante, sistemático, que sea este su principal o único modo de vida, su profesión. Esto lo asevera un criterio de Garrigues cuando plantea que “la cualidad de comerciante responde a un criterio exclusivamente real”.⁹

Como ha quedado expuesto, la habitualidad se entiende como la repetición de actos de comercio, por tanto la condición de empresario mercantil no puede ser otorgada desde un inicio, sino pasado un tiempo, justo a partir del momento en que se comienza a realizar actos mercantiles. No obstante esto, el Código de Comercio en su artículo 3 establece una presunción *iuris tantum* del ejercicio habitual del comercio al señalar que: “Existirá la presunción del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona se proponga ejercerlo, y anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil”. Con la cual se anticipa la condición de empresario mercantil otorgándola provisionalmente, hasta que por el ejercicio repetido de los actos mercantiles, pueda ser otorgada definitivamente.

➤ **Actuar en nombre propio:** este es el último requisito, que no cuenta con una regulación en el texto de nuestro Código de Comercio, lo cual no lo hace tener menos importancia. Sucede todo lo contrario, es uno de los elementos que nos permite calificar a una persona como empresario mercantil. Ya que según el concepto de empresario mercantil ofrecido por la norma mercantil en el artículo 1, se requiere, para ser comerciante, tener capacidad legal y realizar actos de comercio de modo habitual.

Si siguiéramos esta fórmula podía calificarse como empresario mercantil a los representantes, gerentes, en fin, los colaboradores y auxiliares del empresario que teniendo la capacidad legal y realizando sus actividades de modo habitual, actúan en nombre y por cuenta de otra persona. Y no es así,

⁸Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Madrid, España, 1976, p. 294.

⁹Ibídem, p. 294.

ninguno de ellos puede ser considerado empresario mercantil, precisamente, por estar ausente en ellos el requisito de actuar en nombre propio. El verdadero empresario mercantil es el que explota una actividad económica en nombre propio y asume los derechos y obligaciones que surjan de su actuar.

La nota que nos ocupa permite distinguir entre el empresario mercantil y aquellos auxiliares que en su nombre actúan. Quien ejerce el comercio en nombre propio adquiere para sí derechos y obligaciones.

Ahora bien, en el caso de los representantes, ya dijimos que no se consideran empresarios, pues él actúa en nombre de otra persona, que será el menor de edad o el mayor incapacitado, y son estos los efectivos empresarios.

Este requisito se ha considerado tradicionalmente esencial, ya que es el dueño de la empresa; con la utilización de su nombre recaen sobre él todas las consecuencias jurídicas de las relaciones en las que interviene como sujeto. Es sensato además el hecho de que si el empresario goza de un poder de gestión y de iniciativa, ha de tener la capacidad para responder por los actos que él realice.

Es empresario el dueño del negocio, se trata, por tanto, de la persona que ejerce su actividad económica en nombre propio, o la persona que hace que otros lo ejerzan como representantes a su nombre.

PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA CONSTITUTIVA DE EMPRESA

El Código de Comercio no solo regula las condiciones que debe reunir una persona para ser considerada empresario mercantil, sino que también establece los supuestos en los que los ciudadanos, aun reuniendo los requisitos para considerarse empresario mercantil, no tienen dicha condición.

Efectivamente, se trata del establecimiento, en la ley, de incompatibilidades, inhabilitaciones o sumisión a una autorización gubernativa previa al comienzo de la realización de la actividad económica constitutiva de empresa. Implican una prohibición de desarrollar de modo lícito la profesión de empresarios, a personas que cumplen con los requisitos que establece la ley.

Por tanto, lo primero que debemos hacer es una distinción entre prohibición e incapacidad. La exigencia de la capacidad tiene como objetivo proteger al empresario, sea un menor o un incapacitado. La prohibición recae sobre personas que tienen capacidad legal, pero el Ordenamiento Jurídico, por determinadas razones, no permite que ejerciten una actividad económica. Es decir, la prohibición supone la capacidad, no la afecta para actuar como empresario mercantil y obtener esta calificación legal.

Los actos mercantiles realizados por los incapaces son nulos, la nulidad es relativa. Las personas sujetas a una prohibición recibirán la aplicación de determinada medida por la vía correspondiente, sea penal, administrativa, etcétera.

Otro de los términos que difiere de la incapacidad y la prohibición es la incompatibilidad para dedicarse a la empresa por razón de cargo, función o condición, que impide que determinadas personas ejerzan la empresa por sí o por medio de otras personas, y también que ostenten cargos o intervención directa, administrativa o económica en sociedades mercantiles.

Ha sido criterio coincidente por la doctrina, establecer una clasificación de las prohibiciones. Clasificación, esta, que obedece a varios criterios. El primero de ellos es atendiendo a la naturaleza pública o privada del interés tutelado por la norma que impone la prohibición y las clasifica en: **de Derecho Público o de Derecho Privado**; el segundo de los criterios las clasifica en **Absolutas y Relativas**, según que el destinatario de la prohibición no pueda ejercer ningún tipo de actividad económica constitutiva de empresa en ningún lugar o solo se vea limitado a actividades o lugares concretados en la norma prohibitiva respectiva.

Los artículos 13 y 14 de nuestro Código de Comercio, regulan todo lo referente a las prohibiciones e incompatibilidades. En el artículo 13 apartado 3,¹⁰ se regula una prohibición absoluta de Derecho Público, son aquellas que vienen determinadas por leyes especiales a las cuales el código remite. El objetivo que persigue es la protección del interés público, es decir, impedir que se utilicen en beneficio propio las atribuciones conferidas a ellos (aquí podemos encontrar, los ministros, las personas que tengan altos cargos de dirección en el país).

Las prohibiciones relativas de Derecho Público, se encuentran reguladas en el artículo 14,¹¹ específicamente en los apartados 1, 2, 3, 5. Las mismas afectan a toda clase de actividad económica, pero solo en los límites geográficos, dígase distritos, provincias, localidades, etc. en que el incompatible desempeña sus funciones.

¹⁰Artículo 13: No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales:

3ro: Los que por leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar.

¹¹Artículo 14: No podrán ejercer la profesión mercantil, por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en los que desempeñen sus funciones:

1ro: Los magistrados, jueces y funcionarios del ministerio fiscal, en servicio activo. Esta disposición no será aplicable a los Alcaldes y Jueces y Fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales.

Por su parte, como prohibiciones absolutas de Derecho Privado, tenemos las que regula el apartado 4 del artículo 14: “Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean”. Los agentes mediadores no pueden dedicarse a otra actividad que no sea la mediación, y esto tiene como fundamento el hecho de que puedan superponer su interés al interés de su cliente.

Las prohibiciones relativas de Derecho Privado pretenden afectar a actividades económicas determinadas, protegen el interés de un titular de una empresa mercantil contra la competencia desleal de empresarios ubicados en diferentes grados de información o con acceso desigual a los secretos comerciales de un competidor. Se encuentran dentro de esta prohibición los socios de la sociedad colectiva y los colectivos de la comanditaria, sobre los que recae lo que se ha denominado prohibición de concurrencia; los comprendidos en esta prohibición si la sociedad no tiene objeto social determinado, no podrán realizar actividad alguna, sin el consentimiento previo de la sociedad (artículo 136). Igualmente, según lo dispone el artículo 135 de la ley mercantil, no podrán usar los fondos de la sociedad ni la firma social para realizar negocios por cuenta propia. En el artículo 147 de dicha norma, párrafo segundo, encontramos también esta prohibición, esta vez recayendo sobre los socios comanditarios, los cuales no pueden incluir su nombre ni permitir su inclusión en la razón social de la sociedad.

Existe un tercer supuesto, que es el de la inhabilitación. Opera para los empresarios declarados en quiebra,¹² artículo 13 apartado 2.¹³ El empresario está *inhabilitado* para la administración de sus bienes, y por tanto no puede continuar ejerciendo su actividad económica. La inhabilitación es uno

2do: Los jefes gubernativos económicos o militares de distritos, provincias o plazas.

3ro: Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno. Exceptuándose los que administren por asiento y sus representantes.

4to: Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean.

5to: Los que por leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en determinado territorio.

¹²La quiebra es una institución jurídica de carácter esencialmente procesal integrada por un conjunto de normas y actos procesales dirigidos a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, organizados bajo el principio de comunidad de pérdidas. Hace perder al quebrado la disposición y administración de sus bienes, restringe su capacidad, y lo inhabilita para el ejercicio del comercio hasta tanto no sea rehabilitado.

¹³Artículo 13: No podrán ejercer el comercio, ni tener cargo, ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles:

...apartado 2: Los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido rehabilitación, o estén autorizadas, en virtud de un convenio aceptado en junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento.

de los efectos que produce la quiebra con relación al empresario deudor. A pesar de que la inhabilitación se asemeja a la incapacidad, no pueden confundirse, ya que el quebrado se encuentra en una situación jurídica menos ventajosa que el incapacitado, y esto se puede ver en dos aspectos; uno porque los actos realizados por el quebrado son nulos; y el segundo consiste en que no puede continuar el ejercicio de su empresa por medio de representantes, sino que lo hará dentro de los límites, estrechos, de la quiebra. No encontrándose el quebrado en esta situación de un modo definitivo, puede salir de esta situación si es rehabilitado o si llega a un convenio con sus acreedores que le consientan seguir al frente de su empresa.

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO MERCANTIL

Anteriormente señalábamos que una de las consecuencias que trae consigo la calificación de empresario mercantil es el sometimiento a un estatuto jurídico que lo diferencia de la generalidad de los ciudadanos. El estatuto jurídico del empresario mercantil comprende determinadas obligaciones, 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, etcétera.

CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS MERCANTILES

Los empresarios mercantiles tienen la obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada de la actividad de su empresa. La contabilidad les permite llevar un seguimiento cronológico de sus operaciones mercantiles o industriales, la elaboración periódica de sus balances o inventarios, y especialmente conocer con claridad la imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de sus resultados económicos procedentes de la explotación de su empresa. El Código de Comercio en los artículos 33 y siguientes regula todo lo concerniente a esta obligación.

Hoy en día se han dictado un conjunto de disposiciones normativas que regulan y actualizan el tema de la contabilidad. Una de las disposiciones

vigentes es la Resolución 10/97 del Ministerio de Finanzas y Precios, en la cual se disciplinan los principios generales de contabilidad.

La importancia que reviste esta obligación está determinada por varios factores. En primer lugar, porque es de interés para el Estado, por razones fiscales, conocer cuál es la situación financiera del negocio, así como sus resultados. En segundo lugar, aparece el interés de los acreedores sociales, que requieren tener una autenticidad en los balances,¹⁴ y conocer cuál es la situación económico-financiera real del empresario, para luego poder, entre otras cosas, concederle créditos, etc. Se trata de conocer la situación del patrimonio de la sociedad que es su única garantía.¹⁵ Por último, la contabilidad permite conocer, al empresario, en un aspecto interno, cómo marcha la organización en su propia sociedad; lo que le permitirá saber cómo han sido los gastos, ingresos, cobros, pagos, etc. realizados por él. No obstante es oportuno aclarar que la contabilidad nos brinda información, no nos da solución, esa información ha de ser útil, viable, fiable.

La Resolución 10/97 regula del Ministerio de Finanzas y Precios (MFP) dispone que “las normas contables deben ser uniformes, pertinentes y explícitas a los efectos de lograr una información adecuada, veraz y oportuna. dichas normas deben ser de fácil interpretación y de utilidad para todos los usuarios de las mismas”.

Toda información contable debe reunir las siguientes características, que a su vez son reconocidas como los principios de contabilidad generalmente aceptados, regulados en su totalidad en la norma anteriormente señalada, estos son:

- Utilidad: la información elaborada debe ser eficaz y eficiente.
- Identificación: los estados financieros deben referirse siempre a personas jurídicas establecidas; a períodos determinados ciertos y a transacciones económicas y financieras específicas de los mismos.
- Oportunidad: la información contable debe brindarse en el tiempo que determine la normativa legal y los requerimientos de la dirección de las empresas, a fin de que se tomen en tiempo y forma las decisiones gerenciales que correspondan.

¹⁴El balance es un resumen del inventario en el que se muestran cuáles son los elementos que forman parte del patrimonio social. Estos elementos se agrupan en activo y pasivo. El activo va a estar integrado por los bienes y derechos que posee la sociedad, y el pasivo estará integrado por las deudas, y contendrá también la cifra del capital social y las reservas.

¹⁵Consideramos que es su única garantía porque el empresario mercantil siempre va a responder con todo su patrimonio y de forma ilimitada de todas las deudas que durante el ejercicio de su actividad económica pueda contraer.

- Representatividad: Toda información contable debe exponerse en forma adecuada y abarcar todos los hechos económico-financieros que ocurrieron en la entidad.
- Credibilidad: Las informaciones derivadas de la Contabilidad deben ser fidedignas, incorporando a los registros contables exclusivamente aquellas transacciones realmente ocurridas, expresadas en su dimensión correcta y basándose en una terminología precisa, comprensible y sin ambigüedades.
- Confiabilidad: La información contable debe ser creíble y válida, basándose para ello en la captación de datos primarios clasificados, evaluados y registrados correctamente.
- Verificabilidad: El sistema contable establecido debe generar información contable que pueda ser controlada y verificada por terceros, ajenos a su procesamiento.
- Homogeneidad: La información que se procese debe basarse en criterios similares en el tiempo y su aplicación debe ser común a todas las entidades.

La contabilidad desde el punto de vista jurídico debe ser vista desde dos aspectos distintos: el formal y el material. El aspecto formal consiste en la forma en que deben ser representados, de un modo externo, los acontecimientos o vicisitudes del tráfico que el empresario realiza y sus consecuencias en el orden patrimonial. Atiende al lado obligacional de la contabilidad y se limita a determinar qué libros deben ser llevados, cómo deben ser llevados y el valor que poseen sus asientos a efectos probatorios.

La contabilidad en su aspecto material mira a la ordenación jurídica de las cuentas y del balance empresarial. Es decir, determina los presupuestos ordenadores del modo en que ha de ser establecido el resultado ya sea próspero o adverso de cada ejercicio económico.

El Código de Comercio, en su artículo 33 y siguientes, regula todo lo relacionado con esta obligación. Establece que se ha de llevar la contabilidad necesariamente a través de libros, estos son: un Libro de Inventarios y Balances, un libro Diario, un Libro Mayor, un Copiador o Copiadores de Cartas y Telegramas, los demás Libros que ordenen las leyes especiales.

Amén de lo anteriormente expuesto, constituye una obligación para los empresarios mercantiles realizar al cierre de cada ejercicio social las cuentas anuales; las mismas están integradas por el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias y la memoria.

El balance concreta y sintetiza el valor y la composición del patrimonio de la empresa a finalizar cada ejercicio anual, indica además cuál es el resultado del ejercicio, es decir, si al finalizar el ejercicio social de los resulta-

dos obtenidos se evidencia que el patrimonio ha aumentado considerablemente o, por el contrario, ha disminuido ocasionando pérdidas.

Las cuentas de pérdidas y ganancias nos describen no solo el resultado del ejercicio, sino cuáles han sido los componentes positivos y negativos que han dado lugar a ese resultado. Esta cuenta nos posibilita conocer con detalles cómo se han obtenido los resultados.

La memoria es un documento complementario que permite explicar lo que el balance y la cuentas de pérdidas y ganancias ofrecen mediante cifra. Y estos tres documentos también tienen como propósito mostrar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera, así como los resultados del desarrollo de la actividad económica.

PUBLICIDAD DEL EMPRESARIO MERCANTIL

La publicidad es otra de las obligaciones que encierra el estatuto jurídico del empresario mercantil.

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*”,¹⁶

La publicidad también puede ser vista desde dos ángulos. El primero es la llamada publicidad comercial o privada, que es aquella que realizan los empresarios elevando la calidad de sus productos, divulgando las marcas de estos, su nombre comercial y el rótulo de su establecimiento, etc., con el objetivo de obtener una mayor clientela. La actividad publicitaria se realiza utilizando diversos medios de difusión con el propósito de acrecentar, en la mayoría de los casos, la contratación con sus clientes; constituye una actividad privada, y es voluntad del empresario desarrollarla o no.

La segunda es la publicidad legal, que tiene lugar cuando el empresario acude a los medios oficiales de publicidad con el objetivo de inscribirse él, inscribir sus actos y situaciones jurídicas. La publicidad legal dota de seguridad jurídica sus relaciones mercantiles y posibilita que terceras personas puedan conocer con claridad, certeza y rapidez la identidad del empresario y la de sus representantes, determinar el patrimonio, con el que, como mínimo, podrá hacerle frente a sus deudas, etc. El instrumento oficial para llevar a cabo a la publicidad es el Registro Mercantil.

El Registro Mercantil tiene como función principal ser un instrumento de publicidad de las determinadas situaciones jurídicas de los empresarios, ya

¹⁶Maria Elena Cobas Cobiela: *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen Valdés Díaz (coordinadora), Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2002, p. 317.

sean individuales o sociales. No solo se refieren al momento del nacimiento del empresario, sino a todas y cada una de las vicisitudes que durante el desarrollo de su actividad económica puedan surgir, incluyendo también el momento de su extinción como empresario mercantil.

Dos son los efectos que produce la publicidad, declarativos y constitutivos. En el primero el nacimiento del derecho, del acto o negocio jurídico no está subordinado a la inscripción en el registro. El elemento a inscribir existe independientemente de que se inscriba o no y produce efectos jurídicos frente a terceros. En el segundo, el nacimiento del derecho, acto jurídico, etc., está supeditado a la inscripción en dicho Registro, por tanto constituye la inscripción elemento necesario para la existencia del elemento inscribible. Por lo que de no producirse la inscripción no existe el derecho.

El Registro Mercantil en nuestro país está regulado por el Decreto Ley 226/02, y por la Resolución 230/02 del Ministro de Justicia. En él se inscriben tanto los sujetos como los actos que estos realizan. En el artículo 2¹⁷ del Decreto Ley 226/01 se recoge de modo expreso cuáles son los sujetos inscribibles. Estos son:

Con relación a los sujetos que aparecen regulados en los incisos b y c, estamos en presencia de una inscripción que tiene un efecto constitutivo. En estos casos no se trata de reconocer públicamente algo que ya existe, por el contrario, se trata de dotarlo de personalidad jurídica con la inscripción. A partir de la inscripción se convierten en sujetos, con derechos y obligaciones, es decir, que nacen con la inscripción en el registro. Es válido hacer la salvedad en el caso del inciso c, y particularmente en lo relacionado con los contratos de asociación económica internacional, que los mismos no tienen personalidad jurídica, en estos casos se trata de una inscripción declarativa.

La inscripción de los sujetos anteriormente señalados tiene carácter obligatorio. La obligatoriedad de la inscripción aparece regulada en los artículos 5 de la Resolución 230/02 y el artículo 5.1 del Decreto Ley 226/02 respecti-

¹⁷Artículo 2: En el Registro Mercantil se inscriben los sujetos y actos siguientes:

- a) Las empresas estatales en perfeccionamiento empresarial,
- b) Las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano y sus sucursales en el territorio nacional.
- c) Las empresas mixtas, los contratos de asociación económica internacional y las empresas de capital totalmente extranjero.
- d) Las personas naturales extranjeras que, en virtud de la legislación vigente, estén autorizadas a operar en Cuba por sí mismas.
- e) Las sucursales de sociedades mercantiles
- f) Otros sujetos y actos que disponga el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

vamente. Hacemos esta salvedad, ya que anteriormente, en el Código de Comercio en el artículo 17¹⁸ dedicado a esta materia, se establecía que la inscripción de las personas naturales, o lo que es lo mismo de los empresarios mercantiles individuales, era potestativa, confiriéndole solo carácter obligatorio a la inscripción de las sociedades mercantiles y de los buques.

El artículo 2 de la Resolución 230/02 indica que el Registro Mercantil tendrá como objeto los siguientes: a) La inscripción de los sujetos, actos y contratos que se establecen en la ley y en el propio reglamento; b) El depósito y la publicidad de los informes financieros, de los balances anuales; c) La legalización de los libros; d) La publicidad de la información registral; e) La comprobación de los asientos registrales cuando se requiera; e) La inscripción de la denominación de los sujetos inscribibles.

Recientemente el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros dictó un nuevo acuerdo, No. 5290, de fecha 11 de noviembre de 2004, a través del cual se reajusta y complementa la normativa actual en materia de Contratos de Producción Cooperada. En el mismo se establece que los Contratos de Producción Cooperada requieren para ser otorgados la forma de escritura pública, y para entrar en vigor la inscripción en el Registro Mercantil. Por lo que encontramos que se introduce un nuevo elemento a inscribir en el Registro Mercantil: los Contratos de Producción Cooperada. Por tanto nos encontramos ante una inscripción obligatoria y que produce, por tanto, efectos declarativos.

Existen diversos principios que informan la práctica registral y aparecen recogidos en el Decreto Ley 226/02 y en la Resolución 230/02, su reglamento, estos son:

➤ **Titulación Pública:** Según este principio la inscripción en el Registro Mercantil, se realiza en virtud de documento público, salvo en los casos en que la ley disponga que se practique en documento privado. Dicho principio se encuentra regulado en los artículos 7.1 D/L 226/01 y artículo 5 Resolución 230/02.

➤ **Legalidad:** Los registradores mercantiles deberán calificar la legalidad de los documentos a través de los cuales se solicita la inscripción, así como la validez de su contenido y la capacidad de quienes los otorguen o suscriban. Artículo 9.1 D/L 226/01 y artículo 7 Resolución 230/02.

➤ **Oponibilidad:** Los documentos inscritos son oponibles a terceros, pero esta oposición se produce a partir de la fecha de su inscripción, sin que

¹⁸Artículo 17: La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes particulares y obligatoria para las sociedades que se constituyan con arreglo a las leyes especiales, y para los buques.

puedan ser invalidados por otros anteriores o posteriores no registrados. Artículo 5.2 D/L 226/01 y artículo 22 Resolución 230/02.

➤ **Obligatoriedad:** La inscripción de todos los sujetos y actos previstos en estas disposiciones normativas es obligatoria. Artículo 5.1D/L226/01 y artículo 5 Resolución 230/02.

➤ **Publicidad:** Es precisamente esta la nota que caracteriza al Registro: su publicidad. El registro mercantil es público, y hace efectiva esa publicidad a través de certificaciones de los asientos y notas simples informativas de los documentos depositados en el registro. Estas serán expedidas por lo registradores. Artículo 17.1 D/L 226/01 y artículo 3 y 74 Resolución 230/02. En el artículo 83 de la Resolución 230/02 encontramos un límite a este principio, pues el legislador puede abstenerse de emitir la certificación cuando considere que la información solicitada puede atentar contra los principios y reglas de las garantías registrales, el secreto bancario y contable, o por no estar debidamente legitimado el interesado.

➤ **Legitimación:** Las inscripciones y anotaciones realizadas se presumen exactas y válidas. Los asientos registrales producen plenos efectos mientras no se inscriba resolución judicial firme declarando la nulidad del acto o documento inscrito, esto no perjudica los derechos de terceros, adquiridos legalmente y de buena fe. Artículo 8.1 D/L 226/01 y Artículo 8 Resolución 230/02.

➤ **Tracto Sucesivo:** Para inscribir personas, actos o contratos relacionados con otros inscribibles en el Registro, se requiere que estas personas, actos o contratos principales de los que dependan, estén previamente inscritos. Artículo 7.2 D/L 226/01 y artículos 10,11,13 y 14 Resolución 230/02.

➤ **Prioridad:** Una vez practicada la inscripción en el Registro Mercantil, no puede inscribirse o anotarse otra de igual o anterior fecha que resulte opuesta o incompatible con la primera que se inscribió. Artículo 7.3 D/L 226/02 y artículo 12 Resolución 230/02.

➤ **Buena Fe:** Los documentos públicos, los contratos y los actos no inscritos en el Registro Mercantil, surten efecto para los otorgantes y representantes obligados a inscribirlos, y no perjudican a terceros que obren de buena fe, quienes pueden utilizarlos y alegarlos en cuanto los favorezca. Artículo 11.1 D/L 226/01 y 9 Resolución 230/02.

Los Registradores están facultados para no inscribir a las empresas estatales, sociedades mercantiles u otros sujetos, si su denominación resulta notoria o que coincide con la de otra sociedad preexistente, aun cuando no se encuentre inscrita en el Registro Mercantil. El fundamento de la atribución anterior está relacionado con el requisito de la novedad que debe cumplir las denominaciones que los empresarios mercantiles han de adoptar. El

objetivo de esta prohibición es evitar la confusión de los sujetos mercantiles a la hora de actuar en el tráfico mercantil.

El modo que utiliza el Registro Mercantil para hacer público su contenido, es mediante la emisión de certificaciones o notas simples informativas, de las circunstancias inscritas o depositadas en él, poniéndose de manifiesto en estos casos el principio de publicidad.

El Registro Mercantil tiene una estructura vertical. Se encuentra integrado por un Registro Mercantil Central y los Registros Mercantiles Territoriales. El Registro Mercantil Central, radica en la Ciudad de la Habana y tiene jurisdicción y competencia para conocer de todos los asuntos que se presenten a lo largo y ancho del territorio nacional; y los registros territoriales son creados en los diferentes municipios del territorio nacional. Esto es una manifestación del principio de territorialidad que rige nuestro ordenamiento jurídico.

Las funciones¹⁹ del Registro Mercantil Central, son las siguientes: la inscripción de las empresas estatales de capital totalmente extranjero; la inscripción de las empresas mixtas; la inscripción de los contratos de asociación económica internacional; la inscripción de las sucursales de sociedades mercantiles extranjeras; la inscripción de los contratos de agencias en los que intervienen sociedades mercantiles extranjeras; la inscripción de los Empresarios Mercantiles individuales extranjeros autorizados a operar en nuestro país; el control de la inscripción de las empresas estatales que pasan al Sistema de Perfeccionamiento Empresarial; el Registro y Control de las denominaciones, entre otras facultades que pueden ser encontradas en la normativa anteriormente referida.

Los Registros Mercantiles Territoriales, por su parte, tienen como funciones específicas las siguientes: a) La inscripción de las empresas estatales que pasan al perfeccionamiento empresarial; b) La inscripción de las sociedades mercantiles cubanas y sus sucursales; c) La inscripción de los contratos de agencias en que no intervienen sociedades mercantiles extranjeras.

Con la puesta en vigor del Decreto Ley 226/01 y su reglamento se logró, a nuestro juicio, darle unidad a la actividad registral en nuestro país. Ya que nuestro país desde la época de la república se caracterizó por la existencia de una variedad de registros. Hoy en día se ha logrado fusionar en un solo Registro la inscripción de todos los sujetos mercantiles que operan en el tráfico mercantil en nuestro país. Quedando, por tanto, derogados por las disposiciones ya mencionadas los artículos del 16 al 32 del Código de Comercio que regulaban esta materia.

¹⁹*Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria no.58 de fecha 4 de noviembre de 2002, Resolución 230/02, Artículo 27.

SOMETIMIENTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA PATRIMONIAL

Otra de las obligaciones que sobre el empresario mercantil recae es el hecho de estar sometido a un *procedimiento de suspensión de pagos y a la quiebra*. Ambos son procedimientos concursales colectivos para resolver las situaciones de económica anormalidad en el cumplimiento de sus funciones, son reservados única y exclusivamente para los empresarios mercantiles.

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO MERCANTIL

El empresario mercantil **responde** como todo deudor del cumplimiento de sus obligaciones de un modo ilimitado con todos sus bienes presentes y futuros. Dicha responsabilidad puede ser contractual y extracontractual. En materia de responsabilidad no existe una distinción entre el patrimonio mercantil y el civil. No obstante, actualmente existe una tendencia a limitar la responsabilidad de los empresarios mercantiles individuales, mediante la constitución de estos de sociedades unipersonales, lo cual supone una separación entre el patrimonio mercantil y el civil, quedando protegido el patrimonio civil de las reclamaciones de los acreedores mercantiles. La aceptación de esta distinción determina que en la reclamación que puedan hacer los terceros acreedores de sus deudas recaiga sobre los bienes utilizados en el ejercicio de la empresa. En este sentido es válido señalar que lo que pudiera variar en algunos casos es la responsabilidad de los socios que integran la sociedad,²⁰ mientras que en otros casos los socios solo limitan su responsabilidad al límite de su aportación, es el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

COLABORADORES DEL EMPRESARIO MERCANTIL

El empresario mercantil necesita, para el desarrollo de su actividad económica, de la colaboración de un gran 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 caracterizan al tráfico económico, al empresario, en la mayoría de los casos, se le dificulta desarrollar su empresa por sí

²⁰Es el caso de la Sociedad Regular Colectiva y de la Comanditaria, los socios colectivos tendrán una responsabilidad ilimitada, es decir responderán con todos sus bienes presentes y futuros, independientemente de la responsabilidad de la sociedad, que también es ilimitada.

mismo, y por ello recurre al auxilio de varias personas. La colaboración es de la más diversa naturaleza y condición.

Los colaboradores pueden agruparse en dos grandes grupos: aquellos que directa o indirectamente le ayudan a producir sus bienes o a preparar sus servicios para introducirlos en el mercado posteriormente, y los que directamente ayudan al empresario a introducirlo en el mercado, a lograr una clientela y la contratación con ellos. Los primeros le auxilian en la realización de la actividad interna de la empresa y los segundos lo hacen sobre la actividad externa, es decir, con relación al mercado, a terceros, y ostentan alguna forma de representación.

Es opinión unánime en la doctrina el considerar la existencia de dos grupos de auxiliares del empresario: en el primero de ellos se encuentran aquellos que brindan una colaboración permanente, en el ámbito interno de la empresa, y en los cuales va a existir una relación de dependencia; en el segundo grupo se encuentran aquellos que auxilian a los empresarios, pero desde fuera de la empresa; normalmente tienen la condición de empresarios mercantiles, y se caracterizan por ser independientes, es decir, no existe entre ellos y los empresarios principales una relación de subordinación.

Colaboradores dependientes:

Son, por regla general, aquellos que de modo permanente desde dentro de la empresa y con un carácter de subordinación y dependencia, ayudan al empresario mercantil a desarrollar de un modo efectivo el ejercicio de su empresa. Se califican como auxiliares del empresario. La relación jurídica que une a estos colaboradores con los empresarios nace a través de un contrato de trabajo, por lo que dicha relación jurídica será objeto de regulación por el Derecho Laboral.

Dentro de los colaboradores dependientes encontramos al factor, el dependiente y los mancebos. El Código de Comercio establece su régimen jurídico en los artículos 281 y siguientes.

Dentro de los colaboradores independientes se hace una distinción entre:

- **Apoderados generales:** Dentro de estos encontramos al factor que recibe también la denominación de gerente. Es el colaborador principal del empresario mercantil, es un apoderado general del mismo para todos los actos que entrañe su actividad. El artículo 283 del Código de Comercio establece que: *el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido*

por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor y le serán aplicables las disposiciones contenidas en el código. De modo que cuando hablamos de factor y gerente nos estamos refiriendo a la misma persona.

La representación que sobre el factor recae se caracteriza por la estabilidad. Uno de los elementos que caracteriza al factor y lo distingue del resto de los colaboradores es que sus facultades son ilimitadas, muy amplias. Los apoderados poseen un número de facultades mínimas, de manera que si se limitara o se privara de alguna de ellas deja de tener tal condición, para convertirse en un apoderado particular. No obstante, se le pueden conceder un número mayor o menor de facultades, pero lo que no puede suceder es que las que le vienen conferidas por ley sean limitadas, ya que es necesario para ostentar dicha condición, la existencia de un poder general.

Han de tener la capacidad para actuar como empresario 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. Ahora bien, si realizara algún contrato en nombre propio queda obligado con la persona que lo celebró. Paralelamente recae sobre ellos una prohibición consistente en no hacer competencia a su principal, salvo pacto en contrario, si llegaran a negociar sin el consentimiento del principal, los beneficios serán para este, y las pérdidas para el factor. 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.

- **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. Estos apoderados 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. La regulación de estos la podemos encontrar en el Código de Comercio en los artículos 292 y siguientes.

Dentro de los apoderados singulares encontramos a los Mancebos, reciben este nombre los que auxilian al empresario en el tráfico, ya sea que estén autorizados para representarla en alguna de las operaciones, o que se limiten a prestarle servicios que no sean puramente materiales. El Mancebo es un apoderado singular para vender en establecimiento mercantil El Código de Comercio destina a los Mancebos los artículos 293 y 294. En el último artículo se regulan sus funciones que son vender al por menor en un almacén público. El poder del Mancebo es local limitado.

Colaboradores independientes:

Dentro de este grupo se encuentran aquellos que, sin tener una relación de dependencia y subordinación con el empresario principal, colaboran con este de modo independiente en el desarrollo exitoso de su actividad económica. Estos colaboradores al actuar con un gran poder de iniciativa y de un modo profesional, adquieren la condición de empresarios, cuya actividad consiste en poner a disposición del empresario principal toda su organización y sus servicios. A diferencia de los colaboradores dependientes, la relación que une al empresario principal con su representante no es una relación de subordinación y por ende no existe un contrato de trabajo, sino que están ligados por un contrato de comisión, agencia y corretaje, que serán objeto de estudio y análisis en capítulos venideros.

EL EMPRESARIO SOCIAL

LIC. NATACHA T. MESA TEJEDA

En los inicios del Derecho Mercantil, la actividad mercantil fue desarrollada por el comerciante, hoy empresario individual, pero con el proceso de la globalización, el desarrollo de la economía, los adelantos científico-técnicos, se le ha hecho casi imposible al empresario individual soportar la dimensión cada vez más creciente que alcanza la actividad mercantil y poder desarrollar su actividad económica; es decir, el empresario individual se veía imposibilitado de llevar a cabo de un modo aislado una empresa determinada.

Como solución a esta situación surge el fenómeno asociativo. Y esto obedece, entre otros aspectos, a que presenta las siguientes ventajas: a) por medio de ella (sociedad mercantil) puede el empresario individual dividir su patrimonio, formando entonces dos patrimonios, uno, al que se le denomina civil y el otro mercantil. El primero de ellos encierra los bienes dedicados a la vida familiar, a las deudas contraídas en el plano civil, etc.; en el segundo se encuentran aquellos que son precisos para el ejercicio de su actividad económica

Por tanto, en el caso del empresario social, al adquirir su personalidad jurídica, con la inscripción en el registro mercantil, se convierte en sujeto de derechos y obligaciones y por tanto entre tantas consecuencias adquiere autonomía patrimonial. Es decir, se produce una escisión entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad.

Esto a su vez traerá consigo que se produzca una separación de la responsabilidad del socio y de la sociedad; pueden los socios transmitir las participaciones económicas que posee en la sociedad. Lo que no significa que pierda la sociedad la titularidad de su patrimonio, por el contrario, se produce un cambio en los miembros de esta que para nada afecta la titularidad del patrimonio por parte la sociedad; la constitución de sociedades mercantiles

posibilita al empresario mercantil realizar diversas actividades económicas con diversos objetos sociales; en materia fiscal también resulta ventajosa la elección del empresario social, como forma que se debe adoptar para desarrollar una actividad económica, pues en el caso de las sociedades se le impone el impuesto sobre utilidades mediante el cual se grava mediante un tributo, de modo proporcional, las rentas de las sociedades, y en el caso del empresario mercantil individual se grava a través de los tributos, de forma progresiva, toda la renta obtenida de su actividad económica (impuesto sobre ingresos personales), entre otras ventajas.

El empresario social tiene su origen en un acto jurídico, cuya naturaleza ha sido cuestionada por la doctrina pues se discute si es un acto conjunto de creación, un acto colectivo, un acuerdo jurídico social-unilateral de fundación o si es contrato.

Los fundamentos que esgrimen para mantener este criterio es, entre otros, el número de personas que intervienen, que pueden participar en el momento fundacional de la sociedad y por otro lado el hecho de que, por ese proceso fundacional va a surgir una organización mucho más compleja, que dará lugar a un conjunto de relaciones no solo entre los socios, sino también de ellos con la sociedad.

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina, que es mayoritario, que considera que la naturaleza del acto jurídico con el que surge el empresario social es contractual. Posición con la cual coincide una posición mayoritaria en la doctrina, y a la que nos afiliamos también.

Por tanto, podemos concluir que el empresario social surge de un contrato que se le denomina **Contrato de Sociedad**.

No obstante esto, es necesario resaltar que lo anteriormente expuesto es la regla, ahora bien, existe una excepción: Consiste en la existencia de sociedades que se pueden constituir no por un contrato, y sí por un negocio jurídico unilateral y es en el caso de las Sociedades Unipersonales que pueden ser Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada. Se trata de sociedades que van a ser constituidas por la voluntad unilateral de una persona, que puede ser individual o jurídica, que como único socio desea constituir una sociedad. En este particular no nos detendremos, pues será objeto de análisis en capítulos posteriores.

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

Podemos definir la sociedad mercantil como la *unión voluntaria de personas que de común acuerdo aportan bienes, dinero o industria con*

el objetivo de desarrollar una actividad económica, que le permita obtener ganancias y que las mismas puedan ser repartibles entre ellos.

Como quedó apuntado anteriormente, la sociedad generalmente, nace del contrato de sociedad. Esto representa un límite a la libertad de forma que establece el artículo 51¹ del Código de Comercio, ya que obliga a las partes a realizarlo adoptando la forma escrita (artículo 119).

Y esto responde a que dicho contrato presenta la característica de ser un contrato de duración, y trae consigo que se cree una compleja red de relaciones, derechos, intereses, obligaciones, etc. entre los socios. Por tanto, al adoptar la forma escrita, puede utilizarse como medio de prueba.

Por otro lado, la sociedad consta de su propio patrimonio, con el cual podrá responder frente a las deudas que contraiga con terceros, por lo que los acreedores deben conocer el alcance de su responsabilidad patrimonial, el nombre y facultades de sus administradores (por ser estos los encargados de la representación de la sociedad frente a terceros), entre otras cuestiones que afectan a la esfera externa de la sociedad. Todo esto hace necesario que se dé a conocer a terceros las reglas constitutivas que rigen en el aspecto interno y externo de la sociedad.

El contrato de sociedad presenta las características siguientes que lo distinguen de los contratos sinalagmáticos:

- **Asociación voluntaria de personas:** Utilizamos este término y no el de *unión* de personas, al señalar las características, pues la relación que existe entre la asociación y la sociedad es de género-especie; siendo la asociación el género y la sociedad la especie. La sociedad sin lugar a dudas es una unión o agrupación de personas que desean alcanzar un fin común, que en este caso particular es el de obtener una ganancia que pueda ser repartible entre ellos. La asociación por su parte es el género pues viene a ser la unión de personas que se agrupan con el objetivo de alcanzar un objetivo común que será de carácter ideal y extraeconómico.
- **Plurilateral:** Intervienen en su constitución dos o más personas. Por tanto las aportaciones que cada socio realiza, no engendra obligación para la otra parte, sino que ingresa a formar parte de un fondo patrimonial común.

¹Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a la que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que se conste su existencia por algunos de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos.

- **Intención de constituir la sociedad:** Este elemento debe estar presente como requisito esencial a la hora de la celebración del contrato de sociedad, y es a lo que un sector doctrinal basado en la tradición histórica y algunos textos de Derecho Romano le llaman *affectio societatis o animus contrahendae societatis*. Constituye el *affectio societatis* la voluntad de unión y de correr riesgos en común, ya sean los de pérdidas y ganancias; es decir, es la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y esencia del contrato de sociedad.
- **Comunidad de fin:** Las partes al asociarse tienen un fin común, que es la obtención de ganancias y el correspondiente reparto de las mismas entre los socios. De ahí que no se admita el establecimiento en la escritura o estatutos de pactos que prohíban o limiten el reparto de las ganancias entre los socios (Pactos Leoninos).
- **No existen contraprestaciones de las partes:** Los socios aportan a la sociedad dinero, bienes y derechos, e incluso hay sociedades en las que se acepta la aportación de trabajo, y esta aportación va a integrar directamente un fondo patrimonial común, por lo que la sociedad se convierte en acreedora de los socios. Es decir, que las aportaciones realizadas por los socios, no ingresan directamente en el patrimonio de cada uno de ellos, sino que van a formar parte del fondo patrimonial que se crea, cuyo titular es la Sociedad, convirtiéndose esta en acreedora de los socios.
- **Intereses contrapuestos:** Esta característica ha sido un poco discutida doctrinalmente. Un sector de la doctrina considera que sí existen intereses contrapuestos, otro sector niega la existencia de los mismos, argumentando que las partes no están ubicadas frente a frente haciendo contraprestaciones recíprocas y distintas cualitativamente.

En este sentido nos afiliamos a la primera de las posiciones. Somos del criterio que el hecho que las partes no estén ubicadas en contraposición, no significa que tengan los mismos intereses. Pues una vez terminado, por ejemplo, el ejercicio social en una sociedad X y procediendo luego al reparto de las ganancias, cada socio va a querer recibir su beneficio en relación con la cuantía de su aportación. Consideramos que no debe confundirse comunidad de fin y comunidad de intereses. Es cierto e irrefutable que existe comunidad de fin, pero esto no implica que exista comunidad de intereses.

- **Duradero, de organización, y de colaboración.** Su carácter especial frente a los contratos sinalagmáticos, no permite que le

sean de aplicación el régimen general que rige para los contratos ordinarios de cambio. Por tanto, en el contrato de Sociedad no opera la excepción por el incumplimiento del contrato: en los contratos ordinarios de cambio las partes pueden negarse a cumplir con su obligación mientras la contraparte no cumpla con la suya. Esta regla no es aplicable al contrato de sociedad y esto encuentra su fundamento, en la falta de reciprocidad de las prestaciones.² Otra de las consecuencias del especial carácter del contrato de sociedad es que no resulta de aplicación en ellos la condición resolutoria tácita, mediante la cual se puede resolver el contrato ante el incumplimiento de una de las partes de su obligación. En el contrato de sociedad esta es inaplicable, pues el socio incumplidor puede llegar a ser excluido de la sociedad por dicho incumplimiento, manteniéndose vigente en la sociedad el vínculo jurídico entre los socios restantes. Igualmente presenta sus particularidades para los contratos de sociedad con relación a los sinalagmáticos ordinarios la nulidad por vicios en el consentimiento; en caso de vicios del consentimiento (violencia, intimidación, dolo y error) se producirá la nulidad del vínculo social para el socio que prestó su consentimiento viciado, no así para el contrato de sociedad en general.

REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

La sociedad no debe verse solo desde su aspecto contractual, sino que también se debe tener muy en cuenta el aspecto institucional. La sociedad necesita para su regular constitución de dos requisitos, uno de forma (Escritura Pública) y el otro de publicidad (inscripción de la escritura en el Registro Mercantil).

Estas formalidades constitutivas se entienden, según la doctrina, consideradas para algunas sociedades *conditio iuris* de regularidad (sociedad colectiva y comanditaria) y para otras *conditio iuris* de existencia (Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada).

Tal y como lo anunciábamos, para la regular constitución de las sociedades mercantiles se necesita de dos requisitos, y son: la **Escritura Pública y la Inscripción en el Registro Mercantil**. Esto lo reafirma nuestro Código de Comercio en su artículo 119.

²Por ejemplo, un socio no puede negarse a cumplir con su principal obligación, la de aportar lo que se ha obligado a la sociedad, alegando el no cumplimiento de otro de los socios. Ante esta situación recibirá el socio la exigibilidad obligatoria por parte de la sociedad con vistas a lograr el cumplimiento de su obligación.

Con relación a la escritura pública es discutido por la doctrina si es un requisito necesario para la validez y perfección del contrato, o si es un presupuesto necesario para proceder a la inscripción en el registro mercantil.

Un sector mayoritario de la doctrina, acepta como válido el segundo de los criterios, con el cual nosotros coincidimos. Los requisitos esenciales que exige la ley para la perfección del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa. Por tanto consideramos que la escritura pública y la inscripción son requisitos necesarios para la regular constitución, dígase la existencia de la sociedad. Ya que si el contrato se ha realizado conforme a derecho y cumple con los requisitos anteriormente mencionados se perfeccionará y por consiguiente será válido.

Esto lo evidencia la existencia de la sociedad irregular, ante la ausencia de alguno de los requisitos de constitución. La sociedad no existe como sujeto de derechos y obligaciones, pero el contrato es válido porque en su momento se realizó con los requisitos que exige la ley. Ver artículo 119 Código de Comercio.

Con relación a la inscripción en el registro mercantil debemos señalar que es obligatoria para todos los empresarios mercantiles, así lo establece el artículo 5.1 del Decreto Ley 226/02 y su Reglamento la Resolución 230/02 en el artículo 5, y tiene además dicha inscripción efectos constitutivos, porque una vez practicada, adquiere la sociedad personalidad jurídica, es decir, se convierte en sujeto de derechos y obligaciones.

Consideramos válido añadir que nuestra legislación, exige además de la escritura de constitución y la Inscripción en el Registro Mercantil, que se otorgue una autorización gubernativa,³ la misma será emitida por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

EFFECTOS O CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Anteriormente habíamos señalado que la sociedad mercantil ha de verse desde dos ángulos distintos: el contractual y el institucional. Este último se alcanza con la inscripción de la Escritura Pública en el Registro Mercantil. Inscripción que, como ya hemos señalado, tiene efectos constitutivos, pues con la misma se produce el nacimiento de una nueva persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones.

Trae consigo el reconocimiento de la personalidad jurídica un conjunto de efectos o consecuencias para la sociedad y estos son:

³Ley de Inversión Extranjera No. 77/95 artículo 13.3 y Resolución 260/99.

- Se convierte la sociedad en **sujeto de derechos y obligaciones**. Por ende tendrá la capacidad jurídica plena para adquirir derechos y obligarse en el tráfico.
- **Adquiere autonomía patrimonial**: Es decir, se produce una separación del patrimonio civil y el patrimonio mercantil, a esto se le denomina doctrinalmente patrimonio separado o de afectación. Quedando afecto única y exclusivamente para responder de las deudas sociales el patrimonio mercantil, que en este caso será el de la sociedad.
La sociedad es titular de este patrimonio, el cual va a estar formado por las aportaciones de los socios, y será, por ende, distinto al de estos.
Es válido resaltar que el hecho de que exista una separación de los patrimonios (civil y mercantil) no significa que se vulnere el principio de unidad del patrimonio, ya que en este caso el empresario social que es la sociedad va a ser el dueño o titular de ese patrimonio (mercantil) que está constituido por las aportaciones de los socios.
- **Escisión de responsabilidad de la sociedad y de los socios**: Este efecto está muy vinculado con el anterior, pues la sociedad y los socios, cada uno, van a responder de sus propias obligaciones con sus respectivos patrimonios. No obstante esto, es importante señalar que en la sociedad colectiva y la comanditaria, no sucede exactamente así, ya que los socios colectivos tendrán su responsabilidad ilimitada y subsidiaria a la de la sociedad.
- **Adquiere la sociedad un nombre propio o denominación** que le permitirá distinguirse del resto de las personas jurídicas que en el tráfico actúan.
- **Adquiere un domicilio** que permitirá determinar el juez competente para conocer de los litigios que puedan surgir; y una **nacionalidad** que posibilitará determinar la ley aplicable.
- Está sometido al **estatuto jurídico del empresario**. Por tanto, adquiere las obligaciones y derechos que el mismo incorpora.
- La sociedad necesita valerse de personas físicas que le permitan conseguir sus fines, actuando como órganos que emitan, creen y ejecuten su voluntad. **La sociedad actúa en el ámbito interno y externo a través de órganos sociales.**

LA SOCIEDAD Y LOS DEMÁS FENÓMENOS ASOCIATIVOS

El fenómeno asociativo es una de las características de los tiempos modernos. Se asocian las personas físicas para alcanzar fines culturales, ideales, políticos o económicos, así como también se agrupan personas físicas y jurídicas para alcanzar fines económicos, pero también se agrupan los estados para alcanzar fines económicos y políticos de orden superior.

Ahora bien, dentro del fenómeno asociativo, es de nuestro interés establecer una delimitación entre los conceptos de asociación, comunidad, fundación:

Asociación: Agrupación voluntaria de personas que persiguen un fin común, que no necesita ser determinado; puede ser cultural, político, religioso. Podemos citar como ejemplo la Unión Nacional de Escritores y Artistas de Cuba.

Es de destacar que pueden existir asociaciones con un fin específico, que requieren de otras particularidades, es el caso de la sociedad sea civil o mercantil, en la cual encontramos la presencia de un objetivo o fin común, pero esta vez es determinado, con un carácter económico: el ánimo de lucro. En estas los socios ponen en común bienes, dinero o industrias con el ánimo de realizar una actividad económica y obtener una ganancia, siendo la misma repartible entre ellos. Ejemplo, la Sociedad Anónima (sociedad mercantil), en la cual los socios cumplen con su principal obligación que es la de aportar (dinero, bienes, derechos) a la sociedad, con el objetivo de obtener un beneficio que sea proporcional a la cuantía de su aportación.

Comunidad: Es una cosa o derecho que pertenece indivisiblemente a varias personas para su uso y disfrute común, es el caso de la comunidad matrimonial de bienes. Se caracteriza por la mera conservación y aprovechamiento de los bienes. La sociedad, por su parte, se caracteriza por no existir en ella, digamos, cotitularidad de las aportaciones, porque lo que los socios aportan a ella ingresa a formar parte del patrimonio social, del cual la sociedad es dueño, y las mismas se realizan con el ánimo de lucro.

Fundación: Formada por la voluntad de una persona que dedica patrimonio suficiente el cual le pertenece, a la realización, de modo permanente, de un fin humano lícito a favor de ciertas personas. Tienen personalidad jurídica propia e independiente de la persona que la crea. La sociedad, como ya hemos explicado, persigue un fin económico, que es el de obtener un lucro repartible entre sus miembros.

SOCIEDAD IRREGULAR Y SOCIEDAD EN FORMACIÓN

Como acabamos de señalar, son dos los requisitos que la ley exige para la regular constitución de una sociedad mercantil (escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil). Cuando al estipularse el contrato faltaren ambos o uno de ellos nos encontramos ante la existencia de una sociedad irregular. Es decir, los socios no han completado correctamente el proceso fundacional de la sociedad en el tiempo que la ley lo exige, además es necesario que la sociedad no se mantenga oculta, sino que se dé a conocer su existencia a terceros.

El contrato genera relaciones internas y externas, aun cuando no haya cumplido con los requisitos de escritura pública e inscripción en el registro mercantil.

Las relaciones internas, son aquellas que unen a los socios o partes entre sí, los socios quedan obligados a poner en común lo prometido, así como a cumplir las obligaciones y condiciones asumidas.⁴

Referente a las relaciones externas, el Código de Comercio en el artículo 120 establece que: “Los encargados de la gestión social que contravinieren lo dispuesto en el artículo anterior (escritura pública e inscripción en el registro mercantil), serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubieren contratado en nombre de la misma” .

En este sentido podemos apreciar que serán válidos los contratos celebrados entre los gestores y los terceros, siendo los gestores responsables solidariamente frente a terceros de los actos realizados en nombre de la sociedad.

Uno de los presupuestos fundamentales que debe darse para la calificación de la irregularidad es que haya transcurrido el término fijado por la ley y que no se evidencie la voluntad de los socios por inscribir la sociedad. Ante esta situación, si la sociedad ha iniciado o continúa ejerciendo sus operaciones, se le aplicará el régimen de la sociedad colectiva, por ser la sociedad mercantil general, en la cual los socios responderán por las deudas sociales ilimitada, subsidiaria, solidaria y personalmente.⁵

⁴Una de las obligaciones que puede cumplir el socio como parte de sus relaciones internas es la de elevar el contrato a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil.

⁵Aunque será estudiando en los capítulos siguientes, debemos señalar que la subsidiariedad de la responsabilidad es con respecto a la sociedad, ya que primero responde ella y si los acreedores no han satisfecho su crédito pueden dirigirse al patrimonio de los socios, exigiendo la totalidad de la deuda a todos a cualquiera de ellos indistintamente (solidaridad).

Podemos calificar a una sociedad en formación cuando estando en el plazo que exige la ley⁶ para inscribir la sociedad no lo ha hecho. En estos casos la no inscripción no depende de la voluntad de los socios, es decir, existe la intención de inscribirla y por causas ajenas a su voluntad no se ha inscrito.

En este caso, pasado el término que la ley establece, se convertirá en irregular y por tanto se le aplicarán las normas de la sociedad colectiva.

La legislación cubana actual no parece reconocer la existencia de las mismas. En la Resolución 260/99, mediante la cual se autoriza la constitución de sociedades mercantiles de capital totalmente cubano, se establece que una vez transcurrido el término para constituir la sociedad, sin haberla constituido, la autorización gubernamental entregada al interesado perderá su vigencia y consecuentemente los trámites realizados previos caducarán. No encontrando referencia en este particular ni en el Código de Comercio ni en la Ley 77/95.

DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD MERCANTIL

Esta distinción es muestra de la separación que existe entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. Y se manifiesta tanto con relación al elemento negocial (contrato) de la sociedad como al institucional (la persona jurídica nueva que se crea).

Por tanto será de aplicación al contrato de sociedad mercantil las normas contenidas en el Código de Comercio en materia de contratos mercantiles (artículos 50 y siguientes) y aquellas que emanan de leyes especiales relativas a regular lo referente a las sociedades mercantiles. En el caso de las sociedades civiles, se regirán por las disposiciones contenidas en el Código Civil.

En cuanto al aspecto institucional tiene relevancia esta distinción porque al crearse una persona jurídica nueva, distinta a los miembros que la integran, esta se somete al estatuto jurídico del empresario, que como ya hemos visto la distingue del resto de las personas físicas y jurídicas que en el tráfico actúan.

De ahí que serán mercantiles aquellas que adopten los tipos societarios que regula nuestro Código de Comercio en el artículo 122, así como aquellas sociedades que aún sin haberse inscrito realizan una actividad económica frente a terceros. Y esto, como sabemos, obedece bien a que la sociedad

⁶El término que se establece por nuestra legislación para la constitución de una sociedad mercantil es el de tres meses, según lo establece la Resolución 260/99.

está en proceso de formación o bien porque los socios no han deseado inscribirla, caso en el cual estamos en presencia de una sociedad irregular. Este estatuto no es aplicable a las sociedades civiles.

CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Las sociedades mercantiles se clasifican en sociedades personalistas y capitalistas.

La **sociedades personalistas** son aquellas que tienen su raíz o fundamento en lazos de confianza. Se caracterizan por ser sociedades en las que se tienen muy en cuenta las condiciones personales de los socios, son sociedades *intuitu personae*. En ellas el socio vale por lo que es y no por lo que aporta. El nombre de los socios es de suma importancia, ya que sirve para formar la razón social; los socios son los que llevan a cabo la gestión social. A esta característica Garrigues la denomina autoorganicismo,⁷ y todos ellos responden personalmente de las deudas de la sociedad, pero esta responsabilidad será subsidiaria, es decir, de segundo grado con respecto a la sociedad, ya que se hará efectiva luego de agotarse el patrimonio de estas; la responsabilidad de los socios será ilimitada, solidaria y personal. Son sociedades cerradas en las que no resulta de fácil transmisión las participaciones de los socios a terceros. Ejemplo de estas lo constituyen la sociedad regular colectiva y comanditaria simple.

Las **sociedades capitalistas**. En estas lo relevante de los socios no es el elemento personal, sino su aportación, son sociedades *intuitu pecuniae*. El socio se valora por lo que es capaz de aportar a la sociedad, por lo que son intrascendentes sus condiciones personales. Los socios no tienen derecho a la gestión social, a esto Garrigues le denomina organicismo de terceros.⁸ La gestión social se caracteriza por tener una organización más compleja. Los socios no responden de las deudas sociales. Los socios, generalmente, pueden transmitir libremente su participación en la sociedad a terceros, por lo que se caracterizará por una mayor variabilidad de los socios. Encontramos dentro de esta clasificación a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Siendo la Sociedad Anónima el prototipo de esta clasificación.

⁷Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, 1976, Madrid, España, Tomo I, p. 321.

⁸Ibídem.

TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES

Las sociedades mercantiles según nuestro Código de Comercio en su artículo 122, pueden adoptar cuatro figuras o tipos sociales:

- **Sociedad Regular Colectiva:** Sociedad mercantil tradicional, de carácter eminentemente personalista. Se caracteriza por la existencia de dos o más socios que aportan bienes o industrias para formar un fondo común y los socios responderán ilimitada, subsidiaria, solidaria y personalmente por las deudas de la sociedad. En ella todos los socios pueden intervenir en la gestión, administración y dirección de la sociedad.
- **Sociedad Comanditaria Simple:** Sociedad personalista que se caracteriza por la existencia de dos tipos de socios, los colectivos y los comanditarios; los primeros aportan bienes o industrias, los segundos aportan capital. Los socios colectivos tendrán el mismo régimen de los socios de la sociedad colectiva (responsabilidad ilimitada, subsidiaria, solidaria y personal) y los comanditarios que al aportar capital, única y exclusivamente, tienen su responsabilidad limitada a la cuantía de su aportación.
- **Sociedad Anónima:** Sociedad capitalista por excelencia, se caracteriza por tener el capital dividido en acciones que pueden incorporarse a títulos de fácil transmisión, las cuales confieren a su titular la condición de socio, y los socios tendrán su responsabilidad limitada a su aportación y no responderán por las deudas sociales.
- **Sociedad de Responsabilidad Limitada:** Esta figura societaria tiene en sí misma rasgos de sociedades capitalistas y rasgos de personalistas, por lo que es muy discutido en la doctrina lo relativo a su naturaleza y se plantea que es un híbrido entre las personalistas y las capitalistas. Se caracteriza por tener el capital dividido en participaciones, las cuales no pueden incorporarse a título valor alguno, por lo que su transmisibilidad está limitada, y los socios no responderán de las deudas sociales. Del análisis de estas figuras societarias nos ocuparemos en lo adelante.

LAS SOCIEDADES PERSONALISTAS

LIC. JOHANNES SAN MIGUEL GIRALT

Se trata de las sociedades mercantiles, donde la identidad de las personas que en ella participan con carácter de socios se eleva a rasgo esencial, trascendiendo a la vida misma de la persona jurídica creada.

Como su nombre lo indica, este tipo de sociedades tiene el rasgo fundamental de estar indisolublemente conectada a las personas que a ella tributan como socio. Es un estado intermedio entre el empresario individual y la sociedad capitalista, donde la relación entre el socio y la sociedad en lo que a responsabilidad patrimonial por el ejercicio de la empresa respecta, no termina de romperse.

La empresa ejercida por el empresario individual supone la responsabilidad plena de este ante terceros empresarios. La cuota de patrimonio dedicada al ejercicio de la empresa se confunde en el resto de la masa patrimonial que sirve de prolongación a su personalidad, siendo esta última el centro de imputación de la responsabilidad y el riesgo por el ejercicio de la actividad mercantil constitutiva de empresa. Con él, se satisfacen los terceros empresarios que tengan créditos contra el empresario individual.

El empresario social, en cambio, es el resultado de la evolución en el orden jurídico, del ejercicio de la actividad económica, cuya tendencia es cada vez más hacia la separación de la actividad mercantil del sujeto mismo a los efectos de la responsabilidad. Viene siendo una *universitas* patrimonial que opera según la consabida ficción de la persona jurídica, creada por sujetos cuyo interés es limitar el ámbito material del riesgo que soportan por el ejercicio de determinada empresa a la que se dediquen con ánimo de obtener, habitualmente, utilidades.

Estas sociedades mercantiles aún tienen vínculo patrimonial con sus socios; los mismos en alguna medida quedan ligados en el ejercicio de la em-

presa por la sociedad mercantil. Sin embargo, este vínculo está más o menos limitado en dependencia del carácter personalista o capitalista¹ de la sociedad. En las sociedades de tipo personalista, los socios responden subsidiariamente por las deudas sociales, es decir, en ausencia de contenido patrimonial en la sociedad con el cual satisfacer los créditos de terceros, los socios quedan obligados a responder por ellas. Ello trae como consecuencia que la identidad de los mismos debe tener la debida publicidad legal en la razón social (manera en que la sociedad se da a conocer al mercado); la identidad de los socios es esencial para la sociedad, por lo que las modificaciones o cambios en las filas de los socios requieren la aprobación del resto de ellos; los mismos quedan sometidos a determinadas prohibiciones y a un régimen peculiar de autorizaciones respecto a sus otros socios, etcétera.

Analicemos los dos tipos de sociedades personalistas: la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria.

LA SOCIEDAD COLECTIVA. GENERALIDADES

Este tipo de sociedades tiene su origen en el ejercicio de la empresa por los herederos del comerciante. Estos, en una auténtica comunidad de trabajo e incluso a modo de homenaje a su padre, que en vida ejerció la actividad económica, integran una comunidad de trabajo que resultó ser el germen de este tipo de sociedad mercantil. La sociedad colectiva se convierte así en el tipo social idóneo, para el ejercicio de la empresa entre personas unidas por vínculos sanguíneos o muy estrechos, entre quienes existe una confianza mutua y vínculos de amistad (BROSETA PONT, 1990: 172).

Generalmente corresponde al ejercicio de actividades económicas de escasa trascendencia trasnacional, más bien vienen a ser los comerciantes históricos dedicados a labores de tipo manual y con escasa aplicación de tecnologías. Suponen la presencia de pocos capitales, y se constituye con pocas personas.

La sociedad colectiva tiene la menor importancia práctica en estos momentos, es escasamente utilizado por los agentes económicos. Otras tipologías sociales presentan mayores ventajas que esta para el cumplimiento de

¹El término “capitalista” aquí tratado no puede entenderse en el sentido de referir o relacionar el sustantivo que le acompaña con ninguna de las formaciones socioeconómicas conocidas por la Historia. “Capitalista” ha de entenderse de manera diferente; sirva como adelanto que se le denominan sociedades capitalistas, en contraposición a las sociedades personalistas, a aquellas en las que el capital aportado –y no las personas que participan como socios– se eleva al rango de característica esencial de la sociedad. La dinámica interna de ese tipo de personas jurídicas depende en toda medida, de ese hecho.

los objetivos y las finalidades propuestas por las personas para el ejercicio de una empresa, particularmente la limitación de la responsabilidad del socio. De cualquier manera, se le reconoce un enorme valor en el sentido de constituir desde el punto de vista normativo un excelente referente para la regulación de fenómenos anómalos como la sociedad irregular y las agrupaciones de interés económico.

DEFINICIÓN Y CARACTERES

La sociedad colectiva es aquella por la cual los socios, bajo una razón social o nombre colectivo, participan para el ejercicio de una actividad económica constitutiva de empresa con los derechos y obligaciones recíprocas en la proporción que establezcan, respondiendo de manera ilimitada, personal, subsidiaria y solidaria frente a los acreedores sociales por las deudas de la sociedad.

El concepto legal de sociedad colectiva está presente en el artículo 122.1 del Código de Comercio, definiéndola como aquella en la cual “...todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen a participar, en la proporción que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones”. El esfuerzo conceptual del Código al respecto resulta fallido, los redactores del mismo olvidaron, en su momento histórico, la función delimitadora y diferenciadora del concepto respecto a los fenómenos similares desde el momento en que define a la sociedad colectiva por dos rasgos únicamente: el uso de la razón social y el compromiso de los socios a la participación de los mismos derechos y obligaciones en la proporción por ellos establecida (BROSETA: 173).

No logra el Código de Comercio identificar correctamente a la sociedad colectiva. El uso de la razón social para el ejercicio de la actividad económica es consustancial también a la sociedad comanditaria. El compromiso de los socios en participar en las resultas de la sociedad es común a todas las sociedades mercantiles, no ya personalistas, sino incluso de tipo capitalista.

La sociedad colectiva se caracteriza por tener:

• Carácter personalista

La sociedad colectiva, ya se ha dicho, constituye una auténtica comunidad de trabajo, donde la vinculación del crédito de la sociedad al de los socios es más estrecha que en cualquier otro tipo social. De hecho, en ninguna otra especie de sociedad mercantil, los destinos y vicisitudes, logros y frustraciones, anhelos y quimeras de los socios repercuten tanto en la sociedad y viceversa. Unos y otros están irremisiblemente concatenados y conec-

tados como la gestante y el feto. Solamente con el nacimiento de este último, al adquirir la habilidad de desenvolver una vida sin que sus enfermedades y tristezas trasciendan a la madre –al menos en teoría–, es que puede hablarse de la existencia de otro tipo social más avanzado en el tiempo: dígase la sociedad comanditaria o las sociedades capitalistas.

La relación entre el socio y la sociedad aquí tiene rango de *intuitu personae*, es decir, las particulares condiciones de orden patrimonial o no del presunto socio han sido tomadas en cuenta a la hora de incluirlo en la sociedad, por lo que la ausencia del mismo puede dar motivo a la extinción de la sociedad y la inclusión del mismo no puede hacerse sino con la debida autorización expresa del resto de los socios. En consecuencia, el artículo 222 *eiusdem* plantea como causales legales de disolución de la sociedad colectiva, la quiebra, la muerte o la incapacidad legal de cualquiera de los socios colectivos. Tal es la cercanía entre el socio colectivo respecto de la sociedad, que la imposibilidad de que alguno de ellos pueda continuar en carácter de socio, puede dar lugar sin que los demás puedan oponerse a ello, a la muerte de la sociedad misma.

En consecuencia con el mismo carácter *intuitu personae* de la relación entre el socio y la sociedad colectiva, la transmisibilidad del *status* de socio colectivo está condicionado al consentimiento del resto de los socios. No puede ningún socio colectivo transmitir su participación en la sociedad sin la aquiescencia expresa del resto de los socios en toda su integridad. El artículo 143 es categórico al respecto, disponiendo que cualquier negocio jurídico cuyo objeto sea la transmisión de la cuota de participación del socio colectivo a persona ajena a la sociedad, queda sujeta al consentimiento expreso del resto de los socios. Incluye no solo la cesión de la participación en la sociedad (en las ganancias y pérdidas de la empresa), sino también la cesión de la participación en la gestión de la sociedad que legítimamente le corresponda.

Otra de las consecuencias de este carácter personalista de la sociedad colectiva está dada en el hecho de que la participación de los socios en la gestión social no guarda relación con su participación en el fondo común. En tal sentido, cada socio tiene iguales derechos de decisión respecto a los demás socios, cualquiera que sea su cuota de participación en la sociedad (BROSETA: 177). De cualquier manera, tal determinación es puramente positiva, los socios pueden disponer un régimen de distribución de las utilidades y las pérdidas, completamente distinto, autorizado ello por la virtud del artículo 129 del Código de Comercio.

La aceptación de socios cuya única aportación sea la “industria” no es otra cosa sino la consecuencia lógica de considerar a la sociedad colectiva como una comunidad de trabajo, por la cual los socios, sobre la base de la mutua confianza y recíproca aceptación, llevan adelante una empresa. Si las

cualidades de los socios son más importantes que su aportación, al punto de estar ligada a la vida misma de la sociedad, entonces no puede negarse la concurrencia de un socio que presente las cualidades aceptables para integrar una sociedad y sin embargo su aportación sea únicamente su actividad personal en función del ejercicio de la empresa.

• **Actuación bajo una razón social**

Es una cualidad inherente a todas las sociedades, por la cual se presentan en el tráfico jurídico bajo un nombre que las identifica en los actos jurídicos que concierne. La razón social es la manera en que se les conoce a los empresarios colectivos y cumple una función identificadora muy importante desde el momento mismo en que permite que en la actividad negocial en el mercado, los terceros empresarios puedan relacionar las manifestaciones externas de la empresa (como la promoción, publicidad, comparecencia al otorgamiento de contratos mercantiles o no) con el conglomerado de relaciones personales y materiales que se dan en ocasión o con motivo del ejercicio de la empresa, en el establecimiento mercantil.

Por lo antes expuesto, el artículo 126 *eiusdem* establece normas de tipo imperativo para regular este fenómeno, habida cuenta de la necesaria protección a las legítimas expectativas de terceros empresarios en el mercado que necesitan y requieren de la existencia de una correspondencia cierta entre lo visible, lo que les es dado a conocer acerca de una empresa y el patrimonio por el cual tal sujeto responde.

• **Responsabilidad subsidiaria, personal e ilimitada de los socios**

La sociedad colectiva tiene plena autonomía patrimonial, por el hecho mismo de su personalidad jurídica.² Responde con su patrimonio de las deudas sociales y a su patrimonio se imputan los créditos sociales. No obstante, ante insuficiencia del mismo para la satisfacción de los créditos que contra la sociedad tengan terceras personas, responden los socios, con todo su patrimonio y de manera personal, sin que puedan transmitir esa facultad.

El agotamiento del patrimonio social da a los acreedores sociales el derecho a dirigir sus acciones de cumplimiento contra los socios. Ellos responden de manera subsidiaria,³ personal e ilimitada⁴ por las deudas sociales. Es

²Personalidad jurídica cuestionada en los países de Derecho anglosajón.

³Responden ante la insuficiencia del patrimonio social, nunca pueden dirigirse contra el socio los acreedores sociales, si la sociedad colectiva tiene haber patrimonial suficiente para cubrir el cumplimiento de la obligación que el acreedor le exige.

⁴Las deudas al socio imputadas por insuficiencia del haber patrimonial de la sociedad, se satisfacen con su patrimonio de manera íntegra. No puede el socio oponerse al cumplimiento

la expresión más concreta y material de lo esencial que resulta el vínculo jurídico del socio respecto a la sociedad y viceversa.

La responsabilidad de los socios frente a las deudas sociales es tal vez la consecuencia del carácter personalista de la sociedad colectiva que más trasciende a la esfera patrimonial del socio. Queda regulada en nuestro Código de Comercio en los artículos 127 y 237.

• Constitución y personalidad jurídica

Respecto a la constitución de las sociedades colectivas, rigen las normas generales y los requisitos legales que se exigen para el resto de las sociedades mercantiles, a saber, el otorgamiento de Escritura Pública y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Tal documento tiene como funciones fundamentales la identificación de los socios y la delimitación de la participación de cada uno de ellos en el fondo patrimonial, amén de la información que brinda relativa a la empresa que ejecuta la sociedad, etcétera.

Respecto a la escritura social, el artículo 125 del propio Código enumera los elementos que de manera obligada han de mencionarse: nombre, apellido y domicilio de los socios, razón social, datos de los socios gestores y representantes, capital a aportar, duración de la empresa, retribución a los gestores por su labor. La libertad de pactos prevista al final del citado precepto, fundamenta la posibilidad de disponer lo que la voluntad de los socios determine de manera adicional; entre ellas el domicilio y objeto social, el comienzo de las operaciones, la distribución de las utilidades, la solución social al supuesto de la muerte, incapacidad sobrevenida o quiebra –si este último procede– de algún socio colectivo.

Se exige, como de costumbre, la capacidad para comerciar de quienes suscriben, en tal sentido BROSETA niega la capacidad para suscribir la escritura a los menores de edad y mayores incapacitados.⁵ Aduce al respecto la aplicabilidad al socio colectivo del régimen jurídico del empresario individual, donde el artículo 5, por una lógica interpretación excluyente, niega al representante legal el derecho a iniciar una empresa a nombre del incapaz representado. Tal aplicabilidad, señala BROSETA, se deriva de las idénticas consecuencias que en el orden de la responsabilidad patrimonial acontecen

íntegro de la obligación social alegando el agotamiento de su cuota patrimonial afectada a las deudas sociales. Él responde por esa obligación con todo su patrimonio.

⁵Solución similar a la prevista en el artículo 487 del Código Civil francés en relación con el artículo 2 del Código de Comercio galo. *Vid.* Ph. Merle: *Droit Commercial: Sociétés Commerciales*, 6ta ed., Dalloz, Paris, 1998.

para el socio colectivo y para el empresario individual, lo cual justifica un tratamiento jurídico análogo, relativo a la capacidad.⁶

Queda por dilucidar si una persona jurídica puede ser socio colectivo. *A priori* pareciera inconcebible la idea de que una sociedad de tipo personalista pudiera admitir tal posibilidad, habida cuenta del carácter tan “personal” que tiene la relación entre el socio y la sociedad, incompatible con el carácter ficticio que tiene una persona jurídica –no olvidemos nunca que es una pura ficción.

La escritura pública, después de otorgada ante Notario, ha de ser inscrita en el Registro Mercantil correspondiente. Tal trámite, con la aceptación del registrador actuante, dota a la sociedad colectiva de personalidad jurídica, con plena capacidad para actuar en el mercado y circular bajo la razón social por la cual se ejecutó la inscripción.⁷

No existe en estos momentos en el panorama económico cubano, ninguna sociedad colectiva, ni personalista. No se ha constituido ninguna sociedad de este tipo con carácter estatal tampoco y ello no obedece a criterios políticos de ningún tipo, sino sencillamente porque la finalidad y el objetivo económico que el gobierno cubano persigue no puede satisfacerse con las sociedades de tipo personalista. Las necesidades y el objetivo económico que persiguen los inversionistas extranjeros no pueden satisfacerse tampoco con este tipo social. La limitación de la responsabilidad patrimonial no es un imperativo político, ni privativo de Cuba, sino económico y de todo el mundo. Cualquier interpretación política al respecto está de más, las motivaciones por las cuales Cuba no cuenta con ninguna sociedad colectiva, son puramente económicas y no exclusivas de nosotros. No obstante, la posibilidad de la constitución de una sociedad de este tipo, existe; el Decreto Ley 226/02 “del Registro Mercantil” en su artículo 2.1 inciso f) reza: “En el Registro Mercantil se inscriben los sujetos y actos siguientes: [...] otros sujetos y actos que disponga el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros”, dando la posibilidad que se inscriban y consecuentemente se constituyan sociedades de este tipo previa autorización del órgano ejecutivo-administra-

⁶La interpretación analógica de BROSETA al Código de Comercio, ante silencio del mismo respecto de la capacidad para ser socio colectivo, es impecable y desde el punto de vista de la Teoría de la Norma Jurídica y la de la Interpretación Legislativa, irreprochable; sin embargo, parece contender con la máxima propia del Derecho Civil –al cual el Derecho Mercantil no escapa–, que no se admite la interpretación en el sentido de restringir el ejercicio de los derechos o la manifestación plena de la voluntad de los sujetos.

⁷Algunos países evitan otorgarle personalidad jurídica a las sociedades colectivas dado el carácter personal de la misma, incluso la doctrina española tuvo adeptos a continuar esta tesis en el orden legislativo ibérico, al respecto BROSETA: 174.

tivo supremo. Sería interesante en este sentido indagar por la intención del legislador que redactó el Decreto Ley 226 cuando en su artículo 20.2 inciso b) enuncia entre las circunstancias inscribibles, la “razón social”, presente a su vez en los artículos 21.2, 23.2 y 25 todos ellos en su correspondiente inciso a).⁸

• Razón social

La razón social es a la sociedad colectiva como el nombre a la persona natural, en tal sentido es un atributo esencial de la personalidad de la sociedad y funge como identificador de la misma ante terceros, la individualiza en el tráfico.

Su determinación queda a criterio de los socios dentro de los principios de veracidad y novedad.⁹

Bajo el principio de la novedad, la razón social, o firma social no puede coincidir con ningún otro debidamente inscrito en el Registro Mercantil. El artículo 4 del Decreto-Ley 226/02 dispone que en el Registro Mercantil “... no [se] puede inscribir [...] sociedades mercantiles u otros sujetos cuya denominación sea idéntica o similar a otra que se encuentre previamente inscrita”, incluso, puede el registrador sin examen previo, negarse a la inscripción, cuando le conste tal coincidencia por notoria. La manera de evitar tal problema es solicitando una certificación al propio Registro que dictamine la ausencia de inscripción anterior coincidente con la solicitada (artículo 4.3 Decreto Ley 226/02).

El principio de veracidad queda reconocido en nuestro Código de Comercio en el artículo 126, al disponer de una regla para la composición de la misma, la cual va en correspondencia con la identidad de los socios. La razón o firma social se compone por el nombre de todos, algunos o uno de los socios, añadiéndose al final la partícula “y compañía” en el caso de que no se incluyan todos los socios. Tal regulación está motivada por la impostergable y necesaria certeza de una correspondencia entre la identidad de la sociedad y la de las socios cuyo crédito se asocia a la primera. Es por ello que la inclusión en la razón social, de una persona que no ostenta la catego-

⁸Pudiera ser la más simple confusión legislativa entre denominación social y razón social, sin ánimo de darle a ambos conceptos un sentido o significado diverso.

⁹A manera de mera ilustración, la legislación francesa no exige la veracidad como requisito para la constitución de la razón social de la sociedad colectiva, permitiendo denominaciones de fantasía, siempre que se añada al final la partícula “*société en nom collectif*”. (Vid. artículo 11 y siguientes de la Ley de 11 de julio de 1985).

ría de socio colectivo genera la desviación de la responsabilidad social hacia el comisor de la infracción, cualesquiera que estos sean.

Además de los mencionados principios, rigen para la razón social, las reglas comunes a la denominación del resto de las sociedades mercantiles: no ser contrarias a la ley, la moral y el orden público así como que no induzca a error, entre otras.

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNO

Derechos administrativos

Son aquellos derechos que le corresponden al socio, relativos a la sociedad en sí misma, considerada como institución, independientemente de la finalidad hacia la cual encamina su actividad económica constitutiva de empresa. Estos derechos del socio colectivo le permiten el control en el ejercicio de tal actividad.

Derecho a la administración de la sociedad

En principio, todos los socios tienen derecho a la gestión de la sociedad, en tal sentido se habla de socios gestores. Tal actuación hace corresponder al socio con el empresario en sentido económico, como sujeto que combina los factores de la producción, estando facultados para ejecutar las acciones económicas de la sociedad. La relación entre la sociedad y el socio gestor ha sido con reiteración calificada como orgánica,¹⁰ no obstante, es innegable la existencia de semejanzas manifiestas respecto al mandato, negocio cuya regulación ofrece la posibilidad de brindar preceptos integradores de cualquier vacío normativo respecto a la relación entre los socios gestores y la sociedad.¹¹ El socio gestor es un órgano social.

El artículo 144 *eiusdem* dispone la responsabilidad del socio gestor por su actuación en la administración de la sociedad, las causales previstas son la malicia, el abuso de facultades y la negligencia grave, acogándose al criterio de la culpa lata o grave. Tal responsabilidad no se limita al socio gestor, de hecho, no hace mención alguna el precepto a este, pero quien mayor aptitud y probabilidad tiene para incurrir en algunas de las causales

¹⁰En tal sentido, URÍA, 1997: 196 y SÁNCHEZ CALERO: 284.

¹¹El hecho de que la actividad del socio gestor se retribuya, acerca la naturaleza de tal relación a un mandato retribuido, al respecto *vid.* artículo 125.6 y 139 del Código de Comercio, lo designado bajo el concepto de gastos particulares.

legalmente previstas es precisamente aquel que tiene a su cargo facultades administrativas, quien tiene una actuación social intensa y se encuentra en una situación más favorable para cometer el acto dañoso (URÍA: 197). Por otro lado, la indemnización a la que el socio infractor está obligado solo procede si no hubo aprobación o ratificación por parte del resto de los socios del acto causante de la responsabilidad.¹²

Tal facultad de administrar es indelegable, salvo pacto en contrario (*vid.* artículo 143) y retribuida (*vid.* artículos 125.6 y 139).

Existen varios supuestos especiales de administración de una sociedad colectiva:

Administración presunta

Es la ejercida ante silencio de los socios en la escritura social o acuerdo interno al respecto. El criterio determinante para que se efectúe este tipo de administración es la no previsión o silencio estatutario respecto a la titularidad de la gestión social, lo cual ha de ser raro si tenemos en cuenta que el propio artículo 125.3 determina como circunstancia de obligatoria previsión, la identidad de los sujetos a los cuales se les encomienda la gestión social. El artículo 129 dispone la titularidad de la gestión de la sociedad en todos los socios; se presume por tanto que todos son gestores, ante silencio estatutario.¹³

Las decisiones relativas a la gestión social pueden tomarse con los socios presentes en ese momento (lo cual vincula la toma de decisión a un lugar determinado), los demás socios que no estuvieron presentes conservan un derecho de veto otorgado por el artículo 130 sobre los actos de gestión social realizados por los gestores que actuaron, sometiéndolos a la responsabilidad correspondiente.¹⁴

¹²Si ha de entenderse ratificación expresa o tácita, el precepto no lo deja claro al decir "...tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa a virtud del hecho en que se funde la reclamación". Los vocablos subrayados, evidentemente contradictorios en su sentido y significado, no permiten aclarar tal cuestión.

¹³Ha de exceptuarse aquí al socio industrial, que es aquel cuya aportación es de "mera industria", o sea, de una actividad personal pecuniariamente estimable. El artículo 138 limita esa posibilidad.

¹⁴Tal derecho a veto motiva a Uría a descartar el carácter mancomunado de las decisiones sociales, viendo al veto de gestores ausentes no como una facultad legal solamente sino sobre todo como un mecanismo para evitar el ejercicio de la administración de una sociedad de manera solitaria o exclusiva de unos. En tal sentido Uría: 193, 194.

La administración presunta le da la facultad al socio gestor de no ser excluido de la misma si no es con su consentimiento, a menos que lo amerite por actos fraudulentos (*vid.* artículo 218.3).

Administración excluyente

Es aquella en la cual los socios, fuera de los estatutos, pueden establecer pactos de concentración de la gestión en algunos de ellos. La condición determinante para que opere este tipo de administración es la existencia de socios no gestores. En la adopción de los acuerdos para la gestión se estará a lo previsto por los socios y pueden acogerse lo mismo a la regla de la mayoría que a la de la unanimidad. En tal supuesto, algunos socios se despojan de la facultad que legítimamente les corresponde por el artículo 129 de concurrir a la administración de la sociedad cediéndola a otros, sin poder irrumpir o entorpecer la gestión de los mismos (*vid.* artículo 131), lo cual no significa que los gestores monopolicen la sociedad misma, pues el artículo 133 concede, a los no gestores, la facultad de examinar las cuentas de la sociedad y a fiscalizar la gestión social misma, para realizar las reclamaciones que estimen pertinentes. Incluso, los socios que cedan su cuota de gestión social a otros, pueden condicionarlos al cumplimiento de unas directrices o indicaciones para cumplir el servicio.

Pueden acogerse los socios, mediante pacto correspondiente, a un régimen mancomunado o solidario de administración. En el primer caso, las decisiones han de ser tomadas con el consentimiento unánime de todos los socios gestores; la más mínima disidencia al respecto frustra cualquier posibilidad de acuerdo apto para constituir una decisión social. A este sistema URÍA le achaca el inconveniente de que la pereza, la dejadez o las malas intenciones de uno de los socios, puede paralizar a la sociedad en pleno. El ejercicio solidario de la gestión social, plantea la gran ventaja por su parte, de que los socios al actuar lo hacen encarnando a toda la sociedad colectiva, evitando los inconvenientes mencionados, propios de la mancomunidad, aunque se le acusa de promover indirectamente el ejercicio no colegiado de la administración, redundando *–in the long run–* en una gestión social errática.

Administración estatutaria o privativa

El criterio que determina la presencia de este tipo de administración es la previsión en la escritura social fundacional de los titulares de la gestión social. Opera cuando los estatutos conceden la facultad de administrar con carácter privativo, como condición expresa del contrato social (*vid.* artículo

132). Otorga al gestor una facultad irrevocable, solo pueden los socios nombrar coadministrador que intervenga en las operaciones o pedir la rescisión del contrato social, los cuales solo proceden ante mala administración por el gestor estatutario. Le son aplicables los artículos del 129 en adelante, en la medida en que la naturaleza de esta administración lo permita.

Administración extrasocial

El criterio que determina la presencia de este particular esquema de administración, está dado por el excepcional caso de la presencia de gestores que no sean socios. Evidentemente dista mucho de ser la regla en este tipo de sociedades en las que el vínculo estrecho que se requiere entre el socio y la sociedad obliga a los primeros a asumir la administración de la última, sin embargo, tal posibilidad es legítima habida cuenta de la libertad de pactos que ampara el artículo 125 en relación con el 121. Solamente procede por designación estatutaria (facultad originaria) o de manera sobrevenida, cuando alguno de los socios gestores trasmita su facultad de administración (en concordancia con el artículo 143).

Derecho a la representación de la sociedad

Comúnmente se tiende a confundir la gestión y la representación de la sociedad, pero si bien son fenómenos muy relacionados, no deben entenderse como idénticos. En ese sentido, es menester distinguir los actos a través de los cuales se ejerce la actividad económica en el mercado constitutiva de empresa (actos de gestión) y dentro de ellos, los actos que determinan la inmediata vinculación de la sociedad frente a terceros, que expresan y canalizan negocialmente la voluntad social (actos de representación).

Normalmente las facultades representativas y de gestión de la sociedad se le confieren a las mismas personas,¹⁵ quienquiera que ostente la representación de la compañía tiene la facultad de obligarla frente a terceros cuando en nombre de este concerta los contratos que sean necesarios para el ejercicio de la empresa (*vid.* artículo 127).

El Código de Comercio prevé dos supuestos claros relativos al uso irregular de las facultades de representación: el uso ilegítimo de la firma o razón

¹⁵Indica URÍA que el supuesto bien infrecuente de socio gestor no representante es producto de una “amputación” de la facultad representativa que naturalmente le pertenece al gestor. Lo que nos hace suponer que para URÍA, ante silencio estatutario, al gestor le corresponde además la facultad de representación.

social y el abuso. En el primer caso, se trata de la realización de actos de representación a personas que no están legitimadas para el ejercicio de los mismos, se someten a la responsabilidad prevista en el artículo 128, no obligan con sus actos, siendo responsables por ellos. En el segundo caso, estamos ante el ejercicio de las facultades de representación por personas que sí están facultadas para ello, pero que se han extralimitado, han abusado de las mismas al hacerlo para el beneficio propio; queda sujeto a la responsabilidad el socio que incurra en ello según el artículo 135, consistente imputar las posibles ganancias del acto a la sociedad y las pérdidas al socio que ejecutó el acto, sin perjuicio de rescindir el contrato social respecto al socio infractor.¹⁶

Derecho a la información

Es válidamente considerado como complementario del derecho a la participación en la gestión social y permite al socio el conocimiento veraz y objetivo de las circunstancias alrededor de las cuales se ejerce la actividad económica. Este derecho tiene particular vocación respecto a las cuentas y balances de tipo financiero que se supone toda sociedad mercantil ha de llevar. Ha sido admitida la posibilidad de la asistencia de terceras personas con conocimientos profesionales, en el ejercicio de este derecho por un socio (contadores, auditores, etc.). Por lo general, el ejercicio del mismo se regula en la escritura social o fuera de ellos, en momento posterior a la constitución, por todos los socios (*vid.* artículo 133).

Derechos patrimoniales

Derecho a la participación en las utilidades

Reconocido en el artículo 140 disponiendo que ante silencio social al respecto, se distribuirán las utilidades a prorrata respecto al “interés”¹⁷ que cada socio tenga en la compañía. La participación de los socios en las utilidades es pactable y en tal sentido hay plena libertad, mas no procede la exclusión de ninguno de los socios de la participación en las utilidades, ni aun el socio industrial, quien queda sometido a un régimen bien peculiar.¹⁸

¹⁶La legislación francesa, en tal sentido, limita las facultades de representación en dos supuestos: ejecución de actos fuera del objeto social y que estén debidamente contenidas las facultades en el poder (MERLE, 1996: 148).

¹⁷Interés ha de entenderse como la cuantía de la aportación de cada socio al acervo patrimonial común, perteneciente a la sociedad.

¹⁸El socio industrial, cuya única aportación consiste en una determinada actividad valorable pecuniariamente, salvo pacto en contrario y ante silencio social, tiene una participación en

Se admite en estos casos, la conformación de reservas voluntarias (lo cual es la práctica más común relativo a las empresas mercantiles) constituyendo un pacto limitativo de la detracción del patrimonio social de cantidades de dinero que legítimamente les corresponde a los socios. Tales detracciones no pueden ser de una cantidad tal que en realidad correspondan al retiro de la aportación realizada (solamente hasta la cuantía en que proporcionalmente le corresponda a cada socio, teniendo en cuenta como base la diferencia entre los ingresos y el fondo común aportado e indetraíble).

La base para la determinación cuantitativa de las utilidades distribuibles entre los socios son las cuentas anuales,¹⁹ los cálculos contables tienen la excelente ventaja de determinar en su justa medida la cuantía de lo que le corresponde a cada socio por el ejercicio de la empresa.

Derecho a la participación en la cuota de liquidación

Se deriva del derecho a la participación en las utilidades de la sociedad, pero en este caso ella misma está en proceso de muerte. Se trata de la distribución final del patrimonio social a los efectos de hacerla desaparecer por las causales previstas en Derecho. Aquí no importa si el haber social es mayor o menor a la aportación realizada por las partes, pues no se trata de conservar un remanente patrimonial para la continuación de la empresa durante el próximo ejercicio social, no tiene sentido si la misma se extinguirá.

Derecho a la trasmisión de la participación social

Es de los derechos de los socios el más limitado respecto a este tipo social. En ninguna otra especie de sociedad mercantil se encontrará la limitación que a la sociedad colectiva le es inherente para la trasmisión de la participación social. El artículo 143 condiciona la trasmisión del “interés” de cada socio al consentimiento del resto de ellos. Es una consecuencia lógica del carácter *intuitu personae* que tiene la relación entre el socio y la sociedad, lo cual motiva incluso modificaciones a la escritura social (que identifica a los socios) y a la razón social (motivado por el cambio en los elementos subjetivos, que son en definitiva los que determinan la composición de la misma).

las resultas de la empresa correspondiente con la del socio capitalista de menor participación (*vid.* artículo 140). Solución injustificada por su carácter inequitativo (al respecto *vid.* URÍA: 191).

¹⁹Dada la práctica extendida de hacer efectivo este derecho al finalizar el ejercicio social, que normalmente dura un año.

Esta limitación al derecho a la transmisión, puede suprimirse por acuerdo de los propios socios, pero corre el riesgo de perder el carácter de sociedad colectiva. Tal es el régimen limitativo que incluso la adquisición del interés de un socio causante por sus herederos, puede ser bloqueada por el disenso de uno de los socios, dando lugar a la rescisión del contrato social (*vid.* artículo 222).

Obligaciones

Ejecución de la aportación

Se trata sin duda alguna, de la obligación más importante del socio, prevista en el artículo 116 del Código de Comercio. Obligación inferible de los artículos 116, 125.4, 139 y 218.4, todos del Código de Comercio. Tal obligación se realiza según los artículos 170 al 172 que facultan a la sociedad para proceder a la ejecución de los bienes del socio o rescindir el vínculo social respecto a él, en el caso de que incumpla en la realización de la aportación; así como el abono del interés legal más los daños y perjuicios en caso de mora.

La aportación puede concretarse en una prestación de dar (bienes materiales o inmateriales) e industria (como actividad personal pecuniariamente estimable). El tipo de aportación sirve como criterio para clasificar a los socios. En el primer caso están los socios capitalistas, en el segundo caso, los socios industriales.²⁰

Prohibición de concurrencia

Constitutivo de un verdadero deber de fidelidad a la sociedad, relativo a la interdicción del ejercicio de la misma empresa de la sociedad por parte de los socios, en su nombre y por su cuenta y riesgo. La fundamentación de tal prohibición, al decir de BROSETA PONT, está en la protección necesaria a los secretos empresariales evitando que terceros se aprovechen de la sociedad colectiva y sus conocimientos, particularmente los socios.²¹

²⁰La presencia de uno de estos socios da lugar a la sociedad colectiva irregular. No confundir con la sociedad irregular colectiva, que es aquella en la que los socios no han evacuado los trámites de escritura pública e inscripción, decursado el término previsto legalmente para ello.

²¹Es discutible, los secretos empresariales encuentran protección idónea a través del derecho de propiedad industrial, particularmente lo relativo a la transferencia de tecnología.

SÁNCHEZ CALERO reseña el tratamiento de este deber según dos situaciones: para el socio industrial y para el socio capitalista. En el primer caso, no hay posibilidad alguna de ejercer una actividad económica fuera del ámbito social mismo. Salvo autorización expresa de la sociedad, el socio industrial se debe íntegramente a la sociedad colectiva en la cual realiza su aportación trabajando (*vid.* artículo 138). En el segundo caso, queda bajo la misma situación del socio industrial, pero se dulcifica la prohibición cuando autoriza al socio capitalista el ejercicio de una empresa concurrente, y por otro lado, le corresponde a la sociedad la carga de probar el “perjuicio efectivo y manifiesto” (*vid.* artículo 136). La prohibición del artículo 136 no procede si la sociedad tiene un género de comercio específico, en tal caso, están autorizados los socios capitalistas a la concurrencia con la sociedad sin que medie el consentimiento de los demás socios (*vid.* artículo 137).

Responsabilidad por deudas sociales

Como habíamos señalado, los socios responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales.

Responsabilidad subsidiaria: solamente pueden los acreedores sociales dirigirse contra el patrimonio de los socios después de haber debidamente atacado y satisfecho parte de su crédito con el patrimonio de la sociedad (*vid.* artículo 237). Por tanto su responsabilidad es de segundo grado. Es preciso señalar que la responsabilidad de este tipo para el socio respecto a la sociedad no tiene carácter biunívoco, sino en un solo sentido, es decir, la sociedad no responde subsidiariamente de las deudas del socio, como sí opera en sentido contrario (*vid.* artículo 174).

Responsabilidad solidaria: el acreedor social, una vez accionado contra el patrimonio social y no haber satisfecho íntegramente su crédito, queda legitimado para dirigirse contra cualquiera de los socios, el cual deberá saldar íntegramente el crédito que contra la sociedad tiene el acreedor social. Le corresponderá al socio incoado repetir posteriormente contra el resto de los socios a que paguen la cuota que les corresponde en el pago de la deuda social para evitar de esa manera el enriquecimiento indebido, injusto o torticero (*vid.* artículo 127 en relación con las reglas de la obligación solidaria en el Código Civil Cubano particularmente los artículos 248 al 251).

Responsabilidad ilimitada/personal: a los efectos del pago de una deuda social –y a diferencia de otros tipos sociales–, no hay limitación cuantitativa respecto al monto a pagar; la aportación que realizó el socio capitalista no determina para nada el límite de lo que el socio está obligado a pagar. Ante la circunstancia de un acreedor social que accione contra un socio por una cuantía mayor (aún dividida proporcionalmente entre los socios) que lo aportado

por él, no puede negarse el socio al cumplimiento íntegro de la misma. Su responsabilidad en ese sentido no está limitada (*vid.* artículo 127).

Vale destacar en este sentido, que el socio industrial está legalmente excluido de este régimen de responsabilidad. El socio que aporta industria queda excluido de la obligación de efectuar el pago al acreedor social, tampoco puede un socio capitalista repetir contra él para compensar el pago que realizó al acreedor social. Solamente responden ante pacto social expreso en tal sentido.²²

LA SOCIEDAD COMANDITARIA. GENERALIDADES

Se trata de una sociedad colectiva en la cual la nota personalista aparece atenuada por la inclusión de un nuevo tipo de socio (comanditario) bajo un régimen completamente distinto, respecto a la responsabilidad por las deudas sociales y a la gestión de los asuntos sociales, entre otros. En la sociedad colectiva, el régimen de responsabilidad subsidiaria, personal e ilimitada de los socios colectivos por las deudas sociales genera la existencia de una situación de conexión patrimonial, similar a la relación fisiológica existente entre la gestante y el feto a través del cordón umbilical.

La sociedad comanditaria tiene como particularidad esencial la cohabitación de dos tipos de socios, los colectivos y los comanditarios. Nos encontramos a la misma sociedad colectiva, a la cual se han añadido una nueva especie de socios que entran bajo régimen de responsabilidad limitada y subsidiaria por las deudas sociales. En ese sentido, la comunicación patrimonial del socio hacia la sociedad encuentra limitaciones de orden cuantitativo. Mientras algunos socios sufren íntegramente las vicisitudes patrimoniales de la sociedad, otros la sufren hasta un límite cuantitativamente determinado por el monto de su aportación originaria al haber social.

Tal limitación de la responsabilidad del socio comanditario por las deudas sociales es consecuencia de la liberación de la carga de la gestión social. El fundamento de este régimen especial al cual se somete el comanditario es eminentemente histórico; este tipo de sociedad era idónea para evacuar las necesidades de orden patrimonial de sectores sociales con capital para invertir pero sin interés ni conocimiento alguno en como ejecutar esa inversión. Para ellos existe la categoría de socio comanditario al cual se le libera de la

²²No debe ser motivo alguno de preocupación para los acreedores pues por si fuera poco el artículo 923 del Código de Comercio dispone la quiebra colectiva de los socios, por el hecho de incurrir en quiebra la sociedad misma, aumentando de esa manera la garantía patrimonial que sirve de base a la satisfacción de los intereses de los acreedores sociales.

gestión social, quedando en manos del socio colectivo, conocedor de las artes del comercio. El comanditario solo aporta para que al cierre del ejercicio social se le recompense con las utilidades que la inversión de su aportación generó. La liberación al socio comanditario de la gestión de la sociedad, elemento que en los siglos pasados era el mayor atractivo de este tipo social, en estos momentos es su mayor desventaja. Los comerciantes de antaño gustaban de atraer los capitales ociosos de la nobleza haciéndolos partícipes de su empresa sin que opinaran en la gestión de la misma, ellos en cambio recibían el beneficio de la aportación incrementada al cierre del ejercicio social y la tranquilidad de la limitación de la responsabilidad por las deudas sociales hasta el monto cuantitativo de su aportación misma.

Definición y caracteres

Es aquella sociedad en la cual se ejerce una actividad económica constitutiva de empresa bajo una razón social determinada, caracterizada por la cohabitación de dos categorías de socios (los socios colectivos y los socios comanditarios) sometidos a distintos regímenes de responsabilidad por las deudas sociales y de ejercicio del derecho a la gestión social.

Este tipo social conserva en esencia, los mismos caracteres de la sociedad colectiva, a saber: el carácter personalista y la actuación bajo una razón social. El carácter personalista de la sociedad comanditaria está atenuado por la limitación de la responsabilidad del socio comanditario.

Es importante dejar claro que el hecho de la existencia de socios diferencia a la sociedad comanditaria de un fenómeno similar: el contrato de cuentas en participación, en el cual se establecen un vínculo, por el cual el asociado aporta dinero para el ejercicio de la empresa del asociante. Tal contrato será tratado más adelante, baste señalar por ahora que la diferencia más importante respecto a la sociedad comanditaria radica en que no se constituye persona jurídica alguna y que la empresa no es de asociante y asociado juntos, sino solamente del primero.

Fundamentalmente se distingue esta sociedad de la colectiva en la existencia de un régimen dual de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, a diferencia de la sociedad colectiva, en la cual subsiste un único régimen presidido por la ilimitación, la subsidiariedad y el carácter personal de la misma sobre la integridad de los socios por las deudas sociales.²³

²³Erróneamente se considera que la diferencia entre la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria está dada en que en una la responsabilidad es limitada y en la otra es ilimitada. Tal diferencia solo puede reputársele al socio colectivo y al comanditario. Entre las socie-

Constitución

El artículo 145 del Código de Comercio dispone que en la escritura social de la compañía comanditaria constarán las mismas circunstancias que en la colectiva, por lo que a los efectos de la constitución de la sociedad, queda hecha la remisión al artículo 125 en la cual se disponen los requisitos y las circunstancias que deben constar en la escritura de la sociedad colectiva. A las circunstancias mencionadas en el citado precepto han de añadirse la identidad del socio comanditario, lo relativo a su aportación y el régimen de adopción de los acuerdos sociales a él aplicado (SÁNCHEZ CALERO: 295).

Respecto a la capacidad para suscribir la escritura social, se aplican las normas de la sociedad colectiva; como habíamos dicho, tal exigencia es la misma que para ser empresario individual. Sin embargo, BROSETA es de la opinión de someter al socio comanditario a las mismas exigencias que respecto a la capacidad se le somete a una persona para disponer de sus bienes, habida cuenta de la interdicción de gestión social que recae sobre el mismo.²⁴

Razón social

En este tipo de sociedad mercantil la razón social se construye de manera muy similar a la sociedad colectiva. En tal sentido, el artículo 146 del Código de Comercio dispone con carácter imperativo el uso de los nombres de los socios colectivos para la composición de la razón social,²⁵ añadiéndole al final el apéndice “y compañía” o “sociedad en comandita”, según sea el caso.

dades mencionadas la diferencia está en que en la primera el régimen de responsabilidad de los socios es único (el del socio colectivo), mientras que en la sociedad comanditaria –en consonancia con la cohabitación de dos categorías de socios– existen un régimen dual de responsabilidad por las deudas sociales.

²⁴Fundamenta BROSETA tal afirmación en que las obligaciones del socio comanditario “...se agotan, ormalmente...” en la ejecución de la aportación. Es por ello que debe exigírsele, normalmente, la capacidad que se requiere para la realización de un acto de naturaleza civil; la interdicción de gestión social excluye la posibilidad de ejercicio de comercio al socio comanditario por su condición en este tipo de sociedad. Las obligaciones que legalmente le corresponden, puede ejercerlas sin incurrir en ejercicio de empresa alguna. *Vid.* M. BROSETA PONT: Op. cit., p. 182.

²⁵Tal norma tiene carácter de Derecho imperativo por las motivaciones expresadas *ut supra* respecto a la razón social de las compañías colectivas: la necesaria protección a terceros que necesitan contar con la certeza respecto a quienes son los socios patrimonialmente más vinculados a la compañía y a cuyo crédito esta se asocia.

La inclusión del nombre de un socio comanditario genera responsabilidad frente a terceros si aconteció por su voluntad o por consenso de su inclusión por otro. El artículo 147 somete al comanditario infractor, a un régimen de responsabilidad singular: frente a terceros asume como socio colectivo por las resultas de los actos que se realicen bajo la razón social “irregular”. Tal orden de cosas lo hace *de facto*, un socio colectivo más, pues ha de responder ilimitadamente como los colectivos por las deudas sociales originadas bajo esta situación; no obstante, a renglón seguido, el citado precepto, excluye al comanditario en esta situación de los beneficios que al socio colectivo le están dados.²⁶

Régimen jurídico interno

Socios colectivos

Queda sometido a iguales derechos y deberes que similares socios en la compañía colectiva. No hay modificaciones sustanciales en el régimen interno al cual se someten, a tal efecto, vid. artículo 148 párrafos 1 y 2.

Socios comanditarios

Estos socios carecen de derechos de tipo administrativo, téngase en cuenta todo lo dicho anteriormente relativo al carácter exclusivo del derecho a la administración en este tipo social: solamente para los socios colectivos.

Obligación de aportación

Rigen las mismas reglas respecto a la sociedad colectiva en lo que respecta a la prestación de dar o hacer que supone esta obligación. El incumplimiento de la misma puede dar motivo a la rescisión parcial del contrato de sociedad respecto al socio incumplidor (*vid.* artículo 218.4).

A diferencia de los socios colectivos, a los cuales se les permite que aporten “industria”, a los socios comanditarios, no se les concede la posibilidad de una aportación de tal naturaleza. Cuando consista en bienes, se realizará la estimación pecuniaria de los mismos sobre la base de lo dispuesto en el artículo 172 del Código de Comercio, a falta de disposición estatutaria en contrario.

²⁶Significa todo ello que ante irregularidad en la razón social no promovida por el socio comanditario, es evidente que de manera excluyente, tal socio queda liberado de toda responsabilidad.

La suma de las aportaciones se mantendrán inalterables, pues el mismo tiene una doble función: como cuota del capital y como suma de responsabilidad. En el primer caso, permite la conformación del fondo patrimonial para la ejecución de la empresa por parte de la sociedad y como suma de responsabilidad permite fijar la cuantía máxima por la cual ha de responder el socio comanditario por las deudas sociales.

Responsabilidad por daños contra la sociedad

Esta obligación es la extensión del régimen de responsabilidad del socio gestor en la sociedad colectiva. El artículo 149 remite al 144 directamente, el cual dispone la responsabilidad del socio gestor por su actuación en la administración de la sociedad por causales previstas (*vid. ut supra*). Esta obligación a la cual está sujeto el socio comanditario constituye el argumento fundamental de SÁNCHEZ CALERO para predicar el principio de igualdad entre las dos categorías de socios presentes en este tipo de sociedad mercantil.²⁷

Responsabilidad por las deudas sociales

En primera instancia, se ha de estar a lo previsto en la escritura, primera y más importante manifestación de la voluntad social que rige la vida futura de la sociedad mercantil. No obstante, ningún pacto puede contradecir lo dispuesto por el artículo 148.3, que dispone el carácter limitado y subsidiario de la responsabilidad del socio comanditario: “La responsabilidad de los socios comanditarios, por las obligaciones y pérdidas de la Compañía, quedará limitada a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la comandita, excepto en el caso previsto en el artículo 147”. La excepción a esta regla, prevista en el artículo 147, dispone la responsabilidad ilimitada, bajo el supuesto de uso indebido de la razón social por voluntad expresa o con el consentimiento tácito del comanditario.

Al igual que el socio colectivo, responde a prorrata por las pérdidas sociales, pero solamente hasta el monto en que se obligó a aportar. Cabe dis-

²⁷Señalando que se trata de una única sociedad con socios bajo igual régimen jurídico excepto por dos elementos en los cuales se diferencian: la responsabilidad por las deudas sociales y la gestión de la sociedad. En lo restante, mantienen igualdad de derechos y obligaciones, desde el momento mismo en que están sujetos a la misma responsabilidad, en virtud del precepto citado. Tal argumentación tiene consecuencias serias, la reputada igualdad entre los socios nos invita a entender la modificación de la escritura social como un acto bajo el consenso de todos los socios, no solo de los colectivos (que sean los titulares de la gestión social no significa que sean los únicos llamados a conformar la voluntad social).

tinguir en este caso, si la aportación se ejecutó o no; en el primer caso, ya se realizó el negocio traslativo del dominio sobre lo aportado, lo cual constituirá, junto al resto del patrimonio social, objeto directo de satisfacción para los acreedores sociales; aquí, el socio comanditario no queda obligado ante las deudas sociales pues su aportación se agotó previamente en el patrimonio, que ya fue objeto de acción por los acreedores sociales. En el segundo caso, los bienes o derechos que constituyen la aportación, han entrado en el patrimonio social, pero la posesión de los mismos queda en el socio, constituyéndose un crédito a favor de la sociedad contra el socio y, por ende, queda obligado a responder hasta la cuantía por la cual se obligó.

Prohibición de concurrencia

No procede contra el socio comanditario la prohibición de concurrencia, su carácter de socio comanditario lo protege en ese sentido (URÍA: 211). Los argumentos relativos a la necesidad de supeditar a la sociedad todos los esfuerzos sociales en función de una comunidad de trabajo, tributando el consabido deber de fidelidad, no califican para el socio comanditario. Las restricciones que sobre él pesan para la gestión social le posibilitan liberarse de la enorme carga de la fidelidad a la sociedad, con la cual solo se obliga patrimonialmente, nada más.

SÁNCHEZ CALERO, más dado al reconocimiento de la igualdad entre los socios, considera la existencia de una “comunidad de intereses” entre ellos, haciendo universal la obligación negativa de concurrencia, en un principio, privativa de los socios colectivos. Bajo su lógica, no hay razón para dar tratamiento distinto a dos socios “iguales ante la sociedad” cuya única diferencia es el régimen de responsabilidad por deudas sociales y la administración. Por tanto, considera que sí se le impone el deber de no ejercer empresa del mismo género que la sociedad.

Prohibición de participación en la gestión social

Debe entenderse como la esencia misma de la cual se derivan el resto de las características de la sociedad en comandita. La necesidad de encauzar las necesidades de inversión de capitales sin la carga o preocupación por la gestión social, se convierte en estos momentos en una auténtica prohibición, que le impide al socio comanditario tomar cartas en la gestión de la sociedad, no así en la conformación de la voluntad social. La consecuencia más importante de esta prohibición es la limitación de la responsabilidad del socio comanditario por las deudas sociales, generadas en virtud del ejercicio de una actividad económica impulsada por la gestión de los socios colectivos.

SÁNCHEZ CALERO y URÍA son de la opinión que la fundamentación de esta prohibición está en la necesidad de garantizar las legítimas expectativas de terceros que concurren a contratar con representantes de la sociedad quienes se consideran ilimitadamente responsables por las resultas de los actos que conciertan.²⁸ El artículo 148 *in fine* dispone que “...los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores”. Prohíbe así el ejercicio de esta facultad de manera directa, o a través del ejercicio de la representación.

El incumplimiento de tal precepto otorga la facultad al resto de los socios a rescindir parcialmente el contrato de sociedad para el incumplidor (artículo 218.2) y la indemnización a la sociedad si concurren las condiciones exigidas por el artículo 144, al cual se hace remisión en virtud del artículo 149.

Derecho a la participación en las utilidades y en la cuota de liquidación

Al igual que el socio colectivo, al comanditario se le ha de corresponder patrimonialmente con la cuota de utilidades o de liquidación que se haya pactado en la escritura social. Ante silencio de la misma, se aplica similar regla de prorrateo a la cual se somete también el socio colectivo por el tenor del artículo 140. Respecto a la cuota de liquidación, queda el socio comanditario sujeto al mismo régimen de distribución del socio colectivo.

Derecho a la información

Es un derecho limitado, habida cuenta de las restricciones que sobre el socio comanditario pesan a los efectos de la gestión social. El artículo 150 dispone que este derecho se ejerce en correspondencia con lo acordado previamente en la escritura social y, ante silencio de la misma, le otorga la facultad de revisión del balance de fin de año²⁹ (debe entenderse cierre del

²⁸Parecen confundir la gestión con la representación de la sociedad. MERLE no los confunde y defiende el argumento de la protección a la buena fe de terceros para la prohibición de gestión social; distingue así los actos de gestión interna y de gestión externa: actos de control y vigilancia. *Vid.* Ph. MERLE: *Op. cit.*

²⁹La ley francesa permite la revisión de la contabilidad social dos veces por año además de la facultad de dirigir preguntas e interpelaciones escritas a los socios gestores, por el cual tienen derecho a recibir respuesta. *Vid.* MERLE, 1998: 170.

ejercicio social) con la facilitación de la documentación necesaria para comprobar la veracidad del mismo por no menos de 15 días.³⁰

Derecho a la transmisión de la participación social

Es la manifestación más importante de la presencia de la nota personalista en este tipo social. Respecto al socio colectivo no queda duda, pues la intransmisibilidad de su participación social sin el consenso de la colectividad, queda deducido por el imperio del artículo 148.2 en relación con el artículo 143. El socio comanditario, en cambio, no tiene prescripción legal por la cual se le regule el ejercicio del derecho a transmitir su participación en la sociedad comanditaria.

Siendo aún una sociedad en la cual se han tomado en cuenta los caracteres individuales de los partícipes para conformar la misma y para añadir a nuevos socios, no parece –según URÍA– viable ofrecer el derecho a la libre transmisión de la participación al comanditario, sino con la limitante del consenso del resto de los socios. La base subjetiva se altera con la entrada y salida libre de socios, minando la existencia de la comunidad de intereses o de trabajo presente –aunque de manera atenuada–, por la existencia de socios colectivos. La relación entre el socio y la sociedad sigue siendo *intuitu personae*.

El ejercicio de este derecho sin limitación está dado únicamente en la sociedad comanditaria por acciones, en la cual las aportaciones de los socios comanditarios se corresponden con acciones, tal como si fuera una Sociedad Anónima. Existe en este tipo de sociedad una Junta General donde se conforma la voluntad social; el régimen de aportaciones y la razón social se rigen por las previsiones que al respecto existen para la Sociedad Anónima. Los socios colectivos quedan como gestores de la sociedad, pero el predominio del capital sobre el trabajo personal de los socios es evidente, haciendo de esta la transición de la sociedad personalista a la capitalista.

Transformación, disolución, liquidación y extinción de las sociedades personalistas

La transformación de las sociedades personalistas, opera por lo general para adoptar la forma de sociedades capitalistas o de responsabilidad

³⁰He aquí otro ejemplo de las consecuencias que SÁNCHEZ CALERO no parece tomar en cuenta a la hora de predicar la igualdad de derechos entre los socios colectivos y los comanditarios. Ya no solo se distinguen por la gestión social y la responsabilidad por las deudas de la misma, sino además en el derecho a la información y en la prohibición de concurrencia.

limitada (aunque nada obsta para que se transforme una sociedad colectiva en comanditaria y viceversa). Las ventajas que presentan las sociedades capitalistas atraen a los empresarios a la selección de los tipos sociales en función de limitar su responsabilidad frente a terceros, resguardando los patrimonios personales de la acción de ellos. Normalmente este tipo de acto, de alta trascendencia para la sociedad, exige la aquiescencia de todos los socios para el otorgamiento de la escritura de transformación. Tal acuerdo, posterior a su debida inscripción registral, comporta una serie de cambios a los regímenes de decisiones, administración de la sociedad y sobre todo, de responsabilidad.

La transformación puede implicar un serio menoscabo a las expectativas de terceros empresarios. La transición de un régimen de responsabilidad subsidiaria e ilimitada a uno de completa limitación de la responsabilidad compromete las deudas sociales, desde el momento mismo en que desaparece la garantía del patrimonio de los socios a los cuales puede dirigirse subsidiariamente la acción de cumplimiento del acreedor social. El problema no reside en si desaparece o no esa garantía, porque en las sociedades capitalistas no existe tal; los terceros empresarios contratan con la Sociedad Anónima y tienen como único objeto de imputación de sus créditos, el patrimonio social. Pero la diferencia estriba esencialmente en que el tercer empresario conocía tal situación con anterioridad a establecer el vínculo jurídico-mercantil de que se trate, de manera que a la hora de contratar, asume todos los riesgos que implica la limitación de la responsabilidad por las deudas sociales, de sus socios. El Registro Mercantil es la institución idónea para poner al corriente a terceros empresarios, de tal situación.

Sobre la extinción, URÍA reconoce dos tipos de causales de extinción de la sociedad mercantil personalista: las legales y las contractuales. Las últimas, son aquellas que los socios disponen en virtud del principio de libertad de pactos que informa el contrato social de acuerdo con los artículos 125; 121 y 145, todos del Código de Comercio. Las causales legales de extinción de una sociedad mercantil, son: la pérdida total del capital de la sociedad, la quiebra, la conclusión de la empresa a la cual se dedica la sociedad, la muerte de un socio, el cumplimiento del término por el cual la sociedad ha sido constituida (en caso de que haya sido constituida por un término determinado), la denuncia unilateral del contrato y la inhabilitación del socio gestor, todas ellas en los artículos 221, 222, 224, 225, etc. del Código de Comercio.

En el caso de la muerte del socio como causal de extinción de la sociedad, BROSETA aclara que es un pacto social común la continuación de la sociedad por los herederos del socio, no obstante, ninguno de los causahabientes está obligado a ello, por lo que puede exigir del resto de los socios la cuota de liquidación que le corresponde por el caudal hereditario; en caso

contrario, los causahabientes, a través de la representación o a título personal de cada uno de ellos, pueden ejercer la titularidad de la participación social que el causante tenía sobre la sociedad (en el caso de que tal participación fuere a título personal, se divide la cuota social del causahabiente en partes alícuotas en correspondencia con la cuota que tengan los herederos en la masa hereditaria).

La inhabilitación del socio gestor por incapacidad (no necesariamente restringida a la demencia), genera la seria duda respecto a dónde queda la necesaria protección a los intereses de los socios en que la vicisitud de la incapacidad de uno de los gestores, exponga a la sociedad misma a su muerte irremisible (*vid.* artículo 222.3 *eiusdem*). La respuesta es bien sencilla, no se trata de si se conserva o no la voluntad de los socios, sino que la naturaleza de la sociedad lo exige, la desaparición de la base social con que se construyó de un inicio la sociedad necesariamente acarrea el derumbe del edificio de la sociedad personalista; las expectativas de los socios pueden canalizarse de diversas maneras y para eso existen otros tipos sociales idóneos para el ejercicio de la actividad económica constitutiva de empresa sin necesidad de poner en primer término y con carácter de *intuitu personae*, la relación de los socios con la sociedad misma por sus específicas condiciones personales.

La disolución de la sociedad personalista exige no solo que esté motivada o inmersa en alguna de las causales legales, sino además que se inscriba en el Registro Mercantil, con el objetivo de dar publicidad ante terceros de la desaparición de dicho empresario del tráfico (artículo 226 *eiusdem*).³¹

La particularidad que ofrece la extinción de las sociedades personalistas respecto al resto de las sociedades mercantiles, está dada fundamentalmente en el carácter personalista de la misma, valga la redundancia. Sin temor a equívoco alguno puede afirmarse que la proyección más importante del carácter *intuitu personae* del socio está en su conexión patrimonial con la sociedad misma, la cual se pone de manifiesto no solo con el régimen de responsabilidad subsidiaria e ilimitada al cual está sometido por las deudas sociales, sino además por las causales de extinción de la sociedad, íntimamente ligadas al socio y a su suerte. Todo esto denota un nivel de intervencionalidad tal que la muerte del socio puede significar la de la sociedad misma, aun en detrimento de los demás socios; la insolvencia patrimonial de uno de los socios puede significar el sometimiento de la sociedad a un procedimiento de quiebra. La fragilidad de las sociedades personalistas está dada por el

³¹La única excepción legal es que la causal de disolución social sea la terminación del plazo para el cual se constituyó.

hecho de que su fortaleza depende de la fortaleza de los socios que la componen, más que de ningún otro tipo social.

Del conjunto de normas que el Código de Comercio dispone para la regulación de la extinción de las sociedades mercantiles, les dedica a las sociedades personalistas, específicamente los artículos 222, 224 y 229. El artículo 224, por su parte priva a los socios colectivos de la facultad de oposición a la acción de disolución que uno de ellos incoe, la única excepción a la privación de tal facultad a los socios es la mala fe del socio accionante de la disolución.³² El artículo 229, por su parte, determina la continuación de la actuación de los administradores ante la disolución de la sociedad, en este caso, como liquidadores (ante la disolución de la sociedad, pasando esta a su etapa de liquidación, automáticamente, ante aquiescencia de los socios, se convierte el administrador en liquidador); el liquidador, como es conocido, administra el activo social para su posterior distribución, de conformidad con el derecho que a cada socio le asiste en la participación en el patrimonio de liquidación.³³

La liquidación de la sociedad es el estadio al cual la sociedad llega en el momento en que opere la disolución.³⁴ La liquidación de la sociedad personalista supone necesariamente la subsistencia de su personalidad jurídica con las limitaciones propias de la finalidad que se persigue; no pueden iniciarse nuevas operaciones, sino solamente aquellas que van encaminadas a la conservación del caudal patrimonial de la sociedad, como la percepción de los créditos y la satisfacción de las deudas.

³²A tales efectos, legalmente se considera mala fe del accionante de la disolución de una sociedad personalista, el propósito de disolver la compañía con el objetivo de obtener un lucro personal. El ánimo de conservación de la autonomía privada, obliga al ordenamiento jurídico no dar cabida a las intenciones lucrativas encaminadas a la supresión o menoscabo de creaciones jurídicas procedentes de un **conglomerado volitivo** mayor. Puede más la voluntad de todos los socios que crearon la sociedad y que esperan y quieren continuar operándola, que la voluntad de un socio interesado en su disolución por causales de lucro. Solo se acepta la disolución en tal caso cuando la buena fe presida la actuación en tal sentido del socio accionante, cosa que por supuesto se presume.

³³Queda sin efecto la conversión automática administrador-liquidador desde el momento mismo en que los presupuestos legales para ello no se lleguen a dar, en particular, la aquiescencia de los socios (más que la voluntad en positivo, el artículo 229 exige que no se dé la voluntad en negativo de los socios, es decir, que no haya desacuerdo, más que exigir el acuerdo mismo). En situación de desacuerdo de los socios, se convoca a junta donde se ultimarán los detalles del titular de la liquidación social, así como el procedimiento a seguir para ello.

³⁴Recordemos que disolución no implica necesariamente la extinción de la sociedad, no sin antes practicar las operaciones de liquidación.

Lo más importante a destacar respecto a la disolución y liquidación de la sociedades personalistas es la exigencia de responsabilidad por las deudas sociales que la sociedad no puede satisfacer con su patrimonio de liquidación. En esos casos, procede por parte del liquidador la gestión de cobro de la parte alícuota de la deuda social que le corresponda satisfacer a cada socio (si es comanditario, solamente hasta el monto de la aportación no realizada con anterioridad). Con tales acciones y habiendo satisfecho las deudas sociales así como distribuido el haber de liquidación, se procede a la inscripción registral de la extinción de la sociedad, muriendo definitivamente, quedando libre su denominación social para posterior ocupación por otro empresario.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA

LIC. NATASHA T. MESA TEJEDA

ANTECEDENTES

Según la opinión más extendida entre los autores, el origen directo de la Sociedad Anónima hay que buscarlo en Holanda, a comienzos del siglo xvii. Se debe a los comerciantes y¹¹ navegantes holandeses el surgimiento de nuevas formas de empresas, integra3das exclusivamente por aportaciones en dinero, lo cual trajo consigo que el dinero adquiriera tal valor, que a decir de Garrigues,¹ convirtiera al dinero en empresario, sustituyendo la base personal, propia de la empresa individual y de la compañía colectiva, por la base estrictamente capitalista, propia de la Sociedad Anónima.

En los puertos del Mar del Norte y del Atlántico aparecieron compañías mercantiles, que tienen su origen en la lucha por las colonias de ultramar entre las grandes potencias marítimas del siglo xvii, y en las que se evidencian con claridad los rasgos de las modernas sociedades anónimas. Instrumentos de esta lucha fueron las sociedades de armadores de buques o sociedades navales, naciendo de esta agrupación las grandes compañías coloniales, que constituyen el antecedente más directo de la moderna Sociedad Anónima.

La primera compañía de esta clase, fue la Compañía de las Indias Orientales, creada en 1602, sucediéndose a partir de esta fecha el nacimiento de importantes compañías similares, como son la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, la Compañía Sueca, etcétera.

¹Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Madrid, España, 1976, t. I, p. 409.

Sistemas legislativos

En la evolución legislativa de la Sociedad Anónima se distinguen tres períodos, a los que corresponden otros sistemas:

a) Sistema del *Octroi*: El Estado crea la sociedad mediante el sistema del *Octroi* (*es un acto de incorporación y de concesión de derechos de soberanía*). La sociedad es considerada como una filial del Estado, en este se reserva una constante intervención y tutela en la vida del nuevo organismo (sociedad), y le concede, por otra parte, privilegios incompatibles con el concepto puro de la sociedad mercantil privada.

En las sociedades que funcionaban bajo ese sistema, no se mostraba muy claro el concepto de limitación de la responsabilidad.

b) Sistema de autorización gubernativa: El Código de Comercio francés quiso poner remedio a la anarquía jurisprudencial que siguió a la consagración legal de los principios de libertad industrial, instaurando el sistema de la previa autorización gubernativa, la cual era dada en forma de reglamento y siempre revocable.

c) Sistema de las disposiciones normativas: Este sistema nace con la ley francesa que liberó a la S.A. de la concesión previa por el Estado, sometién-dola a normas coactivas sobre suscripción y aportación del capital, aportaciones en especie, etcétera.

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El Código de Comercio en su artículo 122.3 sin llegar a definir la Sociedad Anónima la regula, al establecer que: “Es la Sociedad Anónima aquella que formando un fondo común los asociados por partes o porciones ciertas, figuradas por acciones o de otra manera indubitada, encargan su manejo a mandatarios o administradores amovibles que representen a la compañía bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que se destine sus fondos”.

Con relación a esta denominación consideramos que no es del todo exacta, pues olvida recoger elementos que caracterizan a la Sociedad Anónima; uno de ellos consiste en la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Es de destacar que en ella se recoge, como un aspecto de mucha importancia, lo relacionado con la división del capital en acciones, elemento que, como tendremos la oportunidad de ver, es de suma relevancia para la sociedad.

Podemos definir la Sociedad Anónima como: *la sociedad de naturaleza mercantil cualquiera que sea su objeto, capitalista por excelencia, cuyo capital se encuentra dividido en partes, denominadas acciones, las*

cuales se caracterizan por su fácil transmisibilidad y atribuyen a su titular la condición de socio, quien disfruta del beneficio de la responsabilidad limitada frente a las deudas asumidas con la sociedad, y de no responder de las deudas que la sociedad contraiga frente a terceros.

Partiendo de la definición expuesta podemos extraer las características que, como regla, informan a esta figura societaria:

- **Sociedad capitalista por excelencia:** Se plantea que la Sociedad Anónima es el prototipo de sociedad capitalista. La misma se caracteriza porque no es relevante la persona del socio, sino su aportación. Para la sociedad no es de relevancia quién sea el titular de las acciones, lo más importante para ella es la aportación que este haga a la sociedad. Las aportaciones de sus socios solo pueden consistir en dinero, bienes, o en derechos susceptibles de ser valorados en dinero, nunca podrán consistir en trabajo.
- **Capital dividido en acciones:** Es la acción un elemento de suma importancia para las sociedades anónimas, tan es así, que hay autores que consideran que en lugar de llamarse Sociedad Anónima debería denominarse sociedad por acciones. El capital, como ya hemos apuntado, se divide en acciones, las cuales pueden estar representadas mediante títulos, valores o anotaciones en cuentas que, por lo general, serán de fácil transmisión² y que le confieren a su titular la condición de socio. Permitiéndole, por consiguiente, disfrutar del conjunto de derechos que de la acción emanan; y el disfrute de los mismos está en relación con el número de acciones que estos posean.
- **Responsabilidad limitada de los socios:** los socios solo responderán ante la sociedad hasta el límite de su aportación o de lo que en un momento se obligaron a aportar. Por tanto no responderán, con su patrimonio individual, de las deudas de la sociedad. Con relación a la responsabilidad de la sociedad, queremos resaltar que no es del todo exacta la característica que algunos autores destacan al afirmar que es la Sociedad Anónima una Sociedad de Responsabilidad Limitada, pues la sociedad como empresario mercantil social que es, responde siempre frente a sus acreedores, y por ende de las deudas que con ellos contraiga de un modo ilimitado, es decir, con todos sus bienes

²Esta regla recibe su excepción ante la existencia de las sociedades cerradas o familiares, las cuales se caracterizan por garantizar el control de los socios mediante la introducción en los estatutos de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones a terceros.

presentes y futuros. Ahora bien, lo que sí es limitado es la responsabilidad del accionista, la cual se limita hasta la cuantía de su aportación. Y por tanto los terceros no pueden dirigirse directamente contra ellos para satisfacer su crédito, sino que ante la existencia de dividendos pasivos,³ los accionistas responderán con todos sus bienes presentes y futuros hasta satisfacer su deuda con la sociedad; y en este caso los acreedores de la sociedad se dirigirán a ellos, pero esta vez no lo harán de un modo directo como sucede en las sociedades personalistas, sino a través de una acción subrogatoria; es decir, ubicándose en lugar y grado de la sociedad.

DENOMINACIÓN DE LA SOCIEDAD

En capítulos anteriores estudiamos que uno de los efectos o consecuencias que trae consigo el reconocimiento de la personalidad jurídica, está dado en el hecho de que el nuevo ente o persona jurídica que nace adquiere una denominación, la cual le permite, entre otras cosas, distinguirse en el tráfico económico del resto de las personas tanto físicas como jurídicas.

La elección de la denominación que ha de llevar la sociedad es, en la mayor parte de las legislaciones, totalmente libre. La misma puede ser subjetiva, es decir, que identifique el nombre o apellidos de algunos o varios socios actuales o anteriores de la sociedad; objetiva, que identifique con claridad el objeto social o actividad económica a la cual se dedica la sociedad; y de fantasía, aquella que no guarda relación ni con el nombre de los socios ni con la actividad económica que realice la sociedad, a decir de Vicent Chuliá⁴ *es una combinación de letras, números, signos, palabras sin significado, vocablos extranjeros, etcétera.*

Debemos señalar que en el caso de la legislación cubana este principio de libertad en la denominación tiene su límite, ya que el Código de Comercio en su artículo 152 establece que la denominación ha de ajustarse al objeto u objetos que desarrolle la sociedad, por lo que de un modo imperativo la ley establece que la denominación ha de ser objetiva. De este hecho podemos inferir que no existe tal libertad para elegir la denominación de una Sociedad Anónima.⁵

³Los dividendos pasivos son las deudas que tienen los socios frente a la sociedad, cuando no han desembolsado íntegramente el capital correspondiente a las acciones adquiridas.

⁴Francisco Vicent Chuliá: *Introducción al Derecho Mercantil*, 14ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2001.

⁵Con relación al título Sociedad Anónima, queremos resaltar que el hecho de que esta figura societaria reciba la denominación de Sociedad Anónima obedece a que la denominación de estas, necesariamente, no ha de estar compuesta por el nombre o apellidos de los socios (tal y

La denominación debe cumplir con varios principios: que vaya acompañada de la frase Sociedad Anónima o de la abreviatura S.A., y que no sea igual a otra denominación ya existente;⁶ otro de los principios que rige para la denominación es el de unidad, mediante el cual se impide que las sociedades puedan tener más de una denominación social. No obstante esto, creemos necesario resaltar que en la práctica cubana actual existen manifestaciones de la libre denominación, a pesar de lo que establece el Código de Comercio en este sentido, pues encontramos sociedades anónimas con denominación subjetiva como es el caso de Suchel-Camacho S.A.; y denominaciones de fantasía como es el caso de Gaviota S.A., manifestaciones de denominación objetiva son las más comunes, un ejemplo de esto lo constituye ETECSA.

REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

Para la regular constitución de una Sociedad Anónima se requiere de: Escritura Pública e Inscripción en el Registro Mercantil. Así lo establece el artículo 119 del Código de Comercio.

La Escritura Pública es la forma que exige el Código de Comercio, para el acto constitutivo de las sociedades mercantiles, y en particular de las sociedades anónimas. Es el documento público otorgado ante notario y en ella se recoge la voluntad de los socios de crear la sociedad, es decir, recoge la escritura el contrato fundacional. Posee un contenido mínimo, recogido en el Código de Comercio en el artículo 151; mencionará los datos que permitan identificar a los socios, la voluntad de los otorgantes de constituir la sociedad, las aportaciones realizadas por los socios o las que se comprometieron realizar el número de acciones recibidas en pago, los estatutos, etc. Otro de los documentos que exigen muchas legislaciones como es el caso de la española, en este caso, anexo a la escritura pública, son los estatutos,⁷ los mismos hacen referencia al aspecto interno de la sociedad, es decir, regulan su funcionamiento interno, son algo así como la “Carta Magna o régimen

como sucedía en las sociedades personalistas que necesariamente debían tener una razón social o denominación subjetiva) sino que puede identificar el objeto social, ser de fantasía o incluso llevar el nombre de los socios.

⁶El medio para acreditar la existencia o no de la posible denominación a adoptar por una sociedad, es solicitando al registro mercantil que nos dé la certificación por la cual nos acredita la existencia o no de la denominación que pretendemos inscribir. Estos actos deben realizarse antes de proceder al otorgamiento de la escritura pública ante notario.

⁷Ley 77/95, Ley de Inversión Extranjera, artículo 13.3 y Resolución 260/99.

constitucional y funcional interno de la sociedad nacida”.⁸ Nacen de la voluntad de las partes.

Son normas negociales que deben ser observadas por todos los socios por haberlos aceptado por mayoría en el momento constitutivo o en un momento posterior. Recogen aspectos como: denominación de la sociedad, objeto social, duración, fecha de comienzo de las operaciones, domicilio, órganos sociales, fecha de cierre del ejercicio social, etc. Su finalidad es regular la vida interna de la sociedad, con preferencia a aquellas normas legales de carácter no coactivo o dispositivas. Por tanto, consideramos válido aclarar que a pesar de que los estatutos están contenidos en la escritura, no deben identificarse uno y el otro. En este sentido nuestra legislación presenta una particularidad, la misma consiste en que requiere además de los documentos que acabamos de mencionar, la autorización gubernativa,⁹ para la constitución de sociedades mercantiles al amparo de la Ley 77/95 y de la Resolución 260/99.

Una vez obtenida la escritura pública se procede a la inscripción de la misma en el registro mercantil. Inscripción que, a tenor de los artículos 5.1 y 5 respectivamente del Decreto Ley 226 y de la Resolución 230 ambas del 2002, es obligatoria y además, tiene efectos constitutivos, ya que la sociedad adquiere personalidad jurídica, se convierte en sujeto de derechos y obligaciones con dicha inscripción. Con este acto se pone fin al proceso de constitución de la sociedad.

Ante la falta de inscripción de la sociedad no se puede alegar la nulidad de la misma, sino su inexistencia, pues la sociedad como ente nuevo no existe. Y por tanto estamos ante una sociedad irregular o en formación, en dependencia de las circunstancias presentes. Más adelante veremos qué es lo que sucede en la legislación cubana con respecto a la irregularidad.

PROCEDIMIENTO DE FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Doctrinalmente la Sociedad Anónima puede constituirse siguiendo dos procedimientos: el procedimiento de fundación simultánea y el de fundación sucesiva. A continuación analizaremos algunos aspectos referentes a ambos procedimientos.

La **fundación simultánea** tiene lugar cuando después de conversaciones previas entre los interesados, se decide otorgar la escritura de constitución

⁸Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1991, p. 220.

⁹Ley 77/95, Ley de Inversión Extranjera, artículo 13.3 y Resolución 269/99 del MINVEC.

en un solo acto por todos los fundadores, suscribiendo entre todos ellos el total de las acciones representativas del capital social.

De este procedimiento de fundación se destaca la figura de los fundadores, que serán aquellas personas que otorgan la escritura y suscriben todas las acciones en el momento constitutivo. Es decir, son los socios originarios, aquellos que intervienen en el proceso de constitución de la sociedad. Por tanto no se puede considerar fundador aquel que de un modo, digamos derivativo, o sea, con posterioridad al proceso de constitución se incorpora a la sociedad. En cuanto al número de socios, en un principio existían legislaciones¹⁰ que establecían que el número de socios fuera de tres como mínimo; hoy en día se ha flexibilizado un tanto esta exigencia por darle cabida en un número grande de países¹¹ a la Sociedad Unipersonal, la que como su nombre lo indica va a estar integrada por un solo socio, que bien puede ser una persona natural o jurídica. En el caso particular de nuestro país, no hay posibilidad a la existencia de la Sociedad Unipersonal, pues no encontramos en el Código de Comercio pronunciamiento al respecto, y la misma normativa en su artículo 116 regula para la constitución de cualquier tipo societario recogido en dicho cuerpo legal, que sea al menos con dos o más personas.

Los fundadores tienen como principal obligación la de elevar la escritura de constitución a inscribirla en el Registro Mercantil, respondiendo por tanto, solidariamente, de los daños y perjuicios que puedan ocasionar por el incumplimiento de esta obligación. Podrán los fundadores reservarse derechos y ventajas especiales.

El **procedimiento de fundación sucesiva**, por su parte, se caracteriza por ser un procedimiento utilizado por las sociedades que necesitan recolectar grandes masas de capitales, para lo cual recurren a la suscripción pública de las acciones. El mismo es utilizado siempre que, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros. En este procedimiento, a diferencia del anterior, encontramos la figura de los promotores; son aquellos que promueven la constitución de la sociedad, es decir, son los que realizan todas y cada una de las gestiones preparatorias necesarias para la realización del proyecto de darle vida a la sociedad.

Con relación al tema en cuestión, es de destacar que nuestro Código de Comercio no hace pronunciamiento alguno. Pero por las características de nuestro sistema económico deducimos que las sociedades nuestras se constituyen por el procedimiento de fundación simultánea.

¹⁰Es el caso de la Ley de Sociedades Anónimas Españolas en la cual se establece como número mínimo el de tres socios fundadores.

¹¹No en todos los países se regula la Sociedad Unipersonal tal es el caso de México, Suiza.

EL CAPITAL SOCIAL

Como ya es sabido, una de las notas que distingue a la Sociedad Anónima es la de ser eminentemente capitalista, la cual se traduce en que las características y condiciones personales de los socios no son indispensables y que en ella solo puede ser objeto de aportación el dinero, los bienes tanto muebles como inmuebles y los derechos susceptibles de valoración económica. Se le denomina sociedad de capital, además, porque en la Sociedad Anónima la proporción del capital social que se posea va a condicionar su propio control y dominio y porque la intensidad en el ejercicio de los derechos sociales de los socios depende del número de acciones, es decir, del capital que se posea.

Ahora bien, podíamos formularnos la siguiente interrogante: ¿qué es el capital social? El capital social es 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.

El capital cumple varias funciones: en primer lugar la de ser una cifra de retención, porque al figurar en el balance de la sociedad como la primera partida del pasivo¹² no pueden ser repartidos los beneficios entre los socios hasta tanto la cifra del patrimonio de la sociedad no supere dicha cuantía. En segundo lugar cumple una función de defensa del patrimonio neto de la sociedad en garantía de los acreedores sociales, y esto obedece a la falta de responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. Es decir, la cifra del capital social pretende informar a los terceros de la situación patrimonial que tiene la sociedad, ya que, por ejemplo, si la cifra del capital social se reduce a una cuantía determinada por debajo del capital social, esto puede traer consigo que se realice un procedimiento de reducción del capital social o que se disuelva la sociedad. En tercer lugar cumple una función organizativa, el capital es la base de cómputo sobre la cual se determina la participación de cada socio en los derechos que la acción atribuye, el quórum de capital necesario para la toma de determinados acuerdos sociales, el capital necesario para ejercitar los derechos de los socios minoritarios, etc. O sea, determinará la posición jurídica de los socios dentro de la propia sociedad.

¹²El pasivo indica que las aportaciones proceden de los socios y a estos debe ser restituido su valor, una vez pagado a los acreedores; por tanto se consideran fondos propios no exigibles.

Principios que rigen el capital social

Son varios los principios que rigen o regulan el capital social. A continuación los analizaremos:

- **Determinación:** indica que el importe del capital debe de aparecer determinado en la escritura de constitución de la sociedad. Este principio nos evidencia la unidad que caracteriza al capital social así como su estabilidad. Encontramos manifestación del mismo en nuestra legislación en el artículo 151 del Código de Comercio.¹³
- **Suscripción Plena o Integridad:** significa que la totalidad de las acciones que integran el capital social estén suscritas por los socios en el momento fundacional. En nuestro Código de Comercio con relación a este principio nada se advierte. La práctica ha demostrado que era necesario crear mecanismos que dotaran de mayor seguridad las relaciones monetario-mercantiles y, para lograr esto, se dictó la Resolución 58 del año 1998, por el Banco Central de Cuba, la cual viene a ser el *Reglamento relativo al depósito de fondos para la suscripción de acciones de entidades que se constituyan en el territorio nacional*. Mediante esta norma se obliga a las personas que han contraído la obligación de adquirir acciones a depositar en la Dirección de Operaciones del Banco Central de Cuba (DOBCC) los fondos que destinarán a la adquisición dichas acciones. Para lo cual se creará, mediante autorización emitida por la DOBCC, una cuenta provisional en la que estarán depositados los fondos destinados a adquirir las mismas. Una vez recibido el depósito, el banco emitirá una certificación confirmando el depósito. Dicha certificación el cliente la debe presentar ante notario para iniciar los trámites de constitución, por lo que de aquí se desprende que constituye, la certificación anteriormente referida, requisito *sine qua non* para constituir la sociedad. Una vez constituida la sociedad la cuenta cambia su carácter provisional y pasa a ser una cuenta definitiva.
- **Desembolso Mínimo:** Significa que al momento de constituir la sociedad los socios deben desembolsar, es decir, pagar, abonar, al menos un mínimo de lo que se obligaron a aportar. Este principio es reconocido en diversas legislaciones, como es el caso de la española,

¹³Artículo 151: En la Escritura Social de la compañía anónima deberá constar... El capital social con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no sean metálico o de las bases según las que habrá de hacerse el avalúo.

en la cual se establece un mínimo de la cuarta parte del capital social o el 25% del mismo. La legislación nuestra nada dice al respecto.

- **Realidad:** Indica que tras una acción existe una efectiva aportación patrimonial. Este principio tampoco lo encontramos regulado en nuestro ordenamiento jurídico.
- **Estabilidad:** El capital es una cifra que no puede ser variada libremente por la voluntad de los socios, sino que debe realizarse por los procedimientos que establece la ley de aumento y reducción del capital social. En el artículo 168 del Código de Comercio encontramos un ligero pronunciamiento sobre este particular cuando se establece que: “Las sociedades anónimas reunidas en junta general de accionistas, previamente convocada al efecto, tendrán la facultad de acordar el aumento o reducción del capital social”.
- **Capital Mínimo:** Consiste en un mínimo que establece la ley, que ha de ser necesario para la constitución de una Sociedad Anónima. Nuestra legislación no establece mínimo alguno. No obstante esto, consideramos oportuno señalar que para el caso de las instituciones financieras bancarias y no bancarias se establece un mínimo legal, recogido en el acuerdo 115/98 del Banco Central de Cuba. Para el caso de las instituciones financieras bancarias el mínimo que regula es de cinco millones de pesos, en dependencia de la moneda con la cual se opere. En el caso de las instituciones financieras no bancarias el mínimo es de dos millones de pesos.

Visto hasta aquí lo referente al capital social, consideramos necesario hacer una distinción entre los términos capital social y patrimonio.

El capital social, como ha quedado apuntado, es la cifra estable, permanente, invariable libremente,¹⁴ es una línea estable, fija, que figura en la escritura de constitución. Va a estar compuesto por la aportaciones de los socios. El patrimonio por su parte viene a ser el conjunto de bienes, derechos, obligaciones del que dispone la sociedad en un momento determinado. El patrimonio, a diferencia del capital social, no es una cifra estable, sino que la misma puede variar, es decir, fluctúa, oscila, a pesar que en el momento constitutivo de la sociedad pueden coincidir,¹⁵ en dependencia de cómo sean los resultados obtenidos de las operaciones de la sociedad. Por

¹⁴Son dos los procedimientos por los cuales puede variarse el capital social de una Sociedad Anónima, y son los procesos de aumento y reducción del capital social. Encontrándose la forma en la cual ha de realizarse regulada legalmente.

¹⁵Ciertamente al momento de constitución de la sociedad pueden coincidir o no las cifras de capital o patrimonio. No existe coincidencia, a decir de algunos autores españoles, cuando

tanto, si los resultados han sido positivos, es decir, que el activo es mayor que el pasivo, entonces nos encontramos ante una sociedad próspera, pero en caso contrario, que los resultados hayan sido negativos, y por consiguiente el activo está por debajo del pasivo, entonces estamos ante una sociedad con resultados negativos que se encuentra, además, en una situación de quiebra.

En todo esto se pone de manifiesto una de las funciones del capital social: la de ser cifra de retención, pues hasta tanto la cifra del patrimonio no supere la del capital social, no pueden entrarse a repartir dividendos o beneficios a los socios. Elemento este que tiene su fundamento en el hecho de que es el patrimonio de la sociedad la única garantía con la que cuentan los acreedores sociales. Por tanto, ante la existencia de deudas de la sociedad con sus acreedores, estos se dirigirán directamente a satisfacer su crédito contra el patrimonio de la sociedad; nunca pueden dirigirse directamente contra el patrimonio particular de cada socio.

LA ACCIÓN

La existencia de la acción es indispensable al hablar de Sociedad Anónima, ya que no puede hablarse de Sociedad Anónima sin hablar de la acción. Es la acción la parte en la cual se divide el capital en la Sociedad Anónima. El socio recibirá acciones tras una efectiva aportación de carácter patrimonial que haga a la sociedad.

Ahora bien, la acción puede verse desde tres aristas o ángulos diferentes: a) **como parte del capital**, b) **como título** y c) **como derecho**.

La acción como parte del capital

Como ha quedado señalado, la acción es la parte en la cual se divide el capital social. La acción va a tener un valor nominal, un valor real y un valor de mercado o de cotización.

El valor nominal, es una cifra fija, determinada, invariable, que consta en los estatutos sociales. No existe un límite mínimo ni máximo del mismo, por lo que su fijación es libre. Representará la cuantía de la aportación del socio y no el precio del título en el mercado, será el precio inicial que se le da al título.

por ejemplo, se emiten acciones con prima, se produce una valoración, digamos, excesiva de los bienes aportados, lo cual puede traer consigo un perjuicio para la sociedad, en el supuesto que dicha valoración esté viciada.

El valor real aumenta y disminuye según sea la situación en el mercado del patrimonio de la sociedad, y este movimiento será independiente de su valor nominal. Este viene a ser el valor que las acciones pueden alcanzar si son vendidas, y por ello influye de un modo muy directo la situación del patrimonio de la sociedad.

El valor de cotización en bolsa o de mercado, viene a depender de varios factores, como son por ejemplo, la oferta y la demanda de las acciones de la sociedad, de la coyuntura económica particular o general, e incluso de factores o circunstancias políticas del país en el que la sociedad opera.

Las acciones se caracterizan por ser acumulables, indivisibles e iguales las de una misma serie o clase.

Que las acciones sean acumulables significa que una persona puede ser titular de más de una acción, lo que le permitirá tener un mayor dominio y control en la sociedad y disfrutar con mayor intensidad de los derechos que la acción le confiere, en la medida que sea mayor el número de las acciones que posea.

Indivisibles porque en caso de copropiedad de las acciones, las mismas no son susceptibles de división y por tanto se debe designar que uno de los copropietarios en nombre de la copropiedad ejercite los derechos que la acción le confiere.

Iguales las de una misma serie o clase. ¿Qué significa esto? Las acciones pueden pertenecer a una misma o distintas series o a una misma clase. Las series recaen sobre el valor nominal de ellas, por tanto, todas las acciones de una misma serie tendrán igual valor nominal. En cambio la clase, en las acciones dan derechos, y por ende serán iguales, es decir, contendrán el mismo conjunto de derechos aquellas que pertenezcan a una misma clase.

La acción le atribuye a su titular la condición de socio, pero el socio recibe dicho título tras haber realizado a la sociedad una efectiva y real aportación patrimonial. De ahí que las aportaciones que realice el socio a la sociedad puedan ser: dinerarias y no dinerarias.

Las aportaciones dinerarias no ofrecen dificultad alguna, pues como su propio nombre lo indica lo que los socios han aportado o se obligan a aportar es dinero. Un poco más compleja se vuelve la situación, cuando las aportaciones son no dinerarias.

Pueden ser objeto de aportación no dineraria, a la sociedad, los bienes ya sean muebles o inmuebles, derechos de crédito, de propiedad industrial, etc. siempre que sean susceptibles de ser valorados económicamente. El fundamento de que los bienes que se aporten tienen que ser susceptibles de ser valorados económicamente, está dado en una de las funciones que cumple el capital social: la de constituir un fondo de explotación económica, lo cual significa, entre otras cosas, que se utiliza para el desarrollo de la empresa.

Decimos que la situación se torna un tanto más compleja cuando las aportaciones son no dinerarias, porque al realizarse estas, pueden llevar consigo algún vicio oculto, o dicha aportación puede haber resultado valorada por el socio aportante en una cifra superior al valor real que contiene, etcétera.

En el primero de los casos debe correr y responder el socio aportante por el saneamiento de los vicios ocultos y en el segundo caso, esto puede traer consigo que se produzca una valoración excesiva de ese determinado bien y al final esto represente un perjuicio para el patrimonio y por ende para la sociedad en sí.

Con relación a este particular, nuestro Código de Comercio establece en su artículo 172 que “cuando el capital o la parte de él que un socio haya de aportar consista en efectos, se hará su valuación en la forma prevenida en el contrato de sociedad, y a falta de pacto especial sobre ello, se hará por peritos elegidos por ambas partes y según los precios de la plaza, corriendo sus aumentos o disminuciones ulteriores por cuenta de la compañía. En caso de divergencia entre los peritos hará dicha valuación un tercero...”

La Ley 77/95, establece en su artículo 19 qué es lo que puede ser objeto de aportación para constituir una de las formas de inversión extranjera que regula dicha ley, y puede ser aportado: Moneda Libremente Convertible (aportación dineraria), maquinarias, equipos, u otros bienes físicos o tangibles; derechos de propiedad intelectual y otros derechos sobre bienes intangibles; derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, y otros derechos reales sobre estos, incluidos los de usufructo y superficie; y otros bienes y derechos.

Es importante destacar que lo que nunca puede ser objeto de aportación con cargo al capital social en las sociedades capitalistas, y en particular en la Sociedad Anónima es el trabajo o los servicios. Es decir, los socios pueden comprometerse en el momento constitutivo a realizar prestaciones distintas a las patrimoniales, es decir, diferentes a las aportaciones de capital. Estas prestaciones reciben el nombre de **prestaciones accesorias**, y van a consistir en la prestación de determinados servicios por los socios a la sociedad, pueden ser gratuitas o retribuidas, pero nunca esta retribución va a ser con cargo al capital social.

Son prestaciones que va a realizar un socio a la sociedad, pero que serán secundarias, accesorias a la aportación principal que ha hecho este a la sociedad, y por ende están muy vinculadas a la condición de accionista o socio de una sociedad, lo cual significa que para ser sujeto pasivo de ella se debe tener esta condición. Su contenido puede consistir en una obligación de hacer (prestar determinados servicios, suministrar determinadas materias primas, vender determinados productos de la sociedad) o de no hacer (abstenerse de realizar competencia a la sociedad, no vender en determinadas zonas, etc.).

Al estudiar el capital social vimos que uno de los principios que lo informan, doctrinalmente, es el desembolso mínimo, según el cual al constituirse la sociedad y suscribir íntegramente las acciones, se puede desembolsar solo una parte de él. Convirtiéndose la sociedad a partir de este momento en acreedora de los socios, pues contraen estos una deuda con la sociedad. A esta deuda que tienen los socios con la sociedad se le denomina **dividendos pasivos**. Con relación a este particular nuestro Código de Comercio en el artículo 151 establece que en la escritura de constitución se debe establecer el o los plazos en que deberán satisfacerse la parte de capital no desembolsada al constituirse la compañía. En el artículo 164 del propio cuerpo legal se dispone que en el título acción se debe anotar la suma de capital que se haya desembolsado.

De igual forma, en el artículo 170, se establece que si dentro del plazo convenido, algún socio no aportase a la masa común la porción del capital a la cual se había obligado a aportar, la sociedad tendrá dos posibilidades: proceder ejecutivamente contra los bienes del socio incumplidor, para de esta manera hacer efectiva la porción del capital que dejó de aportar, y la otra posibilidad consiste en rescindir el contrato con relación al socio incumplidor, reteniendo las cantidades que le correspondan en la masa social.

Por otro lado, dispone el artículo 171, que si el socio retarda por cualquier causa, la entrega total de su capital, una vez que ha transcurrido el término fijado en el contrato de sociedad o, en el caso que este no se hubiera fijado, abonará el socio incumplidor a la masa común el interés legal del dinero que no hubiera entregado a su debido tiempo, así como el importe de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con su morosidad.

Pero esta situación de deuda del socio con la sociedad no ha de ser permanente, por lo que ante el no pago de la misma el accionista incurre en mora. Y estando en esta situación recaerán sobre el accionista un conjunto de restricciones.

Con relación al precepto anteriormente citado dispone además que, “en las acciones nominativas mientras no estuviese satisfecho su total importe, responderán del pago de la parte no desembolsada, solidariamente y a elección de los administradores de las compañías, el primer suscriptor o tenedor de la acción, su cesionario y cada uno de los que a este sucedan, si fueran transmitidas...” De la lectura de este artículo podemos deducir que las acciones no liberadas,¹⁶ pueden ser transmitidas, pero responderán de un modo solidario por la parte no desembolsada el primer tenedor de la letra, su cesionario, así como los siguientes tenedores.

¹⁶Se consideran acciones liberadas aquellas cuyo valor nominal no ha sido totalmente desembolsado, es decir, que contienen dividendos pasivos.

La acción como título

Una de las notas que caracterizan la acción es que se incorporan a títulos de fácil transmisión. Por ende, es la acción un título valor de participación social.¹⁷ Al ser un título valor, puede estar representada por medios de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

Cuando la representación de las acciones es mediante títulos, estos podrán ser: nominativos y al portador. Las acciones nominativas se caracterizan por identificar en el documento quién es el titular de la misma. En este caso no es suficiente la posesión y tenencia de la acción, sino que además se requiere que exista una identificación entre la persona que lo presenta y quien designa el título como su titular. Por tanto no puede ser transmitido libremente, sino que para transmitirse debe inscribirse en el libro registro de acciones nominativas que a tales efectos debe llevar la sociedad.

Por el contrario, las acciones al portador son títulos de legitimación anónima, no se expresa en ellos la identificación de su titular, es decir, para los títulos al portador el titular del documento es quien en ese momento lo posee. Por tanto, para ejercitar los derechos que incorpora es suficiente con la posesión. En estas, para el ejercicio de los derechos por parte del accionista, es suficiente con la exhibición del título. Facilitan estos títulos la movilización de los valores.

Es válido aclarar que en el caso de la legislación cubana se suprimió la posibilidad de utilizar las acciones al portador desde el año 1959, en virtud de la Ley 498 de fecha 19 de agosto de ese propio año.

Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico el capital social solo se dividirá en acciones nominativas. Esto lo refuerza lo que establece la Ley 77/95, Ley de Inversión Extranjera en su artículo 11.1 en el cual establece que las empresas mixtas adoptarán la forma de sociedades anónimas, por acciones nominativas.

Existe otro medio de representar la acción, pero esta vez no como título, sino mediante anotaciones en cuenta. Este sistema funciona y ha sido diseñado para la transmisión de las acciones en el mercado de valores, y consiste, a decir de Broseta,¹⁸ en meras individualizaciones numéricas debidamente inscritas a favor de su titular en un registro electrónico contable.

¹⁷Los títulos de participación confieren a su poseedor legítimo una determinada posición en el ámbito de una organización social, es decir, de una sociedad, que se concreta en un conjunto de derechos y poderes.

¹⁸Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1991, p. 245.

La acción como derecho

La acción confiere a su titular la condición de socio y con ello le atribuye un conjunto de derechos que le son inherentes a su condición de accionista. Por otro lado, una de las funciones que cumple el capital social es la de permitir calcular la participación de los socios en cada uno de sus derechos.

Estos derechos pueden ser de carácter económico-patrimonial y de carácter político.

En la primera clasificación encontramos el derecho a participar en el reparto de las ganancias, al patrimonio resultante de la liquidación y el derecho de suscripción preferente.

➤ **Derecho a participar en el reparto de las ganancias:** Consiste este derecho en la posibilidad que tiene el socio de recibir, una vez concluido el ejercicio social, los dividendos correspondientes a ese año. Pero es de destacarse que no debe verse este derecho de un modo absoluto, pues el reparto de estas ganancias depende de la existencia o no de beneficios, y que a su vez se den determinadas situaciones económicas, como por ejemplo, que tenga la sociedad un cierto grado de liquidez que le permita entrar a repartir beneficios. El acuerdo del reparto de los beneficios debe adoptarse en Junta General, y una vez que se adopte el mismo se convierte la sociedad en deudora de sus socios. Ha de tenerse en cuenta que la distribución de los mismos se hará en proporción al capital aportado. Guarda este derecho una estrecha relación con el fin común que tienen los socios al constituir la sociedad: obtener un lucro que sea repartible entre los socios. Este derecho trae como consecuencia que se conviertan los socios en acreedores de la sociedad por el importe del beneficio que le corresponde.

➤ **Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación:** Este derecho está muy relacionado con el derecho anterior, porque no siempre son repartibles todos los beneficios, y esa parte o porción no repartida (denominada reserva) va al patrimonio, produciéndose un incremento del mismo. La liquidación, como tendremos oportunidad de estudiar más adelante, es una fase del procedimiento de extinción y durante la misma se cobran los créditos, se pagan las deudas y se divide el haber social. Es ese beneficio neto que será repartible entre los socios, y dicha distribución se realizará en proporción al capital aportado.

➤ **Derecho de suscripción preferente:** Consiste en que los aumentos de capital social, con emisión de nuevas acciones, podrán estas ser suscritas con preferencia por los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles. Dicho derecho a suscribir acciones de nueva emisión estará ponderado por la proporcionalidad que habrá de observarse entre el valor nominal de las acciones que se posean o de las que corresponderían a los

titulares de obligaciones convertibles de utilizar en ese momento este derecho de suscripción.

Dentro de los derechos políticos tenemos el derecho al voto, de asistencia a junta general, de impugnación de los acuerdos sociales, de información.

➤ **Derecho de asistencia a junta general y derecho al voto:** Los accionistas tienen derecho a asistir a la junta. La Junta General es el órgano por el cual se crea la voluntad de la sociedad. Las decisiones se toman a través de acuerdos sociales. El derecho al voto se considera como el derecho político por excelencia que corresponde a un socio. En principio, todo socio, por el simple hecho de serlo, tiene derecho al voto.¹⁹

➤ **Derecho de información:** Los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la celebración de la junta o verbalmente en ella, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Y así podrá el accionista ejercitar su derecho al voto con conocimiento de causa.

Del mismo modo, el accionista podrá obtener de la sociedad las cuentas anuales y los documentos complementarios que han de someterse a la aprobación de la Junta General, así como el informe de los auditores de cuentas.

➤ **Impugnación de los acuerdos sociales:** Es este otro derecho que sobre el accionista recae. Tiene el accionista la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos adoptados en la junta con los que está en desacuerdo, por considerar que le afectan personalmente, por considerar que afectan a terceros o por considerar que afectan a la sociedad.

En nuestro Código de Comercio, en el Libro Segundo, Título Primero, Sección Sexta, se regulan los derechos y obligaciones de los socios. La regulación de los mismos es un tanto deficiente, pues solo se limita a regular las obligaciones de los socios, no hace en ningún momento alusión a los derechos de los socios.

ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

La Sociedad Anónima necesita de órganos que le permitan crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como concertar los actos y estipular negocios con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para el cual fue constituida. A esto le denominó Garrigues organicismo de terceros.

¹⁹En el caso de la legislación española, en la Ley de Sociedades Anónimas se establece que en los estatutos se puede exigir, para todas las acciones, un número mínimo de ellas para ejercitar el derecho del voto.

Son dos los órganos sociales fundamentales: La junta general de accionistas y los administradores.

La junta general de accionistas

Podemos definir la junta como la reunión de socios, debidamente convocada, en la cual se deliberará y decidirá, por mayoría, sobre los asuntos sociales propios de su competencia.

Es la Junta General un órgano necesario, pues en él se tiene que formar la voluntad social. Es un órgano deliberante, lo que significa que la voluntad de sus miembros se adopta mediante acuerdos. Es además la junta un órgano soberano,²⁰ es decir, jurídicamente superior, y esto se manifiesta en que le corresponden las competencias más importantes (es de su incumbencia decidir sobre la modificación, continuación, disolución de la sociedad; nombra, controla y destituye a los administradores) y que sus acuerdos vinculan a todos sus miembros, incluyendo a los administradores.

Es convocada por los administradores, y sus acuerdos se adoptan por mayoría, lo cual significa que no necesita de la unanimidad para la adopción del acuerdo. Para ser convocada la junta se debe dar a conocer a los socios el orden del día,²¹ publicarla en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, debe ser celebrada en la localidad donde la sociedad tenga enclavado su domicilio social.²²

Tiene la junta, entre otras, las facultades siguientes: censurar la gestión social, aprobar las cuentas anuales, el balance y resolver sobre la distribución de beneficios, modificar los estatutos, nombrar y revocar a los administradores, así como acordar lo referente al aumento o reducción del capital social, entre otras facultades. Recaen también, sobre esta, ciertas prohibiciones, por ejemplo, no puede la junta intervenir en las facultades de los administradores, no debe adoptar acuerdos que vayan en contra de lo dispuesto en los estatutos, no debe adoptar acuerdos que atenten contra los derechos de sus accionistas, etcétera.

²⁰Lo cual no significa que sea omnímodo, es decir, se le atribuyen un conjunto de facultades y su desempeño debe ser en el ámbito de su competencia, no puede adoptar acuerdos que sobrepasen el ámbito de las mismas.

²¹Es importante que los socios tengan conocimiento del orden del día a tratar en la Junta General, pues de esta manera pueden ejercitar el Derecho de Información que la acción le confiere.

²²En este particular es de destacar que en el caso de las empresas mixtas nuestras, como la mixtura está dada por la presencia de un capital nacional y un capital extranjero, la junta no necesariamente debe realizarse en el lugar donde esté enclavado el domicilio social (Cuba), sino que también puede llevarse a cabo en el extranjero.

Clases de juntas

➤ **Junta General Ordinaria:** Es aquella que se celebra dentro de los primeros seis meses de cada ejercicio social para censurar la gestión social, aprobación, en su caso, de las cuentas anuales, etc. así como cualquier otro asunto, pero ha de estar previamente reflejado en el orden del día.

➤ **Junta General Extraordinaria:** Todas aquellas que no reúnan los requisitos referidos con anterioridad.

➤ **Junta General Universal:** Supone la posibilidad de que se constituya la Junta General, aun cuando no haya sido previamente convocada. Se entiende convocada y válidamente constituida para tratar cualquier asunto de su competencia, cuando está presente todo el capital social y los asistentes acepten unánimemente su celebración.

Con relación a este órgano, somos del criterio que la regulación del mismo en nuestro Código de Comercio es muy parca, y por tanto en materia de órganos sociales, desempeña un rol importante los estatutos sociales, ya que en los mismos, a falta de una regulación vasta, los socios estipularán cuanto estimen conveniente para lograr un mejor funcionamiento de los mismos.

Con relación a la Junta General, en el Código de Comercio el único precepto que la regula es el artículo 168, en el cual se establece que los accionistas, previamente, reunidos en Junta General tendrán la facultad de acordar la reducción o aumento del capital social.

Administradores

Son los administradores el órgano encargado de la gestión de la empresa y de la representación de la sociedad frente a terceros. La administración social²³ comprende la realización de un conjunto de actos, de la más diversa naturaleza, los cuales hacen posible la consecución del objeto social.

Dicho órgano de administración, se encuentra sometido legalmente a la voluntad y control de la Junta General. Es un órgano necesario, precisamente por el hecho de tener conferida la gestión y representación de la sociedad, es un órgano autónomo, ya que al desarrollar las actividades propias de su competencia no puede intervenir en ellas la Junta General, es también un órgano permanente. Son nombrados por la Junta General.

²³En la actualidad ha adquirido un gran poder en las grandes sociedades anónimas debido, preferentemente, al hecho de que los administradores son quienes ostentan la dirección en la explotación de la empresa, lo que unido a la complejidad de la gestión empresarial y la abstención de los accionistas deviene, en la práctica, en un poder importante que recae sobre el órgano de administración.

Clases

Puede adoptar cuatro formas de organización concreta:

- **Administrador único:** la gestión y representación social queda conferida a una persona
- **Varios administradores actuando de manera solidaria:** cada uno de sus miembros posee todas las facultades del órgano, pudiendo así usar el nombre de la sociedad obligándola frente a terceros.
- **Varios administradores actuando de manera mancomunada:** sólo la totalidad de sus miembros puede, por unanimidad, adoptar acuerdos y usar el nombre social frente a terceros.
- **Varios administradores funcionando colegiadamente:** las facultades corresponden colectivamente a los miembros, y no individualmente a ninguno de ellos *per se*. De las formas que puede adoptar el órgano de administración, es esta la que más se utiliza.

Es de destacar que el órgano de administración presenta una doble relación: en cuanto al aspecto externo puede decirse que constituyen la sociedad misma; en el aspecto interno, cada uno de sus miembros está ligado a la sociedad por una relación jurídica que participa del mandato y del arrendamiento de servicios.

Las facultades de dicho órgano se dividen en dos grandes áreas: la administración o gestión y la representación de la sociedad; por lo que se refiere a la administración no se hacen detalles especiales, ya que comprende todo cuanto afecte a la vida interna de la empresa.

El nombramiento de los administradores corresponde a la Junta General, pueden ser designados en el momento constitutivo. Una vez designados los administradores, han de aceptar el cargo y ser inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil para que su nombramiento surta efecto frente a terceros.

En el artículo 155 del Código de Comercio se establece que los administradores serán designados por los socios, en la forma que se determine en los estatutos, escritura o reglamentos.

Se dispone en el artículo 156 que los administradores de la Sociedad Anónima, son sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales. Si, caso contrario, por la infracción de las leyes y de los estatutos de la sociedad o por contravención de los acuerdos legítimos de sus juntas generales, causaran perjuicio y fueran varios los responsables, deberá, cada uno de ellos, responder a prorrata.

Doctrinalmente se establece que la duración del cargo de administrador no es indefinido ni inamovible. En el caso, por ejemplo de la legislación española, se realiza por el período máximo de cinco años determinado por ley o por el menor determinado en estatutos.

Anteriormente habíamos comentado que la normativa mercantil es totalmente parca, y por tanto se produce casi un silencio total con relación a la regulación de la Junta y de los administradores. Por tanto, en lo que a la duración de los administradores en el cargo se refiere, nada se dice, pero de la lectura del artículo 122 apartado tercero, del Código de Comercio, se infiere que son amovibles, aspecto este que es difícil en muchas legislaciones, por ejemplo la española, en que el término de duración es de cinco años.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

Con el triunfo de la Revolución, el 1ro de enero de 1959, se llevó a cabo un proceso de transformaciones radicales en las relaciones económicas en Cuba. Por esto el Código de Comercio cubano, a pesar de que permaneció intacto y se mantuviera formalmente vigente, se convirtió en un instrumento legal de valor histórico, que continuó solamente para las relaciones de comercio exterior y transporte marítimo, puesto que era inaplicable a las nuevas relaciones económicas.

Después del triunfo de la Revolución, se llevaron a cabo un conjunto de transformaciones que, entre otros aspectos, enarbolaron a la empresa estatal socialista como eslabón principal de la actividad económica estatal, regulada por el Derecho Económico. Lo cual propició, entre otros factores, el desuso del Código de Comercio y con ello del Derecho Mercantil. Quedó reducido el uso de las disposiciones mercantiles a todo lo relacionado con el comercio exterior y el comercio por vía marítima. Se dictan normas que declaran el Código de Comercio incompatible con la empresa estatal socialista.

En el año 1982, se promulga el Decreto Ley 50, primer cuerpo legal que regularía lo referente a la inversión extranjera en nuestro país, con el propósito de crear un marco legal para la realización de actividades lucrativas en asociación con intereses extranjeros en distintos países y dentro del territorio nacional mediante la constitución de empresas mixtas (a través de sociedades anónimas) y otras formas de asociación económica bilateral o multilateral que no estaban reguladas de manera especial en la legislación. Por lo que se comienza a utilizar nuevamente el Código de Comercio para regular lo relativo a las sociedades mercantiles, resultando entre ellas como la elegida la Sociedad Anónima.

La primera mitad de los noventa se caracteriza por cambios sustanciales en el entorno jurídico y práctico en el que se desarrolla la inversión extranjera en Cuba.

Un elemento de extraordinaria relevancia en este proceso de cambios en el marco legal de la actividad inversionista en nuestro país, lo constituye el reconocimiento explícito de la propiedad de las empresas mixtas. A tenor de la reforma constitucional realizada en el año 1992, se reconoce en el artículo 23,²⁴ de nuestra Carta Magna, *la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas*. De igual forma se reconoció en el artículo 15 la posibilidad de transmitir, total o parcialmente, la propiedad estatal cuando resulte de interés para lograr los fines del desarrollo del país y siempre que no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado.

En el propio año 1992 se dictó la Resolución 112, mediante la cual se admitía la creación de sociedades mercantiles cubanas de carácter privado; dicha resolución fue posteriormente derogada por la Resolución 260/99 del MINCEX, actualmente vigente, a través de la cual se crean las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano.

El fortalecimiento de la actividad inversionista y la nueva apertura legal contenida en la reforma constitucional del 92, exigió la creación de una nueva legislación que se adecuara a las nuevas circunstancias y exigencias de ampliar las formas y áreas de inversión, flexibilizar las disposiciones sobre esta materia y establecer los procedimientos legales necesarios que contribuyeran a hacer la ley más transparente y atractiva al inversionista.

En septiembre de 1995 fue promulgada la Ley de Inversión Extranjera, la cual brinda mayores garantías y seguridad a los inversionistas, establece nuevos beneficios y una mayor apertura sectorial para el establecimiento de asociaciones con capital extranjero, no impone límites estrictos a la participación del capital extranjero, contempla además una nueva forma de inversión extranjera: *las empresas de capital totalmente extranjero*. Esta normativa derogó al D/L 50/92 porque, entre otros argumentos, adolecía de omisiones importantes y establecía, entre otros aspectos, que la participación del capital foráneo en un negocio conjunto no podía exceder del 49%, no le ofrecía al inversionista extranjero las garantías necesarias, etcétera.

²⁴Artículo 23: El estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones que se constituyen con arreglo a la ley. El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan.

Con la puesta en vigor de la misma se pretende promover e incentivar la inversión extranjera con un carácter lucrativo, siempre que contribuya al desarrollo sostenible del país y sobre la base de la soberanía e independencia nacional así como la búsqueda de tecnología, de capital y de mercado.²⁵

En fin, viene a ser una ley cualitativamente superior que responde a las necesidades prácticas derivadas de las expectativas creadas entre los inversionistas en relación con una ley obsoleta.

En la ya citada ley se regulan, en el artículo 12, como formas de inversión extranjera: a) La Empresa Mixta, b) Los Contratos de Asociación Económica Internacional, c) La Empresa de Capital Totalmente Extranjero. En el presente epígrafe solo nos referiremos a la Empresa Mixta.

La Empresa Mixta aparece regulada en el artículo 13 de la ya citada ley. Aunque la misión de la ley no es definir sino regular, en el glosario de términos inciso i, se ofrece una definición de empresa mixta, y la define como: “Compañía mercantil cubana que adopta la forma de Sociedad Anónima por acciones nominativas, en la que participan como accionistas uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros”.

Una vez vista la definición que de la empresa mixta ofrece la Ley de Inversión Extranjera, podemos analizar sus características.

Lo primero que salta a la vista es la procedencia del carácter mixto de la misma. De la lectura de la definición se desprende que la condición de mixta le viene por la nacionalidad de los socios, ya que para que pueda configurarse como tal se requiere de la existencia de inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros.

La ley establece de un modo imperativo que la empresa mixta adoptará la forma de Sociedad Anónima, por lo que a pesar de regular nuestro Código de Comercio otras figuras societarias, la ley 77/95 nos obliga a seleccionar como único tipo social a la Sociedad Anónima.

En capítulos anteriores hemos estudiado que la característica que distingue a la Sociedad Anónima y que la hace ser, entre otras características más, capitalista por excelencia, es el hecho de tener su capital dividido en acciones. En este caso el Código de Comercio en su artículo 161, en relación con la Ley 77/95, artículo 13.1 dispone que las acciones serán nominativas.

La principal obligación que los socios deben cumplir es la de aportar a la sociedad lo que en un momento se obligaron. En este sentido la ley le atribuye plena libertad a los inversionistas para que fijen las proporciones del capital social que van a aportar. Esto es muestra del carácter cualitativamente superior de esta regulación, con relación al Decreto Ley 50/82, ya que el

²⁵Artículo 1 Ley de Inversión Extranjera, No. 77/95.

mismo, con relación al régimen de aportaciones se caracterizaba por ser rígido, pues establecía que la aportación de la parte extranjera podría llegar hasta el 49%, estableciendo la posibilidad de variación de esta cuantía, previa autorización del Consejo de Ministros, pudiendo, en este sentido, ser realizadas aportaciones dinerarias y no dinerarias.

En el artículo 19.1 de la Ley 77/95, se establece que será objeto de aportación: la moneda libremente convertible; maquinarias, equipos, u otros bienes físicos o tangibles; derechos de propiedad intelectual y otros derechos sobre bienes intangibles; derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, y otros derechos reales sobre estos, incluidos los de usufructo y superficie; y otros bienes y derechos.

La sociedades anónimas cubanas requieren para su constitución de una autorización gubernativa, la cual será emitida por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros(CECM) o por una Comisión Gubernativa designada por el CECM. Por consiguiente, se necesita, además de los dos requisitos tradicionales de constitución, Escritura Pública y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, y como anexo a la escritura se debe incorporar los estatutos de constitución y la autorización. Adquiriendo, con la inscripción, personalidad jurídica.

Es de destacar que como paso previo al otorgamiento de la escritura debe redactarse el convenio de asociación (contrato de sociedad) en el cual se recoge la voluntad de los contratantes en constituir la sociedad, así como los pactos fundamentales entre ellos para lograr la mejor conducción, desarrollo, consecución y alcance del objeto social.

Los estatutos sociales son la norma que rigen el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles. Por tanto regularán aspectos relacionados con la organización y operación de la sociedad; ejemplo de esto lo constituyen: aspectos relacionados con los órganos de la sociedad, sus atribuciones, organización, quórum, método mediante el cual estos órganos adoptan sus atribuciones, los temas relacionados con la disolución de la sociedad, entre otros, así como todos los pactos que los contratantes estimen conveniente estipular, de modo que ante la ocurrencia de cualquier litigio y la existencia de un vacío legislativo, puedan ser invocados.

En la escritura de constitución debe designarse cómo estará integrado el órgano de administración. Si esto no apareciera en dicho documento, se procederá en la primera junta general de accionista a designar la composición del órgano de dirección y administración de la sociedad.

Una vez que ha sido creada una empresa mixta, los socios no pueden cambiarse²⁶ libremente, para esto requieren del consentimiento de los contratantes y de la aprobación de la autoridad que otorgó la autorización.

²⁶Según esta ley se entiende por cambio de socios la sustitución del extranjero por otra persona natural o jurídica o del nacional por otra persona jurídica.

Las empresas mixtas pueden crear oficinas, representaciones, sucursales y filiales, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, así como tener participaciones en entidades en el exterior.

Las empresas mixtas están obligadas a establecer reservas²⁷ que serán legales, pues la ley en su artículo 45.1 establece que deberán crear un fondo, con cargo a sus utilidades, que les permita hacer frente a contingencias futuras. Aunque sin perjuicio de estas pueden establecer, también, reservas voluntarias.

LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL TOTALMENTE CUBANO

Las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano están constituidas a partir de instituciones empresariales cubanas y constituyen el componente de la economía emergente de mayor importancia por su conexión con los organismos cubanos y su flexibilidad en la obtención de financiamiento. Surgen en primera instancia con el objetivo de realizar operaciones de comercio exterior en mercados internacionales.

En el año 1999 se promulgó la Resolución 260/99 mediante la cual se regula la constitución de Sociedades Mercantiles de Capital Totalmente Cubano, además de derogar la Resolución 112/92, que permitía la creación por entidades nacionales de sociedades mercantiles cubanas. En la práctica estas sociedades adoptan la forma de Sociedad Anónima,²⁸ y constituyen una transfiguración del patrimonio estatal. Las personas jurídicas cubanas constituyen los accionistas de estas entidades. En materia de responsabilidad responden de sus obligaciones con su propio patrimonio. Poseen personalidad jurídica.

En dicha Resolución se define a la sociedad mercantil cubana, como “aquellas que previa la autorización correspondiente, se constituyan en la República de Cuba conforme a la legislación vigente, con el fin de promover, ampliar o completar las actividades que constituyen el objeto social fundamental del organismo o entidad solicitante”.

A tenor de lo dispuesto en el Resuelto Primero de la Resolución 260/99, es el Ministerio de Comercio Exterior el organismo encargado de recibir y

²⁷Las reservas son fondos que van a parar al patrimonio, con el objetivo de hacer frente a contingencias futuras. Pueden ser: legales, voluntarias y estatutarias.

²⁸Es válido resaltar que la adopción, en la práctica cubana actual, de este tipo social obedece a una línea seguida hoy por nuestro sistema económico, porque la Resolución 260/99, a diferencia de la Ley 77/95 no impone una figura societaria determinada, por lo que fácilmente pudieran ser utilizadas cualquiera de las que regula nuestro Código de Comercio.

evaluar las solicitudes que presenten los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE) y otras entidades nacionales en constituir sociedades mercantiles cubanas, así como de ejercer la supervisión y el control de dichas sociedades, una vez que se haya otorgado la autorización por el CECM. De este precepto se desprende que las únicas personas jurídicas que pueden presentar solicitudes para constituir sociedades mercantiles de capital totalmente cubano son los Organismos de la Administración Central del Estado y las entidades nacionales.

Esta resolución se aplicará a las solicitudes de constitución de sociedades mercantiles cubanas siempre que tengan por finalidad: a) la realización de actividades productivas y/o de comercialización de mercancías y de servicios, b) la creación de asociaciones económicas internacionales, en las que la sociedad mercantil figure como socio o como parte, según se trate de empresas mixtas o de contratos de asociación económica internacional (a estas sociedades se les denominará sociedades instrumentales).

Para la constitución de estas sociedades se debe seguir un proceso de solicitud, aprobación y constitución.

Anteriormente habíamos señalado que es el Ministro de Comercio Exterior la autoridad encargada de recibir la solicitud de creación de una sociedad mercantil cubana. Dicha solicitud ha de presentarse por la máxima autoridad del organismo o entidad solicitante. La solicitud debe acompañarse el proyecto de estatutos de la sociedad mercantil.

Una vez presentada la solicitud, la comisión²⁹ evaluará la misma sobre la base de la documentación presentada. En caso de que la información brindada en la solicitud no sea suficiente, la comisión podrá requerir información adicional, la cual será ofrecida por los organismos correspondientes, y deberá ser presentada en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha de la solicitud al Ministerio de Comercio Exterior.

El Ministro de Comercio Exterior en un término de 30 días, contados a partir de la fecha del recibo de la solicitud inicial o de la adicional, remitirá el expediente, creado a la entidad solicitante, con las consideraciones y propuestas al Ministro de Economía y Planificación, quien lo someterá a la consideración del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, el que adoptará la decisión definitiva.

²⁹La comisión es el órgano presidido por el Ministro de Comercio Exterior, expresamente instituido para la evaluación y tramitación de las solicitudes de constitución de sociedades de primer nivel, del Ministerio de Economía y Planificación, del Ministerio de Finanzas y Precios, del Banco Central de Cuba y del Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica.

La decisión adoptada por el CECM será notificada por el Ministro de Economía y Planificación al jefe del organismo de la entidad solicitante, así como al Ministerio de Comercio Exterior y demás interesados.

Una vez tenida la autorización gubernativa, puede procederse a la constitución de la sociedad. Es decir, a otorgarse la escritura y luego inscribirse en el Registro Mercantil, para lo cual tienen un plazo de tres meses. Una vez transcurrido el tiempo para la constitución, pierde su vigencia la aprobación y los trámites previos realizados caducan. Por tanto, si caduca la acción de constitución de la sociedad debido al transcurso del tiempo, se cierran las puertas a las posibilidades de existencia de sociedades irregulares.

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN, ESCISIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES

Transformación

Se entiende por transformación de una sociedad el cambio de un tipo social a otro, reconocido por la ley, pero siempre conservando su personalidad jurídica. La transformación, constituye, en esencia, una modificación de la estructura social, ya que lo que se produce es un abandono del tipo social originariamente adoptado para adoptar otro de los que la ley regula (ejemplo: es el caso de pasar de sociedad colectiva a Sociedad Anónima y viceversa). Pero siempre va a mantener su personalidad jurídica. El fundamento de la transformación se encuentra en la necesidad de los socios de adaptar su situación económica a la realidad existente en esos momentos.

La transformación, como acto que realiza la sociedad ha de constar en Escritura Pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

Fusión

Es la fusión un procedimiento jurídico mediante el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y socios, en una sociedad única, previa disolución de las sociedades que se fusionan, creando una nueva sociedad que asuma las preexistentes; o bien previa disolución de todas las sociedades que se fusionarán, excepto una de ellas, que absorbe los socios y patrimonios de las disueltas.

La mayoría de los autores coinciden en que la fusión de sociedades obedece a necesidades de carácter económico, esto se traduce en concentración de empresas y unión de las fuerzas productivas para hacer frente a las necesidades y exigencias del mercado.

Autores como Francisco Ponce Gómez y Rodolfo Ponce Castillo,³⁰ consideran que la finalidad de la misma está dada por el hecho de constituir un capital más fuerte para el mejor desarrollo de los negocios a los que se dedican dos o más sociedades mercantiles, también para suprimir la competencia entre sociedades que tienen por objeto negocios de un mismo género.

Dos son los procedimientos de fusión:

- **Fusión propia o por creación:** tiene lugar cuando todas las sociedades se disuelven, pasando sus patrimonios y socios a una sociedad nueva que se crea, agrupando a todas las sociedades disueltas.
- **Fusión impropia o por absorción:** tiene lugar cuando una sociedad preexistente absorbe el patrimonio y los socios de las sociedades disueltas. En este último caso se producirá un aumento del capital en la sociedad absorbente.

Para que tenga lugar la fusión, la doctrina española señala la existencia de los requisitos o presupuestos siguientes:

- Disolución de una o de todas las sociedades que pretenden fusionarse: ante la presencia de este tipo de modificación que afecta la estructura social, siempre se va a producir la disolución de las sociedades que pretenden fusionarse, en algunos casos es de todas, creando una nueva, y en otros es de todas menos una que, existe, y por tanto absorbe a las sociedades fusionadas.
- Trasmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas (activo y pasivo): se produce la cesión, digamos, global tanto del activo como del pasivo a las sociedades que resultan de la fusión. Es decir, pasan a estas sociedades tanto los créditos, las deudas, derechos, y obligaciones que poseían las sociedades fusionadas.
- Inexistencia de liquidación de las sociedades disueltas: este tercer presupuesto está en estrecha relación con los anteriormente mencionados. Es en la fusión en uno de los pocos casos en los que la disolución no cumple su principal efecto: abrir el período de liquidación. La fusión es un proceso que persigue la concentración de empresas y unión de las fuerzas productivas para hacer frente a las necesidades y exigencias del mercado, es imposible que pueda tener lugar en ella la liquidación, precisamente por las operaciones que

³⁰Rodolfo Ponce Castillo y Francisco Gómez Ponce: *Nociones de Derecho Mercantil*, Editorial Banca y Comercio, S.A. de C.V., reimpresión 2004, México, D.F.

esta entraña: cobro de créditos, pago de deudas a los acreedores y división del haber social entre los socios.

- Agrupación de todos los socios en una única sociedad resultante de la fusión: no solo se produce el traspaso en bloque del patrimonio, sino también de los socios que pertenecían a las sociedades fusionadas. Recibiendo estas participaciones económicas (entiéndase acción y participación) que han de ser proporcionales a las que poseían como miembro de las sociedades disueltas.

Escisión

La escisión es un fenómeno opuesto a la fusión, mediante la cual se produce una separación del patrimonio de una sociedad, que puede ser extinguida o no, para pasarlo a otra u otras sociedades que ya existen o a una de nueva creación.

Existen al igual que la fusión dos tipos de escisión:

- **Escisión total:** la misma tiene lugar cuando se produce la extinción de la sociedad, con división en dos o más partes de todo su patrimonio, produciéndose un traspaso de las mismas a una sociedad de nueva creación o es absorbida por otra ya existente.

Es elemento característico en este tipo de escisión que se produzca la extinción de la sociedad, así como el traspaso de las partes segregadas a las sociedades beneficiarias.

- **Escisión parcial:** tiene lugar cuando se produce una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad escindida, sin extinguirse, pasando la porción segregada a unas o varias sociedades de nueva creación o a otras ya existentes (sociedades beneficiadas).

Los elementos que caracterizan a la escisión parcial es que la sociedad escindida no se extingue ni se disuelve, sino que permanece viva; se produce la segregación de una o más partes del patrimonio de la sociedad, que se traspasan en bloque a una o más sociedades; paso de la sociedad escindida parcialmente a las sociedades beneficiarias. Es imprescindible que tenga lugar la división de la sociedad escindida en dos o más partes, porque de lo contrario, estaríamos en presencia de un proceso de fusión.

Con relación a los tres procesos que sucintamente acabamos de explicar tenemos a bien comentarles que en la legislación cubana, actualmente existe un vacío legislativo. No existen normas en materia mercantil que regulen

estos procedimientos. En estos momentos se está llevando a cabo la redacción de una normativa legal en la cual se regulan dichos procedimientos. Es de destacar que hoy en día estos procedimientos se están llevando a cabo por la Resolución 100/2000, del Ministerio de Economía y Planificación, pero dicha normativa fue diseñada para aplicarse a estos procedimientos, pero cuando tenían lugar en empresas estatales, uniones de empresas, en fin es aplicable a los sujetos de Derecho Económico.

Disolución

La disolución es la primera fase del proceso de extinción de las sociedades mercantiles. Con ella se abre el proceso de liquidación. Durante la disolución la sociedad conserva su vida, es decir, mantiene su personalidad jurídica.

La disolución tiene lugar cuando se den las causas que la originan, causas que pueden ser de dos tipos: legales y estatutarias;

Las causas legales de disolución, aparecen recogidas en el artículo 221 del Código de Comercio, y estas son:

1. Cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad o la conclusión de la empresa que constituya su objeto. Esta causa opera de pleno derecho, ya que surte efectos antes de la inscripción en el Registro Mercantil, sin necesidad de ser declarada por los socios. Una vez cumplido el término de duración de la sociedad, no podrá la misma prorrogarse. Para poder prorrogar la sociedad, cuando ha sido constituida por tiempo determinado, se debe realizar antes de vencer el tiempo de duración a través de escritura pública la prórroga de la sociedad, caso contrario se disolverá la misma con todo el proceso de liquidación y extinción que le sucede a la disolución (ver artículo 223 del Código de Comercio).
2. Pérdida entera del capital: Esta causa tiene su explicación en las terribles dificultades que se le presentarían a una sociedad que ha perdido enteramente su capital, ya que una sociedad sin capital no es nada, no tiene sentido, y representa un evidente perjuicio para los acreedores, ya que una de las funciones del capital es ser una cifra de garantía y, por tanto, si la sociedad pierde su capital no conservarán los acreedores seguridad ni garantía alguna para poder percibir sus créditos.
3. Quiebra de la compañía: La quiebra trae consigo un conjunto de efectos para el quebrado (inhabilitación para la administración, desposesión

de sus bienes, etc.). Pero es además un procedimiento que persigue un tratamiento igualitario para los acreedores a los que se les liquidará la porción debida, por ende, si hay liquidación esto hace que necesariamente funcione la quiebra como causa de disolución.

La disolución de las sociedades por cualquier otra causa, excepto la del cumplimiento del término de constitución, no surtirá efectos en perjuicio de terceros hasta que no se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil.

Las causas estatutarias, son aquellas que los socios libremente han estipulado en lo estatutos sociales.

El efecto fundamental de la disolución es la apertura del proceso de liquidación de la sociedad.

Liquidación

Es la liquidación la fase del proceso de extinción que comprende una serie de actos que van dirigidos a la satisfacción del crédito por los acreedores sociales y a la distribución del patrimonio social remanente entre los socios. Es la fase que antecede a la extinción de la sociedad, y durante la misma la sociedad conserva su personalidad jurídica.

Una vez que se declara la sociedad en liquidación, se debe inscribir dicha situación en el Registro Mercantil, cumpliendo de esta manera con su principal función: ser un instrumento de publicidad. La denominación de la sociedad debe ir acompañada de la frase “en liquidación”.

Durante este período se dejan de realizar las actividades económicas encaminadas a alcanzar el objeto social, y se comienzan a realizar operaciones tendentes a la conclusión de la sociedad, hasta llegar a la extinción de la misma.

A partir del momento en que la sociedad se declara en liquidación, se produce un cese en la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer obligaciones, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores, salvo que se disponga lo contrario, limitándose las facultades de los liquidadores a cobrar los créditos de la sociedad, a pagar las deudas, según vayan venciendo, y a dividir ese beneficio neto, limpio entre los socios; así lo dispone el artículo 228 del Código de Comercio.

Los liquidadores son los gestores y representantes de la sociedad en liquidación. Representan, tanto de un modo activo como pasivo a la sociedad, no a los socios ni a los acreedores.

El artículo 230 establece las obligaciones de los liquidadores. Señala que los mismos están en la obligación de formar y comunicar a los socios, dentro

del término de 20 días, el inventario del haber social con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad; y deben comunicar a los socios todos los meses el estado de la liquidación.

Los liquidadores serán responsables ante los socios de cualquier perjuicio que resulte al haber común, por fraude o negligencia grave en el desempeño de su encargo, sin que por esto se entiendan autorizados para hacer transacciones, ni celebrar compromisos sobre los intereses sociales, a no ser que los socios le hubieran conferido estas facultades (artículo 231).

Una vez terminada la liquidación y llegado el momento de dividir el haber social, los mismos liquidadores verificarán la división del haber realizada dentro del término que la junta determine.

El artículo 233 dispone que en caso de que alguno de los socios sintiera vulnerado su derecho a la porción correspondiente a la liquidación, podrá dirigirse ante el tribunal competente, y esto representa un mecanismo de protección para los socios.

Ningún socio podrá exigir la entrega del haber que le corresponda en la división de la masa social, mientras no se hayan extinguido todas las deudas y obligaciones de la sociedad, o se haya depositado el importe de la misma.

Durante este período continuarán observándose las disposiciones de sus estatutos, con relación a la convocatoria de sus juntas generales, ordinarias y extraordinarias, para dar cuenta de los progresos de la liquidación y tomar los acuerdos que convengan al interés común.

Con relación al régimen de liquidación, pero en el caso particular de las Empresas Mixtas, existe una regulación que es la Resolución 27/03 del Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, en la que en los artículos 40 y siguientes se regula todo lo referido a dicho proceso.

Las empresas mixtas que arriben al acuerdo de disolver el negocio, deberán informarlo a la Dirección de Control de las Inversiones Extranjeras (DCIE) en un término no mayor a 15 días naturales a partir de la adopción del acuerdo. Para ello deberán presentar una Certificación del Secretario Letrado de la Sociedad; o un documento suscrito por ambas partes en el contrato de asociación. Este acuerdo ha de ser registrado en el libro y registro correspondiente.

Las empresas mixtas deberán presentar a la DCIE, antes de su aprobación definitiva por las partes, un informe de liquidación, en el cual se hará constar la causal de disolución y la propuesta de los beneficios o pérdidas resultantes del negocio, los estados financieros correspondientes al cierre contable, los cuales han de estar certificados por una entidad independiente.

La presentación de dicho informe se presentará en un plazo no mayor 180 días naturales, contados a partir de la adopción del acuerdo de disolución.

La DCIE contará con un término de hasta 15 días naturales, contados a partir de la fecha en que se recibió dicho informe, para poder poner en conocimiento de la comisión liquidadora o de las personas encargadas de realizar dicho proceso, cualquier observación necesaria antes de concluir el proceso.

Una vez aprobado por los socios o las partes el informe de liquidación, en un término no mayor de 20 días hábiles, contados a partir de este momento, deberá ser enviado a la DCIE el certificado de la Oficina Nacional de Administración Tributaria como certificativo del no adeudo fiscal.

Posteriormente a esto, las partes o los socios deberán inscribir en el Registro Mercantil el resultado final de la liquidación y, por tanto, podrán solicitar el documento por la cual se certifica la baja del negocio, dicho documento ha de ser emitido por el Registro Mercantil. Debe ser presentada una copia de este ante la DCIE en un término no mayor de 10 días naturales contados a partir su emisión.

Una vez que la DCIE ha obtenido la información anterior, la empresa mixta, si la causal de disolución ha sido el incumplimiento del objeto social, se elevarán al Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros los documentos acreditativos de la extinción del negocio, para proceder, luego, a la emisión de la correspondiente circular de liquidación.

Pero si las causas de disolución difieren de la anteriormente mencionada, se emitirá por el MINVEC la circular correspondiente, mediante la cual informan a los organismos correspondientes, que intervinieron en la aprobación de los negocios, de la terminación del mismo.

Extinción

Es la extinción la última fase de este proceso y tiene lugar cuando se produce la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil.

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

LIC. NATACHA TERESA MESA TEJEDA

La Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL) nace en el Derecho anglosajón como una Sociedad Anónima de modestas proporciones, a la que se recurría cuando un escaso número de personas deseaban iniciar en común la explotación de una actividad económica, aportando pequeñas cifras de capital, y deseaban excluir su responsabilidad personal ante las obligaciones que pudiera contraer la sociedad. Es una tipología societaria que surgió con el propósito de que los socios de las sociedades personalistas contaran con el beneficio de la responsabilidad limitada ante las deudas de la sociedad. Es un tipo social que, en sus inicios, se reserva para las empresas de pequeña y mediana entidad o para aquellas sociedades que tienen un gran capital social y escaso el número de socios, y sea una pretensión de los mismos mantener el control de la sociedad. Hoy en día en los países europeos ha adquirido una gran vitalidad, tan es así que se plantea que es la figura societaria más utilizada.

CONCEPTO Y NATURALEZA

No pocos han sido los autores que han ofrecido un concepto de Sociedad de Responsabilidad Limitada:

Según Fernando Sánchez Calero: “La SRL es 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”.¹

¹Fernando Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1996, t I, p. 509.

Garrigues, por su parte, la define como la “sociedad de naturaleza mercantil cuyo capital, que no debe ser inferior a 500 000 pesetas, se divide en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones y cuyos socios no responderán personalmente de las deudas sociales”.²

Según Rodrigo Uría: “La SRL es aquella Sociedad Mercantil que tiene el capital dividido en participaciones de igual valor, y no en acciones, y gira bajo una denominación objetiva o una razón social sin que los socios adquieran responsabilidad personal por las deudas sociales”.³

Con los conceptos anteriormente expuestos, coinciden otros autores como Manuel Broseta Pont y Vicent Chuliá.

Nosotros, al igual que los autores antes mencionados, coincidimos en que la SRL es la sociedad mercantil cuyo capital social se encuentra dividido en cuotas, denominadas participaciones, iguales, acumulables e indivisibles, las cuales no han de incorporarse a título valor alguno, y no son de fácil transmisión, y sus socios no responden personalmente de las deudas sociales.

CARACTERÍSTICAS

- Sociedad capitalista de naturaleza mercantil, cualquiera que sea su objeto, pero con la particularidad que existe en ella una mayor participación personal que en la Sociedad Anónima.
- Se constituye única y exclusivamente por el procedimiento de fundación simultánea.
- El capital se encuentra dividido en cuotas denominadas participaciones.
- Se exige a esta sociedad que al momento de su constitución esté todo el capital desembolsado, por lo que no hay lugar a la existencia de los dividendos pasivos.
- Los socios no responden por las deudas que la sociedad, como persona jurídica distinta a la de los socios que la integran, pueda contraer.
- Su estructura está formada por un conjunto de órganos sociales semejantes a los de la Sociedad Anónima.
- Tiene un carácter cerrado, y esto se evidencia en que las participaciones sociales, al no incorporarse a título valor alguno, no resultan de fácil transmisión a terceras personas.

²Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Madrid, España, 1976, t.I, p. 545.

³Rodrigo Uría: *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 1997, p. 463.

➤ En la denominación deberá figurar la indicación “Sociedad de Responsabilidad Limitada”, “Sociedad Limitada” o sus abreviaturas “S.R.L.” o “S.L.”.

➤ La transmisión de las participaciones sociales se formalizará en documento público.

➤ Al igual que la Sociedad Anónima se caracteriza por la responsabilidad exclusiva de la sociedad por las deudas sociales.

A nuestro juicio, y coincidiendo con el criterio que emiten algunos autores en la doctrina, uno de sus principales exponentes es Joaquín Garrigues,⁴ consideramos que la denominación más acertada de esta figura societaria no es la de Responsabilidad Limitada. Pues como ya hemos analizado anteriormente, la limitación de la responsabilidad recae sobre el socio, y no sobre la sociedad misma. Esto podría traer consigo que personas, desentendidas en la materia, que escuchen hablar de la misma pensarán que es limitada la responsabilidad de la sociedad. Cosa esta imposible, pues la sociedad, como empresario mercantil que es, responderá siempre ilimitadamente (con todos sus bienes presentes y futuros) de todas sus obligaciones frente a terceros. Y en el caso de los socios, podíamos preguntarnos entonces: Si no hay lugar para los dividendos pasivos⁵ ¿cómo entonces van a responder? Creemos que bien podría denominarse Sociedad de Riesgo Limitado. Es decir, que la limitación de la responsabilidad no es para la sociedad sino para sus socios.

NATURALEZA JURÍDICA

Doctrinalmente ha sido muy discutida la cuestión de la naturaleza jurídica de esta sociedad. Muchos autores consideran que la SRL tiene elementos que la asemejan a las sociedades capitalistas, estos son: la responsabilidad limitada de los socios; el hecho de que la intensidad en el ejercicio de los derechos dependa de la cuantía de capital del que sea titular; la organización corporativa que se asemeja a la de la Sociedad Anónima; sin embargo, la consideración de las circunstancias personales de los socios, la posición jurídica de estos, el carácter cerrado de sociedad, así como la imposibilidad de acudir al público para constituir la sociedad –por el procedimiento de fundación sucesiva– la aproximan a las sociedades de tipo personalista. No obstante

⁴Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Madrid, España, 1976, t. I, p. 547.

⁵Se denominan dividendos pasivos a las deudas que tienen los socios con la sociedad.

esto, es innegable el hecho de que la SRL se encuentra ubicada más cerca de la Sociedad Anónima que de las sociedades personalistas, por lo que podemos concluir que es la SRL una sociedad capitalista con rasgos de sociedades personalistas.

En diversos ordenamientos jurídicos europeos, no existe un mínimo legal respecto al número de socios, admitiéndose la posibilidad como hemos señalado anteriormente, de constituir Sociedades de Responsabilidad Limitada Unipersonales. No obstante esto, en el caso particular de la legislación española se establece un límite máximo: el número de socios no puede ser superior a 50. En Cuba, al parecer no existe reconocimiento legal para la constitución de la misma, ya que el artículo 116 del Código de Comercio, establece que las sociedades han de constituirse por dos o más socios.

La condición de socio está determinada por la posesión y desembolso de, al menos, una participación social. El número y la aportación económica correspondiente de las participaciones sociales, se establece por los socios fundadores en los estatutos de la sociedad.

La posesión de una participación social se puede obtener en dos momentos distintos:

- En el momento de la constitución de la sociedad, mediante la suscripción (asignación a un dueño) y desembolso de la misma.
- Posteriormente, mediante la transmisión y desembolso de una participación social ya existente de un socio.

La participación le concede a su titular la condición de socio y con ella un conjunto de **derechos** y deberes, a los cuales nos referiremos de un modo muy breve, y esto obedece a que el contenido en su esencia no dista de los derechos que confiere la acción al socio de una Sociedad Anónima. La doctrina los clasifica en Patrimoniales y Político-Administrativos, estos son:

- **Derecho a participar en el reparto de los beneficios sociales:** consiste en el reparto de las ganancias obtenidas durante el ejercicio social, generalmente y salvo pacto en contrario la distribución se realizará en la proporción correspondiente a la posesión de las participaciones sociales.
- **Derecho al patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad:** como ya es conocido la liquidación se encuentra dentro del proceso de extinción de la sociedad. El proceso de liquidación trae consigo el cobro de los créditos, el pago de las deudas y la distribución del remanente. Es esa porción libre, neta, a la cual tienen dere-

cho los socios durante el proceso liquidatorio. Y la distribución, salvo pacto en contrario, será proporcional a la participación del socio en el capital social.

- **Derecho de suscripción preferente:** al igual que en la Sociedad Anónima los socios gozan de este derecho en la SRL; el mismo tiene su expresión cuando en la sociedad se lleva a cabo un aumento de capital.
- **Derecho a asistencia y voto a la junta general:** es este un derecho político que consiste en la posibilidad que tienen los socios de asistir y votar los acuerdos sociales en el órgano soberano y deliberante de la sociedad y así formar la voluntad social. Cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, salvo disposición contraria de los estatutos.
- **Derecho de información:** es el derecho que tienen los socios a informarse de los asuntos que puedan ser tratados en la junta general y de cualquier otro asunto de interés (cuentas anuales).

El **capital social** deberá estar determinado, y estará dividido en participaciones que reúnen las siguientes características: iguales,⁶ acumulables e indivisibles. Las participaciones son iguales pues tienen idéntico valor y atribuyen iguales derechos; son acumulables ya que los socios pueden suscribir y detentar dos o más participaciones. Es decir, que un socio puede tener 2 ó más participaciones, esto no significa que se trate de una única participación; la condición de socio es indivisible y si existiere copropiedad de las participaciones, los propietarios deberán designar a un socio representante solo para ejercitar los derechos sociales.

El capital social está integrado por las aportaciones hechas por los socios. Sólo pueden realizarse aportaciones económicas (bienes o derechos susceptibles de valoración económica). Las mismas pueden consistir en dinero o en bienes, muebles o inmuebles, susceptibles de valoración económica. En ningún caso pueden ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante, en los estatutos sociales, pueden establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución.

Presenta la Sociedad de Responsabilidad Limitada una particularidad con relación a la Sociedad Anónima y es que al momento de su constitución

⁶Hoy en día se discute esta característica la permanencia de la característica de la igualdad en el valor nominal de las participaciones, pues en algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, se ha eliminado esta nota tradicional de igualdad.

todo el capital debe estar íntegramente desembolsado, elemento este, que como ya hemos apuntado anteriormente, cierra las puertas a la existencia de los dividendos pasivos.

Al igual que en la Sociedad Anónima el capital se caracteriza por ser estable, lo que implica que no puede ser modificado libremente por la voluntad de las partes, sino que para poder modificarlo debe ser mediante los procedimientos que establece la ley; ilimitado, ya que independientemente de que posee un límite mínimo, no presenta un límite máximo. Ha de estar determinado, es decir, en la escritura de constitución se exige que esté expresamente determinado.

Las participaciones sociales no tienen el carácter de valores, no pueden estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, no pueden denominarse acciones y nunca pueden cotizarse en Bolsa.

Al igual que en la Sociedad Anónima el capital social tiene en la SRL una doble función: un valor de explotación y una cifra de garantía o retención en favor de los acreedores, porque mientras este no supere la cifra del patrimonio social, no se entrará a repartir beneficios; de lo contrario se estarían repartiendo beneficios ficticios.

REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

La Sociedad de Responsabilidad Limitada, al igual que las demás sociedades mercantiles, ha de cumplir dos requisitos indispensables para su constitución, y estos son: el otorgamiento de Escritura Pública y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Adquiriendo con esta personalidad jurídica y, por ende, se convierte en sujeto de derechos y obligaciones.

Se constituye necesariamente por el procedimiento de fundación simultánea. Nota esta que la distingue de la Sociedad Anónima ya que, como es sabido, la misma se puede constituir por dos procedimientos: fundación simultánea y fundación sucesiva.

La Escritura Pública de constitución de la Sociedad debe ser otorgada por todos los socios fundadores, por sí o por medio de representantes, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales. Es de destacar que en esta sociedad, a diferencia de lo que ocurre en la Sociedad Anónima española, los Estatutos Sociales constituyen, necesariamente, una mención dentro de la escritura.

En la Escritura de Constitución debe expresarse:

- La identidad del socio o socios.
- La voluntad de constituir una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

- Las aportaciones que cada socio realice y la numeración de las participaciones asignadas en pago.
- Los Estatutos de la Sociedad.
- La determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean diferentes alternativas.
- La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación social.

En la escritura se pueden incluir todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, lo cual constituye una manifestación del principio de autonomía de la voluntad. No obstante recae sobre estos un límite negativo, y es que no pueden establecer pactos y cláusulas que excluyan a ningún socio del reparto de las ganancias (pactos leoninos), ya que esto va en contra del objetivo o fin por el cual se constituyó la sociedad, que es la obtención de ganancias y el reparto de las mismas entre los socios.

En los Estatutos Sociales se debe hacer constar, al menos:

- La denominación de la Sociedad.
- El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
- La fecha de cierre del ejercicio social.
- El domicilio social.
- El capital social, las participaciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.
- El modo o modos de organizar la administración de la Sociedad.

ÓRGANOS SOCIALES

Como empresario mercantil dotado de personalidad jurídica, la Sociedad de Responsabilidad Limitada posee órganos encargados de crear, emitir y ejecutar su voluntad. Los mismos regularán tanto su vida interna como sus actividades externas o de relación con terceros, estos son: la Junta General y los administradores. Es válido señalar que con relación a los órganos sociales no existen diferencias sustanciales con respecto a los órganos de la Sociedad Anónima, solo que presenta algunas particularidades que posteriormente analizaremos.

La junta general

Es el órgano supremo de gobierno de la sociedad, adopta los acuerdos sociales tomados por mayoría de capital que expresan la voluntad social y rigen la vida de la sociedad.

Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado; el nombramiento y separación de los administradores, liquidadores así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; la autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la modificación de los estatutos sociales; el aumento y la reducción del capital social; la transformación, fusión y escisión de la sociedad; la disolución de la sociedad; cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

La Junta General será convocada por los administradores para su celebración dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio con el fin de censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Las restantes sesiones de la Junta General tendrán el carácter de extraordinarias y serán convocadas cuando se estime conveniente.

Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, a excepción de determinados acuerdos que exigen una mayoría cualificada.

Sin embargo, se presentan en este órgano dos importantes singularidades: La reunión de los socios, la votación y la consiguiente adopción de acuerdos no deben producirse, exclusivamente, en Junta, con la presencia concurrente de los socios o sus representantes, pues cuando el número de socios no exceda de 15, los acuerdos podrán adoptarse por vía telefónica, correo, etc., o por cualquier medio que sin exigir la reunión, garantice la autenticidad de la voluntad declarada. La otra singularidad consiste en que se requiere el voto favorable de más de la mitad del capital social, concurrente o no a la junta, salvo que en la escritura se disponga de modo expreso lo contrario.

Los administradores

Órgano ejecutivo y representativo a la vez, que lleva a cabo la gestión administrativa diaria de la empresa social y la representación de la entidad en sus relaciones con terceros. La competencia para el nombramiento de

los administradores corresponde exclusivamente a la Junta General. Salvo disposición contraria en los estatutos se requerirá la condición de socio.

La administración de la sociedad se puede llevar a cabo:

- por un administrador único,
- por varios administradores, que actúen solidaria o conjuntamente, o
- por un Consejo de Administración.

Los estatutos podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria.

Todo acuerdo de modificación del modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos, se consignará en el Registro Mercantil.

Los administradores ostentan la representación de la sociedad y deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. También deben guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.

Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General.

Los administradores responderán frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

La SRL fue adicionada a nuestro Ordenamiento Jurídico, por la Ley del 17 de Abril de 1929, la misma fue modificada por la Ley 13 de Diciembre de 1929. En la sección Decimocuarta del Libro Segundo, Título primero de nuestro Código de Comercio.

Nuestro Código establece que la SRL tendrá libertad para elegir y desarrollar su objeto social, siempre que sea de lícito comercio. En cuanto a la denominación, se presenta en nuestra legislación una particularidad y es que obliga a los socios a adoptar una denominación subjetiva, pues establece que

la sociedad se identificará con una razón social,⁷ en la cual figurarán los nombres de uno o más socios, siempre acompañada de las palabras Sociedad Limitada. Pero esta denominación ha de cumplir dos requisitos: la novedad y la veracidad. La novedad, como su nombre lo indica, consiste en que esta ha de ser nueva, y por ende, no puede ser igual o semejante a otra que ya exista; y la veracidad consiste en que exactamente esté integrada la razón social con el nombre de los socios. Es válido señalar que cuando en la razón social no figure el nombre de todos los socios, se antepondrá la palabra Compañía a la Sociedad Limitada. Como expusimos anteriormente, esta se caracteriza por tener un número limitado de socios para su constitución. En este sentido exige la ley que el número de estos sea de 2 a 10, cerrando las puertas a las sociedades unipersonales, según lo que establece nuestra legislación.

En lo que al capital se refiere, se establece un límite mínimo; la ley dispone que el mismo no será inferior a cinco mil pesos en moneda nacional. Es válido señalar que en este sentido existe en nuestra legislación la presencia del capital mínimo pero no máximo. La aportación hecha por cada socio para constituir el capital social, ha de ser en metálico y en especie, la aportación en especie ha de ser suceptible de valoración económica. Esto posibilitará evitar la supra e infravaloración de los bienes y con ello tener un valor, si pudiéramos denominarle, real y efectiva de los bienes que conforman la aportación no dineraria.

Requiere la SRL para su válida constitución la existencia de los requisitos que exige la ley para la regular constitución de toda sociedad mercantil: Escritura Pública e Inscripción en el Registro Mercantil. Aquí debemos señalar que a pesar de que esta figura societaria es admitida y regulada por nuestro ordenamiento jurídico, en el Registro Mercantil el número de Sociedad de Responsabilidad Limitada inscritas es ínfimo.

Como referíamos al inicio del presente artículo, las participaciones no pueden incorporarse a títulos negociables. Esto tributa a hacer un tanto difícil y engorrosa la trasmisibilidad de las participaciones sociales, de las que son titulares los miembros de la sociedad. Esto no significa que no se puedan transmitir, sino que su transmisión se dificulta ya que el Código establece que para poder transmitirla se necesita del consentimiento de las dos terceras partes de los socios que representen al menos la dos terceras partes del capital social. Dicha transmisión ha de hacerse efectiva en Escritura Pública,

⁷En este sentido nuestro Código no siguió el patrón seguido por otros ordenamientos jurídicos de establecer libertad en cuanto a la denominación. Expone la ley expresamente que ha de figurar bajo una razón social o denominación subjetiva, y esto obedece a la marcada tendencia que existe de acercar la sociedad a las personalistas.

inscribiéndose la misma en el Registro Mercantil. Y en el caso de producirse la trasmisión, los socios (cesionarios) serán responsables de un modo solidario, si se han distribuido beneficios ficticios.

Necesita la sociedad de personas que la representen tanto en el ámbito interno como externo, y a tal efecto estarán gobernadas y administradas por uno o más mandatarios, sean socios o no, y estos cargos podrán ser gratuitos o no. Serán nombrados en el momento de constitución de la sociedad o posterior a ella, y puede ser por tiempo limitado e ilimitado, teniendo, pues, los mismos la plenitud de facultades frente a terceros. No obstante podrán ser movidos los gerentes por causa legítima y comprobada. La autonomía de la voluntad la encontramos presente en cada rincón del Derecho Mercantil; por tanto, los socios tienen plena libertad para desarrollar en los estatutos cómo se estructurará la dirección y administración de esta sociedad.

En tal sentido serán responsables de modo individual o solidariamente, con la sociedad y terceros, de las infracciones legales, violaciones de los estatutos y falta que cometerían en el desempeño de sus funciones.

Los socios tienen el derecho de examinar el estado de la administración y de la contabilidad, en las etapas previstas en la ley, y hacer las reclamaciones que convengan.

Se caracteriza la SRL, en nuestra legislación, por la existencia de Reservas⁸ Legales; las mismas estarán integradas por un 20% del beneficio obtenido en cada año. Con la regulación imperativa de las reservas se trata de brindarle una garantía a los terceros y a la sociedad misma. Pues ante la ocurrencia de cualquier acontecimiento tendrá la sociedad un fondo seguro con que hacer frente.

En Cuba, si bien la Ley # 77/95 de la Inversión Extranjera impone con carácter obligatorio la adopción de la Sociedad Anónima como tipo social para las Empresas Mixtas. La Resolución # 260/99 del Ministerio de Comercio Exterior no establece la adopción de la Sociedad Anónima como figura societaria, por tanto da la posibilidad de que al amparo de la misma puedan constituirse sociedades de responsabilidad limitada. Pero en la práctica todas las sociedades mercantiles constituidas al amparo de la misma han adoptado la forma de Sociedad Anónima.

Ciertamente consideramos que la inutilización de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en nuestra práctica jurídica mercantil puede obedecer a factores de origen histórico, pero a su vez es innegable el hecho de que este tipo societario hoy en día constituye una buena opción para la constitución de pequeñas y medianas sociedades mercantiles.

⁸Se consideran reservas, los fondos que los socios acuerdan destinar para hacerle frente a contingencias futuras.

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

M SC. RAIZA FRAGA MARTÍNEZ

CAUSAS QUE PROPICIARON EL SURGIMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. ANÁLISIS TEÓRICO

Tras la aparición en el siglo XIX de las sociedades capitalistas, donde sus socios no responden nunca de las deudas comerciales de la sociedad mercantil, surgió la idea de limitar la responsabilidad del empresario individual en el desarrollo de la actividad comercial, debido a que los comerciantes individuales de la época, estaban ansiosos de no responder ilimitadamente de las resultas de su actividad económica.

La limitación de la responsabilidad del empresario individual fue una figura jurídica inicialmente rechazada. La responsabilidad limitada del comerciante individual entraba en contraposición a 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.¹ Además, se rompe también la conexión entre poder y responsabilidad, que son los términos que han servido para atribuir el riesgo al empresario individual.²

El principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio del empresario, es la base de todas las contradicciones que trae consigo el intento de regular la responsabilidad limitada del empresario individual. El comerciante individual, que desea desplegar una actividad económica, y a la vez disfrutar de la

¹Incorporar al Derecho Positivo la responsabilidad limitada del empresario individual, implica modificar el ordenamiento jurídico, si no tales principios desarrollados en sus normas, quedarán derogados de hecho.

²La limitación de la responsabilidad del empresario individual traería aparejado el traspaso del riesgo a los acreedores, que hasta ahora venían siendo quienes quedarían sin cobrar sus deudas en caso difícil de la economía de esa empresa personal de responsabilidad limitada, aunque por otra parte, el deudor seguía disfrutando de sus bienes, no comprometidos con la empresa, pero que son parte de su único patrimonio.

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. 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, será al monto del patrimonio separado o de afectación.³

El patrimonio de afectación, al que se hace referencia, se define 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. De esta forma, será ese patrimonio el que le permitirá al comerciante responder personalmente de sus propias deudas, en correspondencia con el hecho de que tal separación crea separación también en los tipos de relaciones jurídicas –entiéndase las deudas personales con el patrimonio personal– y las deudas comerciales con el patrimonio separado. Cabe aclarar, que esta separación no afecta al titular, quien seguirá siendo el propietario de ambos patrimonios.

Lo que implica, al decir de GARRIGUES, que “El comerciante aparece con una doble personalidad: como comerciante y no comerciante”⁴ y consecuentemente, tendrá estos dos patrimonios, uno para cada una de sus situaciones legales, antes mencionadas.

El patrimonio de afectación como vía para limitar la responsabilidad del comerciante individual, entra en contradicción con el principio en cuestión. El principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio, aboga porque ninguna persona física tenga más de un patrimonio, ya que el patrimonio a pesar de ser un conjunto de bienes y derechos de esa persona, tiene un tratamiento jurídico unitario, que no permite el deslinde efectivo en varias masas patrimoniales, aunque existan excepciones legales⁵ y no se regule en todas las legislaciones.

El principio de correspondencia entre poder y responsabilidad, por su parte, plantea que al empresario individual, cuando decide libremente sobre

³Esto alcanzó importancia jurídica, al ser la masa patrimonial separada, una garantía preferencial y específica para determinados créditos y acreedores, sin que desaparezca la garantía genérica ofrecida por el patrimonio personal general del único titular.

⁴J. Garrigues: Ob.cit., p. 170.

⁵Ejemplo de ello es el naviero que sí desde sus inicios fue un empresario con un patrimonio marítimo, sin que tuviese que constituirse como empresario social. Pero esto era una excepción, y el problema actual es que se pretende generalizar este principio a todos los comerciantes, convirtiéndolo en una regla general, dejando de ser excepcional.

la gestión de su empresa,⁶ se le hace corresponder la responsabilidad ilimitada, como medio para distribuir los riesgos y asignar responsabilidades. Implica que a su gestión exclusiva y personal, le corresponde la responsabilidad ilimitada.⁷

Los efectos del principio de correspondencia entre poder y responsabilidad, pueden traer como consecuencia que el ejercicio de esa empresa propicie la desaparición del empresario del mercado y la ruina familiar. Ante esta situación, el comerciante comienza a anhelar para sí, el beneficio de la responsabilidad limitada, a través de la separación de él de su empresa, y por ende, de su responsabilidad; ya que al alejarse de esa gestión, implica no responder por ella.⁸

El empresario individual no puede prever el resultado de sus decisiones en la gestión de una actividad mercantil. Por ello, el comerciante busca una vía para disminuir sus riesgos, como lo es la empresa individual de responsabilidad limitada.

La empresa individual de responsabilidad limitada contradice los principios expuestos. Es una empresa gestionada por un empresario individual con la única distinción de la separación del patrimonio. La gestión del comerciante sigue siendo exclusiva de él, lo que debiera conllevar a una ilimitación de su responsabilidad. Sin embargo, se le reconoce la responsabilidad limitada, estableciéndose una excepción al principio de correspondencia entre poder y responsabilidad.

La responsabilidad limitada del empresario individual es rechazada también, porque contradice la ética negocial.⁹ Toda persona que gestione una empresa mercantil debe soportar las deudas derivadas de esa actividad ejercida en el mercado. Todo comerciante debe responder de las deudas comerciales, en correspondencia con el principio de “quien disfruta de los beneficios de una acción también deberá soportar sus pérdidas”.

⁶Sucedee igual con los socios colectivos.

⁷La doctrina jurídica no ha llegado a conclusiones definitivas sobre cuándo nació esta práctica de que los comerciantes asumieran la responsabilidad ilimitada frente a sus acreedores, pero lo cierto es que su utilización en la praxis se ha extendido a todo el tráfico jurídico.

⁸Y ejemplo fehaciente son las sociedades de capitales, donde los socios no intervienen en la administración de esa empresa a desarrollar y, por tanto, tienen la responsabilidad limitada, gracias a la despersonalización de la empresa, separándose de ella, a través de la forma social.

⁹Se considera un principio ético, ya que no hay fundamentación teórica del mismo, pero es puramente válido en la vida económica, puesto que su inobservancia produciría grandes problemas en el tráfico y a los terceros acreedores del empresario ignorante de este presupuesto.

Aceptar la limitación de la responsabilidad del empresario individual, sería la causa de la evasión de la responsabilidad universal por parte del comerciante. La responsabilidad limitada permite al empresario individual poner a salvo su patrimonio frente a los acreedores mercantiles. Dichos acreedores no cobrarán la totalidad de sus deudas, desplazándose el riesgo hacia ellos; mientras el deudor continuará disfrutando de su patrimonio personal.

La responsabilidad limitada del empresario individual tendrá como efecto la falta de diligencia del empresario en su gestión. El riesgo pasaría de nuevo al acreedor; quien necesitará de garantías complementarias más allá del patrimonio separado, para protegerse cuando el negocio lo requiera.¹⁰ Además de que el comerciante comenzará a sentirse ajeno de las deudas de su empresa.

Es por ello que limitar la responsabilidad del empresario individual, pondría en peligro el tráfico económico, al quitar a los acreedores de la empresa, la garantía de la posible ejecución de los bienes personales del empresario, cuando el patrimonio mercantil no resulte suficiente para satisfacer las deudas de la misma.

Otra objeción es que esta institución no tendrá utilidad alguna. El comerciante podrá separar su patrimonio y limitarlo ante los acreedores mercantiles. Esto no quita ni evita que esos acreedores, para concluir su contratación, exijan otras garantías ajenas a ese patrimonio afectado de su patrimonio personal. Entonces significa que ante una crisis económica la garantía se hará efectiva. Parte de los bienes personales del deudor servirán para saldar la deuda mercantil, eliminándose tal disminución de riesgos, que es la causa principal del surgimiento de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

Ante esta oposición a la limitación de la responsabilidad del empresario individual, aparecieron entonces razonamientos favorables a la aceptación de esta institución. Tomaron como punto de partida los criterios que sobre la responsabilidad limitada se venían exponiendo.

En cuanto al desmoronamiento de la ética negocial en el mercado, la limitación de la responsabilidad del comerciante individual, operaría positivamente

¹⁰La aparente protección total del acreedor, cuando es todo su patrimonio el que respalda la negociación, es incorrecto hacerla absoluta, si tenemos en cuenta que en ningún caso el interés del acreedor está adecuadamente protegido, cuando se trata con un empresario individual, ya que se dan casos de bienes que se piensan son del deudor y en realidad no le pertenecen y de nada sirven para proteger al acreedor, que se entera en el momento que va a hacer líquida su deuda. El acreedor nunca conoce el monto exacto a que asciende una empresa, salvo las sociedades que tienen escriturado su capital social, operando con ellas siempre a tontas.

desde la perspectiva de que lo que se alcanzaría, sería mayor nivel ético moral. La admisión de la responsabilidad limitada del empresario individual disminuiría las sociedades ficticias y el uso de testaferros, a los cuales los comerciantes estaban acudiendo como vías para limitar sus riesgos como empresarios individuales que eran, posibilitándose la eliminación de esas conductas ilícitas.

También la aceptación de la responsabilidad limitada del comerciante, traería aparejado exigencias de publicidad de mayor rigor, las que protegerían más a los acreedores, quienes tendrían acceso a más información de esa empresa mercantil, en cuanto a su situación real.

Por otra parte, la limitación de la responsabilidad del empresario individual, posibilitaría diferenciar el patrimonio de la empresa del patrimonio familiar. Esta separación contribuiría a la no confusión de patrimonios, obteniéndose la elevación de la conciencia de lo necesario y útil que es organizar una actividad económica, donde estén bien determinados cuáles son los intereses de la empresa, y cuáles son los intereses personales del empresario individual, llegándose a una mejor gestión en el plano financiero y contable.

Limitar el riesgo del empresario individual en el ejercicio del comercio en Europa en el siglo XIX, aparece con el objetivo de estimular la intervención de los comerciantes en el mercado, quienes se retraían de estas actividades económicas, puesto que no querían arriesgarlo todo en el tráfico, a las resultas de un comercio que les era imposible prever. Se trataba de fomentar así la pequeña y mediana empresa.

La limitación de la responsabilidad en el ejercicio individual del comercio, contribuirá a la continuidad de las empresas en el mercado, puesto que ante el fallecimiento, jubilación o incapacidad del comerciante, se mantiene el desarrollo de la actividad económica. Por lo que se logra una mayor estabilidad de la empresa desarrollada, de los empleos creados por ella, y se alcanza una mejor transmisión de esa empresa por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Por último, se aceptaba la limitación de la responsabilidad del empresario individual, ya que esta vía le permitiría al comerciante crear un negocio de poca escala económica, con una organización simple, que le daría mayor flexibilidad y agilidad en la toma de decisiones, al no tener que contar para ello con opiniones de otras personas.

CONCEPTO DE SOCIEDAD UNIPERSONAL

Es la sociedad en que sus acciones o participaciones se encuentren concentradas en las manos de una sola persona, o sea, un solo socio.

La sociedad unipersonal tiene su origen fundado en la intención de limitar la responsabilidad del empresario individual, de incentivar la iniciativa privada de aquellos, que no se atrevían a desarrollar actividades económicas por temor a arriesgar todo su patrimonio; y a fomentar las pequeñas y medianas empresas, casi extintas, en la realidad económica, además de eliminar de raíz, la utilización de hombres de paja para constituir una sociedad de capital. Es decir, se convierte en un instrumento jurídico relevante, para lograr el auge del acceso de los empresarios individuales al tráfico mercantil y para legalizar situaciones irregulares que se venían acaeciendo en esta esfera jurídica, implicando una tendencia hacia la transparencia en las relaciones jurídicas mercantiles.

Esta sociedad exclusivamente se podrá constituir a través de las sociedades de capital; ya que lo que se quiere precisamente es la separación de la persona jurídica (que es el empresario social), de la persona que se convierta en el socio único de la misma, para que este último no responda de las deudas de aquella, lográndose limitar la responsabilidad del único socio.

Como toda sociedad de capital, esta tendrá una personalidad jurídica que la hará sujeto de derechos y obligaciones, distinta de la personalidad jurídica del socio. Se logra que la sociedad unipersonal posea un patrimonio bien determinado, que se mantendrá completamente alejado del patrimonio del socio único, siendo aquel y no este, el conjunto de bienes, derechos y relaciones de hecho, que se encaminará a satisfacer las deudas sociales ante los acreedores mercantiles; quedándose el patrimonio individual del socio, intocable ante las acciones que pudieran entablar tales acreedores. Siendo una sociedad unipersonal, donde socio y sociedad son sujetos de derecho totalmente diferente.

Esto significa que en el mundo jurídico mercantil la sociedad tendrá capacidad para actuar como la individualidad que es, en su propio nombre; tendrá capacidad para actuar como comerciante y llevar adelante la contratación necesaria para desplegar su actividad económica, además de poder concertar actos jurídicos, incluso frente al socio, que es un sujeto distinto, con sus propios derechos y obligaciones.

Sin embargo, en este tipo social, aun cuando sociedad y socio son personas distintas, sí tienen en común los intereses en el buen desarrollo de la empresa, ya que lo que decida el socio único, será tomado como decisión de la sociedad.

Todo ello permite afirmar que la sociedad unipersonal es aquel empresario social, sujeto de derechos y obligaciones, que posee un patrimonio propio con el que responderá de sus deudas sociales, que tiene capacidad para ser y actuar como comerciante en nombre propio, alcanzando la personalidad jurídica, al tener un único socio, que nunca responderá de las deudas de la

sociedad con su patrimonio personal gozando del beneficio de la limitación de la responsabilidad, siendo sociedad y socio, sujetos distintos, aunque tienen en común los intereses de ejercer el comercio con el fin de obtener un lucro.

Es una sociedad mercantil de capital creada por la voluntad unilateral de otra persona distinta de la constituida que, como ente ficticio que es, está por encima de su creador, por lo que surge como sujeto de derechos y obligaciones.

También, como toda sociedad mercantil, tiene un patrimonio propio, formado por capital aportado por quien lo crea, con el que hará efectiva la realización del principio de responsabilidad patrimonial universal. Por ello, con ese patrimonio, responderá de todas sus deudas, con esos bienes presentes y futuros, sin llegar a acceder en momento alguno al patrimonio del socio único.

La constitución de la sociedad mercantil por un solo socio, trae aparejado el criterio de que tampoco sería un contrato de sociedad, históricamente considerado como pluripersonal, ya que en primera instancia no hay concurrencia de dos o más partes para realizar ese negocio jurídico, sino que sólo concurrirá a ese acto una sola persona, convirtiéndose entonces el acto unilateral en el hecho jurídico que va a engendrar a la sociedad.

Además, ese contrato de sociedad que se caracteriza por estar animado por intereses contrapuestos entre los fundadores, no se aprecia en una sociedad unipersonal, porque el socio único no tiene a quien contraponer sus intereses, y que en relación con la futura sociedad a crear, tales intereses a mi criterio son comunes entre ellos. Añadiendo a esto, que esta sociedad unipersonal va en contra del *affectio societatis*, que se consideraba un elemento específico necesario de la sociedad; es decir, la intención del socio de asociarse a otros para crear ese ente distinto a ellos, que es la sociedad.

Entonces, si partimos de que ese cuestionado contrato de sociedad al que hacíamos referencia, tiene como efecto principal la creación de una persona jurídica distinta de las partes, significando que su fin es exactamente la constitución de un ente independiente de los socios, con unas reglas de funcionamiento acordadas en los estatutos, y que eso nuevo que se funda es para que tenga vida propia en el tráfico económico, como toda persona; no será trascendental para la existencia de ese ente que se quiere organizar, la asociación de varias personas que decidan unirse para determinarlo así. Bastará pues, que una sola persona tenga la intención de crear esa otra persona jurídica, para que la organice y defienda, en correspondencia con el *affectio societatis* que se exige en las sociedades pluripersonales.

CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

La sociedad unipersonal puede ser creada *ab initio* o *a posteriori*; es decir, la primera, ocurre cuando una sola persona constituya originariamente este tipo social; y la segunda, cuando luego de constituida una sociedad pluripersonal, todas las aportaciones económicas, de esos socios fundadores, van a parar a las manos de un único socio; aquella conocida como sociedad unipersonal originaria, y esta, sociedad unipersonal sobrevenida.

La sociedad unipersonal originaria

La constitución originaria de la sociedad unipersonal sucederá cuando una persona decide aportar parte de sus bienes personales para formar un patrimonio; propiedad de ese empresario social, que se constituirá tras haber emitido esa persona su declaración unilateral de voluntad de crear un ente distinto de sí, para desarrollar una actividad económica lucrativa en el mercado. Es cuando un único fundador mediante un acto unilateral constituye una sociedad de capital.

Esto es posible desde que se admitió el acto unilateral de voluntad como creador de efectos jurídicos. Lo que trae como consecuencia que se instituya paralelamente a la base contractual de la sociedad, la posibilidad de hacer nacer una sociedad por ese acto voluntario de una sola persona.¹¹

Esto permite plantear que la sociedad ya no es exclusivamente un contrato, pues desde que se puede generar una sociedad mediante una declaración

¹¹En Francia, a partir de la admisibilidad en el Código Civil del acto unilateral de voluntad, podía crear una sociedad, fue que al unísono el artículo 2 de la Ley 85-697 modificó la noción de Sociedad de Responsabilidad Limitada para adaptarla al Derecho Común. Consecuentemente el artículo 34 en su primer párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales de 24 de julio de 1966, queda redactado de la siguiente forma: “La Sociedad de Responsabilidad Limitada se constituye por una o varias personas que soportan las pérdidas en proporción a sus aportaciones” luego de ser reformado por la Ley 85-697.

En Italia, fue en 1942 cuando el Código Civil incorporó la declaración unilateral de voluntad como hecho generador de obligaciones.

Lo que se reconoce expresamente en el artículo 1.832 del Código Civil belga modificado por la ley de 14 de junio de 1987 relativa a sociedad unipersonal cuando refrenda: “Una sociedad puede ser constituida por dos o más personas que acuerdan poner en común alguna cosa con intención de repartir el beneficio que pudiera resultar de ello o, en los casos previstos por la ley, por acto de voluntad de una persona que afecte bienes al ejercicio de una actividad determinada”.

Este precepto anterior es similar al artículo 1.832 del Código Civil luxemburgués, donde el reconocimiento de las dos modalidades para constituir una sociedad, pluripersonal o unipersonal, están expresamente en el texto.

unilateral de voluntad, se desvanece esa antigua afirmación; siendo realidad actualmente que hay dos modalidades posibles para la constitución originaria de una sociedad: el contrato y el acto unilateral de voluntad.

“Por tanto, la constitución de la sociedad podía ser mediante el acto de cualquier persona, lo que no tendría naturaleza contractual, sino será un negocio jurídico unilateral, por voluntad de la ley. En el caso de la fundación de una sociedad unipersonal, no nos hallamos ante un ente fundacional, sino ante la constitución, a través de un negocio jurídico unilateral, de una sociedad que va adquirir una personalidad jurídica capaz de ser titular de relaciones jurídicas con el socio que la ha fundado y con los terceros con los que contrate”.¹²

Ese acto de voluntad del socio, de crear la sociedad, dista mucho de la suma de voluntades de varias personas de fundar, mediante un contrato, la sociedad; conocido como *affectio societatis*, dado que no hay pluripersonalidad; pero bastará con que el único socio tenga seria intención de ser socio de la sociedad a constituir, para que pueda hacerlo, y de hecho lo logrará, con solo probar su deseo deliberado con su declaración.

Esa declaración del socio al decir de BOQUERA MATARREDONA: “Será muy difícil que en aquella existan vicios esenciales (error, dolo y violencia). Más fácil será que existan errores en la aportación o que constituya la sociedad en fraude de los acreedores personales del socio único”.¹³

Como sociedad de capital que siempre será la sociedad unipersonal, la constitución de la misma tendrá lugar mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, momento en que alcanzará la personalidad jurídica, teniendo la inscripción efecto constitutivo para ella; sólo que deberán tenerse en cuenta las particularidades de este tipo social, en el que tendrán que hacer mención obligatoria a cuestiones que decida cada legislación; para esa escritura social y sus estatutos, a consecuencia de que “la sociedad originariamente unipersonal concede un ropaje limitativo de responsabilidad al empresario individual que ya sólo arriesga el patrimonio aportado, pero como esta verdad queda inscrita en el Registro Mercantil, la confianza de terceros vendrá determinada por la solvencia social o por las garantías del socio, pero, al menos, queda disipada la posibilidad del engaño”.¹⁴

¹²Fernando Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, vol. I, 17ª ed., p. 243.

¹³Josefina Boquera Matarredona: “La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 65.

¹⁴Juan García Alarcón: *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, p. 65.

La sociedad unipersonal devenida

“Es aquella que luego de ser constituida mediante contrato, con la participación de varios socios, las aportaciones económicas (participaciones o acciones) van a concentrarse todas, en las manos de un único socio, ya sea producto de actos *inter vivos* o *mortis causa*”.¹⁵

Ocurre cuando de una sociedad de pluralidad de socios que se funda a través de un contrato de sociedad, se pasa a una sociedad con un solo socio; a causa de la concentración de las aportaciones económicas.

No se puede pensar en este supuesto, que nos encontramos ante una transformación social en el sentido jurídico del término, ya que no se opera cambio alguno en la estructura social; no se cambia de tipo social a otro, sino que se reduce el número de socios a uno, manteniéndose la forma de la sociedad intacta; ya que el adjetivo unipersonal se refiere al socio, en forma cuantitativa, y no a la sociedad. Lo que resulta es que toda sociedad de capital fundada con varios socios, cuando reduzca ese número a uno, sin modificar su estructura, tipo o forma social, esencialmente, manteniendo su original tipología societaria, será objeto de un proceso donde simplemente cambiará de sociedad pluripersonal a unipersonal.

Pero cuando ocurra lo mismo, y ese socio, a su vez, reestructure el tipo social, entonces sí estaremos en presencia de una transformación.

Cuando una sociedad pluripersonal de capital se convierta en una sociedad unipersonal sobrevenida, y a la vez desee operar una transformación societaria, esto solo podrá ser de Sociedad Anónima a Sociedad de Responsabilidad Limitada, o viceversa. Nunca será posible que una sociedad pluripersonal se convierta en una sociedad unipersonal devenida adoptando las formas personalistas, por la incompatibilidad de las sociedades de personas con la unipersonalidad.¹⁶

Lo que sí podrá suceder es la transformación de esas sociedades personalistas en sociedades capitalistas unipersonales, lo único que por medio de la transformación.¹⁷

¹⁵Este tipo social es reconocido por diferentes países en sus derechos positivos, aunque cada uno tiene un tratamiento jurídico distinto en cada uno de ellos. Para unos, era una situación meramente transitoria; para otros, inducía a la disolución, aunque no como causa *ipso iure* de ello; mientras que otros lo vinculaban con un régimen especial de responsabilidad del único socio.

¹⁶Cuando esto ocurra, más bien se transformará en un empresario individual automáticamente, ya que para que exista sociedad de personas es imprescindible la pluralidad de socios. Por ello, para transformar una sociedad pluripersonal capitalista, que se haya quedado con un solo socio en una sociedad personalista, se tendrá primero que rescatar la pluralidad subjetiva, para luego lograr la transformación deseada.

¹⁷Esto significa que otra causa que puede provocar la aparición de una sociedad unipersonal devenida, es la transformación de las sociedades, en sentido jurídico. Cualquier tipo social

Dado que la sociedad unipersonal, ya sea originaria o derivativa, toma la estructura de las sociedades de capital, para su constitución deberá reunir los mismos elementos sustanciales y formales, propios de esas sociedades, según sea la tipología societaria seleccionada.

La sociedad podrá ser libremente constituida, solamente atendiendo a cumplir con las formalidades propias del tipo social adoptado, sin requerir de ninguna autorización administrativa para la conveniencia o no de la constitución de la sociedad.

En el caso de la originaria, será la elevación de la declaración unilateral de voluntad del único fundador a escritura pública y luego su inscripción, lo que hará que cobre vida jurídica esa sociedad, como ente independiente de su creador. Siendo otorgada por el único socio, directamente o por un mandatario provisto de poderes especiales. Mientras que en la devenida bastará con que dé publicidad mediante el Registro Mercantil, de la unipersonalidad, que comienza a caracterizar a esa sociedad, a partir de la concentración de las acciones o participaciones en las manos de un único socio.

Ese acto tendrá que recogerse por escrito, donde se contendrá: la forma social adoptada (ya sea Sociedad de Responsabilidad Limitada o Sociedad Anónima), la identidad del socio, su voluntad de constituir la sociedad, las aportaciones que realizará y la numeración de las participaciones o acciones (según sea el caso), los estatutos sociales, la determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, y la identidad de la

podrá hacerlo, para lo que será imprescindible el acuerdo unánime o mayoritario (según la tipología societaria) de los socios para realizar esas modificaciones en la sociedad; y la voluntad declarada del único socio de seguir siendo el miembro de la sociedad futura, que devendrá luego de la metamorfosis acordada. Esto, se hará constar en escritura pública también, por ese único creador y socio de este nuevo empresario social. La modificación también podrá ser producto de la exclusión de socios.

La primera variante es de difícil aparición en el mundo actual, ya que en pocas ocasiones se pondrán todos los socios de acuerdo (menos uno que será el único socio) para separarse de la sociedad, además de que los efectos de la separación masiva, que implica el reembolso de las aportaciones a esos que se separan, más la reducción del capital, puede llevar a la sociedad a que ni siquiera alcance a tener en su capital el mínimo necesario para constituir devenidamente el tipo social escogido.

También se habla en la doctrina de la transformación de la empresa individual en sociedad unipersonal, donde ya el patrimonio estaría aportado y delimitado. Ahora, en este caso, lo que se constituirá con esa masa de bienes y derechos es una sociedad, donde el empresario individual se convertirá en el socio único.

Esto ocurre cuando lo que posee la personalidad jurídica es el establecimiento, porque si es la persona del empresario individual, entonces estamos en presencia de la creación originaria de una sociedad unipersonal.

persona o personas que se encarguen desde el comienzo de la administración y representación social.

El socio que comparecerá personalmente o mediante representante debidamente autorizado, deberá acreditar su voluntad de ser el único fundador de la sociedad que está por crear.

“La ley prefiere al socio único en quien sólo se observe la voluntad de constituir una Sociedad de Responsabilidad Limitada y que sea el único que realmente aporte capital efectivamente, sin necesidad de la comparsa artificial e inútil de otros carentes de *affectio societatis*”. Y agrega: “Lo importante es la voluntad y basta que exista en un socio para que éste pueda constituir la sin fiduciarios ni figurantes”.¹⁸ Aunque es una presunción *iuris tantum*, que si la prueba cede en contrario, podrá traer consigo la nulidad de la sociedad.¹⁹

“Es importante distinguir la voluntad de constituir la sociedad del consentimiento a otorgar en el acto constitutivo. Así, el socio único tiene la voluntad que examinamos, que no se da en quien interviene de comparsa, por más que preste su consentimiento a otorgar la escritura pública constitutiva”.²⁰

En cuanto a las aportaciones económicas, como toda sociedad capitalista, tendrán que ser bienes susceptibles de valuación económica,²¹ al ligarse con la función que cumple ese capital formado, que es el fondo de garantía de las relaciones jurídicas de la sociedad.

Esta escritura de constitución de la sociedad, deberá recoger en su texto tanto la voluntad del socio sobre la forma de administrar la sociedad, como el nombre de los administradores, el representante y sus facultades; si la administración será solidaria o mancomunada, colegiada o única; y entre los administradores no tendrá necesariamente que aparecer el socio único.

Los estatutos de estas sociedades unipersonales originarias mencionarán la duración de la sociedad, la razón social, el monto de capital social, la sede o domicilio, y el modo de organizar esa persona jurídica, en términos generales.

¹⁸Juan García Alarcón: Ob. cit., p. 65.

¹⁹Se hace referencia en este comentario a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, puesto que es la ley que regula este tipo societario, la que se encuentra en estudio específicamente. Pero considero que también es un criterio extensivo a la Sociedad Anónima; véase artículo 311 de la Ley de Sociedades Anónimas.

²⁰Juan García Alarcón: Ob. cit., p. 66.

²¹Como toda sociedad de capitales, las aportaciones deben hacerse en bienes susceptibles de convertirse en dinero, tras una valoración económica. Esto, con el objetivo de que puedan servir como garantía para satisfacer las deudas de los acreedores mercantiles; excluyéndose el trabajo o los servicios, que solo se entenderán como prestaciones accesorias. Estos elementos no conformarán el capital social.

En relación con la razón o denominación social, se deberá incorporar a aquellos, alguna indicación que muestre a terceros, que nos encontramos ante la tipología unipersonal; aunque un sector de la doctrina plantea que no es necesario, ya que realmente este tipo social, se constituye sobre las mismas sociedades capitalistas, por lo que se deberá utilizar indistintamente SRL o SA, según el modo empleado.

No obstante, se sostiene que si bien es cierto que la unipersonalidad se funda sobre formas sociales ya conocidas, también lo es la necesidad de incorporarle un elemento diferenciador, ya que los terceros deben conocer que esa sociedad consta de un solo socio y que tendrá responsabilidad limitada, para que decida si se arriesga o no, a contratar con ella, pero la publicidad de la unipersonalidad debe efectuarse en los documentos, facturas, no así en la denominación social.

Si es una sociedad unipersonal devenida, también deberá hacer constar el dato de la unipersonalidad en una escritura pública; otorgada por Notario y deberá inscribirla en el Registro Mercantil.

La denominación en sí misma, podrá ser objetiva o subjetiva como toda sociedad de capital; puesto que eso no es trascendental si se vincula con la responsabilidad del socio, como sí pasa en las sociedades personalistas. Lo que sí se debe tener en cuenta es que la denominación deberá ser una sola; que no podrá ser idéntica a ninguna preexistente, lo que dará seguridad al tráfico; además de que deben cumplir con las otras formalidades, según sea la tipología societaria escogida.

Ahora, la publicidad se alcanza mediante la inscripción en el Registro Mercantil, de la sociedad unipersonal, que se realizará como consecuencia del proceso fundacional (originaria) y tras la concentración de las aportaciones en un solo socio (devenida).

Deberá hacerse constar siempre la identidad del socio único, ya que la sociedad unipersonal, es el instrumento jurídico que permite a un empresario individual gestionar una empresa, con el beneficio de la responsabilidad limitada, y ese dato es de suma importancia para los terceros, con los que la sociedad pretenda mantener relaciones. Siendo también necesaria la publicidad cuando haya cesado esa unipersonalidad. También se inscribirán los sucesivos actos y contratos de la sociedad unipersonal.

LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL SEGUN LA FORMA SOCIAL ADOPTADA

a) **Sociedad de Responsabilidad Limitada unipersonal:** es la forma aceptada mayoritariamente, a consecuencia de la idea del fomento de las

pequeñas y medianas empresas en el continente europeo y además, del auge que tomó la aspiración del empresario individual de alcanzar para sí, la prerrogativa de la limitación de la responsabilidad, por los actos desplegados en la actividad mercantil.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada unipersonal es la forma societaria, sujeto de derechos y obligaciones, que posee un patrimonio propio con el que responderá de sus deudas sociales, formado por las aportaciones del único socio, ya sea persona física o jurídica, dividido en participaciones, quien no responde nunca de las deudas de esa sociedad. También estarán en presencia de este tipo de sociedad, cuando luego de constituida, en correspondencia con el requisito tradicional de pluralidad subjetiva, todas las participaciones pasan tras actos *inter vivos* o *mortis causa*, a las manos de un único socio.

La aportación que deberá realizar ese único socio tiene que ser simultánea a la constitución, lográndose siempre un 100% de suscripción y el desembolso íntegro antes de culminar la constitución de esta sociedad, lo que demuestra que solo podrá fundarse la Sociedad de Responsabilidad Limitada unipersonal mediante el procedimiento de fundación simultánea.

b) La Sociedad Anónima unipersonal: por su parte, era solamente admitida para que fuese constituida por entes públicos, y no por personas físicas o jurídicas del sector privado. No obstante, sí podía darse el caso de que una Sociedad Anónima privada se convirtiese en Sociedad Anónima unipersonal, cuando sucediesen las nacionalizaciones o expropiaciones forzosas por el Estado en sus funciones.

Sin embargo, en la actualidad esta tipología societaria ya se extendió a las personas físicas o jurídicas del sector privado, eliminándose la concepción de que la única modalidad de Sociedad Anónima unipersonal era la pública, como se venía abordando doctrinalmente.²²

Por ello, cuando hablamos de Sociedad Anónima unipersonal nos referimos a aquella sociedad capitalista en la que su capital social dividido en acciones, está compuesto por las aportaciones económicas de un solo socio, ya sea persona física o jurídica, quien nunca responderá de las deudas de esa sociedad, sino que para ello se utilizará esa masa social creada. Además, podemos apreciar este tipo de sociedad cuando tras actos *inter vivos* o *mortis causa*, las acciones de una Sociedad Anónima de base plural, pasan

²²Esta nueva apreciación del tema, fue tras la acogida de la doctrina germana, que siempre abogó por el reconocimiento de la Sociedad Anónima unipersonal, en sus variantes más amplias.

a ser del dominio de un único accionista, conocido como la concentración de acciones, que provoca la aparición de la Sociedad Anónima unipersonal sobrenvenida.

Este tipo societario se diferencia de la Sociedad de Responsabilidad Limitada unipersonal, ya que esta sí contará con un título negociable como lo es la acción, representativo de la aportación realizada, que permitirá la libre transmisibilidad de la misma, aunque traería como consecuencia la desaparición de esta modalidad de la unipersonalidad. En el caso de esta forma social, la fundación podrá lo mismo ser mediante el procedimiento simultáneo, que sí coincidiría con la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero también a través del procedimiento sucesivo, muy particular de la Sociedad Anónima, donde se exige el 100 % de la suscripción de las acciones y un por ciento de desembolso de esas aportaciones, establecido por las legislaciones nacionales, que servirá como garantía ante terceros en la actividad mercantil.

FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Socio único

a) Concepto y tipos

Como se puede apreciar, la característica fundamental de este tipo societario, es la aparición del socio único, que será aquella persona que posea la titularidad absoluta de las aportaciones económicas, desde el momento mismo de la constitución, como único fundador, o cuando tras la concentración de esas aportaciones en una sola persona, esta adquiere para sí la propiedad de todas las acciones o participaciones, según la tipología societaria seleccionada. Socio único, es quien posee el 100 % de las aportaciones sociales de esa sociedad y tiene de derecho el dominio absoluto de ese empresario social.

El socio único no se debe confundir con el socio mayoritario, que si bien es cierto que tiene una posición dominante en esa sociedad mercantil, también lo es que no es el titular de todas las aportaciones sociales, por lo que solamente domina de hecho, mientras comparte con otros la titularidad de las acciones o aportaciones, según sea el caso.

Por eso el socio único que ceda la propiedad de una sola de las acciones o participaciones, podrá seguir siendo el socio mayoritario y conservará la posición dominante, pero dejará de ser automáticamente el único socio y, por consiguiente, dejará esa sociedad de ser unipersonal, para convertirse en una tipología societaria de base plural.

Si bien la sociedad unipersonal se desarrolló como vía para limitar la responsabilidad del empresario individual, que es persona natural, también desde mediados del siglo XIX, ya se admitía que personas jurídicas, generalmente de carácter público, pudieran construir una sociedad unipersonal.

Esa capacidad legal de que se habla, es aquella exigida a cualquiera que desee ser socio, tener la mayoría de edad y libre disponibilidad sobre los bienes, que luego aportará, ya que la capacidad para ser comerciante se le exigirá a la persona jurídica creada, que será el verdadero empresario; bastará que el socio tenga la capacidad para poder manifestar su voluntad de crear la sociedad. Esta sociedad unipersonal constituida por persona natural será siempre clasificada como una sociedad privada.

Si el socio único fundador es una persona jurídica, esta podrá ser lo mismo privada que pública, y lo que se trata de lograr es la expansión de los grupos sociales; aunque también a consecuencias de la intervención directa del Estado en el Derecho Mercantil, para poder disminuir los obstáculos que las normas administrativas imponen a la actividad económica pública.

Por eso la sociedad unipersonal pública, es una manifestación nítida de la intervención directa del Estado en la actividad mercantil, convirtiéndose en un sujeto más de esta rama del derecho, como agente económico activo, aunque con características peculiares.

La actuación económica del Estado se desarrolla dentro de los principios y normas de concurrencia y competencia del mercado, deviniéndose como un sujeto del sector privado. Esta incursión estatal en la actividad mercantil, se ha desarrollado de manera que no afecte el funcionamiento del mercado y siempre respetando la libre competencia, puesto que sin las limitaciones que se les imponen a estas sociedades públicas, se corre el riesgo de que en uso de sus poderes e incalculables recursos, sean precisamente estos empresarios sociales quienes provoquen distorsiones en las reglas de la competencia lícita, haciendo incurrir en grandes pérdidas a los competidores privados, hasta hacerlos desaparecer del tráfico económico.

El Estado como agente económico puede hacerlo en la esfera pública o en la privada.

b) Obligaciones y derechos del socio único

El socio único tendrá la obligación fundamental de todo socio con la sociedad que crea: la de realizar las aportaciones económicas que le prometió a ese sujeto de derecho que nació de su acto unilateral de voluntad.

El socio único tendrá derecho a participar de las ganancias de la actividad económica mercantil, de los beneficios anuales, salvo que en los estatutos se disponga lo contrario; pero a diferencia de las sociedades pluripersonales, lejos

de tener que dividir esas ganancias, el socio único será exclusivamente beneficiado de esas resultas del comercio, ya que él solo aporta íntegramente a la sociedad todo el capital social y, por ende, él solo recibirá los beneficios económicos, que se le entregarán según lo establecido en los estatutos por ese socio. Si bien no podrá perjudicar a la sociedad, sí se proporcionará cierta utilidad a sí mismo, que formará su patrimonio personal, y con la que satisfará sus necesidades individuales; ello trae consigo que se pueda afirmar que en esas sociedades no hay dividendos, sino ganancias o beneficios.

Ese socio único también será el que luego de la liquidación y determinación del haber social, se quedará totalmente con el beneficio, por no existir con quién más dividirlo.

En cuanto a la suscripción preferente, cuando se decide aumentar el capital social de la sociedad unipersonal, el socio antiguo tendrá derecho de asumir para sí un número proporcional al valor nominal de sus aportaciones, que en este caso sería un 100 % de ese aumento de capital. No obstante, la misma se convertirá en pluripersonal cuando no las suscriba todas, sino que lo hace de manera parcial, apareciendo otros socios, extraños a la sociedad.

Como todo socio, tiene derecho a la información, que se considera como un derecho inderogable y también instrumental para poder ejercitar los demás derechos. Mientras que en las sociedades pluripersonales, los administradores tienen el deber de hacer constar en la convocatoria de la Junta, con claridad, los asuntos que se van a tratar en ella, para que pueda prepararse para el pleno; en las sociedades unipersonales no habrá convocatoria alguna, por lo que esto no le será aplicable, puesto que el único socio deliberará y decidirá los asuntos, sin convocatoria a Junta (que será él mismo), sin orden del día y sin debate alguno.

En la sociedad unipersonal, el derecho de información, se reduce a la facultad que tiene el socio de solicitar por escrito al administrador que rinda cuentas sobre la situación real en que se encuentra la sociedad; teniendo alcance a los documentos que reflejan el balance, las cuentas anuales, los inventarios. Tendrán acceso a los libros y textos negociables, que le aclaren los datos sobre los asuntos de la sociedad; a lo que vendrán obligados los administradores por ley; salvo en los casos en que la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales, a tenor del artículo 112 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

No obstante, en los mismos preceptos se establece que para que no proceda esta excepción, tendrá que ser solicitada por aquellos socios que representan al menos un 25% del capital social. En este caso, de las sociedades unipersonales, el socio único siempre podrá tener acceso a esa infor-

mación, sin que se lo denieguen los administradores, puesto que él posee el 100 % del capital de esa sociedad.

c) Facultades de gestión del socio único

i- El socio único como decisor de la operación social

El socio único en la sociedad unipersonal asumirá las mismas funciones de la Junta General en una sociedad pluripersonal, lo que evidencia que no habrá, en este tipo societario, ese órgano social al que hacíamos referencia. En la sociedad unipersonal, es el socio único quien ostenta los poderes que a la Junta General se la atribuyen en una sociedad de base plural.

Siempre que el socio único vaya a tomar una decisión, esta deberá estar en correspondencia con el interés y el objeto social, evitando a toda costa la confusión de patrimonio, entre el social y el personal del socio, que se considera el mayor abuso de la personalidad jurídica de una sociedad unipersonal.

La formalización de esas decisiones se hará siempre consignándolas en acta. Esto, ya sea para reflejar la entrega del documento escrito donde se plasma el contenido de lo decidido, o para recoger en ese texto la declaración del socio único, con relación a dicha decisión.

La obligatoriedad de la forma escrita de la decisión, es para lograr una mayor nitidez en el tráfico jurídico a favor de los terceros, que se relacionan con la sociedad unipersonal. Se trata de ir alcanzando limpidez en el actuar del socio único, aunque no existen normas que garanticen objetivamente el respeto a estas formalidades.

ii- El socio único como administrador

El socio único podrá ser administrador de la sociedad unipersonal. Entonces, cuando esto ocurre, tendrá que asumir los deberes y obligaciones que encierra ese cargo. Desde que tiene que depositar la escritura pública en el Registro Mercantil, para lograr la constitución de esa sociedad (cuando no coincidan esas dos categorías socio-gerente, se discute si la obligación de publicidad es de uno o del otro, mientras que en este supuesto no hay duda, es la misma persona) hasta llevar nítidamente los documentos sociales relativos al ejercicio económico como los balances, inventarios, informes de gestión, actas de decisiones. Cuando el administrador, en este caso, confecciona los estados contables y el informe de su gestión, el único socio (que es la misma persona) deberá de todas formas aprobarlas y asentarlas en el libro donde debe inscribir todas las decisiones como socio. Asumirá pues, las tareas de los administradores.

Como órgano de administración, será el que gestione y represente la sociedad unipersonal. Realizará una serie de actos de diversa naturaleza, todos tendentes a la objetivación de la actividad económica. Ejecutará las decisiones sociales, y tomará sus propios acuerdos, siempre que estos respeten la competencia que le viene determinada por ley o estatutos. La representación se hará efectiva a todos los actos necesarios para alcanzar el objeto social, sin límites.

Mientras los administradores tienen la prohibición de competencia en una Sociedad de Responsabilidad Limitada (no así en la Sociedad Anónima), y cuando incumplen con esta prohibición, el socio podrá separarlo unilateralmente del cargo, sin tener que instar al juez para esa sanción. Sucederá que cuando el socio único sea el administrador, esta prohibición que deberá hacerse efectiva, quedará ineficaz, ya que ni el socio único decidirá prohibirse él mismo, el poder realizar el objeto social fuera de la actividad de la sociedad, ni resulta lógico que el socio vaya a efectuar una actividad económica que perjudique a la sociedad unipersonal, dañándose a sí mismo.

El socio-administrador, según el caso, responderá de su actuación, tanto de la ejecución de su mandato como de las faltas cometidas en su gestión. Será absolutamente responsable de sus actos cuando causen daños y perjuicios, por ser contrarios a la ley, estatutos, o por ser realizados negligentemente, respondiendo del perjuicio causado.

Ese daño podrá afectar a la sociedad y hasta a los acreedores. Todos ellos podrán exigir la reparación de la lesión resultante de sus actos, quien tiene impuesta por ley la responsabilidad, cuando existe relación de causalidad entre el acto de administrador y el daño resultante.

Cuando el socio es a su vez administrador, no adoptará decisión social ni accionará contra sí mismo, por lo que en este supuesto, solo serán los acreedores u otros terceros interesados en proteger la sociedad, quienes podrán ejercitar la acción social contra el administrador de la sociedad, por los actos realizados con negligencia o ilícitos.

d) Limitaciones del socio único

La admisibilidad de que el socio único, sea persona física o jurídica, evita el uso de testaferros o fiduciarios.

La preocupación estribaba en que la persona jurídica, entiéndase una sociedad unipersonal, fuese único socio de otra sociedad unipersonal, y que la persona física trate de fundar más de dos sociedades de esta forma social, cuando lo que se persigue con esta institución es ofrecer al empresario individual una posibilidad de limitar su responsabilidad.

La limitación de que un único socio fuese socio único de otra sociedad unipersonal, venía aparejado, con la imposición a este de una responsabilidad ilimitada por las deudas sociales que hubieran nacido en el período de tiempo en que tuvo esa cualidad, pero en el caso de que un mismo sujeto hubiese concentrado la titularidad de todas las aportaciones, en este supuesto, la responsabilidad ilimitada de la persona jurídica, se impondría para el tiempo en que se hubiera mantenido solo en esa posición, si no había encontrado otro socio.

La solución es concordante con el sistema francés en materia de disolución por reducción a uno del número de socios.

Ahora, siempre las excesivas restricciones conducen a ilegalidades. Cuando ese sujeto desee crear otra empresa, mediante una sociedad unipersonal, y su derecho positivo no se lo permita, no quedará tranquilo hasta encontrar una vía idónea que le permita hacer realidad sus deseos. Para ello lo hará a través de sociedades unipersonales de hecho, empleando testaferreros, que formarán todos una sociedad donde habrá un socio mayoritario dominante, reconocido como un “socio tirano” y resurgirán las sociedades ficticias, volviendo al punto de partida.

No obstante, la permisión de que un sujeto pueda crear individualmente una sociedad de capitales sin límites numéricos, también traerá problemas en el tráfico jurídico, puesto que cada vez que divide su propio patrimonio para crear una nueva sociedad, estará fraccionando las garantías de los acreedores, e incluso tras esa conducta podrán esconderse fraudes en esas actividades mercantiles, por lo que es necesario, igualmente, que se regule este posible acontecimiento.

e) Contratación en la sociedad unipersonal

La existencia del ente social da lugar a un conjunto de relaciones entre él y terceros, para realizar de forma adecuada el objeto social, dentro del régimen de la gestión de esa sociedad.

Lo cierto es que en las relaciones externas es trascendental conocer quién posee la titularidad del poder de representación, y qué alcance tiene el mismo, en manos de los administradores; más en este supuesto de la unipersonalidad, ya que lo que se desea tutelar es a los terceros que van a contratar de buena fe con esos administradores; aun cuando estos, siendo titulares del poder de representación de la sociedad, se hayan excedido de las limitaciones contractuales o estatutarias y se traten de actos que excedan el objeto social.

Cuando esa administración está o no en manos de una persona distinta del único socio, deberá cumplir con las facultades que le atribuye ese poder de representación, con toda la diligencia posible.

El problema surge cuando las relaciones externas son entre la sociedad y el socio único, ambos como contraparte de un contrato. En países europeos se contentan con que ese contrato cumpla con la garantía de carácter formal, como el hecho de celebrar ese acto jurídico, haciéndolo constar en acta o consignarlo por escrito.

En verdad considero que es más arriesgado que el socio único contrate con la sociedad donde es el socio exclusivo, sin que quede prueba alguna de lo concertado, posibilitando que pasado un tiempo no haya documento que acredite las reales obligaciones allí acordadas, provocando que ese incumplimiento afecte a una de las partes, y si la afectada es la sociedad, como suele suceder, entonces también afectará a los acreedores de esa persona jurídica.

Ahora, esa contratación no podrá ser posible, cuando se trate de préstamos a la sociedad. No por la forma sino por el contenido; al igual que cuando se trate de hacerse autorizar por la sociedad ese socio único, para poder utilizar las cuentas corrientes de ese ente social, no podrá hacer avales para el socio en compromisos personales contraídos con terceros. Estas prohibiciones no se limitan al socio único, sino que se extenderá al cónyuge, ascendientes y descendientes del gerente o socio. Cuando se viola lo previsto, la sanción es la nulidad del contrato, considerando que afecta al orden público.

No obstante, si la sociedad explota un establecimiento financiero, esta prohibición no se aplica a las operaciones corrientes de comercio concluidas en condiciones normales.

Se puede pensar que siendo el único socio quien conforma la sociedad, sean un mismo sujeto de derecho, siendo la realidad bien distinta. La sociedad es la persona jurídica, empresario moral que desarrolla la actividad económica, mientras que el socio único es la persona física o jurídica, que no alcanza categoría de empresario alguna, sino que simplemente es el miembro funcional de la organización jurídica que crea la sociedad. Cada uno tiene su propio patrimonio, perfectamente separados en la esfera jurídica. No obstante, esa contratación sigue produciendo debates en cuanto a su permisión por los riesgos que arrastra consigo.

“Los intereses del socio y los intereses de la sociedad son diferentes y por ello cabe la celebración de contratos entre la sociedad y el socio único. Existe el peligro o el riesgo de confusión de patrimonios mediante la celebración de estos contratos y que sirvan a operaciones de desafectación clandestina de activos. Por ello, se requiere transparencia en los negocios entre socio único (sobre todo cuando este es el administrador único) y sociedad si se desea prevenir el riesgo de conflicto de intereses y la confusión de patrimonios”.²³

²³Josefina Boquera Matarredona: Ob. cit., p. 139.

Más bien, con este autocontrato sí se lesionarán los intereses de los terceros, cuando es abusivo con la sociedad, donde se vacía el patrimonio social, traspasándolo al patrimonio del socio único; quedando acreedores sociales sin satisfacer sus deudas, ya que no podrán dirigirse contra el socio, salvo que se demuestre que las ventajas excesivas fueron a consecuencia de un contrato fraudulento y responderán entonces, tras el ejercicio por parte de esos terceros, de la acción individual de la responsabilidad.

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Cuando la sociedad unipersonal aumenta el número de socios, no nos encontramos en un cambio de tipología societaria, sino ante una nueva modalidad de la misma forma de sociedad, según sea el caso; convirtiéndose en sociedad pluripersonal, concluyendo que ante este supuesto no se evidencia ninguna de las modificaciones conocidas: transformación, fusión y escisión de la sociedad.

En el caso que nos ocupa, una sociedad unipersonal, que se formará mediante una sociedad de capital, podrá transformarse en una sociedad personalista, en una sociedad civil, en una sociedad cooperativa, o en una agrupación de interés económico. También dentro del mismo grupo de sociedad de capital podrá cambiar su estructura social, pasando de Sociedad Anónima a Sociedad de Responsabilidad Limitada o viceversa.

En cuanto a la responsabilidad de los socios de la sociedad transformada, que hasta ese momento era limitada, responderá de esa misma manera de aquellas deudas anteriores a la transformación, y se acogerá al régimen de responsabilidad de la nueva forma social, que podrá coincidir o no.

La sociedad unipersonal podrá ser cualquiera de las que se disuelve, para formar la nueva sociedad tras la fusión del primer supuesto, desapareciendo del mercado. Mientras que en el segundo supuesto, la sociedad unipersonal, podrá ser tanto la sociedad absorbente como la absorbida.

Cuando la sociedad unipersonal sea la sociedad absorbente, entrarán en ella nuevos socios, y se producirá como efecto la aparición de una sociedad pluripersonal. En este caso, sólo se mantendrá como unipersonal cuando el socio único de la sociedad absorbida sea la propia sociedad absorbente.

Sin embargo, si la sociedad unipersonal es la sociedad absorbida, esta se extinguirá, desapareciendo del tráfico jurídico, puesto que solamente se transmitirá su patrimonio al bloque patrimonial de la sociedad absorbente.

La fusión de la sociedad unipersonal podrá hacerse con cualquier tipo de sociedad; siempre que en el proyecto de fusión se mencione absolutamente todo respecto del régimen de la nueva sociedad a integrar.

Para el proceso de escisión, se darán las mismas fases que en el proceso de fusión.

EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Para este proceso jurídico, le serán aplicables a la sociedad unipersonal, las normas establecidas para las sociedades de capital, produciendo los mismos efectos.

La disolución del contrato de sociedad puede ser parcial ante todos los supuestos de exclusión y separación del socio, lo que no es posible en una sociedad unipersonal por sus características; aunque sí en una sociedad pluripersonal, que podrá ocasionar una sociedad unipersonal devenida.

Podrá también esa disolución ser total, disolviéndose la sociedad, por causas legales o estatutaria, abriendo como efecto primordial el período de liquidación de esa persona jurídica. En este período, la sociedad no tiene objetivo alguno en continuar en el despliegue del ejercicio de la actividad encaminada a obtener el fin común establecido, sino que iniciada esta etapa, la vida del empresario social, solamente continúa para liquidar las relaciones existentes, dando lugar al reparto del patrimonio social entre los socios y la extinción de la sociedad. En una sociedad unipersonal, las ganancias serán exclusivamente del único socio.

En la sociedad unipersonal, quien toma la decisión de disolverse, será el socio único, en correspondencia con las causas comunes de disolución para todas las sociedades.

UNIÓN DE EMPRESARIOS

M. SC. RAIZA FRAGA MARTÍNEZ

SURGIMIENTO DE LA UNIÓN DE EMPRESARIOS

Históricamente, por razones de índole económica, los empresarios mercantiles han tenido necesidad de agrupar sus empresas, con la finalidad de poder llevar a cabo sus actividades en el mercado, alcanzando mayores utilidades para todos los empresarios involucrados. Estas agrupaciones económicas surgen por necesidad de crear mayores unidades productivas, que permitan acceder y aprovechar al máximo las ventajas ocasionadas por la expansión territorial. El desarrollo tecnológico, industrial y comercial; la aparición de grandes empresas que requieren una inversión de altas sumas de dinero y la responsabilidad ilimitada a que están sometidos los empresarios mercantiles, no permiten que estos solos, puedan enfrentar las consecuencias del ejercicio de las modernas actividades económicas.

En ocasiones, estas uniones empresariales provocan la constitución de nuevos sujetos de derecho, luego de la eliminación de los empresarios independientes que se integran (fusión y sociedad de sociedades); mientras que en otras, solamente es una agrupación de empresarios independientes sin que lleguen a perder su personalidad jurídica ni se constituya una nueva persona jurídica (uniones de empresas). En ambos supuestos, este fenómeno integracionista en la esfera económica tiene efectos para el ámbito jurídico.

Este suceso económico donde se agrupan empresarios para poder enfrentar los retos del mercado y obtener mayores utilidades para repartirse entre los involucrados, se reconoce como la concentración o unión empresarial. La concentración o unión de empresas también tienen como objetivo primordial el de lograr poderío y control en el mercado, para poder hacerle frente a la competencia. Siendo la concentración de empresas un mecanismo de conseguir el perfeccionamiento técnico y mejorar el sistema económico.

Con el recrudescimiento del capitalismo gobernado por las leyes del mercado, luego del período de guerra, se hace más necesaria la agrupación empresarial. En esta etapa se pasa a un nivel superior de integración económica. Ya no bastan los consorcios, ni los monopolios, trusts y cárteles para enfrentar los riesgos económicos. Más bien se comenzaron a originar asociaciones empresariales que llegaron incluso a traspasar los límites territoriales, formándose una especie de agentes económicos internacionales, que ansiaban dominar la mayor parte del mundo y se manifiestan de manera más compleja.

En este marco del capitalismo actual se presentan otros fenómenos, a consecuencia de la moderna economía de mercado, que utiliza a la concentración económica como una vía para conseguir el perfeccionamiento técnico, como son: el Grupo de Sociedades y Uniones Temporales de Empresarios. Ambas modalidades corresponden al término *Uniones de Empresas*, lo que se entiende como aquellos supuestos en que se establecen determinados vínculos entre varias empresas, siempre que sus respectivos titulares mantengan una personalidad jurídica propia. La utilización de la expresión *Uniones de Empresas*, no es correcta, puesto que la concentración económica que se produce, es entre los empresarios mercantiles titulares de las actividades económicas, que son las empresas.

A pesar del auge de la concentración empresarial, debido a las ventajas económicas que implica para la época, no se produjo ningún movimiento jurídico dedicado a la regulación del fenómeno de la concentración o unión de empresas. Se desarrolló como una institución, más económica que jurídica. No obstante, la unión de empresas comenzó a distorsionar la libre competencia que caracterizaba la economía de mercado actual, originando entonces una difusa promulgación de leyes con la finalidad de evitar limitaciones a la libre competencia.

GRUPOS DE SOCIEDADES. CONCEPTO

Según VICENT CHULIÁ:¹ “Grupo de sociedades, en sentido estricto, es el conjunto formado por dos o más sociedades sometidas a una misma “dirección unitaria”, “dirección efectiva”, “unidad de decisión”, “control” o “influencia dominante”. Este poder se instrumenta mediante diversos *mecanismos jurídicos de dependencia*, que pueden ser financieros o de propiedad (de acciones y participaciones) y contractuales.

¹FRANCISCO VICENT CHULIÁ: *Introducción al Derecho Mercantil*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., p. 517.

Esta definición, aunque relaciona términos ambiguos como dirección, control e influencia dominante, lo que deja claro es que en todo momento, en el Grupo de Sociedades, siempre habrá contraposición entre la sociedad dominante o matriz respecto a las sociedades dominadas o filiales.

Los Grupos de Sociedades son un conjunto de dos o más sociedades mercantiles que se someten a una misma dirección económica. Constituyen unidades económicas que, luego de la concentración, conservan la independencia jurídica-formal y la personalidad jurídica, cada una de las sociedades integradas. Como se aprecia, el Grupo de Sociedades es una forma de concentración económica donde los empresarios no pierden su capacidad jurídica independiente. Aunque al decir de SÁNCHEZ JIMÉNEZ, la conservación de la personalidad jurídica de las sociedades que se agrupan “es más aparente que real”.²

De manera general, el Grupo de Sociedades se compone por una sociedad dominante (denominada sociedad madre o matriz) que crea, dirige y controla a las sociedades dominadas (denominadas sociedades hijas o filiales) sin que estas últimas pierdan su independencia jurídica ni se le otorgue al Grupo de Sociedades capacidad jurídica como sujeto de derecho. En el Grupo de Sociedades, las sociedades hijas son dominadas por la dirección económica que ejerce la sociedad madre, en dependencia del mecanismo seleccionado para tal dominación (compra de acciones o financiero, contractual o por la inclusión del elemento personal).

En nuestro país no existe concepto legal sobre Grupo de Sociedades en la materia mercantil. El Código de Comercio cubano no ofrece ninguna definición de esta institución jurídica. Ello se debe a que la promulgación de este cuerpo legal es anterior a la aparición de los Grupos de Sociedades y no ha sufrido modificación al respecto. No obstante, se han sancionado en la última década del siglo xx, otras legislaciones mercantiles especiales como las Resoluciones del Ministerio de Comercio Exterior sobre sociedades mercantiles y la Ley de Inversión Extranjera, donde tampoco se hace alusión alguna a los Grupos de Sociedades, a pesar de la existencia de estas figuras concentracionistas empresariales en la economía cubana.

Sin embargo, en la Ley de Inversión Extranjera, se regula el Contrato de Asociación Económica Internacional en su artículo 14.1; donde se ofrecen sus características como: a) un contrato de asociación que no crea una nueva persona jurídica distinta de las partes contratantes; b) puede desarrollar cualquier actividad económica siempre que se le autorice a las partes del contrato; c) libertad para estipular pactos y cláusulas, según sus intereses

²SÁNCHEZ JIMÉNEZ: *Derecho Mercantil*, 2ª ed., Tomo II, p.403.

y en función de su objeto social autorizado; d) cada parte contratante aporta bienes, de los que es propietario siempre, sin que llegue a surgir un capital social, sino más bien un fondo común, para desplegar la actividad económica propuesta. Esta figura del Contrato de Asociación Económica Internacional, es el primer indicio de regulación de unión de empresarios en nuestro país. Toda vez que a partir de este contrato, puede originarse una *Joint Venture* (modalidad de Grupo de Sociedades) sin que se considere una verdadera normativa sobre el tema.

Por ello, considero que el Grupo de Sociedades *es la integración económica, carente de capacidad jurídica para llegar a ser un sujeto de derecho, de varias sociedades mercantiles vinculadas entre sí, que conservan su personalidad jurídica, donde existe la sociedad dominante (matriz o madre) que dirige y controla los recursos propios y financieros del resto de las sociedades dominadas (filiales o hijas) mediante mecanismos de dominación accionarial, personal o contractual.*

ELEMENTOS QUE DISTINGUEN AL GRUPO DE SOCIEDADES

Para determinar si estamos en presencia o no de un Grupo de Sociedades, es preciso tener en cuenta los elementos distintivos de esta figura jurídica: a) es una unidad corporativa que no obtiene capacidad jurídica, b) donde se conserva la personalidad jurídica independiente de las sociedades mercantiles que la integran, c) y la sociedad dominante controla a las sociedades dominadas, y d) asimismo, ejerce la dirección unitaria, al coordinar todas las actividades de las últimas.

a) **Unidad corporativa sin capacidad jurídica:** el Grupo de Sociedades, al estar integrado por dos o más sociedades mercantiles, se convierte en un fenómeno plural. La unión de varias personas jurídicas compone un grupo que tiene una estructura orgánica, y de hecho, integran una unidad de sociedades, que no llega a constituir una persona jurídica independiente. Si se llegase a crear una persona jurídica distinta de las partes, estuviésemos en presencia de una sociedad de empresarios, y no es el caso. En la sociedad de empresarios se asocian sociedades mercantiles, en sentido estricto, originándose una nueva sociedad mercantil con capacidad jurídica independiente, patrimonio propio, denominación y objeto social definido. En el caso del Grupo de Sociedades, si bien es cierto hay una unión de sociedades mercantiles, también lo es que esta unión no alcanza independencia jurídica. Por ello, el Grupo de Sociedades no puede asumir obligaciones ni ejercer derechos en su propio nombre.

b) Conservación de la personalidad jurídica independiente de las sociedades mercantiles agrupadas: las sociedades mercantiles que integran el Grupo de Sociedades no pierden su independencia jurídica. Mantienen su carácter de sujeto de derecho. Esto implica que conserva su capacidad jurídica, su patrimonio propio, su denominación social y su objeto social previamente definido. Todo ello supone que continúa siendo titular de todos sus derechos y obligaciones, contraídos durante el ejercicio de su actividad económica en el mercado. A pesar de esta conservación de la independencia jurídica, cuando la sociedad mercantil se integra a un Grupo de Sociedades, debe tener en cuenta los intereses de este, sin que llegue a anularse su interés social. La sociedad mercantil integrada al Grupo de Sociedades tiene que lograr un equilibrio entre el interés del grupo y su interés particular, sin que llegue a suprimirse su independencia jurídica. Esta sumisión del interés de la sociedad mercantil al interés del Grupo de Sociedades, es la causa de la aseveración de que la independencia de las sociedades dominadas es más aparente que real. La sociedad dominante, con la finalidad de obtener mayores beneficios para el Grupo de Sociedades, dispone las acciones que deben llevar a cabo las sociedades dominadas. En la práctica, este tema se manifiesta de manera relativa, ya que tales acciones indicadas por la sociedad dominante, serán debidamente ejecutadas por las sociedades dominadas, siempre que no impliquen pérdidas irreversibles en la contabilidad de la empresa mercantil que le impidan asumir las obligaciones contraídas como sujeto de derecho. De esta forma, se alcanza el equilibrio entre el respeto a las orientaciones de la sociedad dominante por parte de la sociedad dominada y el cuidado del interés particular por parte de la sociedad integrada. Todo ello permite afirmar que la sociedad dominada mantiene verdaderamente su independencia jurídica.

c) Control por parte de la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas: Cuando se utiliza el término *controlar*, lo entendemos como *comprobar, examinar, revisar*. El control es la simple posibilidad de poder intervenir directa o indirectamente en la vida de las sociedades dominadas, pudiendo la sociedad dominante verificar y confirmar que se están llevando a cabo de manera adecuada, las acciones que ha dispuesto para las sociedades dominadas, en pos del beneficio del Grupo de Sociedades. El control es la capacidad que tiene la sociedad dominante de comprobar el desarrollo de las sociedades dominadas. No significa que la sociedad dominante dirija las sociedades dominadas. El control es de menor influencia sobre las sociedades dominadas. El control es un elemento esencial que se exige en el sistema inglés para poder afirmar de la existencia del Grupo de Sociedades. Basta que la sociedad dominante acceda a examinar los recursos financie-

ros de las sociedades dominadas, al momento de la consolidación de las cuentas anuales, para que se entienda que existe un Grupo de Sociedades. Sin embargo, en el sistema germano, este elemento aunque importante dentro de su definición, no es tan decisivo como para el sistema inglés, ya que se exige también el ejercicio de la dirección unitaria.

El control de la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas puede ser: interno o externo. El control interno consiste en la influencia directa que alcanza la sociedad dominante al poseer la propiedad de los títulos representativos de las aportaciones económicas de la sociedad dominada (acciones o participaciones) o por la existencia de personal de la sociedad dominante en los órganos sociales de la sociedad dominada. También existirá control interno, aunque de forma indirecta, cuando esta intervención financiera o personal de la sociedad dominante sobre la sociedad dominada final, la logra a través de su control interno directo en una sociedad dominada intermedia, que a su vez participa en la sociedad dominada final. Por su parte, el control externo es el que se logra mediante la concertación de un contrato celebrado entre la sociedad dominante y la sociedad dominada.

d) Ejercicio de la dirección unitaria de la sociedad dominante al coordinar las actividades de las sociedades dominadas: el término *dirigir* significa en una de sus acepciones: *guiar, gobernar*. Este elemento implica más que el simple control de la sociedad dominante sobre la sociedad dominada. El ejercicio de la dirección del Grupo de Sociedades por parte de la sociedad dominante consiste en una dominación efectiva sobre las sociedades dominadas. Significa que la sociedad dominante no solo examina, revisa y verifica el desempeño de la actividad económica de las sociedades dominadas, sino que la sociedad dominante tiene poder, supremacía y autoridad sobre las sociedades dominadas. La dirección a ejercer por parte de la sociedad dominante, viene dada por las ansias de obtener grandes beneficios para el Grupo de Sociedades. La dirección se califica como *unitaria*, lo que se debe entender como *unidad política*. Para el desempeño de la vida del Grupo de Sociedades la dirección unitaria es trascendental, ya que se interpreta como el ejercicio del poder por parte de la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas, donde estas últimas deben obediencia para la ejecución de las decisiones tomadas, en consecuencia con la unidad que representa esta modalidad de unión empresarial.

La dirección unitaria se entiende como la existencia de una dirección efectiva y real de la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas, logrando una influencia relevante sobre las mismas. Esta dirección unitaria puede alcanzar a todas las actividades de las sociedades dominadas, o bien se puede limitar a marcar las pautas fundamentales relativas al interés gru-

pal, siendo responsabilidad de cada una de las sociedades dominadas la implementación o puesta en práctica de tales indicaciones generales.

El Grupo de Sociedades se distingue por ser un grupo orgánico de sociedades mercantiles que no alcanza personalidad jurídica propia; donde las sociedades mercantiles que lo componen conservan su independencia jurídica (a pesar de tener que subordinar su interés particular a los intereses del grupo, siempre que no se afecte de manera irreparable la empresa de la sociedad dominada) luego de que la sociedad dominante ejerce el control y la dirección unitaria sobre las sociedades dominadas.

El estudio de los elementos distintivos del Grupo de Sociedades nos permite afirmar que la existencia de los dos sistemas (inglés y alemán) que lo definen, es válida para poder presumir la presencia de un grupo. El concepto inglés, por dar las características más generales de Grupo de Sociedades, debe prevalecer puesto que define un fenómeno jurídico donde se interpreta que la dirección unitaria, sin llegar a ser un elemento imprescindible para el Grupo de Sociedades, se deriva del control. No obstante, parece pertinente puntualizar que el concepto germano de Grupo de Sociedades es más acertado, al incluir en su definición la dirección unitaria y efectiva, que es de mayor influencia dentro de la unidad corporativa que se forma en el grupo.

La creación de sociedades mercantiles para estructurar el Grupo de Sociedades, no es una decisión unilateral de la sociedad dominante. En nuestro país se precisa de la autorización gubernativa del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, donde se determinan todas las características de la sociedad constituida: socios, capital, aportaciones y formación de órganos sociales, etc., las que una vez autorizadas, deben inscribir la Escritura Pública de constitución en el Registro Mercantil, según el territorio donde está enclavado el domicilio social.

CLASIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

La clasificación de los Grupos de Sociedades se basa en diferentes criterios. Una vez conocidos estos, se podrán comprender las características de cada Grupo de Sociedades en particular.

a) **Por el objeto social de la sociedad dominante:** Según sea la actividad a que se dedica la sociedad matriz o dominante (aunque cabe aclarar que en ocasiones el objeto social es el mismo para todas o la mayoría de las sociedades dominadas); el grupo puede ser clasificado como: *Grupo Industrial*, que se dedica a actividades de transformación de materias primas

para lograr productos semielaborados o elaborados; *Grupo Comercial*, que se dedica a la comercialización en el mercado de productos semielaborados o elaborados –o *Grupo Financiero*– que se dedica a la recaudación de fondos dinerarios y su canalización a la clientela. Son los que más demuestran la existencia de una unidad económica del grupo y la necesidad de regularlo.

b) Por el territorio que abarca el grupo: El Grupo de Sociedades, como mecanismo de unión empresarial que surge en el mercado, para penetrar y dominar en el ámbito nacional o internacional, se manifiesta como un grupo *nacional* o *multinacional*. Es grupo nacional, cuando todas las sociedades integrantes del mismo están ubicadas en el mismo territorio que la sociedad dominante que las constituye posteriormente. Es un grupo multinacional, cuando las sociedades dominadas se crean en territorio distinto de la sociedad dominante que las crea, desarrollándose las empresas en diferentes países. No obstante, teniendo en cuenta que el Grupo de Sociedades no tiene personalidad jurídica independiente, no se le debe atribuir ningún criterio de nacionalidad, ya que al no ser sujeto no tiene ningún vínculo jurídico con el Estado. La relación jurídica que puede existir con el Estado será de cada sociedad dominada en el territorio donde está domiciliada; y si se trata de una infracción grupal entonces se tendrá en cuenta la ubicación territorial de la sociedad dominante.

c) Por el mecanismo de dominación: Existen dos criterios doctrinales distintos en esta clasificación. La primera variante viene dada por el mecanismo de dominación de la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas. Este mecanismo puede ser: *contractual*³ cuando lo que determina la relación entre las sociedades del Grupo de Sociedades es un contrato

³Las relaciones de subordinación que originan vínculos de dominación de la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas, pueden estar originadas por disímiles contratos. En cualquier relación contractual pueden las partes establecer cláusulas, que impliquen subordinación de una de ellas. No obstante existen contratos mercantiles que, en esencia, son contratos donde las obligaciones de las partes conllevan a un control y una dominación efectiva. Entre ellos está: contrato de agencia, contrato de concesión, contrato de franquicia y contrato de maquila. También los contratos de asociación económica internacional pueden ser muestra de ello.

Es necesario que se cumplan los preceptos de dominación y control entre las sociedades, partes del contrato, para que se logre la constitución de un verdadero Grupo de Sociedades. Puesto que de existir el contrato de dominación y no ejercerse la dirección unitaria efectiva, no llegaría a establecerse un Grupo de Sociedades.

empresarial; *accionarial*, cuando la sociedad dominante posee la titularidad sobre parte o todas las aportaciones económicas de la sociedad dominada; también se le conoce como una dominación financiera o real. La dominación accionarial puede ser desde el momento constitutivo de la sociedad (originaria) o en un momento posterior a la creación de la sociedad mediante la adquisición de los títulos representativos de las aportaciones económicas *inter vivos* o *mortis causa* (devenida) o *personal*, cuando los órganos sociales de las sociedades dominadas están compuestos o hay participación de directivos o socios de la sociedad dominante.⁴

La segunda variante de clasificación dentro de los mecanismos de dominación o nexo entre las sociedades de un grupo, está regulada en la ley alemana de sociedades por acciones.⁵ Se clasifica en: *grupos contractuales* y *grupos de hecho*. Los grupos contractuales son los mismos señalados en la clasificación anterior, como aquellos donde la relación que se establece entre la sociedad dominante y la sociedad dominada, se estipula mediante un contrato que entraña dominación o cesión de ganancias. Los grupos de hecho son aquellos donde se logra una situación de dominación a través del ejercicio de la dirección unitaria, sin que medie la concertación de un contrato.

d) Por la estructura: Los Grupos de Sociedades se organizan siempre partiendo de la sociedad dominante, como una unidad orgánica. La estructura que adoptan los Grupos de Sociedades puede ser: *radial*, *piramidal* o *circular*. La estructura radial se observa cuando la sociedad dominante se sitúa como centro del Grupo de Sociedades, irradiando de ella las sociedades dominadas, quienes dependerán directamente de aquella. En esta estructura es donde más se aprecia la dirección unitaria efectiva y directa de la sociedad dominante sobre la sociedad dominada.

La estructura piramidal consiste en una organización del Grupo de Sociedades de manera escalonada. Es cuando la sociedad dominante se encuentra en la posición suprema y a partir de ella empiezan a sucederse la creación de sociedades dominadas, que a su vez constituyen otras sociedades dominadas. Todas subordinadas de manera real y efectiva a la dirección unitaria de la sociedad dominante.

La estructura circular se logra cuando la sociedad dominante participa en el capital de una sociedad dominada, la que a su vez tendrá aportaciones

⁴Ver Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos S.A., 1991, p. 369; Rodrigo Uría: pp. 546 y 547; Fernando Sánchez Calero: p. 356.

⁵Véase Francisco Vicent Chuliá: *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, 11ª ed., p. 520.

económicas mayoritarias en otra sociedad dominada. Así sucesivamente, las sociedades dominadas van a tener participación económica significativa en otras sociedades dominadas, hasta el momento en que se cierre el círculo de las sociedades, en la que una sociedad dominada tendrá participación en la sociedad dominante, sin que dicha participación le permita ejercer control ni dirección sobre la misma. Esta precaución será el fundamento para que pueda lograrse la estructura circular donde mantenga el poderío la sociedad dominante.

En la práctica, el Grupo de Sociedades actual es mucho más complejo que esta simple clasificación. Lo más común es encontrarse con grupos de sociedades que utilizan las estructuras descritas de maneras combinadas, siendo una *estructura mixta*. Podemos encontrarnos lo mismo con un grupo radial-piramidal o un grupo circular-piramidal.

e) Por la ubicación de las sociedades en el proceso productivo: El Grupo de Sociedades dentro del desarrollo de la actividad económica puede distribuir a cada sociedad dominada una fase del proceso productivo, logrando un engranaje perfecto que puede ir desde el suministro de la materia prima hasta la comercialización del producto elaborado por las sociedades dominadas, siendo un grupo *vertical*. Sin embargo, cuando las sociedades del grupo se dedican todas a la misma fase del proceso productivo, nos encontramos ante un grupo *horizontal*, como sucede por ejemplo en un Grupo de Sociedades donde todas las sociedades se dediquen a la fabricación de calzados.

f) Por la actividad económica que realizan las sociedades: Cuando las sociedades del grupo realizan una misma actividad, aunque en diferentes fases productivas, relacionadas entre sí (es el caso de las empresas textiles que se dediquen a la fabricación de varias líneas como toallas, confecciones masculinas y femeninas, carteras) nos encontramos ante un grupo *homogéneo*. Pero cuando las sociedades del grupo realizan actividades diferentes sin vinculación alguna (como es el caso en que dentro del grupo se dediquen a servicios de salud, servicios jurídicos, servicios gastronómicos y hotelería y turismo), nos enfrentamos a un grupo *heterogéneo*.

g) Por la manera de ejercer la dirección: Se puede distinguir entre el grupo *centralizado* y grupo *descentralizado*. La centralización o no, viene dada por la posición que asume la sociedad dominante ante las sociedades dominadas, en cuanto a la gestión del grupo. Será un grupo centralizado, cuando la sociedad dominante asume la gestión unitaria financiera y laboral,

funcionando como un solo sujeto económico; siendo incorporadas, al régimen legal y estatutario de cada sociedad dominada, las decisiones de la sociedad dominante.

Mientras que será un grupo descentralizado, cuando a pesar de existir relaciones de dominación entre la sociedad dominante frente a las sociedades dominadas, no hay asunción de la gestión financiera y laboral de todas las sociedades integrantes del grupo, por parte exclusiva de la sociedad dominante.

RELACIONES INTERNAS EN EL GRUPO DE SOCIEDADES

Teniendo en cuenta el control y la dirección unitaria que ejerce la sociedad dominante sobre las sociedades dominadas con la finalidad de lograr que funcione el Grupo de Sociedades; es la sociedad dominante la máxima responsable de las acciones de las sociedades integrantes del grupo. Para lograr entonces que la sociedad dominante ejerza su poder sobre las sociedades dominadas, generalmente la sociedad madre es la que designa a los administradores de las sociedades hijas, nombrando en ocasiones a sus propios ejecutivos. Esto implica que el dominio lo alcanza la sociedad dominante al penetrar elementos personales de su estructura orgánica, en las sociedades dominadas. Esta supremacía se consigue mediante los órganos de administración.

Tanto en la penetración personal como en la accionarial por parte de la sociedad dominante, se llega a dominar a las sociedades dominadas mediante sus órganos sociales. Como consecuencia de ello, sucede que en la vida interna de las sociedades dominadas se pierde la vinculación jurídica entre sus órganos sociales: poder soberano de la asamblea de socios y poder ejecutivo de los administradores. El nexo entre estos órganos se hace más aparente que real, ya que en uno o en otro estará presente, con fuerza, la voluntad de la sociedad dominante, lo que somete el interés particular de la sociedad dominada al interés grupal decidido por la sociedad dominante.

Funciona en el orden práctico de la siguiente manera: la sociedad dominante dirige el Grupo de Sociedades, siendo la encargada de lograr mayores beneficios para todas las sociedades integrantes de esta unión empresarial. Los acuerdos sociales adoptados en la Asamblea de Socios de la sociedad dominante se tienen que ejecutar por sus administradores. Como ya se dijo, en las sociedades dominadas hay presencia de socios en sus respectivas reuniones de socios, o de ejecutivos, en sus órganos de administración. Entonces, tales decisiones sociales de la sociedad dominante se irradian a las

sociedades dominadas mediante la influencia directa que ejercen estas personas dentro de sus funciones.

A pesar de existir la situación descrita en los Grupos de Sociedades la relación interna no es inmediata, al no existir órganos que centralizan la gestión y funcionamiento del grupo; sino más bien se aprecia una relación interna indirecta o mediata de dirigir y controlar la actividad de las sociedades dominadas.

Por todo lo expuesto, cabe destacar que cada sociedad integrante del Grupo de Sociedades en el ejercicio de su actividad económica, va a desarrollar acciones en función de su objeto social y en función del interés del Grupo, por lo que respondería jurídicamente de ser preciso. Ahora bien, si en el cumplimiento de las indicaciones que emite la sociedad dominante a las sociedades dominadas debido a la dirección unitaria se causa un daño a tercero, se extenderá la responsabilidad por el daño causado al Grupo de Sociedades. En este supuesto, se rompe con el principio que hemos reiterado, de que en el Grupo de Sociedades, cada sociedad mantiene su personalidad jurídica independiente y, por ende, cada cual responde de sus actos. Ante esta situación, todas las sociedades integrantes del Grupo de Sociedades, deberán contribuir a saldar las deudas con el tercero afectado; una vez que el grupo no es persona con capacidad jurídica propia ni patrimonio, sino que todas las sociedades mercantiles que la integran deberán aportar parte de sus patrimonios con la finalidad de salvaguardar el prestigio del Grupo de Sociedades.

En la práctica, la extensión de la responsabilidad de una sociedad dominada al resto de las sociedades integrantes del Grupo de Sociedades, por el daño causado a un tercero en el cumplimiento de actos en beneficio del interés grupal, no es jurídicamente razonable en todos los casos. Se ven afectadas las sociedades dominadas no vinculadas al tercero dañado, que responden conjuntamente con la sociedad dominada causante del acto ilícito. Se debe analizar la posibilidad de que responda la sociedad dominante y la sociedad dominada que provocó el daño al tercero; dejando solo al resto de las sociedades dominadas, el deber de contribuir al pago de la deuda en pos del interés grupal, sin que su aporte económico sea proporcional a las sociedades directamente implicadas al acto ilícito.

Como se describió en el funcionamiento de la *holding* ocurre, que la sociedad madre es en todos los casos, el socio mayoritario de las sociedades hijas. Por ello, el resto de los socios de las sociedades dominadas son minoritarios, que quedan indefensos ante la toma de acuerdos sociales; siendo trascendente su protección si tenemos en cuenta la relación entre sociedad dominante-sociedad dominada-responsabilidad. Los socios minoritarios de las sociedades hijas no tienen la posibilidad objetiva de decidir

sobre cuestiones importantes,⁶ sino que son reducidos a asumir los acuerdos del socio mayoritario.

Por último, dentro del Grupo de Sociedades, generalmente los centralizados, es tradicional que se realicen traspasos de trabajadores entre las sociedades del grupo. Los empleados del Grupo de Sociedades, deben prestar sus servicios en cualquiera de las sociedades del mismo. Esta relación que se propicia dentro de los Grupos de Sociedades afecta a los trabajadores. No debe entenderse que la relación jurídica laboral de los empleados es con el Grupo de Sociedades, ya que este no ostenta personalidad jurídica para ello. Más bien es una prerrogativa que tienen los directivos del Grupo de Sociedades, que mueven al personal de una sociedad a otra, justificándose en un mayor beneficio para el grupo, en general.

RELACIONES EXTERNAS DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El Grupo de Sociedades a pesar de no ser persona jurídica independiente despliega relaciones hacia el exterior de la unidad corporativa. Su interés grupal se proyecta hacia terceros a través de una denominación comercial, que lo identifica en el tráfico jurídico, sin que llegue a considerarse como la denominación social de una persona jurídica.

Por otra parte, el Grupo de Sociedades se proyecta como unidad jurídica cuando en las relaciones internas se extiende la responsabilidad a todas las sociedades del grupo, para satisfacer las deudas de los acreedores de una sociedad dominada, cuando en el cumplimiento de una decisión grupal se afecta el patrimonio de un tercero.

Otro momento en que se establece relación externa del Grupo de Sociedades, es ante el pago del fisco. Tanto así que aún en el concepto inglés de Grupo de Sociedades, se reconoce la existencia de esta modalidad de unión de empresarios, al clasificarlo como un “grupo consolidable” sobre las cuentas anuales. La sociedad dominante del Grupo de Sociedades debe, al contabilizar su ejercicio económico, reflejar sus inversiones en las sociedades dominadas, consolidando dichas cuentas. Al lograr la consolidación de las cuentas del Grupo de Sociedades, se calcula el tributo a pagar en función del

⁶Los temas que importan a los socios minoritarios son las transmisiones de las acciones o participaciones del socio mayoritario a un tercero (poniendo en peligro el interés de la sociedad), los traspasos de patrimonios de una sociedad dominada a otra sociedad dominada (en función del interés grupal), transacciones con una sociedad dominada para evadir la satisfacción de deudas sociales o disciplina fiscal del Grupo de Sociedades.

resultado. El pago del tributo lo efectúa la sociedad dominante del Grupo de Sociedades. En Cuba, a pesar de estar previsto en la legislación tributaria las cuentas consolidadas para el Grupo de Sociedades, no se establece de manera obligatoria.

REGULACIÓN LEGAL SOBRE EL GRUPO DE SOCIEDADES

En Cuba no se define al Grupo de Sociedades en ninguna legislación mercantil. Está totalmente ausente el tema de los Grupos de Sociedades en el ordenamiento positivo privado. Donde único se conceptualiza al Grupo de Sociedades, es en el Artículo 70 del Reglamento para el Impuesto sobre Utilidades (anexo de la Resolución 33/ 95 del Ministerio de Finanzas y Precios) cuando refrenda: “se entenderá como Grupo, a efectos fiscales, al conjunto de empresas residentes en la República de Cuba formado por una empresa dominante –también llamada matriz o cabeza de grupo–, y las empresas dependientes de ella –dominadas o filiales–, que reúnan determinados requisitos de dominio y permanencia”.

Luego de la lectura de este artículo, se evidencia que el concepto dado está en función del Derecho Tributario exclusivamente, sin elementos teóricos del Derecho Mercantil. Primero, por la norma que lo regula, una norma financiera. Segundo, porque la propia norma lo especifica cuando establece que esta definición es *sólo a efectos fiscales*. Tercero, ya que el concepto carece de los elementos distintivos de Grupo de Sociedades como institución jurídica. Más se limita a precisar qué es un Grupo de Sociedades, para efectos del pago del fisco, ante los resultados de las cuentas anuales consolidadas y sus utilidades obtenidas.

Tras la lectura del precepto en cuestión, podemos afirmar que resulta ambiguo y equívoco. Una vez leída la norma financiera, el concepto brindado no se restringe a precisar sobre Grupo de Sociedades, sino que alcanza a los demás fenómenos concentracionistas empresariales como: Unión de Empresas, Grupo Empresarial. Se puede afirmar ello, debido a la utilización del término *empresa* dentro del texto. Además lo relacionado con los requisitos de *dominio* y *permanencia*, queda impreciso para cualquiera de los casos a que haga referencia, sin tener una norma donde remitirnos.

Si sólo se refiriera al Grupo de Sociedades, entonces estaríamos en presencia de un uso erróneo de la palabra empresa, por lo que representa para el Derecho Mercantil. La empresa es el modo de llevar a cabo una actividad económica en el mercado y no el sujeto de una relación mercantil, que es el empresario. Por ello, cuando nos referimos a un Grupo de Sociedades en el

ámbito privado, se debe aludir al “conjunto de empresarios sociales”; para ser más específicos, puesto que los empresarios individuales no tienen cabida en esta formación jurídica.

LAS CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS EN EL GRUPO DE SOCIEDADES

La llevanza de una nítida contabilidad es una de las obligaciones que se le impone a los comerciantes y sociedades mercantiles, en el marco del Estatuto de los Empresarios. La contabilidad permite conocer, a los socios o terceros, la verdadera situación financiera-patrimonial y las pérdidas o ganancias obtenidas por el empresario durante un período determinado. Para materializar la contabilidad se hace necesario que se elaboren, por los administradores, las cuentas anuales compuestas por: balance, cuentas de pérdidas y ganancias, y la memoria.

Las cuentas anuales consolidadas son las que deben aprobar y publicar la Asamblea de Socios de la sociedad dominante del Grupo de Sociedades, cuando ella es socio mayoritario de las sociedades dominadas, siendo obligatorio en los Grupos de Sociedades de dominación accionarial. Ello, debido a que el capital que aporta la sociedad dominante en el capital de las sociedades dominadas, se contabiliza en el balance de la primera como una inversión que efectuó en las segundas. Con la consolidación de las cuentas anuales se evita que se duplique el cálculo de los recursos financieros y patrimoniales dentro del grupo, lo que traería consigo un resultado contable ficticio, con implicaciones para el pago del tributo y reparto de ganancias, si existen. La sociedad dominante debe aprobar sus propias cuentas anuales y las consolidadas, para luego publicarlas en el Registro Mercantil.

LA *JOINT VENTURE* COMO MODALIDAD ESPECIAL DE GRUPO DE SOCIEDADES

La *Joint Venture* es el supuesto típico de Grupo de Sociedades por coordinación, al crear sociedades filiales comunes, en la que se mantiene la unidad de decisión gracias a la colaboración entre las distintas sociedades. No es un Grupo de Sociedades donde existe la estructura de sociedad dominante y sociedades dominadas, sino que se conforma con la unión de varias sociedades mercantiles con varias filiales comunes, donde se ejerce la unidad de dirección luego de la colaboración entre dichas sociedades, que comportan el liderazgo del grupo.

DIFERENCIAS CON INSTITUCIONES JURÍDICAS AFINES

El Grupo de Sociedades es una institución jurídica que a pesar de sus elementos distintivos tiende a confundirse con otras figuras jurídicas reconocidas por la doctrina, como: a) sociedad de empresarios, b) cuentas en participación, c) agrupación de interés económico.

a) **Sociedad de empresarios:** Mientras que el Grupo de Sociedades es la unión de empresarios que conservan su personalidad jurídica independiente, sin la constitución de una persona moral nueva; la sociedad de empresarios es la asociación de varias sociedades donde nace una nueva persona jurídica con capacidad para ser sujeto de derecho y obligaciones, siendo las sociedades integrantes los socios de la nueva sociedad creada. La sociedad de empresarios ostenta denominación social, patrimonio, objeto social y domicilio propios. Se rige por la normativa jurídica de las sociedades mercantiles.

b) **Cuentas en participación:** Es un contrato de colaboración entre empresarios y no una modalidad de unión de empresarios, como el Grupo de Sociedades. Las cuentas en participación consisten en la contribución de bienes convenidos que realiza una persona a un empresario, participando a partir de ese momento en los resultados positivos o negativos de la gestión de su empresa. No interviene la persona que aporta, en el desarrollo de la actividad económica, que sigue siendo propiedad exclusiva del gestor. No hay acción económica conjunta, ni dirección unitaria alguna. Mantiene el gestor su personalidad jurídica y es quien actúa frente a terceros por cuenta propia.

c) **Agrupación de interés económico:** Es una institución asociativa que está encaminada a que sus integrantes (personas naturales y jurídicas que desempeñan cualquier actividad lucrativa o no) puedan desarrollar su actividad económica con mayor facilidad y beneficios para todos los agrupados. Es una modalidad de sociedad mercantil (constituida mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil), a la que la legislación le atribuye personalidad jurídica propia, para desplegar una actividad económica que complementa la actividad de sus socios. La actividad que va a desarrollar la Agrupación de Interés Económico está relacionada con la de sus socios, pero no la sustituye. Responde, como todo sujeto de derecho, de sus actos y contratos. Los socios también van a responder personal, solidaria y

subsidiariamente de las deudas de la Agrupación de Interés Económico. Se diferencia del Grupo de Sociedades, una vez que: a) sí nace una nueva persona jurídica, b) desarrolla una actividad económica complementaria de la actividad fundamental de los socios que la crean, mientras que en el Grupo de Sociedades, los integrantes desarrollan sus actividades fundamentales, c) responde de sus obligaciones con su patrimonio y subsidiariamente, sus socios; en tanto el Grupo de Sociedades no asume deudas como unidad corporativa, ni sus sociedades responden por las deudas del resto de las sociedades del grupo, salvo las excepciones descritas en acápite anteriores.

En Cuba, a consecuencia de su inserción en las relaciones económicas internacionales, se ampliaron los agentes económicos en el mercado nacional. Utilizamos la expresión ampliación, porque se mantienen los mismos sujetos económicos que predominaban en el sistema de economía socialista; y se incorporaron nuevas modalidades de agentes en la esfera económica, que pueden confundirse con los grupos de sociedades, como son: Grupo Empresarial y Asociaciones de Empresas.

Mientras que el Grupo de Sociedades es la unión en la esfera económica de dos o más sociedades mercantiles, que a pesar de la unidad no adquiere personalidad jurídica independiente –donde una de ellas es la sociedad dominante (madre o matriz) que somete bajo su dirección a otras sociedades mercantiles denominadas dominadas (filiales o hijas) con el objetivo de controlarlas– el **Grupo Empresarial** es la unión desde el punto de vista jurídico de varias empresas estatales, que presentan una línea homogénea de producción con afinidad tecnológica debido a la similitud en las materias primas o que resultan ser complementarias en la elaboración del producto a terminar, que alcanza personalidad jurídica propia, aunque las entidades que la conforman mantienen también su independencia jurídica.

A pesar de ser ambas modalidades de concentración económica, se diferencian porque: a) el Grupo de Sociedades es una institución del Derecho Privado, y el Grupo Empresarial es una figura del Derecho Público; b) en el Grupo de Sociedades se produce la unión de sociedades mercantiles exclusivamente, y el Grupo Empresarial se forma con la agrupación de empresas estatales; c) el Grupo de Sociedades no adquiere personalidad jurídica propia, lo que sí ostenta el Grupo Empresarial; aunque cabe destacar que en uno y otro supuesto, los miembros mantienen su capacidad jurídica independiente; d) el Grupo Empresarial precisa que sus integrantes desarrollen una línea homogénea de producción con afinidad tecnológica debido a la similitud en las materias primas o que resultan ser complementarias en la elaboración del producto a terminar; sin embargo, en el Grupo de Sociedades los miembros pueden desplegar actividades totalmente distintas sin que se afecte la institución.

Por su parte, la **Asociación de Empresas** es la reunión de entidades económicas que a pesar de no tener una línea productiva homogénea forman parte de una actividad productiva o de servicios que dentro de la línea de producción se engranan como un mecanismo único para obtener un producto final. Puede estar integrada tanto por sociedades mercantiles como por empresas estatales, sin que el número mayoritario de componentes sea de sujetos mercantiles. Es una institución que se semeja al Grupo de Sociedades, pero se diferencia por la composición de sus integrantes.

UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESARIOS

Concepto de Unión Temporal de Empresarios

Otra modalidad de uniones de empresarios es la Unión Temporal de Empresarios. Como su nombre lo indica, son asociaciones entre varios empresarios, de carácter temporal, con el fin de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.⁷ Donde se unen para desarrollar una actividad económica determinada, que condiciona el tiempo de duración de la unión, que por demás, estará limitada en el tiempo, según las legislaciones nacionales. Esta concentración de empresarios va a estar dirigida por un gerente único nombrado por los empresarios agrupados, con todos los poderes suficientes para poder ejercitar los derechos y contraer las obligaciones encaminadas a alcanzar los fines para los que fue creada la Unión Temporal de Empresarios.

La Unión Temporal de Empresas es una variante de un Grupo de Sociedades formado por un tiempo determinado, donde su estructura y futuro funcionamiento, va a estar definido mediante la concertación de contratos.

SÁNCHEZ CALERO⁸ considera que las Uniones Temporales de Empresas “facilitan la colaboración de varias empresas por un tiempo determinado, surgen de los contratos de colaboración”.

Por su parte, se reconoce la Unión Temporal de Empresarios como el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, que carece de personalidad jurídica; sin embargo, gira bajo una razón social constituida con el nombre de uno, varios o todos los empresarios, debiéndose añadir la expresión “unión temporal de empresarios”.⁹

⁷Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa S.A., p. 628.

⁸Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1994, p. 359.

⁹Sánchez Jiménez: *Ob. cit.*, p. 404.

Por ello, podemos definir la Unión Temporal de Empresarios como *la colaboración entre varios empresarios (individuales o sociales) lograda mediante un contrato asociativo (sin que nazca una nueva persona jurídica) con carácter temporal, para llevar a cabo la ejecución de obra, servicio o suministro; dirigida por un gerente único nombrado por los empresarios asociados, con todos los poderes suficientes para poder ejercitar los derechos y contraer las obligaciones encaminadas a alcanzar los fines para los que fue creada la unión, quienes responderán por sus deudas con sus patrimonios e ilimitadamente; actuando la unión en el mercado bajo una razón social compuesta por el nombre de uno, varios o todos sus partes.*

Características de la Unión Temporal de Empresarios

La Unión Temporal de Empresarios se caracteriza por ser: a) asociación de empresarios mercantiles; b) se logra mediante un contrato de colaboración; c) no nace una nueva persona jurídica; d) las partes conservan su personalidad jurídica independiente; e) carácter temporal; f) para llevar a cabo la ejecución de obra, servicio o suministro; g) dirigido por un gerente único; h) las partes contratantes responden de las deudas de las actividades desarrolladas por la unión, personal e ilimitadamente; i) gira bajo una razón social compuesta por el nombre de uno, varios o todos sus miembros.

a) **Asociación de empresarios mercantiles:** Es la unión de dos o más empresarios mercantiles, sin que se excluyan los empresarios individuales. Por tanto podrán ser sujetos de una Unión Temporal de Empresas, los empresarios sociales e individuales; lo que marca una diferencia importante con los Grupos de Sociedades, donde sólo pueden reunirse las sociedades mercantiles, excluyéndose a las personas físicas que ejerzan el comercio, industria o servicio.

b) **Contrato de colaboración:** Esta modalidad de unión empresarial se logra mediante la concertación de un contrato, que se caracteriza por la finalidad común entre las partes contratantes de llevar a cabo una actividad económica, sin que llegue a constituirse un patrimonio común con las aportaciones realizadas; como sucede en el contrato de sociedad mercantil. En la concertación se logra la cooperación entre las partes para desplegar una empresa, donde se comparten los riesgos y ganancias de dicha actividad.

d) **No nace una nueva persona jurídica:** Al ser clasificada esta relación como un contrato de colaboración, queda claro que no consiste en un contrato de sociedad mercantil, de donde sí surge una nueva persona con capacidad jurídica propia. En este contrato las partes no forman un fondo común con sus aportaciones ni ostentan condición de socios.

e) **Las partes conservan su personalidad jurídica independiente:** Las partes del contrato de colaboración continúan siendo empresarios mercantiles, sujetos de derecho; que van a responder por todos sus actos y contratos. Este elemento distintivo está muy relacionado con la característica anterior, al no nacer una nueva persona jurídica, son los sujetos en el mercado cada parte firmante del contrato; no así la Unión Temporal de Empresarios, que no llega a ser una persona con derechos y obligaciones.

f) **Carácter temporal:** El contrato que genera la Unión Temporal de Empresarios tiene un límite en el tiempo. La asociación de empresarios debe ser por un tiempo cierto, determinado con un lapso de tiempo o indeterminado, pero sujeto a la ejecución de la actividad económica para lo que fue creada. Una vez pasado el tiempo convenido o concluida la actividad a realizar debe concluir la unión empresarial; siendo excepcional la prórroga de dicho contrato.

g) **Ejecución de obra, servicio o suministro:** Específicamente a la Unión Temporal de Empresarios, le quedan reservadas determinadas actividades económicas; lo que impide que sea utilizada para desarrollar cualquier otra, fuera de este límite. Esta limitación la diferencia de los Grupos de Sociedades, que pueden llevar a cabo cualquier actividad empresarial.

h) **Dirigido por un gerente único:** En la Unión Temporal de Empresarios, a pesar de que no se crea una nueva persona jurídica ni existe dirección unitaria ejercida por una sociedad dominante como en el Grupo de Sociedades, se nombra, por todas las partes contratantes, un gerente único que ostenta todos los poderes suficientes para gestionar y representar a la unión. La colaboración que se logra entre los contratantes permite la dirección unipersonal de este gerente; siempre en función de los intereses de la unión empresarial.

i) **Las partes contratantes responden personal e ilimitadamente por las deudas de las actividades desarrolladas por la unión:** Coherentemente con las características expuestas de la Unión Temporal de Em-

presarios, que no tiene capacidad jurídica propia, son los miembros de la unión quienes responden con su patrimonio presente y futuro, por las deudas contraídas durante el desarrollo de la actividad económica convenida, compartiendo los riesgos y las ganancias.

j) **Gira bajo una razón social compuesta por el nombre de uno, varios o todos sus miembros:** La unión, a pesar de no ser una persona jurídica independiente, actúa en el tráfico mercantil con un nombre que lo distingue del resto de los agentes económicos. Esta identificación comercial está compuesta por el nombre comercial de uno, varios o todos los miembros de la unión empresarial, acompañada por la expresión “Unión Temporal de Empresarios”. La identificación se clasifica como subjetiva y tiene como objetivo que los terceros conozcan las partes contratantes de la unión, quienes responden personal e ilimitadamente. Esta característica difiere del Grupo de Sociedades, ya que la denominación con la que se conoce a este último en el mercado, puede ser: objetiva, subjetiva o de fantasía; respondiendo al principio de libre denominación. Aunque cabe aclarar que en ambos casos es una identificación comercial que se le permite a ambas instituciones jurídicas para que actúen ante terceros, que no son personas jurídicas independientes.

La Unión Temporal de Empresarios es una concentración económica, que se utiliza por los empresarios mercantiles para racionalizar y facilitar la ejecución de sus empresas. Es una unión deliberada para lograr un objetivo concreto, donde los asociados pueden ser titulares de empresas de igual o distinta naturaleza, pero siempre que estén económicamente vinculadas.

Esta modalidad necesita de la elevación a Escritura Pública del contrato de colaboración, donde se debe prever el funcionamiento de la unión, que luego debe ser inscrito en el registro correspondiente, según la legislación nacional.

En ocasiones, basta su inscripción en un Registro Especial administrativo a efectos de los beneficios fiscales; en otras, se exige la inscripción en el Registro Mercantil y, por último, se debe inscribir en los dos registros antes mencionados.

En las Uniones Temporales de Empresas la responsabilidad por los actos y contratos realizados en función de la actividad económica común, frente a terceros, corresponde a los miembros de la unión, de manera solidaria e ilimitada.

En Cuba, a pesar de la ausencia de regulación de la Unión Temporal de Empresarios, existen instituciones contractuales reconocidas en el ordena-

miento jurídico positivo, que pueden originar la existencia de la figura en estudio, como son: el contrato de asociación económica internacional, contrato de producción cooperada y contratos de administración hotelera y productiva. Todo ello conlleva a afirmar que en la práctica existen uniones temporales de empresas, aunque no se les identifique con esa misma denominación, al poseer las mismas características enumeradas anteriormente.

LAS SUCURSALES Y AGENTES DE SOCIEDADES MERCANTILES EXTRANJERAS

LIC. MARÍA ANTONIA HEVIA ROMÁN

Por la importancia que reviste el tema de las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras abordaremos sus aspectos más significativos desde el punto de vista teórico, dilucidando las sucursales como establecimientos pertenecientes a una sociedad mercantil nacidas como consecuencia de la dispersión territorial empresarial, y los agentes como actividad económica dirigida a la promoción, negociación o concertación de operaciones mercantiles derivadas en contratos de agencia. Dedicaremos además nuestro análisis a los aspectos fundamentales del régimen jurídico en Cuba de las sucursales y agentes.

La afirmación del importante tratadista español Broseta Pont nos introduce en el desarrollo del estudio al decir que: “Cuando un empresario desea extender de forma masiva o constante su actividad en una zona, asume dos posibles posiciones: la primera, crear una sucursal o delegación propia, que integrada a su empresa y con dependencia económica y o jurídica de ella, promueva su actividad contractual en su nombre y por cuenta de aquél; la segunda, por el contrario, nombrar a un agente quien con su propia empresa, en forma jurídica y económicamente independiente y, por ende, fuera de la empresa del empresario representado, se dedica profesionalmente a captar clientela para él, ya sea mediante su simple promoción o por medio de la conclusión de contratos por cuenta, en nombre e interés de aquél”.¹

¹Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1991, p. 478.

SUCURSALES. DEFINICIÓN

Para aproximarnos al tema de las sucursales asumimos el criterio del catedrático Rodrigo Uría, quien expresa que: “El empresario no puede desarrollar su actividad sin el auxilio instrumental de un conjunto de bienes y servicios por él coordinados y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa”.²

Este conjunto organizado y dispuesto para ser instrumento de la actividad empresarial es lo que se conoce como establecimiento, visto como instrumento al servicio de esta actividad. Por tanto, el empresario puede utilizar tantos establecimientos como le sean necesarios para el ejercicio de su empresa, lo que responde a las necesidades de propagación y gestión de sus actividades, por lo que pueden estar ubicados en lugares distantes entre sí. El establecimiento principal se utiliza para designar al del domicilio del empresario o, de existir varios en el lugar del domicilio, el que sea centro de su actividad empresarial. Los demás establecimientos se nombran secundarios o accesorios, denominados también sucursales, pero jurídicamente no existen diferencias entre unos y otros, pues todos tienen la condición de establecimiento, cualquiera que sea la importancia económica de cada uno de ellos.³

En tal sentido, junto al domicilio o sede principal cobran especial importancia los establecimientos secundarios. Estos no fungen como sociedades, sino como “meras organizaciones instrumentales, centros de actividad comercial carentes de personalidad propia y de verdadera autonomía jurídica”.⁴ Los establecimientos secundarios se clasifican en los de mera actividad de producción (centros fabriles) y los que desarrollan actividad comercial, llamadas generalmente sucursales (también agencias, delegaciones).⁵

Visto lo anterior, podemos definir las sucursales como “todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad”.⁶

La legislación cubana la conceptualiza como “establecimiento perteneciente a una sociedad mercantil o empresario individual, radicado en el

²Rodrigo Uría: *Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1994, p. 39.

³Ibídem, p. 44.

⁴Ibídem, p. 40.

⁵Francisco Vicent Chuliá: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3^{ra} edición, Editorial José María Bosch, 1991, t. II, Parte I, p. 172.

⁶Rodrigo Uría: Ob.cit., p. 45.

territorio nacional para realizar operaciones comerciales que le sean autorizadas”.⁷

La sucursales cobran vital importancia por la finalidad de coadyuvar a la prolongación territorial de las actividades económicas constitutivas de empresa, con la proliferación de los negocios, al abarcar una mayor área geográfica dentro de un territorio o extendiendo su actividad empresarial fuera de los límites del territorio donde tiene su establecimiento principal.

Según el jurista Garrigues: “La relación existente entre establecimiento principal y sucursal está dada en que el titular de una empresa puede desdoblarse la explotación de esta en diferentes sucursales, sometiendo todas ellas a una dirección económica unitaria, pero concediéndole al mismo tiempo cierta independencia jurídica, en el sentido que realicen los mismos actos jurídicos que el establecimiento principal”.⁸

Por tal razón, desde la perspectiva jurídica, esta cierta independencia que goza la sucursal, viene dada por el hecho de que pueden autónomamente estipularse los mismos contratos que en el establecimiento principal, a través de los cuales se realiza el objeto social. Sin embargo, esta cierta autonomía funcional que se le atribuye a las sucursales no las dota de personalidad jurídica distinta de la sociedad, ni les confiere patrimonio independiente.

En este mismo sentido, si comparamos la sucursal con el local accesorio, este se caracteriza porque en él no pueden realizarse con autonomía jurídica aquellas operaciones, sino que se realizarán en él actividades accesorias a las del establecimiento principal o a las de la propia sucursal.⁹

Desde el punto de vista económico, “la diferencia entre establecimiento principal y sucursal es que en el primero se encuentra la alta dirección del negocio, el centro de operaciones comerciales, la sucursal está subordinada económicamente al establecimiento principal”.¹⁰

De manera general, la relación jurídica entre establecimiento principal y sucursal puede ser variada, unas veces se explota en ambos el mismo negocio y se realizan las mismas operaciones; otras veces el establecimiento principal y la sucursal constituyen los diversos grados de una industria mercantil única, en la que se trata de industrias ligadas en relación vertical.¹¹

⁷ Decreto 206 de 10 de abril de 1996, “Reglamento del registro de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 17 de mayo de 1996.

⁸ Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Imprenta Aguirre, General Álvarez de Castro, no. 38, Madrid, 1982, tomo I, p. 207.

⁹ Manuel Broseta Pont: Ob.cit., p. 219.

¹⁰ Joaquín Garrigues: Ob.cit., p. 207.

¹¹ *Ibídem*, p. 207.

Vista la definición de sucursales, resulta apropiado distinguirla de la filial. De manera general, la filial es toda sociedad mercantil constituida conforme a las leyes del país donde se constituya, en cuyo capital social participa una sociedad mercantil extranjera, pero con total independencia jurídica y patrimonial entre ambas, con diferencias con la sucursal, en tanto esta funge como establecimiento secundario de la sociedad mercantil extranjera, dotado de representación permanente, sin personalidad jurídica propia, pero que puede tener cierta autonomía de gestión, a través de la cual se desarrollan total o parcialmente las actividades de la sociedad extranjera.

GENERALIDADES DEL CONTRATO DE AGENCIA

En este apartado haremos referencia brevemente a las características principales que informan el contrato de agencia, debido a que este será objeto de estudio en capítulos posteriores.

La complejidad, la intensidad y la masificación del moderno tráfico mercantil, son circunstancias que obligan a los empresarios individuales y sociales a solicitar la colaboración de un gran número de personas que, directa o indirectamente, les auxilien en la explotación de la empresa y en la prestación de su actividad de mediación o de producción en el mercado.

En tal sentido, “la propia actividad económica moderna determina que para promover o concluir contratos es necesario aludir a sujetos que profesionalmente se dedican a estipularlos o a promoverlos por cuenta ajena. Estos sujetos son empresarios, de mayor o menor entidad, cuya actividad económica consiste en la prestación de estos servicios”.¹²

Dicha colaboración puede ser de variada condición, puede tener por objeto prestaciones diversas y sujetos a contratos de distinta naturaleza. Broseta Pont alude a dos grupos fundamentales: “...el conjunto de colaboradores, pueden dividirse en los que directa o indirectamente le ayudan a producir sus bienes o a preparar los servicios para su posterior intromisión en el mercado; y los que directamente le ayudan a introducirlos en él, promoviendo su relación con los clientes y su contratación con ellos. Los primeros le auxilian en la realización de la actividad que podemos denominar interna de la empresa, mientras que los segundos lo hacen sobre su actividad externa de relación con el mercado y ostentan alguna forma de representación”.¹³

El primer grupo tiene una relación de subordinación, en el que se existen notas de cierta colaboración con carácter permanente a los que la doctrina

¹²Manuel Broseta Pont: Ob.cit., p. 156.

¹³Ibídem, p. 160.

ha denominado mancebos, factores o gerentes. En el segundo grupo tenemos a determinadas personas que se dedican como empresarios a fungir como colaboradores, que les auxilian en determinadas actividades, sin un sentido de dependencia, ni subordinación jerárquica, desde fuera de su empresa, en ocasiones con una marcada permanencia para el logro de estos fines. A este segundo grupo se dedica particular atención por la gran importancia que adquiere en el tráfico mercantil. Dicha colaboración está encaminada a poner su organización y sus servicios a disposición del empresario representado, mediante una relación contractual de agencia, corretaje o mediación.

Existen notas comunes en los contratos de colaboración. Estas analogías están dadas por los siguientes rasgos: son estipulados profesionalmente por empresarios dedicados a estas actividades de gestión; tienen como causa la promoción o estipulación de negocios jurídicos, es decir, no una mera actividad sino la obtención de resultados concretos; esta actividad profesional está puesta al servicio de los otros empresarios o sujetos; su retribución suele recaer sobre el importe bruto de las operaciones.¹⁴

Acercándonos a una definición del contrato de agencia, tomamos el que ofrece el tratadista Vicent Chuliá, quien lo define como "...aquel en virtud del cual, el empresario mercantil, llamado agente, se obliga a promover y o estipular contratos en una zona determinada, por cuenta y en nombre de otro, durante un tiempo, determinado o indeterminado, a cambio de una retribución".¹⁵

Asimismo, Broseta Pont lo conceptualiza como: "...contrato por el cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover o concertar contratos en nombre y por cuenta de otro, en una zona determinada".¹⁶

Según la regulación legal vigente en nuestro país, el contrato de agencia es el "...contrato mediante el cual una entidad cubana denominada agente, se obliga a cambio de una remuneración, a promover y concluir actos de comercio de mercancías, en el territorio nacional, a nombre y en representación de una sociedad o empresario mercantil individual extranjero, denominado principal".¹⁷

Puede, en suma, definirse el contrato de agencia como aquel en virtud del cual una persona natural o jurídica (agente), se obliga frente a otra (principal)

¹⁴Francisco Vicent Chuliá: Ob.cit., p. 291.

¹⁵ Ibídem, p. 312.

¹⁶Manuel Broseta Pont: Ob.cit., p. 479.

¹⁷Resolución 27 de 8 de enero de 1997 dictada por el Ministerio de Comercio Exterior, "Principios generales a considerar en los contratos de agencia", publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, no. 3 de 27 de diciembre de 1997.

de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

El contrato de agencia se caracteriza por un conjunto de elementos distintivos, que se relacionan a continuación:

- Es un contrato de duración en el que el agente no asume el encargo de ejecutar un negocio o un contrato determinado, sino todos aquellos que la agencia pueda promover o estipular en la zona encomendada y en nombre del principal, mientras subsista el contrato.
- Es un contrato estipulado entre empresarios, pues lo son tanto el principal representado como el agente, cuya profesionalidad se caracteriza precisamente por hacer de la agencia su actividad económica habitual, poniendo su propia empresa a disposición de la colaboración de su representado.
- Es un contrato cuyo objeto es promover o concluir contratos en nombre y por cuenta del empresario representado, de modo que el agente, en ocasiones, se limita a buscar clientes, aproximándolos para que contraten directamente con aquel, mientras que, en otras, el agente dotado de poder de representación contrata con terceros en nombre del empresario representado.
- La retribución del agente depende normalmente de los resultados de su gestión en nombre y por cuenta del principal.¹⁸

Las obligaciones principales de las partes que dimanar del contrato de agencia, según algunos autores de la doctrina española,¹⁹ quedan definidas de la siguiente forma:

Por el agente:

- En el ejercicio de su actividad profesional, viene obligado de modo general, a actuar legalmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario por cuya cuenta actúe.
- Ocuparse de la promoción, así como de la conclusión de los actos que se hubiesen pactado.
- Comunicar al empresario toda la información de que disponga.

¹⁸Manuel Broseta Pont: Ob.cit., p. 479.

¹⁹Rodrigo Uría: Ob. cit., p. 682; Manuel Broseta Pont: Ob. cit., p. 480.

- Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas del empresario.
- Comunicar al empresario cuanta información disponga relativa tanto a la gestión de los actos u operaciones que promueva o concluya, como la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.
- Recibir en nombre del empresario cualquier reclamación de tercero sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o servicios prestados.
- La obligación del agente puede consistir tanto en concluir o estipular contratos para el principal, como simplemente promover la contratación que posteriormente se verifica entre el empresario representado y el cliente captado por el agente.
- Llevar una contabilidad independiente en relación con el empresario por cuya cuenta actúe.
- En los supuestos de cláusula de exclusiva el agente se obliga a no trabajar en una zona determinada para los empresarios competidores de su representación.

Por el principal:

- El empresario o principal está obligado a actuar, en sus relaciones con el agente, lealmente y de buena fe y deberá poner a disposición de este toda la documentación necesaria para el ejercicio de su actividad, procurándole las informaciones precisas para la ejecución del contrato y la comunicación de que se haya producido o no la aceptación de la correspondiente operación.
- Satisfacer al agente en la remuneración pactada, que puede consistir en una cantidad fija, una comisión, o una combinación de ambas.
- En ocasiones, el empresario representado o principal colabora en alguna medida en los costes de mantenimiento de la empresa del agente, le presta asistencia técnica, debido a que la rendición de cuentas y el pago de retribuciones no suele verificarse cada vez que se consuma un contrato, sino en forma periódica.
- En las cláusulas de exclusiva el principal no designará otros agentes propios en la zona o incluso evitará que sus productos sean introducidos en ella por conductos ajenos a la actividad del agente.

El contrato podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. No obstante a lo planteado, el contrato de agencia por tiempo determinado, si

continuaran las prestaciones objeto del mismo una vez finalizado el plazo establecido, se entenderá transformado en contrato de duración indefinida. En estos casos requerirá la renuncia unilateral de cualquiera de las partes.

Sin adentrarnos en disquisiciones teóricas sobre las diferencias entre los contratos clasificados como de colaboración, objeto de valoración en capítulos ulteriores, se hace necesario destacar que “los comisionistas y corredores, son también colaboradores independientes del empresario mercantil, a los que a diferencia de los agentes, prestan sus servicios de modo esporádico y no de forma estable ni duradera”.²⁰

Cabe distinguir que en la comisión y en el corretaje no se pacta generalmente cláusula de exclusiva, la cual es, sin embargo, casi indispensable en el contrato de agencia, a favor del agente, para una zona determinada.²¹ En la comisión y agencia el derecho a cobrar el premio o comisión nace por el resultado, es decir, es el cumplimiento o ejecución por el tercero contratante del contrato de realización, mientras en el corretaje, este derecho de retribución surge en el momento mismo en que las partes son aproximadas por el corredor y estipulan el contrato proyectado, sin necesidad de esperar a su ejecución. “Por razón de la revocabilidad del encargo, mientras la comisión y el corretaje son libremente revocables por el mandante, esta facultad normalmente no debe reconocerse a favor del representado por el agente”.²²

“Entre la comisión y la agencia existe una estrecha relación funcional. Mientras que la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar, la agencia instituye una colaboración estable y duradera para que el empresario desarrolle su actividad por medio de un agente en una zona determinada”.²³

La importancia de esta figura consiste en la promoción de clientes de forma estable a los efectos que el empresario representado o principal contrate con ellos. En los supuestos en que la representación sea a nombre y en representación del empresario, entonces estaría encaminado a la captación de clientes para contratar a nombre de su representado.

Su ventaja sobre la sucursal consiste en que le proporciona al empresario que va a ser representado, abstenerse de invertir en el establecimiento de oficinas o inmuebles propios en estas zonas, además de los gastos derivados del mantenimiento de estas instalaciones, pago de salarios, impuestos y otros. En virtud de este contrato se trasladan los posibles costos al agente, el

²⁰Manuel Broseta Pont: Ob.cit., p. 161.

²¹Francisco Vicent Chuliá: Ob.cit., p. 292.

²²Manuel Broseta Pont: Ob.cit., p. 484.

²³Ibídem, p. 478.

que se limita a percibir una retribución por contrato promovido o concluido, en dependencia de lo pactado entre las partes.

Su desventaja radica en que el empresario representado no percibe los beneficios directos que genera la agencia cuando está a pleno rendimiento, introducida y acreditada en la zona.²⁴

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUCURSALES Y AGENTES DE SOCIEDADES MERCANTILES EXTRANJERAS

Por medio del Decreto No. 206 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de fecha 10 de abril de 1996, se reguló el *Reglamento del registro nacional de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras*, adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, donde están obligadas a inscribirse en dicho Registro las sucursales de las sociedades mercantiles y los empresarios individuales, autorizadas a establecerse en la República de Cuba y las entidades nacionales autorizadas a actuar en el territorio nacional como agente de sociedades mercantiles o de empresarios individuales.

El Decreto Ley 226 del 2002 del Registro Mercantil²⁵ y su Reglamento,²⁶ a cargo del Ministerio de Justicia, quedó facultado para inscribir las sucursales de sociedades mercantiles extranjeras y los contratos de agencia, con carácter obligatorio. Sin embargo, hasta el momento sigue asumiendo dichas funciones la Cámara de Comercio del Ministerio de Comercio Exterior. La Disposición Transitoria Cuarta del Decreto Ley 226 dispone que "...el Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Comercio Exterior, establecerá el momento en que corresponderá la inscripción en el Registro Mercantil de las sucursales de sociedades mercantiles extranjeras y los contratos de agencia, así como el traspaso de la documentación y efectos que resulten necesarios al cumplimiento del presente Decreto Ley".²⁷

²⁴Ibídem, p. 479.

²⁵Decreto Ley 226 de 6 de diciembre del 2001, del Registro Mercantil, publicado por la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 2 de 10 de enero del 2002.

²⁶Resolución 230 de 29 de octubre del 2002, Reglamento del Registro Mercantil, emitida por el Ministerio de Justicia, publicado por la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 58 de 4 de noviembre del 2002.

²⁷Decreto Ley 226 de 6 de diciembre del 2001.

Los antecedentes de la inscripción de estos actos se remontan al Código de Comercio de 1885,²⁸ hecho extensivo a Cuba en 1886. El artículo 15 refiere que "...los extranjeros y las compañías constituidas en el exterior podrán ejercer el comercio en Cuba, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a la capacidad para contratar; y a las disposiciones de este código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio cubano ...". Su artículo 17, modificado por el artículo 1 de la Orden 400 de 28 de septiembre de 1900 y luego por el artículo 4 del Decreto 1444 de 1932 que promulgó el Reglamento del Registro, proporcionó fuerza y legitimó la inscripción de actos y documentos, a través de disposiciones que establecieron su obligatoriedad, para los comerciantes particulares, las sociedades mercantiles y las sucursales que tuvieran los comerciantes, industriales o sociedades mercantiles.

El contrato de agencia no está regulado en nuestro Código de Comercio de 1885, a pesar de su frecuencia e importancia en el tráfico mercantil. Ante la ausencia de legislación vigente al respecto, se dotó a dicha modalidad de intermediación mercantil de la regulación legal al respecto, a través de la Resolución No. 27 de 1997 dictada por el Ministerio de Comercio Exterior, en virtud de lo establecido en el Decreto 206 de 1996, donde se facultó al Ministerio de Comercio Exterior a autorizar a las entidades cubanas poder actuar como agente de sociedades mercantiles extranjeras o empresario individual, a los fines de promover actos de comercio a nombre de estos.

Este contrato también tiene un tratamiento legislativo específico en el derecho de varios países, como Alemania, Francia, Italia, Japón, Suiza, Austria.²⁹ En el derecho español está expresamente regulado a través de la Ley 12 de 1992, por no estar contenido en su Código de Comercio, impulsados por el surgimiento de otros contratos de colaboración, emanados del tronco común de la comisión mercantil y por las nuevas necesidades económicas, resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios.

Los trámites para la solicitud de inscripción de una sucursal o para actuar como agente en el territorio nacional, comienzan con la solicitud del interesado ante el encargado del Registro y concluye con su inscripción o denegación.

²⁸Código de Comercio de Cuba, de 22 de agosto de 1885, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 28 de enero de 1886, vigente desde el 1ro de mayo de 1886.

²⁹Rodolfo Dávalos Fernández: *Las Empresas Mixtas. Regulación Jurídica*, edición Ivercan Caribe, S.L., Tenerife, Islas Canarias, 1994, p. 25.

Desde el punto de vista de los aspectos formales, para la solicitud de inscripción de una sucursal formulada ante el encargado del Registro, se exigen determinados requisitos y documentos que están regulados en el Reglamento del Registro y que referimos a continuación:

- Escrito dirigido a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, suscrito por persona facultada de la sociedad mercantil que fundamente los motivos de la solicitud.
- Copia simple de la escritura de constitución y estatutos de la sociedad mercantil extranjera. En el caso de ser un empresario individual deberá acompañar documento que acredite estar autorizado para operar como tal en su país de origen.
- Escritura o poder en que se haga constar la designación y facultades de la persona natural que actuará como representante encargado en la sucursal.
- Relación de productos y servicios comprendidos en el giro mercantil de la sociedad mercantil o del empresario individual, que serán objeto de operaciones comerciales en el territorio nacional.
- Informe bancario de la sociedad mercantil o empresario individual, expedido con no más de tres meses de antelación a la fecha de la presentación de la solicitud, tramitado a través de un banco del sistema bancario nacional de la República de Cuba.
- *Currículum vitae* del representante.
- Información general de la actividad productiva, técnica o de servicios realizada por la sociedad mercantil o empresario individual en los últimos cinco años, así como, en los casos que las posean, detalles de la actividad de subsidiarias y sucursales en otros países, que pretendan introducir en sus relaciones en Cuba.
- Relación de entidades nacionales con las que realiza negociaciones en Cuba la sociedad mercantil o empresario individual y volumen de las operaciones efectuadas en los últimos tres años, debidamente avaladas por la máxima autoridad del organismo o institución cubana correspondiente.

Por otra parte, para aquellas sociedades mercantiles o empresarios mercantiles individuales extranjeros que deseen tener un representante en nuestro país, sin llevar a cabo la apertura de una oficina o sucursal, podrán hacerse representar por una entidad nacional, a través de un contrato de agencia, a los efectos de amparar la realización de actividades de intermediación para el comercio de mercancías.

Las entidades cubanas, para actuar como agentes, deberán suscribir el correspondiente contrato de agencia, rigiéndose por las normas dispuestas en la legislación al respecto.

La solicitud de inscripción para actuar como agente, se formulará ante el encargado del Registro, mediante escrito fundamentando los motivos de la solicitud, suscrito por persona debidamente facultada de la entidad nacional acompañando copia del contrato de agencia otorgado, con los documentos requeridos para la solicitud de inscripción de sucursales, mencionados anteriormente, exceptuando el escrito de solicitud por persona debidamente facultada y el *currículum vitae*.

En dicha solicitud de inscripción se adjuntarán además, una serie de documentos relativos a la sociedad extranjera o empresario individual, a la certificación del Registro Mercantil, acreditativa de la vigencia de la inscripción de la sociedad o empresario individual, estados financieros, certificados por entidad independiente reconocida, así como la relación de productos que pretende comercializar por entidades cubanas facultadas para realizar actividades de comercio exterior.

La legislación cubana regula que podrá actuar como agente la entidad cubana o jurídicamente privada, que en su objeto social prevea la realización de actividades de comercio exterior, debidamente autorizado por el Ministerio que rige la actividad.

Según el *Procedimiento para la tramitación de expedientes en el registro nacional de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras*,³⁰ para las solicitudes de inscripción de sucursales o para actuar como agente, se requiere como requisito indispensable en la entrega de estos documentos, para que surtan efectos en el territorio nacional, que los documentos notariales o certificaciones expedidas por notario público o funcionario extranjero, estén debidamente legalizados ante el funcionario consular cubano en el país de origen, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba y protocolizados ante notario público en Cuba, según las formalidades establecidas en el *Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales*,³¹ salvo lo previsto al respecto, en tratados suscritos por la República de Cuba.

Así mismo, los documentos que hayan sido redactados en idioma extranjero, deberán acompañarse con sus correspondientes traducciones al español, con nota certificada relativa a que concuerdan con sus originales.

³⁰Resolución no. 550 de 13 de noviembre del 2001, relativa al “Procedimiento para la tramitación de expedientes por el registro nacional de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras” dictado por el Ministerio de Comercio Exterior, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición no.80 de 16 de noviembre del 2001.

³¹Ley 50 de 28 de diciembre de 1984, *De las Notarías Estatales*, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución no. 70 de 9 de junio de 1992 del Ministro de Justicia.

El Estado cubano tiene en cuenta determinados principios generales para aprobar las solicitudes de establecimiento de una sucursal o para actuar como agente; además de los requisitos enunciados con anterioridad, se considerarán otros aspectos relativos a que resulte de interés para el país, teniendo en cuenta la nomenclatura de productos que comercializa, la transferencia tecnológica, la concesión de créditos, solvencia económica y el prestigio de la firma.

Al amparo de la licencia concedida, la sucursal o agente podrá realizar operaciones comerciales o actividades de promoción comercial, asesoría técnica así como atender la ejecución de los contratos, recibir y tramitar solicitudes de ofertas, efectuar gestiones de cobro y otras operaciones análogas a las empresas de comercio exterior u otros organismos y empresas cubanas autorizadas a importar y exportar.

Las licencias no autorizan las actividades de importación y exportación de forma directa con carácter comercial, ni facultan la realización del comercio mayorista y minorista de productos y servicios, distribución y transportación de mercancías en el país, salvo los servicios de postventa y garantía, expresamente acordados en los contratos que amparan las operaciones de comercio exterior.

Las prohibiciones están referidas a aquellas entidades autorizadas a ejecutar actividades de importación de mercancías, y aquellas que pertenezcan a sistemas empresariales o corporativos facultados a operar las cadenas de tiendas de la red minorista del mercado interno en divisas.

Existen medidas para coadyuvar el cumplimiento de las normas y principios que sustentan la realización de actividades por las sucursales y agentes,³² aplicadas en ocasión de incurrir en actos violatorios del orden legal o contrarios a los principios éticos de la actividad comercial. Las causales están referidas a:

- Incumplimiento de las regulaciones vigentes en materia de contratación de personal para la prestación de servicios administrativos, técnicos y cualquier otro.
- Realización de actividades no autorizadas por la licencia concedida.
- Cuando concurren razones de orden público, de interés nacional o modificación de las condiciones e intereses que en su momento justificaron el otorgamiento de la licencia.

³²Resolución no. 25 de 8 de enero de 1997 dictada por el Ministerio de Comercio Exterior, *Medidas administrativas a aplicar a las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras por violaciones cometidas.*

- Incumplimiento de la información y en los plazos dispuestos para su entrega a los organismos correspondientes.
- Incumplimiento de las regulaciones dictadas por los organismos de la Administración Central del Estado en el ámbito de su competencia.

Las medidas a aplicar se adoptarán tomando en consideración la gravedad y naturaleza del incumplimiento, y podrán adoptarse a través de advertencias, cancelación de la acreditación del representante de la sucursal, suspensión temporal de la licencia o cancelación definitiva de Esta.

El Ministerio de Comercio Exterior autorizará o denegará la solicitud de inscripción formulada ante el encargado del Registro, dictando la Resolución correspondiente; según el mencionado *Reglamento del registro nacional de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras*, podrá disponer la cancelación definitiva de las licencias otorgadas a las sucursales y agentes que incumplan con las prohibiciones antes referidas.

Las legislación en esta materia, regula que las sucursales y agentes están obligados además, a mantener informado al encargado del Registro en relación con la razón y domicilio sociales de la sociedad mercantil o empresario individual en el país de origen, nombre del presidente o director de la sociedad mercantil, empresario individual o agente, nombre del representante en Cuba, domicilio social, números telefónicos, télex y fax de la sucursal o del agente.

En materia laboral existen regulaciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relativas a las regulaciones de trabajo, permisos laborales y régimen salarial aplicables a las sucursales.

El *Reglamento del régimen laboral del personal contratado para prestar servicios en las sucursales y otras normas relacionadas con el contrato de prestación de servicios*,³³ establece una serie de disposiciones que son de aplicación a la entidad empleadora cubana y al personal que se contrate para prestar servicios en las sucursales, así como la relación entidad empleadora y el personal, y entre la primera y la sucursal.

En los casos de extranjeros y personas sin ciudadanía, con residencia temporal otorgada por la Dirección de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior, deberán constar con un permiso de trabajo otorgado por el

³³La Resolución no. 11 de 31 de marzo del 2000 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, derogó la Resolución 19 de 1996, establece el *Régimen laboral del personal contratado para prestar servicios en las sucursales y otras normas relacionadas con el contrato de prestación de servicios*.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social³⁴ para realizar actividades profesionales y laborales de cualquier índole.

Se regula además, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo relativo a *las Contravenciones del sistema de contratación de personal y otras regulaciones laborales*,³⁵ que incluye la enumeración de las contravenciones no constitutivas de delitos, de las regulaciones laborales y del sistema de contratación del personal, imputable a las representaciones extranjeras, sociedades mercantiles cubanas y a las personas naturales, cubanas o extranjeras. También, la aplicación de las medidas administrativas de acuerdo a la gravedad de las contravenciones que pueden ser sancionadas con multas o pueden incluir la obligación de hacer lo que impida la continuidad de la conducta infractora y lo necesario para restituir las cosas a su estado anterior a la contravención. Estas medidas pueden llegar inclusive a la suspensión definitiva o temporal, o modificación de licencias, permisos o concesiones otorgadas por los organismos correspondientes.

Por otra parte, están fijadas las tarifas a los efectos del cobro de los servicios prestados por la concesión de los permisos de trabajo,³⁶ así como el establecimiento de las tarifas mínimas, que incluyen los impuestos correspondientes, a partir de las cuales la entidad empleadora cubana conviene con la sucursal el pago por el servicio que presta, según la complejidad y responsabilidad de cada cargo.³⁷

En materia tributaria es necesario hacer referencia a la obligatoriedad que tienen las sucursales extranjeras de inscribirse en el Registro de Contribuyentes. Las sucursales son sujetos pasivos de obligaciones tributarias por lo que le son aplicables los siguientes tributos: impuesto sobre documento,³⁸

³⁴Resolución Conjunta no. 1, Ministerio del Interior y Ministerio de Seguridad Social de 8 de febrero del 2000, regula las *Normas a cumplir por los extranjeros y personas sin ciudadanía, para realizar actividades profesionales o laborales*.

³⁵Decreto Ley 166, de 15 de julio de 1996 dictado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relativo a las *Contravenciones del sistema de contratación de personal y otras regulaciones laborales*.

³⁶Resolución no. 32, de 8 de diciembre de 1999 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relativo a *Fijar las tarifas para el cobro de los servicios prestados por la concesión de permisos de trabajo*.

³⁷Resolución no. 4, de 17 de mayo del 2000 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la que se establecen las *Tarifas a cobrar por la entidad empleadora a la sucursal por el servicio de la fuerza de trabajo*.

³⁸Resolución no. 12, de 23 de abril de 1998 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al impuesto sobre documento, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.22 de 4 de mayo de 1998.

impuesto sobre el transporte terrestre,³⁹ impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo,⁴⁰ impuesto sobre ingresos personales,⁴¹ impuesto sobre utilidades⁴² y las tasas y contribuciones.⁴³ Estarán sujetas, además, al cumplimiento de los deberes formales que se establecen en el Decreto Ley 169 de 1997.

Los impuestos sobre documentos y sobre el transporte terrestre, por su naturaleza jurídica se tratan de tasas, y ha de ser pagado por cualquier forma de conducción de inversión extranjera.⁴⁴

En el impuesto por la utilización de fuerza de trabajo, la base imponible sería la totalidad de los salarios, sueldos, gratificaciones y demás remuneraciones que los sujetos pasivos del impuesto paguen a sus trabajadores (personal cubano o extranjero residente permanente en Cuba contratado por la agencia empleadora).⁴⁵

Los impuestos sobre ingresos personales van a estar sujetos a los que reciban ingresos personales en divisas en territorio cubano y que laboren en una sucursal, a través de pagos parciales a cuenta del impuesto y una declaración de liquidación al final del ejercicio fiscal anual, que se hará según un tipo de gravamen de escala progresiva por escalones.⁴⁶

En cuanto al impuesto sobre utilidades, de acuerdo con la legislación en vigor, la sucursal paga impuestos siempre que se obtengan utilidades o renta en el territorio cubano, de ahí que únicamente estén sujetas al impuesto por

³⁹Resolución no. 48, de 17 de septiembre de 1997 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al *Impuesto sobre el transporte terrestre*, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.38 de 26 de noviembre de 1997.

⁴⁰Resolución no. 30, de 18 de noviembre de 1995 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al *Impuesto por la Utilización de la fuerza de trabajo*, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 1 de 2 de enero de 1996.

⁴¹Resolución no. 24, de 24 de noviembre de 1995 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al *Impuesto sobre ingresos personales* en moneda extranjera o pesos cubanos convertibles, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.32, de 27 de diciembre de 1995.

⁴²Resolución no. 379, de 31 de diciembre de 2003, dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al *Impuesto sobre utilidades*.

⁴³Resolución no. 31, de 16 de noviembre de 1994 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa a *las Tasas por la radicación de anuncios y propaganda comercial*, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.19 de 15 de diciembre de 1994.

⁴⁴Raysa Mesquida y Joaquín Cámbaras: Capítulo VII, *La empresa y el Empresario en Cuba*, obra editada e impresa por Ciabo, 1999, p. 188.

⁴⁵Ibídem, p. 188.

⁴⁶Ibídem, p. 188.

su renta de fuente cubana,⁴⁷ que según la *Ley reguladora del sistema tributario*, se consideran de fuente cubana las rentas provenientes de actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente en la República de Cuba.⁴⁸

En relación con las tasas y contribuciones, la sucursal pagará las reguladas en la legislación fiscal, para ella vale todo el régimen de tasas y contribuciones que regula la ley tributaria.⁴⁹

En caso de fraude a la ley tributaria, la administración fiscal procederá a cobrar el impuesto evadido y lo comunicará al Ministerio de Comercio Exterior, para la adopción de las medidas oportunas.

Por último, resulta necesario mencionar la existencia de un conjunto de normas en materia aduanal y de comercio exterior que regulan las actividades de sucursales y agentes, y que están dirigidas a establecer todo lo relativo a las normas para la aplicación del régimen aduanero de depósito de aduanas, para el depósito temporal de las mercancías, lo relativo al arancel de aduanas, otros regímenes como el de los requisitos y tratamiento aplicable a los faltantes y sobrantes de origen, y declaración para las importaciones y exportaciones sin carácter comercial, además de las relacionadas con normas de importación de artículos destinados a satisfacer sus propias necesidades y para el cumplimiento de sus actividades económicas.⁵⁰

⁴⁷*Derecho Tributario. Parte Especial*, Módulo de Derecho Tributario, Maestría en Derecho Societario, p. 16.

⁴⁸Ley no. 73, de 4 de agosto de 1994, *Ley del Sistema Tributario*, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, no. 8 de 5 de agosto de 1994.

⁴⁹Ibidem.

⁵⁰Este grupo de normas han sido dictadas por el Ministerio de Comercio Exterior y la Aduana General de la República y se encuentran recogidas en las fuentes legales del tema.

CONTRATOS MERCANTILES. GENERALIDADES

LIC. NATACHA T. MESA TEJEDA

Se califican como mercantiles aquellos contratos que surgen en el ejercicio de una empresa. La intervención de un empresario y la vinculación del contrato a su actividad profesional son, como regla general, los datos que determinan la mercantilidad de un contrato.

Esto nos cierra las puertas a la errónea idea que podamos tener de que solo son mercantiles los contratos que aparecen regulados en nuestro Código de Comercio; ya que existen otros contratos que sin estar regulados en nuestro Código tienen carácter mercantil, tal es el caso de los Contratos de Producción Cooperada,¹ Leasing, Factoring, entre otros, caracterizándose este último por ser un contrato atípico, pues carece de regulación legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico.

Los contratos mercantiles regulados en nuestro Código de Comercio se diferencian de los civiles, que por demás llevan la misma denominación, por ser una de las partes que interviene en ellos un empresario mercantil,² y porque su finalidad es la industria o el comercio o porque las mercancías sean destinadas al comercio.

Los contratos mercantiles se caracterizan, además, por su agilidad ya que las relaciones contractuales y obligatorias se contraen, cumplen y consuman

¹Es el Contrato de Producción Cooperada una nueva figura contractual que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad de inversión extranjera. El mismo no aparece regulado en nuestro Código de Comercio, pero le dio vida el Acuerdo 3229 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, recientemente modificado por el acuerdo 5290 del mismo organismo.

²Esto lo asevera varios artículos del Código, solo nos detendremos en ponerles de ejemplo alguno de ellos, tal es el caso del contrato de depósito regulado en el artículo 303, del préstamo previsto en el artículo 311, transporte artículo 349, entre otros.

con gran rapidez, por ejemplo: en el caso del contrato de compraventa, el retraso en la entrega de la cosa por parte del vendedor equivale al incumplimiento; lo mismo pasa con la letra de cambio, que si no se presenta a la aceptación en el plazo acordado se perjudica.

El Código de Comercio regula la materia relativa a los contratos mercantiles en su libro segundo, y es válido señalar que en el cuerpo de dicha norma no se encuentran regulados todos los contratos, sino que deja fuera algunos de ellos como los contratos bancarios, de cuenta corriente, concesión mercantil, etc., lo cual no significa que estos tengan menos importancia. El resto de los contratos sí los encontramos regulados en la norma mercantil, pero su regulación consiste, en esencia, en señalar los aspectos en los que dichos contratos difieren de sus semejantes, los contratos civiles, por lo que podemos ratificar la afirmación del profesor Sánchez Calero³ al plantear que estos contratos están regulados en el ordenamiento jurídico por partida doble.

Actualmente existe una tendencia, que se ha manifestado en los ordenamientos jurídicos de algunos países europeos a lograr un tratamiento legislativo unitario de las obligaciones y contratos tanto civiles como mercantiles. Es decir, se trabaja sobre la base de la unificación del Derecho Contractual.

ESPECIALIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

- a) **Cumplimiento de las obligaciones mercantiles:** En el artículo 61 se prohíbe a los tribunales el reconocimiento de términos de gracia o cortesía que difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, salvo que las partes lo hayan fijado en el contrato, o que provenga de una disposición terminante de derecho.

Ahora bien, si nos encontráramos ante una obligación en la cual no figure el término de su cumplimiento –es a lo que se ha denominado obligaciones puras– el Código en su artículo 62 establece que la misma será exigible a los 10 días después de contraídas si solo produjera acción ordinaria, pero si llevaran aparejada ejecución, serán exigibles al día inmediato.

- b) **Morosidad en su cumplimiento:** Según lo dispuesto en el artículo 252 del Código Civil: “...incurre en mora el acreedor cuando rehúsa,

³Fernando Sánchez Calero: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1996, t. II, p. 141.

sin motivo legítimo la prestación que se le ofrece en forma debida, o si no presta la colaboración necesaria para el cumplimiento de la obligación”. En el caso de la mora mercantil, el deudor incurre en mora automáticamente, es decir, cuando desatiende, al no cumplirlas, las obligaciones que tienen fecha señalada para su cumplimiento ya sea bien por las partes o por la ley, no requiere del requisito de la interpelación judicial. Una vez que se cumple el plazo convenido para el cumplimiento de la obligación, los efectos de la mora comenzarán a tener lugar al día siguiente de su vencimiento; si en cambio nos encontramos ante una obligación pura, es decir, sin término, los efectos comenzarán desde el día que el acreedor interpele judicialmente o por medio de notario u otro funcionario público al deudor. Es válido señalar que en este caso es indispensable la interpelación, tan así es que se plantea por algunos autores como Broseta Pont⁴ que sin interpelación no hay ni incumplimiento ni retraso, y esto entendemos que obedece a que no existe término fijado para su cumplimiento. Es decir, ante la existencia de las obligaciones puras o sin término, se hace indispensable la interpelación, para entonces poder, a partir de realizada la misma, comenzar a contar los términos para la existencia del retraso o del incumplimiento

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

- a) **La forma en los contratos mercantiles:** La forma hace referencia a la manera externa de estar expresada la voluntad de las partes y por ende cómo se perfecciona. El Código de Comercio se inspira en el principio de libertad de forma, lo cual significa que las partes están en plena libertad para elegir la forma (sea oral o escrita) en que han de concertar el contrato. Esto lo asevera el artículo 51 del propio cuerpo legal, al establecer que: “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualquiera que sea la forma...”. Pero esta regla tiene su excepción, y su expresión en el artículo 52 de dicha norma, esta excepción consiste en la existencia de varios contratos a los que la ley les exige que sean realizados de forma escrita o a través de escritura pública u otras solemnidades

⁴Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A., 10ª edición, Madrid, España, 1994, p. 442.

necesarias para su eficacia; y los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley cubana. En estos casos hay que entrar a determinar si la forma se exige como elemento esencial del contrato o tiene simplemente un carácter probatorio.

- b) La segunda especialidad con relación a los contratos mercantiles está relacionada con la perfección del contrato entre ausentes, es decir, cuando oferente y aceptante, al momento de emitir su voluntad se encuentran geográficamente distantes, y no existe entre ellos simultánea comunicación. La primera de las cuestiones a analizar es: ¿cuándo se entienden perfeccionados estos contratos? Para el Derecho Mercantil se entienden perfeccionados estos contratos cuando una vez que se ha enviado la oferta al aceptante este responde con la aceptación de la oferta, es decir, no es necesario que el oferente reciba la aceptación; una vez que sale de la mano del aceptante contestando la oferta se entiende perfeccionado el contrato. A esta teoría se le denomina Teoría de la Emisión, *contrariu sensu* de lo que sucede en el Derecho Civil, en el cual se entiende perfeccionado el contrato cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. A esta teoría se le denomina Teoría de la Aceptación. Este planteamiento lo reafirma el artículo 54 del Código de Comercio.

Según la doctrina española, los contratos entre ausentes pueden estipularse por dos vías diferentes: la primera de ella, por correspondencia telegráfica, y en este sentido será de aplicación todo lo que hasta ahora hemos expuesto referente a los contratos entre ausentes. No obstante esto, en caso de discrepancias entre las partes respecto a la aceptación o no de este medio, solo podrá pretenderse la existencia y eficacia del contrato cuando las partes hayan aceptado este medio previamente a través de un contrato escrito y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan aceptado las partes contratantes (artículo 51 2do párrafo). Es válido señalar que hoy en día, a raíz de la revolución científico-técnica que vive el mundo se presenta una nueva modalidad de contratar entre ausentes, en este caso a través de la internet, y consiste en el comercio electrónico,⁵ el cual posibilita a personas que están, en muchos casos distante,

⁵A grandes rasgos podemos definir el Comercio Electrónico no es más que una forma de transacción comercial y financiera que se basa en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, en los que las partes interactúan electrónicamente, en lugar de hacerlo personal y físicamente.

y en cualquier momento del día, realizar transacciones económico-mercantiles y financieras. Esto trae consigo ciertas dificultades o desventajas, y una de ellas consiste en la poca seguridad que el mismo trae consigo, pues las partes se arriesgan a contratar si llegan a conocerse, y además, a nuestro juicio, crea una cierta inseguridad relativa al recibimiento o no de la oferta y las cláusulas del contrato, pues en la web hay cientos de miles de internautas que pueden acceder a dicha información y actuando de mala fe podrían prerturbar la óptima consumación de dicho negocio jurídico.

La otra vía es la de la contratación por vía telefónica, en este caso se entiende que estamos ante una contratación entre presentes, pues se entiende que se produce una simultánea aproximación entre los contratantes; y el lugar en el que se entiende perfeccionado el contrato es aquel donde se encontraba quien contestó aceptando la oferta telefónica.

- c) La prueba en los contratos mercantiles: La prueba de los contratos mercantiles ha de realizarse por los medios de prueba que establece el Derecho Civil. No obstante el Código de Comercio establece algunas normas especiales sobre la valoración de determinados medios de pruebas, estas son : 1) *La declaración de testigos no es por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 300 pesos, a no concurrir prueba alguna;* 2) *si apareciera divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, y en su celebración hubiere intervenido un agente o corredor, se estará a lo que resulte de los libros, siempre que se encuentren arreglados a derecho (artículo 58).*

Aunque en nuestro Código de Comercio se silencie lo relacionado con la factura,⁶ la doctrina se ha empeñado en tratarla. Es un documento que una vez firmado por el comprador lo vincula como medio de confesión extrajudicial de su contenido. Una vez que este lo recibe y lo firma sin realizar reservas constituye un documento privado, cuya eficacia probatoria se extiende a la existencia y al contenido del contrato en cuya ejecución se remitió.

Consideramos pertinente hacer una pequeña distinción entre forma y prueba del contrato. Ambas son términos de diferentes significados, la forma hace referencia al origen, ejercicios y extinción de los derechos; y la segunda trata única y exclusivamente de su demostración en juicio. La forma se refiere al requisito insustituible e indispensable para que el acto surta

⁶Documento que suele remitirse firmado por el vendedor al comprador, en el cual figura la lista de mercancías, con su cantidad, calidad, naturaleza y precio.

los efectos que le son naturales; y la prueba es el medio mediante el cual se puede demostrar que el acto existe.

d) El silencio en el Derecho Mercantil: Para comenzar a tratar este asunto podemos formularnos una interrogante: *¿Puede quedar obligado una persona que recibe una propuesta aunque no diga ni haga nada?* La respuesta es negativa, pues el consentimiento es requisito indispensable para la perfección del contrato y el silencio no permite reconocer manifestación de voluntad alguna, por tanto el silencio no equivale al consentimiento.

e) La interpretación de los contratos mercantiles: La interpretación del contrato precede, como es lógico, a la aplicación del derecho objetivo, ya que este tiene en la mayoría de los casos carácter supletorio a la voluntad expresada en el contrato por las partes. Por tal motivo, el artículo 57 da las reglas para la interpretación de los contratos mercantiles.

En el precepto anteriormente mencionado se establece, a decir de Garrigues,⁷ una regla positiva y dos prohibitivas, las cuales limitan la actividad del intérprete, y son consecuencia del principio de buena fe que inspira este precepto.

La regla positiva consiste en que deben las partes contratantes para la ejecución del contrato atender a los términos en que los mismos fueron hechos y redactados.

Las reglas prohibitivas las encontramos en el cuerpo del ya mencionado artículo 57, en el cual se prohíbe tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas; prohíbe además, restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

En el artículo 59 de forma general se establece que, si surgieran dudas en la interpretación de los contratos que no puedan resolverse con arreglo a lo que establece el Código de Comercio y el Derecho Civil, se decidirá la cuestión a favor del deudor.

⁷Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 8^{va} edición, Madrid, España, 1983, t. II, p. 29.

LA COMPRAVENTA MERCANTIL

LIC. JUSTA AURELIA AGUIRRE ECHEVARRÍA

La institución de la compraventa es tal vez la más característica del tráfico mercantil, tal es la importancia del contrato que ha sido utilizado, en muchas ocasiones, para delimitar el contenido del Derecho Mercantil. El contrato de compraventa es considerado como prototipo de los actos del comercio¹ uno de los más antiguos y utilizados en la actividad del mediador entre productores y consumidores el medio idóneo para la circulación de los bienes y riqueza de unas manos a otras y del que se han derivado multitud de contratos para satisfacer las exigencias de la circulación.

No obstante su importancia, el Código de Comercio no establece una regulación completa del mismo, por lo que es necesario completar su sistema incompleto y fragmentario con las disposiciones del Derecho Civil o común como ordena en su artículo 50, con respecto a los contratos mercantiles.

Al igual que sucede con otros contratos, el ordenamiento jurídico cubano tiene una doble regulación del contrato de compraventa. Su concepto legal lo encontramos en el artículo 344 del Código Civil,² donde se define como aquel por el que "...el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, mediante su entrega y este a pagar por él determinado precio en

¹Concebido el Derecho Mercantil clásico como el Derecho que regula los actos de intromisión especulativa entre productor y consumidor (actos de comercio), la compraventa tenía que ser, por su misma naturaleza, el acto mercantil por excelencia: comercio y compraventa se considerarían términos equivalentes (Joaquín Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, 7^{ma} ed., tomo I, p. 8).

²Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil.

dinero”.³ El Código de Comercio no define el contrato, sino a partir de su concepto civil, en el artículo 325, estipula los requisitos por los que adquiere naturaleza mercantil: “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para venderlas, bien en la misma forma en que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”.

En el artículo 325 se estructuran tres elementos para calificar la compraventa mercantil: intencional, objetivo e indiferente. El elemento intencional de comprar para revender y lucrarse en la reventa; el objetivo de la naturaleza mueble de las cosas y el indiferente de la transformación o no de las cosas antes de revenderla.

Para que un contrato de compraventa sea mercantil es necesaria la intención de la reventa con ánimo de lucro, es decir, obtener una ganancia por la diferencia entre el precio de compra y el de la reventa.⁴ Por ello en el artículo 326-1 del Código de Comercio se establece que “...no se reputarán mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona a cuyo encargo se adquieren”. La interpretación literal de este precepto lleva a excluir el carácter mercantil y en consecuencia la aplicación de la normativa especial, a las compras de bienes y efectos por el empresario, no destinados a la venta, sino al funcionamiento de su empresa, que si bien son para el consumo en su actividad empresarial, se incorporarán al producto final destinado a la venta o la comercialización con finalidad lucrativa.⁵

En el artículo 326-4 del Código de Comercio también se excluye el carácter de mercantil a “...la reventa que haga cualquier persona no comerciante

³“La compraventa es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, que se perfecciona cuando el vendedor consiente en transmitir la propiedad de un objeto al comprador y este se compromete, en cambio, a pagar por él determinado precio en dinero” (Vicente Rapa Álvarez: *Manual de Obligaciones y Contratos*, primera parte, La Habana, 1991, p. 171).

⁴“No importa que sea o no comerciante, como dice el artículo 2 del Código de Comercio. Se trata de comprar no para el consumo propio o de la persona por cuya cuenta actúa el comprador, sino para negociar con lo comprado” “...será, por ello, necesario conocer la intención del comprador; deberá constar el propósito del vendedor cuando este vaya a comprar. Naturalmente la prueba de la expresada intencionalidad se facilita en los casos en que el comprador es comerciante, porque en tal caso puede presumirse que, en razón de su actividad profesional, cuando efectúa compra de los objetos de su tráfico pretende revender lo comprado”. Enrique Seco Caro y Leopoldo Porfirio Carpio.

⁵Tradicionalmente la jurisprudencia y la doctrina ha considerado como civil y no mercantil la compra de bienes de equipos y las materias primas por el empresario para la instalación y explotación de su empresa con fundamento en la exclusión del artículo 326-1; pero la práctica y doctrina más reciente, cada vez se inclina más a calificar la compra/inversión como mercantil.

del resto de los acopios que hizo para su consumo”, por lo que se puede interpretar, en sentido contrario, que será mercantil la reventa hecha por el comerciante (empresario) tanto de los bienes adquiridos para su consumo, como para el normal funcionamiento de su empresa.

Por otra parte, en los apartados 2do y 3ro del referido artículo 326 se niega el carácter mercantil a otros supuestos de compraventa,⁶ aunque el comprador tenga el propósito de reventa lucrativa. Por razones históricas, se ha entendido excluida la mercantilidad a la venta de los frutos, productos de cosechas o de ganado o bien objetos fabricados por artesanos, aunque es criterio bien generalizado en la doctrina la conveniencia de que se revise esa exclusión dada la modificación de las condiciones socioeconómicas en que fue concebida y su incompatibilidad con la realidad de tráfico empresarial.

Como se aprecia en el análisis de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, dedicados a la caracterización de la compraventa mercantil con respecto a la civil, no resulta fácil la delimitación de la misma. La confusa formulación del tema ha dado origen a disímiles interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales con la consiguiente sensación de inseguridad; lo que pone de manifiesto la necesidad de terminar la dualidad legislativa sobre un mismo contrato.⁷

ELEMENTOS DEL CONTRATO

En el punto de los elementos para la validez del contrato: personales, formales y reales, rigen las normas del Derecho Civil, como dispone el artículo 50 del Código de Comercio cuando dice que “...los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos... y a la capacidad de los contratantes se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”. Por tanto, al carecer la regulación del contrato de compraventa de normas generales sobre estos temas, se aplican las Disposiciones del Libro Primero Código Civil y las especialidades sobre la compraventa contenidas en los artículos 334 y siguientes del Código Civil.

⁶Artículo 326, no se reputarán mercantiles:

...2do la ventas que hicieron los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados o de las especies en que se les paguen las rentas.

3ro las ventas que, de los objetos construidos o fabricados por los artesanos, hicieren estos en sus talleres.

⁷Adolfo Ruiz de Velasco: *Manual de Derecho Mercantil*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, España, 1992, p. 552.

Es un contrato que se perfecciona con el consentimiento prestado por personas que tengan capacidad para obligarse y que no estén sometidos a prohibiciones legales.

Los elementos reales del contrato de compraventa lo constituyen la cosa y el precio.

La cosa objeto de la compraventa: De lo dispuesto en el artículo 325 pudiera deducirse que sólo pueden ser objeto de compraventa las cosas muebles, entre las que se comprenden, además de las mercancías o mercaderías otros bienes "...corporales o no, como el dinero o valuta, los metales preciosos, los títulos de crédito (efectos públicos o valores industriales), la energía eléctrica, etc., e incluso ciertos derechos (como los de propiedad industrial sobre marcas, patentes, emblemas, etc)".⁸ Pero también puede revestir carácter de mercantil la compraventa de bienes inmuebles,⁹ tráfico frecuente a través de empresas inmobiliarias, fundamentado en dos consideraciones básicas. En primer lugar, por no estar excluidos, expresamente en el artículo 325 los bienes inmuebles (terrenos y edificaciones) del tráfico empresarial y en segundo lugar, porque en la Exposición de Motivos del Código de Comercio Español de 1985 que se hizo extensivo a Cuba en 1986, se justifica la calificación de mercantil de bienes inmuebles en dependencia de las circunstancias del caso que valorarán los tribunales. Ahora bien, es necesario considerar que la regulación de la compraventa en el Código de Comercio está destinada esencialmente a los bienes muebles y la mayoría de sus normas no son aplicables a los bienes inmuebles.

El precio que se paga por la cosa: El precio debe ser cierto, determinado o determinable, y consistir en dinero o signo que lo represente, de lo contrario, no sería compraventa, sino permuta.

CONTENIDO DEL CONTRATO

La compraventa, como contrato bilateral perfecto, genera obligaciones para las partes, que de forma general son las mismas en la compraventa mercantil que en la civil. "La diferencia entre una y otra radica fundamentalmente en el diverso contenido o régimen jurídico de tales obligaciones, por la rapidez y el mayor rigor que caracteriza a las mercantiles, frente al ritmo o tiempo más lento propio de las civiles".¹⁰

⁸Rodrigo Uría: *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 653.

⁹Lo que está legalmente consagrado en otras legislaciones como la mexicana.

¹⁰Manuel Broseta Pont: *Manual de Derecho Mercantil*, Ediciones Tecnos, 10ª edición, 1992, p. 460.

➤ **Obligaciones del vendedor:**¹¹

a) Entregar la cosa: Esta constituye su obligación principal, la cual debe ser cumplida en el lugar y tiempo acordados y con las condiciones estipuladas en el contrato.

La entrega de la cosa va a permitir el cumplimiento del efecto esencial del contrato de transmitir la propiedad del bien del vendedor al comprador.

Al igual que la compraventa civil la entrega puede ser real o ficticia (artículo 206, Código Civil).

En el artículo 337 del Código de Comercio se dispone que si las partes no han acordado nada con respecto al plazo de entrega, el vendedor ha de tenerlas a disposición del comprador dentro de las 24 horas siguientes a la estipulación del contrato. En dicho artículo se equipara la puesta a disposición del comprador a la entrega, y cumplida la obligación fundamental del vendedor, tal presunción se deriva también de lo establecido en los artículos 338 y 339.¹²

El lugar de la puesta a disposición se presume verificada en el establecimiento del vendedor si no pactó otra cosa, como en los supuestos de las “ventas por expedición”, en las que las mercancías deben ser transportadas de una plaza a otra, la puesta a disposición del comprador se produce cuando el vendedor entrega la mercancía al portador (transportista).

Si el vendedor no entrega los efectos vendidos en el plazo acordado en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir que se cumpla el contrato o su rescisión, con indemnización, en uno y otro caso, por los perjuicios causados (artículo 329). Como se aprecia, el simple retraso se equipara al incumplimiento total.

El vendedor debe las cosas vendidas en la cantidad acordada, a tal respecto el artículo 330 establece que si se “...pacta la entrega de una cantidad determinada de mercancías en un plazo fijo” el comprador no está obligado a aceptar la entrega parcial, aun bajo promesa de la entrega del resto de las mercancías en un momento posterior. No obstante, si acepta “...quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos” y en cuanto al resto, podrá pedir el cumplimiento del contrato o su rescisión.

¹¹Conforme al régimen civil, el vendedor, antes de entregar la cosa debe: 1) Conservar la cosa vendida en buen estado. (Artículo 340-b del Código Civil) y 2) Advertir al comprador de los vicios o defectos que pudiera tener el bien y de los posibles derechos que pudieran tener terceras personas sobre el mismo. (Artículo 340-a).

¹²Artículo 338: “Los gastos de entrega de los géneros en las ventas mercantiles serán a cargo del vendedor hasta ponerlos pesados y vendidos, a disposición del comprador...”

Artículo 339: “Puestas las mercancías vendidas a disposición del comprador... empezará para el comprador la obligación de pagar el precio...”

b) La transmisión del riesgo de la cosa vendida del vendedor al comprador: El riesgo por pérdida o deterioro de la cosa por causa ajena a la voluntad de las partes una vez perfeccionado el contrato, puede ser soportado por el vendedor, en cuyo caso perderá la mercancía y el derecho a reclamar el precio de la misma; si por el contrario el riesgo lo sufre el comprador, este deberá pagar el precio sin recibirla, o recibirla con defectos.

Conforme con lo establecido en el artículo 333 del Código de Comercio, cuando se trata de compraventa de cosa determinada, el riesgo por pérdida o deterioro fortuito de las cosas vendidas, se transmite por el vendedor, una vez perfeccionado el contrato, cuando las mismas han sido entregadas o puestas a disposición del comprador, por lo que: “Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías... serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor”. Este artículo está en correlación con lo dispuesto por el 331 que establece que: “La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiera constituido en depositario de las mercaderías, con arreglo al artículo 339...”¹³

En el artículo 334 del Código de Comercio se regulan excepciones al sistema de transmisión del riesgo antes referido:

1. Cuando se trata de venta de cosa genérica, a partir de la consideración de que el género nunca perece, el riesgo se transmite al comprador sólo cuando la cosa se especifique, es decir, hasta que “...la cosa vendida no fuere cierta y determinada con marcas y señales que la identifiquen”. (Artículo 334-1)
2. En la venta en la que se concede al comprador la facultad de reconocer y examinar previamente la cosa vendida, en la que el riesgo no se transmite hasta que la mercancía sea examinada. (Artículo 334-2)
3. La venta hecha bajo condición “...de no hacer entrega hasta que la cosa vendida adquiriera las condiciones estipuladas”. (Artículo 334-3)

c) Prestar saneamiento o garantía legal en caso de reclamación por un tercero, o de vicios de los efectos vendidos: El vendedor está obligado a garantizar la posesión pacífica de los objetos vendidos al comprado

¹³Conforme lo establecido por el artículo 339 se considera cumplida la obligación de entrega (puesta a disposición) por el vendedor y el inicio para el comprador de la obligación de pagar el precio cuando deposite judicialmente las mercancías vendidas en el caso de que el comprador rehúse, sin justa causa, recibir los efectos comprados.

y que los mismos no adolezcan de vicios o defectos, si no hay pacto en contrario (artículo 345 del Código de Comercio y 340 apartado C del Código Civil).

Esta obligación tiene un doble contenido:

1) Saneamiento por Evicción: Existe evicción cuando se produce la desposesión de todo o parte del bien adquirido por el comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compraventa. (Artículo 341 del Código Civil). Si así ocurriera tiene derecho a exigir del vendedor la restitución del precio y el importe de los gastos en que haya incurrido motivados por la evicción. (Artículo 345 del Código Civil). Ahora bien, con frecuencia se afirma que en el tráfico mercantil no siempre es aplicable la evicción y sus consecuencias, ya que el Código de Comercio, en su artículo 85 dispone que: “La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercancías adquiridas...”. Si bien es cierto que las compras que se realizan en esos establecimientos causan prescripción del derecho a reivindicar a favor del comprador, es decir, no pueden ser privados de lo adquirido, aun cuando esto no perteneciera al vendedor, no sucede igual con las compras que se realicen entre empresarios o entre comerciantes y productores, fuera de dichos establecimientos, con la finalidad de reventa lucrativa, donde ni puede aparecer la evicción.

2) Saneamiento por Vicios: Debemos distinguir los vicios ocultos de los manifiestos. En los supuestos de vicios ocultos al Código de Comercio concede al comprador un término de treinta días contados a partir de su entrega para reclamar al vendedor la sustitución de la cosa, su reparación o la rescisión del contrato, en todos los casos con la indemnización por los daños y principios causados. Los vicios manifiestos pueden ser de cantidad o de la calidad. El Código de Comercio en su artículo 336 equipara, dándole tratamiento unitario, los vicios o defectos de calidad o cantidad y otorga al comprador un plazo muy breve de tiempo para reclamar por los mismos. Si el comprador al recibir las mercancías se percata de defectos de calidad o de cantidad, o si las mismas están enfaradas o embaladas y no son examinadas en ese momento, sólo dispone de cuatro días para denunciarlos y optar por la rescisión o cumplimiento de lo acordado, y la correspondiente indemnización. Ahora bien, el propio artículo 336 en su cuarto párrafo autoriza al vendedor a exigir que en el acto de entrega el comprador examine la mercancía a su contento en cuanto a cantidad y calidad, de manera que si este acepta, pierde todo derecho a reclamar con posterioridad.

➤ **Obligaciones del comprador.**

a) Pagar el precio: Es la fundamental obligación del comprador, que debe hacerse en el tiempo y lugar pactados y a falta de pacto, en el momento y lugar de la entrega de la cosa vendida (Artículo 352 del Código Civil).

La obligación de pagar el precio comienza para el comprador una vez que el vendedor entrega o pone a su disposición la mercancía comprada (si se dio por satisfecho con la entrega) o si rehusó o demoró en recibirla, con el depósito judicial de la misma por el vendedor. El pago puede efectuarse al contado o en los plazos acordados con el vendedor (Artículo 339 del Código de Comercio).

La demora o retraso en el cumplimiento de esta obligación "...constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor". (Artículo 341 del Código de Comercio). Además, en el artículo 340, el Código establece el derecho preferente del vendedor, en el caso de incumplimiento de pago del precio por el comprador, a la venta de los géneros vendidos, en tanto estén en su poder, para obtener el pago del precio con los intereses ocasionados por la demora.

b) Recibir la mercancía: El comprador tiene la obligación de colaborar con el vendedor para que este pueda verificar su obligación de entrega, haciéndose cargo de los géneros comprados, o facilitándole la información necesaria para que los pueda poner a su disposición.

El Código de Comercio no contiene una norma que mencione expresamente esa obligación, aunque en varios artículos se refiere al deber de recibir o hacerse cargo de los objetos vendidos (artículos 327, 330, 332, 336, 338 y 339). El artículo en que de forma más clara se aprecia la obligación de recepcionar las mercancías es el 332, donde se sanciona los efectos de su incumplimiento al facultar al vendedor para optar por la rescisión o por el cumplimiento del mismo, previo depósito judicial de las mercancías, en el caso de que el comprador rehúse hacerse cargo de las mismas sin justa causa.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

A la extinción del contrato le son aplicables las normas sobre extinción de las obligaciones contenidas en el Código Civil: sobre cumplimiento (Art. 296); dación en pago (Art. 297); pérdida del bien (Art.298); imposibilidad de la ejecución (Art. 299); confusión (Art. 300); compensación (Art.301); condonación (Art. 304 y las ya analizadas del Código de Comercio contenidas en los artículos 327 al 329 y 331, 332 y 336).

En cuanto a la resolución del contrato se estará a lo dispuesto en los artículos del Código de Comercio antes visto y lo que se establece en el

artículo 306 del Código Civil: “En las obligaciones recíprocas, el que ha cumplido la que le corresponde puede exigir el cumplimiento o la ejecución a costa del otro obligado, o la resolución de la obligación, con indemnización de daños y perjuicios en todo caso”.

COMPRAVENTAS MERCANTILES ESPECIALES

Son muchos los tipos de compraventas especiales, bien por el lugar donde se efectúan, o por las condiciones que las rodean; nos referiremos a algunas de las que con más frecuencia se utilizan en el tráfico moderno y que aparecen reguladas en el vigente Código de Comercio.

a) Compraventa en tienda o almacén.

Lo más significativo en este tipo de venta es que conforme a lo establecido en el artículo 85 del Código de Comercio es que la adquisición de bienes por el comprador en tienda o almacén, abierto al público causa prescripción a favor del mismo, no pudiendo ser desposeído por un tercero alegando un derecho anterior. De igual forma sucede con el dinero pagado por lo adquirido por el comprador, que es reivindicable (artículo 86) y la presunción de que ese tipo de venta siempre son al contado, salvo prueba en contrario (artículo 87).

b) Compraventa sobre muestras.

En esta venta la mercancía que se entrega deberá coincidir con la muestra, en cuyo caso el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros comprados. De no estar de acuerdo el comprador, se nombrarán peritos por ambas partes, los que decidirán sobre la coincidencia o no. Si los peritos declaran que la mercancía es conforme a la muestra se consumará el contrato, en caso contrario se rescindirá con el derecho del comprador a reclamar indemnización. (Artículo 327 del Código de Comercio).

c) Compraventa a ensayo.

En este supuesto la eficacia del contrato está en dependencia de los resultados de la prueba que debe realizarse en las condiciones pactadas, o en su defecto se acude a los usos. Si los géneros son inadecuados a los fines para lo que los adquirió, el comprador puede libremente aceptar o no la mercancía. Por lo general, cuando existen discrepancias las partes someten la decisión a peritos nombrados por las mismas. (Artículo 328 del Código de Comercio).

d) Compraventa en feria o mercado.

Los contratos que se celebren en ferias o mercados pueden ser al contado o a plazos, “...los primeros habrán de cumplirse en el mismo día de su celebración o, a lo más, en las veinticuatro horas siguientes. Pasadas estas sin que ninguno de los contratantes haya reclamado su cumplimiento, se

considerarán nulos y los gajes, señal o arras que mediaren quedarán a favor del que los hubiere recibido”.

En el contrato al contado hay que pagar la totalidad de lo debido el mismo día que se efectúa; en el que se realice a plazos, el primer pago debe ser antes de las 24 horas siguientes a su celebración, de lo contrario no se perfecciona el contrato considerándose nulo, y cualquier anticipo queda a favor de quien lo recibió. (Artículo 83 del Código de Comercio).

e) Compraventa de plaza a plaza.

Lo que caracteriza la especialidad de esta venta es que las partes (vendedor y comprador) no están situados en el mismo lugar, es decir, las mercancías deben ser situadas o entregadas en una ciudad o plaza mercantil distinta de la del vendedor. “Requiere este caso una forma particular de perfección del contrato, con la finalidad de garantizar que concurre el consentimiento del comprador y vendedor, conforme a las normas sobre contratación entre ausentes”.¹⁴

“En la ejecución de contrato desempeña un papel determinante el transporte como elemento necesario para la entrega o puesta a disposición del comprador por el vendedor, obligación que requiere una serie de actos que de alguna manera alteran las normas de transmisión del riesgo, es decir, el momento en que se transmite la propiedad...”¹⁵

En ocasiones el vendedor se obliga a transportar las cosas y entregarlas en la plaza de destino, por lo que corren por él todos los gastos y riesgos del transporte, considerándose la puesta a disposición cuando los efectos lleguen al lugar de destino, en la estación, puerto o domicilio del comprador (“ventas franco estación” y “venta franco destino”).¹⁶

En otros casos, más frecuentes, el vendedor sólo se compromete a iniciar la operación, liberándose de los riesgos de la transportación cuando entrega la mercancía al transportista. La puesta a disposición y la consiguiente transmisión de la propiedad se consideran hechas, cuando se sitúa la mercancía en el vagón (venta sobre vagón) o en el buque o aeronave (venta FOB: *free on board*, libre a bordo); o en el muelle de carga de un puerto, una estación de ferrocarril o un aeropuerto (venta FAS: *free alongside ship*, libre al costado del buque).

¹⁴Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, S.A., 1992, p. 354.

¹⁵Adolfo Ruiz de Velasco: Ob. cit., p. 557.

¹⁶En la práctica se han consagrado una serie de cláusulas que se incluyen en los contratos, y que tienen un significado concreto y conocido, en las que combinan o vinculan el transporte y la compraventa y también con frecuencia el seguro. Guillermo Jiménez Sánchez. Ob. cit., pp. 354 y 355.

Tanto en las ventas sobre vagón y FOB como en las FAS en las que el vendedor se libera de los riesgos de las mercancías cuando las coloca sobre el vagón, o sobre la nave o aeronave, o en el muelle de embarque para su transportación y trasmite la propiedad al comprador, este último debe contratar el seguro de la mercancía y pagar los gastos de transporte a partir de ese momento.

La venta CIF, es más compleja y la forma más habitual de contratar en el tráfico internacional. Como se deduce del significado de la abreviatura de las palabras inglesas “Cost”, “Insurance”, “Freight”: costo, seguro y flete, el vendedor además de entregar la mercancía e iniciar el transporte, se compromete a concertar el flete y el seguro por cuenta del comprador, por lo que en el precio de venta se incluyen además del coste de la mercancía el valor del seguro y del flete. En este tipo de venta el vendedor trasmite los riesgos y la propiedad al comprador cuando sitúa la mercancía a bordo del buque designado; en el puerto de embarque, consumándose la venta aunque asuma la obligación de contratar el seguro y el transporte por encargo y cuenta del comprador.

En esta venta el comprador tiene la ventaja de no tener que ocuparse de procurar transportistas ni aseguradores en una plaza extranjera. Mas como el vendedor suele no desear enviar la mercancía sin tener previa seguridad de que le pagarán, ni el comprador desea pagar hasta no tener la certeza de que recibió la mercancía en las condiciones pactadas, por lo general en las ventas CIF se establece como medio de pago, el crédito documentado, conocido también como carta de crédito, en la que la intervención de uno o más bancos ofrece mayor seguridad a las partes sobre el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. En virtud del crédito documentado el comprador le ordena a su banco que abra un crédito a favor del vendedor, por el importe de la venta, que sólo puede utilizar contra la entrega de los documentos de embarque: factura, póliza de seguro, conocimiento de embarque, etcétera.

LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

“Es un supuesto importante de compraventa especial por la determinación de las normas jurídicas aplicables. El tráfico internacional de mercancías existe desde antiguo, como sabemos. Por eso el Derecho Mercantil debe prestar atención al fenómeno de la compraventa puesta al servicio de relaciones económicas y comerciales entre ciudadanos de países distintos”.¹⁷

¹⁷Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador): Ob. cit., p. 355.

La necesidad de ofrecer una mayor seguridad jurídica en la creciente contratación internacional, donde confluyen intereses de partes sometidas a diversos ordenamientos jurídicos de eventual aplicación a los contratos de compraventa que se realizan; y con la finalidad de evitar los problemas que generan los posibles conflictos de leyes, ha demandado el desarrollo de una normativa de carácter uniforme que contribuya a solucionar las cuestiones que se derivan de la Compraventa Internacional.¹⁸

Los antecedentes del movimiento unificador los encontramos en los trabajos del Instituto para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT o Instituto de Roma), bajo cuyos auspicios, luego de más de 30 años de interrupciones y esfuerzos de destacados juristas de países de tradición legal diferente, tanto del Common Law como del Derecho Continental,¹⁹ se aprobaron en Conferencia Diplomática en La Haya, en julio de 1964, la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Mercaderías y la Ley uniforme sobre la Formación del Contrato para la Venta Internacional de Mercaderías.

Aunque entraron en vigor el 18 de agosto de 1972 al alcanzar las ratificaciones necesarias, por diversas razones, entre otras el de la poca claridad en la formulación de sus conceptos básicos, no consiguieron el respaldo internacional esperado, pero sirvieron de base al trabajo unificador de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), en materia de compraventa internacional.

En el proceso de unificación destaca el importante papel desempeñado por la UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil) en la coordinación de las tareas uniformes de organizaciones de carácter privado, como la Cámara de Comercio Internacional con

¹⁸Para la solución de las cuestiones que suscita la compraventa internacional en sus sucesivas etapas de perfección y consumación del contrato, se han desarrollado mecanismos jurídicos que conforman un régimen integrado por normas de distinta naturaleza como son: a) las resultantes de la autonomía de la voluntad, como por ejemplo las condiciones generales y contratos tipo elaborados por empresas o grupos de empresas, y los creados por organizaciones internacionales privadas o intergubernamentales, por ejemplo. Las condiciones generales de ventas y modelos uniformes de contratos de la Organización de Naciones Unidas, y las elaboradas por organizadores privadas como la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, entre las que se pueden citar: los Términos Comerciales Internacionales (INCOTERMS); los Usos y Reglas Uniformes sobre Créditos Documentados y la Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales, y b) las establecidas en convenciones y leyes internacionales uniformes como la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y las leyes uniformes de La Haya sobre venta internacional de mercancías y sobre la formación del contrato de venta internacional de mercancías.

¹⁹Colectivo de autores: *Derecho Comercial Internacional*, 1ª parte, La Habana, 1986, p. 103.

sede en París y en el auspicio de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, para el establecimiento de leyes uniformes o de convenios en virtud de los cuales los estados contratantes se comprometen a introducir en su derecho interno normas unificadoras.

Para regular la compraventa internacional, por iniciativa de la UNCTRAL, la Organización de Naciones Unidas (ONU) reinició los estudios para un nuevo texto en el que se refundieron los dos de La Haya, que fue aprobado en otra Conferencia Diplomática celebrada el 11 de abril de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que entró en vigor el 1° de enero de 1988 al que se ha adherido un importante número de países.

Cuba se adhirió el 2 de noviembre de 1994, entrando en vigor el 1° de diciembre de 1995, momento a partir del cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo la principal normativa aplicable a las operaciones de compraventa internacional que realicen las entidades cubanas, a la que en la actualidad se le suma, entre otras –que en modo alguno contradice las disposiciones de la Convención– el Reglamento sobre la actividad de importación y exportación de las empresas estatales cubanas y las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano que, como resultado del proceso de descentralización de la actividad del comercio exterior que se ha producido en los últimos años, han sido facultadas para la realización de operaciones de exportación e importación.

El Reglamento, establecido por la Resolución 190 de 3 de mayo del 2001, del Ministro de Comercio Exterior, regula el procedimiento que se debe cumplir por las distintas entidades cubanas en el proceso de negociación, concertación y ejecución de los contratos de compraventa internacional.

a) La Convención de Viena de 1980

La importancia de la Convención se deriva de su contenido y los principios que preconiza, así como de los objetivos que persigue, explícitos en su Preámbulo, del establecimiento de un nuevo orden económico internacional, considerando que el desarrollo del comercio internacional debe ser sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo, lo que constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los estados y, estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional en las que se tenga en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos, contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería su desarrollo.

La Convención constituye un tratado internacional multilateral por el que se establece un régimen de normas uniformes de carácter sustantivo, o sea,

de aplicación directa en todo lo relativo a la concertación, interpretación, ejecución y resolución de las relaciones jurídicas que se derivan de los contratos de compraventas comerciales internacionales.²⁰

El texto de la Convención que aparece en el Anexo I del acta de la Conferencia Diplomática de 11 de abril de 1980, consta de 101 artículos distribuidos en cuatro partes.

En la Parte I (Art. del 1 al 13) se determina el ámbito de aplicación de sus normas y disposiciones generales sobre la compraventa internacional.

El convenio de Viena no define qué se entiende por Compraventa Internacional, sino que en su artículo 1 limita su campo de aplicación a la regulación de los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en países diferentes: a) cuando esos estados hayan ratificado el Convenio; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. La nacionalidad de las partes, así como el carácter civil o mercantil del contrato, resultan irrelevantes. Por lo que no comprenderá aquellos contratos entre entidades que operen en un mismo país, así como tampoco a los nacionales de un Estado, los que no podrán sustraerse a las normas de su derecho nacional excepto cuando así lo permitan las disposiciones no imperativas del derecho aplicable.²¹

El Convenio tampoco define el significado del término mercadería, sin embargo en su artículo 2 excluye su aplicación a las mercancías compradas para uso personal, salvo que el vendedor no conociera que se compraban para ese uso; las compraventas en subastas; las ventas judiciales; las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; las compraventas de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y naves, y las compraventas de electricidad.

Por otra parte, en su artículo 3 equipara a la compraventa internacional otras transacciones que técnicamente no lo son, al considerar como tal a los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser producidas, a menos que la parte que las encarga asuma la obligación de proporcionar una parte “sustancial” de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

En sus artículos 4 y 5 acota, aún más, su alcance en la regulación del contrato de compraventa al disponer que regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes del mismo y que salvo disposición expresa

²⁰*Derecho Comercial Internacional*, Ed. cit., p. 138.

²¹*Ibídem*, p. 138.

en el contrato o en la Convención no se aplicará a la validez del contrato, por ejemplo en lo relativo a la capacidad de obrar de los contratantes, ni a los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercancías vendidas.

No obstante la naturaleza imperativa del convenio, como acuerdo intergubernamental, mantiene el carácter dispositivo de sus normas por lo que las partes pueden excluir su aplicación totalmente, o introducir modificaciones a sus efectos, o excepciones a cualquiera de sus disposiciones, siempre que se respete lo dispuesto en el artículo 12, conforme a lo establecido en el artículo 6.

En el referido artículo 12 se previene, de forma imperativa, la salvedad a la aplicación de la libertad de forma consagrada en el artículo 11 que permite la formación y la prueba del contrato por todos los medios admitidos en derecho, incluso por testigos, así como también excluye la posibilidad de modificación o extinción del contrato por el simple acuerdo de las partes, dispuesta en el artículo 29, preceptuando que la celebración, modificación o extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación, o cualquier otra forma de manifestación de intención debe hacerse por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito y hayan hecho su declaración al respecto conforme a lo dispuesto por el artículo 96.

En la interpretación del convenio se procurará la uniformidad en su aplicación y la buena fe en el comercio internacional y en todo aquello que no esté resuelto expresamente en la Convención se dirimirá de conformidad con los principios generales en los que se basa y a falta de ellos, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto de leyes (Art. 7) .

En cuanto a la interpretación de las declaraciones y actos de las partes preceptúa que deberán realizarse conforme a la intención de las mismas y en el caso de no conocerse, en su investigación deberá tenerse en cuenta todas las circunstancias de las negociaciones, las prácticas establecidas entre las partes, los usos, así como su comportamiento ulterior (Art. 8) .

En el artículo 9 se reconoce el valor normativo de los usos al establecer la obligatoriedad para las partes de someterse a los usos que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, así como también se considerarán tácitamente aceptados aquellos usos, reconocidos internacionalmente, que conocían o debían conocer, salvo su exclusión expresa en el contrato.

De lo anterior puede afirmarse que la Convención ha disminuido la virtualidad jurídica de los usos a favor de la uniformidad, por cuanto si la partes

no han hecho previsión tocante a usos o prácticas, la Convención deviene elemento normativo decisivo.²²

La Parte II de la Convención (Art. 14 al 24) regula la formación del contrato desarrollando detallada y exhaustivamente todo el proceso de perfección del mismo, especificando los requisitos de la oferta y la aceptación, así como resolviendo problemas concretos de las mismas como son la revocación de la oferta, la aceptación con modificaciones, el valor del silencio en la aceptación, etcétera.

La Parte III regula el contenido del contrato de compraventa en cuatro capítulos (Art. 25 al 88), que se contraen a las cuestiones fundamentales del mismo: obligaciones de las partes; transmisión del riesgo; cuestiones relativas al incumplimiento y resolución de los contratos.

En los artículos del 25 al 29 se establecen principios de cardinal importancia como el contenido en el Art. 25 que determina cuándo el incumplimiento del contrato por una parte será esencial y tendrá entidad suficiente para facultar a la otra parte, inocente, para el ejercicio de los derechos que en cada caso, posteriormente se enumeran en la Convención.²³

Las obligaciones del vendedor (Art. 30 al 31) las resume en el Art. 30: entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar los documentos que correspondan. En el Art. 31, precisa, caso a caso, en qué consiste la entrega: a) si el contrato implica el transporte de las mercancías, con la entrega al transportista; b) cuando se haya fijado un lugar determinado para la puesta a disposición de las mercancías, o estas se encuentren en un lugar específico, se deben entregar allí mismo; c) en los restantes casos la puesta a disposición en el lugar del establecimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato.

Las soluciones que la Convención ofrece a las cuestiones relativas a la obligación de saneamiento del vendedor (Art. 35 al 44). No difieren sustancialmente de las ofrecidas en el Derecho Mercantil comparado en las prácticas internacionales, fundamentalmente en lo concerniente a la cantidad, calidad y otros aspectos a los que se contrae expresamente el artículo 35.²⁴

Las obligaciones del comprador (Art. 53 al 65), se resumen en el artículo 53: pagar el precio de las mercancías y recibirlas en las condiciones establecidas. En relación con el precio cabe destacar que si bien en el artículo 14 se estipula como requisitos de una propuesta, que sea suficientemente precisa para considerarse oferta, que indique las mercaderías y, expresa o

²²Ibídem, p. 140.

²³Ibídem, p. 141.

²⁴Ibídem, p. 142.

tácitamente, señale la cantidad y el precio, o un medio para determinarlos; en el artículo 55 se prevé la posibilidad de que un contrato se celebre válidamente sin que en el mismo se señale el precio o un medio para determinarlo, en cuyo caso presume que las partes hacen referencia implícita al precio del mercado en el momento de la celebración del contrato, y si un Estado cuya ley exige como requisito de validez la mención expresa del precio no ha ratificado la Parte II de Convenio²⁵(...), el contrato será nulo.²⁶

Después de precisar las obligaciones del vendedor y las de comprador, en cada caso la Convención establece los derechos y acciones que uno y otro tienen en cada caso de incumplimiento del contrato por la otra parte.²⁷

En las soluciones de la Convención a las cuestiones que plantea el incumplimiento de las obligaciones del vendedor o del comprador, “existe una disminución o suavización del rigor en el tratamiento”²⁸ con respecto al que aparece en el Código de Comercio vigente. En general, se observan fórmulas flexibles capaces de facilitar el cumplimiento del contrato.

A la transmisión del riesgo la Convención dedica los artículos 66 al 70. El riesgo de pérdida o deterioro de la mercancía se transmite del vendedor al comprador con su entrega al transportista. Se prevé en el artículo 67 del Convenio la utilización del transporte “multimodal” y en el artículo 68 el supuesto del riesgo de las mercancías en tránsito, que se transmite desde el momento de la perfección del contrato.

²⁵Parte II. Formación del contrato.

²⁶*Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3^{ra} edición, Editorial José Ma. Bosch, Barcelona, España, 1990, t. II, p. 80.

²⁷En caso de incumplimiento del contrato por el vendedor el comprador podrá exigir al vendedor: a) el cumplimiento de sus obligaciones (Art.46); b) fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento de las obligaciones del vendedor (Art. 47); c) podrá declarar resuelto el contrato en los casos que, conforme al contrato o a la Convención, constituyan incumplimiento esencial del contrato, o en los supuestos que expresamente se consignan en el Art. 49 del convenio; d) rebajar el precio de las mercancías con defectos siempre y cuando el vendedor no haya subsanado el incumplimiento de su obligación (Art. 50); aceptar o rehusar la recepción anticipada de las mercancías, o la entregada en exceso (Art. 52).

Ante los incumplimientos de las obligaciones del comprador el vendedor podrá: a) exigir del comprador que pague el precio, que reciba la mercadería o que cumpla las demás obligaciones que le incumba (Art.62); b) fijar un plazo razonable para el cumplimiento de las obligaciones por el comprador (Art. 63); declarar resuelto el contrato si el incumplimiento del contrato por el comprador, conforme al contrato o a la Convención, constituye un incumplimiento esencial (Art. 64).

²⁸Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador): *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, t. II, p. 316.

Entre las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador (Art. 71 al 88) se aprecian las relativas al incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas (Art. 71 al 73); indemnización por daños y perjuicios (Art. 74 al 77), que comprenderá tanto el daño sufrido como el lucro cesante y cuya cuantía no tendrá que ser probada ya que debe deducirse de la diferencia, 1) entre el precio fijado en el contrato y el de mercado en el momento del cumplimiento, o bien 2) del efectivamente pagado en una compra de reemplazo (o en la venta de sustitución si el contratante incumplidor fue el comprador);²⁹ intereses (Art. 78); exoneración (Art. 79 al 80);³⁰ efectos de la resolución (Art. 81 al 84); y conservación de las mercancías (Art. 85 al 88).

La Parte IV se contrae a las disposiciones finales (Art. 89 al 101) que contiene normas reglamentarias relativas a la aceptación, aprobación y adhesión por los estados de la Convención, así como el procedimiento para la denuncia de alguna de sus partes por los estados contratantes.

La Convención ha sido criticada en el sentido de que en su redacción emplea fórmulas muy amplias y generales, en ocasiones exageradamente flexibles o imprecisas; pero en la opinión del doctor Ernesto Guerrero Setién, compartida por nosotros, esto fue la necesaria consecuencia del propósito de compatibilizar los distintos sistemas jurídicos nacionales, pero (...) las normas de la Convención resultan lo bastante precisas y efectivas para permitir, sobre todo a los tribunales arbitrales, actuar con equidad y en función de los fundamentales intereses y requerimientos de la comercial internacional.³¹

b) Los INCOTERMS

La Cámara de Comercio Internacional con sede en París elaboró un conjunto de reglas denominadas INCOTERMS (términos comerciales internacionales), que permiten concretar con claridad el significado de los principales términos utilizados en los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que tuvo su primera versión en 1936 y ha sido objeto de distintas actualizaciones para atemperarlo a las exigencias de la realidad económica, hasta la más reciente del 2000, con las adiciones del 2001.

²⁹Francisco Vicent Chuliá: *Compendio Crítico...* Ed. cit., p. 143.

³⁰En el artículo 79 se formulan normas relativas a los supuestos, requisitos y efectos de la exoneración de la responsabilidad de las partes que abarcan los generalmente regulados en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales como causas de fuerza mayor, caso fortuito y de la frustración del contrato.

³¹*Derecho Comercial Internacional*, Ed. cit., p. 143.

Los INCOTERMS tienen una naturaleza facultativa, es decir, su aplicación depende de la voluntad de las partes que deben especificarlo así en el contrato. Se trata de reglas que poseen un carácter contractual.

Los INCOTERMS se contraen solo a una parte de la normativa que rige las compraventas y estandariza específicos aspectos de las mismas, tales como: modalidad de la entrega de las mercancías, momento y lugar del traspaso de los riesgos, la responsabilidad por el pago de los gastos del flete, seguro y otros relativos a la expedición de la recepción de la mercancía, obtención de la documentación prevista y el cumplimiento de requisitos fiscales, aduanales, etcétera.

Las normas relativas a cada INCOTERMS, están expuestas según una secuencia de disminución en las responsabilidades del comprador y aumento en la del vendedor.

La versión de los INCOTERMS del 2000 contiene un total de trece términos, o tipos de contratos diferentes, que pueden ser modificados parcialmente por las partes y que se clasifican en cuatro grandes grupos, atendiendo a las distintas obligaciones que conllevan para el comprador y el vendedor. Dentro de cada término las obligaciones del vendedor se incluyen bajo la letra **A** y las del comprador, bajo la letra **B**, numerándose de forma correlativa y contrapuesta a las del vendedor.

Grupo E (término de salida) en el que sólo se incluye el término **Ex Works**: EXW, en fábrica (...lugar convenido), único en el que el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador en los locales del vendedor.

Grupo F (sin pago del transporte principal) en el que se incluyen los términos **Free carrier**: FCA, franco transportista (...lugar convenido); **Free Alongside Ship**: FAS, Franco al costado del buque (...puerto de carga convenido) y **Free on Board**: FOB, Franco a Bordo (puerto de carga convenido), caracterizados por el hecho de que el vendedor queda obligado a entregar la mercancía a un medio elegido y pagado por el comprador.

Grupo C (con pago de transporte principal), formado por los términos **Cost and Freight**: costo y flete (...puerto de destino convenido); **Carriage Paid To**: CPT, transporte pagado hasta (...lugar de destino convenido) y **Carriage and Insurance Paid To**: CIP, transporte y seguros pagados hasta (...lugar de destino convenido), caracterizados por la obligación que acompaña al vendedor de contratar y pagar el transporte de las mercancías, aunque sin asumir el riesgo por pérdidas o daño de la mercancía o de coste adicionales que puedan deberse a hechos acontecidos después de la carga y despacho.

Grupo D, formado por los términos **Delivered At Frontier**: DAF, entregado en frontera (...lugar convenido); **Delivered Ex Ship**: DES, entregado sobre buque (...puerto de destino convenido), **Delivered Ex Quay**: DEQ,

entregado en muelle (...puerto de destino convenido)); **Delivered Duty Unpaid:** DDU, entregado derechos no pagados (...lugar de destino convenido); **Delivered Duty Paid:** DDP, entregado derechos pagados (...lugar de destino convenido), caracterizados por comprometerse el vendedor a correr con todos los gastos y riesgos necesarios para llevar la mercancía al país de destino.

Se observa, pues, cómo el primer grupo es el más beneficioso para el vendedor y, correlativamente el más oneroso para el comprador. Esta situación se va invirtiendo proporcionalmente, según se cambie el grupo hasta llegar al D, el más favorable al comprador y, a su vez, el más gravoso para el vendedor.

CONTRATOS AFINES A LA COMPRAVENTA MERCANTIL

El contrato estimatorio

Este contrato tiene gran importancia en el tráfico mercantil contemporáneo en las relaciones que se establecen entre los productores o mayoristas y los comerciantes detallistas, ya que representa un medio para financiar a estos últimos cuando no tienen la capacidad financiera suficiente para asumir el riesgo de la reventa, si adquirieran la propiedad de las mercancías a través del contrato de compraventa.³²

Ha sido definido como aquel "...contrato por el que una de las partes (*tradens*) entrega a otra determinadas cosas muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose esta (*accipiens*) a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo, y a devolver el valor estimado de las cosas que venda y el resto de las no vendidas".³³

Características

➤ Se trata de un contrato mercantil empleado en las relaciones entre empresarios.

➤ El *tradens* sólo transmite al *accipiens* un poder de disposición sobre las cosas entregadas con el objetivo, común, de realización de las mismas conservando su propiedad.

³²Esta relación contractual ya era conocida en Roma y actualmente se utiliza, con alguna frecuencia, en el comercio minorista y el comercio de libros.

³³*Derecho Mercantil*, Ed. cit. p. 672.

➤ El riesgo por pérdida o deterioro fortuito lo soporta el *accipiens* mientras las cosas estén en su poder, ya que, en todo caso, deberá devolver el precio estimado o las cosas en el mismo estado en que las recibió, o el importe de la indemnización por los perjuicios causados.

➤ El *accipiens* no paga el precio de las cosas que le entregan hasta después del plazo acordado, momento en que debe devolver el valor estimado o las mercancías no vendidas.

➤ En el caso de retención de la mercancía no realizada para su venta posterior, el *accipiens* deberá pagar el precio de la misma, con lo que obtendrá su propiedad y se convertirá en comprador.

Naturaleza jurídica

Los criterios doctrinales respecto a la naturaleza jurídica del contrato estimatorio difieren. Hay quien lo considera como “una venta sometida a condición suspensiva o eventualmente ligada a un término”³⁴ (Joaquín Garrigues: Ob. cit., p. 97); otro como un “depósito en comisión de venta” (Francisco Vicent Chuliá: *Introducción al Derecho Mercantil*, p. 390); otro que “guarda analogía con el depósito, la comisión de venta y especialmente con la venta bajo condición suspensiva” (Rodrigo Uría: Ob. cit., p. 672) y otros que lo consideran como un contrato mixto o *sui generis*, siendo este el criterio más generalizado en la doctrina.

Si lo comparamos con algunos de los contratos de los ya estudiados, trae ciertas semejanzas; se puede apreciar que: a) a diferencia de la compraventa en el contrato estimatorio las cosas no se entregan al *accipiens* en propiedad, sino que recibe un poder exclusivo de disposición sobre las mismas, además de que no se pacta un precio que el *accipiens* tenga que entregar en todo caso, sino un valor estimado de las mercancías que permite a este obtener su ganancia de la diferencia entre ese valor y el precio de venta; b) la finalidad del contrato no es la de custodia de las cosas recibidas como sucede con el depósito, y c) el *accipiens*, a diferencia del comisionista, no actúa en interés y por cuenta ajena, ni recibe del *tradens* una retribución (comisión) por un servicio prestado, además de que tiene libertad para vender en las condiciones que considere, sin necesidad de autorización expresa como tiene que tener el comisionista.³⁵

³⁴Garrigues plantea: “La condición se cumple cuando el comprador declara dar curso al negocio, convirtiéndose en deudor del precio fijado en la estimación. Esto puede realizarse automáticamente con el simple transcurso del término, cuando se pacte así expresamente”.

³⁵Ver Art. 266, 270 y 277 del Código de Comercio.

Estamos en presencia de un contrato atípico que no aparece regulado en el Código de Comercio ni en el Código Civil, por lo que en consideración de su naturaleza jurídica de contrato mixto que presenta caracteres coincidentes con otros contratos, se le aplicarán las normas contenidas en el Código de Comercio, dado su carácter de mercantil, que por analogía correspondan, en especial las de la compraventa y la comisión con las que guarda mayor semejanza.³⁶

Contrato de suministro

En el tráfico económico moderno, este contrato posee una importancia capital, ya que permite la satisfacción de las necesidades constantes de la sociedad, de forma rápida segura y económica.

Es aquel por el cual una persona (suministrador) se obliga a cambio de un precio unitario, a la entrega sucesiva y periódica de bienes muebles (corporales e incorporales), o a la prestación de servicios continuados a lo largo del tiempo, en épocas y cantidades fijadas en el contrato, o de acuerdo a las necesidades de la otra persona (suministrado).

La función fundamental de este contrato consiste en la satisfacción de las periódicas necesidades del suministrado, sin tener que concertar un contrato distinto cada vez que surja una necesidad.

Diferencia con el contrato de compraventa

La compraventa es un contrato de ejecución instantánea aun cuando la entrega se realice en diferentes partidas, a lo largo del tiempo, se trata de una sola obligación que se cumple en diferentes momentos, mientras que el suministro es un contrato de duración en el que existe una pluralidad de prestaciones con carácter autónomo, derivadas de un contrato único, por lo que el incumplimiento de algunas de ellas no conduce necesariamente a la rescisión del contrato.

La satisfacción de las necesidades del empresario y de la empresa a través de la compraventa de las mercancías, materias primas, servicios, etc.,

³⁶En el criterio de Enrique Seco Caro, el contrato estimatorio tiene mayor semejanza con la comisión de venta ya que “el *tradens* (comitente) fija al *accipiens* (comisionista) un precio mínimo y le permite vender a un precio superior con cuya diferencia será retribuido el servicio del comisionista” (...) aunque pueda quedar transformado en un contrato de compraventa “por voluntad del *accipiens* cuando no devuelva mercancías que aún no haya vendido y queden en su propiedad”. Guillermo J. Jiménez Sánchez: *Derecho Mercantil*, Ed. cit., p. 321.

requiere de la estipulación de contratos cada vez que surge una necesidad, sin embargo, mediante el contrato de suministro el suministrado tiene la seguridad de recibir las cosas que necesita de forma estable, periódica y puntual, por un precio determinado de antemano, y el suministrador puede realizar el cálculo predeterminado de la colocación de sus productos. Todo lo que representa ventajas claras con respecto al contrato de compraventa.

Naturaleza jurídica

Es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, aunque suele estipularse por escrito en atención a la complejidad de su contenido que precisa la descripción de los géneros a suministrar, su periodicidad, los pagos, etc. Y para facilitar su prueba,³⁷ y en numerosas ocasiones se realiza mediante contratos de adhesión.

Es un contrato normativo, ya que regula el régimen de las posibles futuras prestaciones, lo que reviste particular importancia por la ausencia de regulación, tanto mercantil como civil.

Es un contrato bilateral de colaboración entre empresarios, o entre un empresario y otra persona que no lo es.

Es oneroso, ya que supone una prestación patrimonial para cada una de las partes.

De tracto sucesivo, ya que tanto las prestaciones del suministrador, como los pagos del suministrado se prolongan en el tiempo.

Es un contrato de empresa ya que solo a través de la organización empresarial es posible garantizar la entrega periódica de un bien o la prestación de un servicio, por lo que el suministrado será siempre un empresario que lo mismo puede ser mercantil como civil. Los suministros pueden ser realizados por sujetos que no tienen la condición de empresario mercantil, aun cuando realicen actividades económicas dirigidas al mercado, como es el caso de los pequeños agricultores y ganaderos, que están sometidos a disposiciones distintas de las mercantiles; o prestarse por grandes empresas, generalmente estatales, que distribuyen bienes o prestan servicios para el consumo del suministrado, en tales casos el contrato será de naturaleza civil. “Para que sea contrato mercantil debe establecerse en el mismo, a semejanza de lo preceptuado en el artículo 325 del Código de Comercio, que

³⁷Recuerde que conforme al artículo 51 del Código de Comercio: La prueba de los contratos mercantiles puede hacerse por alguno de los medios reconocidos por el Derecho Civil, pero la declaración de testigos no será suficiente por sí sola en los contratos cuya cuantía exceda de 300 pesos.

el suministrado adquiere las cosas para ‘revenderlas’ (o suministrarlas a su vez) obteniendo lucro en tal operación”.³⁸

Contenido del contrato

a) Objeto: El objeto del suministro será siempre cosas muebles y genéricas como son las materias primas, agua, gas, energía eléctrica, etc., cuya calidad se determina en el contrato mediante su exacta descripción o mediante muestras.

b) Cantidad: Puede estar determinada en el contrato, o dejarse a una posterior determinación conforme a las necesidades del suministrado, que en todo caso dependerá y no podrá sobrepasar las posibilidades del suministrador. Por lo general se fija un mínimo y un máximo.

c) Precio: Será acordado por las partes con referencia a cada prestación o en relación con el conjunto de las prestaciones, por ejemplo: “...cuando se determine el precio corriente del mercado, valdrá el del momento en que se realiza cada entrega. En caso de suministro contiguo (gas, luz, agua) se suele dividir en períodos autónomos, mensuales, semestrales, etc., para su facturación”.³⁹ Al ser un contrato de tracto sucesivo, ha de tenerse en cuenta la cláusula *rebus sic stantibus* que permita la estabilización de precio convenido.

d) Duración del contrato: Característica de este contrato es que las prestaciones deben ser realizadas siempre a lo largo de un periodo de tiempo, que suele determinarse, un cuyo caso sólo podrá resolverse anticipadamente por justa causa, o puede no ser fijada en el contrato su duración, la que al ser indeterminada para su resolución se requiere de un preaviso razonable por la parte que desee extinguir la relación.

e) Exclusiva: Suele pactarse la cláusula de exclusiva, tanto a favor del suministrador, de forma tal que el suministrado no podrá adquirir las mercancías suministradas de otro suministrador e incluso, ni producirlas él mismo; o a favor del suministrado, en cuyo caso el suministrador, durante el tiempo de vigencia del contrato, no podrá vender las cosas objeto del suministro a otros sujetos en la zona de tráfico exclusivo del suministrado.

³⁸Enrique Seco Caro: *Derecho Mercantil*, Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador). Ed. cit., p. 319.

Conforme al Art. 325 del Código de Comercio la reventa (o el posterior suministro) de las cosas adquiridas puede ser en la misma forma o en forma diferente, es decir, transformadas en otras mercancías para su venta (suministro de tejidos para la confección de prendas de vestir para su colocación en el mercado).

³⁹Vicent Chuliá: *Compendio Crítico...* Ed. cit., p. 174.

f) Extinción del contrato: Se resuelve por las causas comunes a todos los contratos, tanto mercantiles como civiles. Ahora bien, es de tener en cuenta que en correspondencia con la finalidad previsor de este contrato, el incumplimiento de alguna de las obligaciones periódicas de las partes (entrega de mercancías, mercancías defectuosas, pago del precio, etc.) no es causa suficiente de la resolución del contrato, tanto si la duración es determinada como indeterminada, si no se demuestra que ha sido quebrantada la confianza o la seguridad con respecto a las prestaciones futuras. En todo caso la resolución por incumplimiento solo afecta a las prestaciones futuras, pero no a las realizadas, salvo pacto en contrario.

Régimen jurídico

El contrato de suministro es atípico, sus rasgos distintivos y características esenciales son resultado de la práctica, de las decisiones de los tribunales y de los criterios doctrinales ya que no aparece regulado en el Código de Comercio, ni en el Código Civil a pesar de ser un contrato de uso frecuente en la práctica empresarial y entre grandes empresas y usuarios no mercantiles. Al mismo se le aplican, supletoriamente, a falta de pacto en contrario, y siempre que no se opongan a la índole especial del mismo, las reglas de la compraventa en orden a la entrega, el saneamiento y pago del precio.

Este contrato aparece regulado en Cuba dentro de los contratos económicos (Decreto Ley 15 de 1978 y Decreto 53 de 1979) pero sus sujetos serán siempre empresas estatales.

En los casos de suministros que se realicen entre partes que tengan sus establecimientos en territorios de estados contratantes de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, o que la misma resulte aplicable en virtud de normas de conflicto, se someterán a las disposiciones de la Convención conforme a la establecido en su artículo 3.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, H., ALTERINI, A.A. ET AL.: *Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de la República Argentina* [en línea]. Buenos Aires: Ministerio de Economía y Producción-INFOLEG: Información Legislativa, 27 de septiembre de 2004. Disponible en: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/proycodciv-1998.doc>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- BLACK, HENRY CAMPBELL. *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 4ta. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1951.
- BOIX RASPALL, JOSÉ MARÍA. *Derecho Mercantil*, 2da edición, Editora: José M^a Bosch, Barcelona, 1953.
- BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA: *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1971.
- _____ : *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1980.
- _____ : *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990.
- _____ : *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991.
- COLECTIVO DE AUTORES: *La empresa y el empresario en Cuba*, editada e impresa por el Centro de Información y Adiestramiento Informático para el Abogado, Ciabo, 1999.

- COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho Civil. Parte General*, 1ra ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.
- _____ : *Derecho de Contratos: Teoría General del Contrato*, 1ra ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.
- CONFEDERACIÓN HELVÉTICA. L'ASSEMBLÉE FÉDÉRALE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE: *Loi fédérale complétant le Code Civil Suisse: Code des Obligations* (Ley federal que completa el Código Civil Suizo: Código de las Obligaciones) de 30 de marzo de 1911 actualizado hasta 13 de abril de 2003[en línea]. Berna: Chancellerie Federal de la Suisse, 2004. Disponible en: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/22.html>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- COROMINAS RUIZ, FÉLIX: *La Compraventa Bursátil Internacional*, Aurea Editores, México, 2001.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO: *Las Empresas Mixtas. Regulación Jurídica*, Ivercan Caribe, S.L., Tenerife, Islas Canarias, 1994.
- _____ : *Las Empresas Mixtas. Regulación Jurídica*, 2da ed., s.n.: s.l., 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *El Arbitrio de un Tercero en los Negocios Jurídicos*, Barcelona: Bosch, 1957.
- ESPINAL, LLUDELIS: *El Consignatario de Buques o Agente Naviero* [en línea], Santo Domingo: Secretaría de Estado para la Industria y el Comercio, 2004. Disponible en <www.seic.gov.do/marmerc/consignatario1.htm>, consulta de 1ro de octubre de 2004.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Código de Comercio Mexicano de 15 de septiembre de 1889 según reforma de 8 de abril de 2003*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. Disponible en: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/2.htm?s=>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO: *Código de Comercio de la República Argentina Comentado: Tratado de Derecho Comercial en Forma Exegética*, t. I, Buenos Aires: Cía. Impresora Argentina S.A., 1946.
- FOURNIER DUHARTE, N., MONTOYA DURÁN, C.E.: *Aspectos de las Regulaciones Jurídicas de las Representaciones Extranjeras en Cuba* [en línea]. La Habana: Universidad de La Habana. Facultad de Derecho, s.d. Disponible en <www.lex.uh.cu/.../Mercantil/art/Aspectos%20de%20las%20Regulaciones%20de%20las%20Representaciones.doc>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- GARCÍA ALARCÓN, JUAN: *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

- GARCÍA GIL, FRANCISCO JAVIER Y GARCÍA GIL, JOSÉ L.: *Los contratos mercantiles y su jurisprudencia*, Editora Arazandi, Navarra, España, 1993.
- GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de Derecho Mercantil*, 8va edición, Madrid, España, t. I, 1983.
- _____ : *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8va ed., Madrid: s.e., 1983.
- GUERRERO SETIÉN, ERNESTO: *Derecho Comercial Internacional*. Instituto de Comercio Exterior de Cuba, La Habana, 1988.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, NIURKA: “La producción cooperada en Cuba con empresas extranjeras capitalistas. Importancia actual y perspectivas.” (Trabajo de Diploma) Instituto Superior de Relaciones Internacionales “Raúl Roa García”, 1989.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO (COORDINADOR): *Derecho Mercantil*, Tomo II, 2da edición, corregida, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1992.
- _____ : *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S. A., Madrid, España, 1992.
- Lineamientos Económicos y Sociales para el quinquenio (1986-1990)*. Partido Comunista de Cuba, Editora Política, La Habana, 1986.
- MERLE, PHILIPPE: *Droit Commercial: Sociétés Commerciales*, 6ta edición, Dalloz, Paris.
- MIRANDA BRAVO, OLGA: *Recomendaciones de los Árbitros: Palabras en la Asamblea General de Asociados de la Cámara de Comercio de la República de Cuba*. En CÁMARA DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CUBA: *Foreign Trade*, 2003, vol. 1, no. 1, pp. 76-80.
- RAPA ÁLVAREZ, VICENTE: *Manual de Obligaciones y Contratos*. Primera parte, La Habana, 1991.
- REINO DE ESPAÑA. *Real Decreto de 22 de agosto de 1885: Código de Comercio*. En ARROYO, Ignacio (ed.). *Código de Comercio y Legislación Mercantil*, 9na Editorial Tecnos, Madrid, S. A., 1993.
- REINO DE ESPAÑA. SENADO: *Ley no. 12 de 29 de mayo de 2002, del Contrato de Agencia* [en línea]. S.l.: Jurisweb.com, 1997. Disponible en <<http://www.jurisweb.com/legislacion/mercantil/Ley%20Contrato%20agencia.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- _____ : *Ley no. 9/1992 de Mediación de Seguros Privados* [en línea]. Zaragoza: Integral Brokerage Services Correduría de Seguros S.L., s.d. Disponible en: <http://www.ibssl.com/Ley_de_mediacion_de_seguros_priv.htm>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- REPÚBLICA ARGENTINA. SENADO DE LA NACIÓN: *Código Civil de la República Argentina* [en línea]. Buenos Aires: REDETEL- Revista Electrónica del Derecho de las Telecomunicaciones. Secretaría de Comunicaciones.

- República Argentina, 2000. Disponible en: <<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- REPÚBLICA DE AUSTRIA. PARLEMENT ÖSTERREICH: *Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der selbstständigen Handelsvertreter. Handelsvertretergesetz 1993* (Ley de los Agentes Comerciales) [en línea]. Viena: Wirtschaftskammern Österreichs, 8 de julio de 2004. Disponible en: <<http://wko.at/direkt/dt/handelsvertg.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- RODRÍGUEZ BURGET, RENÉ: *La Ley de Inversión Extranjera*, Editorial Sangora, S.A.
- RODRÍGUEZ DE RIVERA, J.: *Teoría de la Agencia* [en línea]. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares. Departamento de Ciencias Empresariales, 1999. Disponible en <http://www2.uah.es/estudios_de_organizacion/temas_organizacion/teor_organiz/teoria_agencia.htm>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Mercantil*, 21va ed., Porrúa S.A., México D.F., 1994.
- _____ : *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta Sistemas y Servicios Técnicos S.A. Monterrey, México, 1947, t. II.
- RUIZ DE VELASCO, ADOLFO: *Manual de Derecho Mercantil*, Editores Deusto S. A., Bilbao, España, 1992.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19na edición, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1996, t. I.
- _____ : *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.
- SIMÓN HOCSMAN, HERIBERTO: *Contrato de Agencia Comercial* [en línea]. Disponible en <www.justiniano.com/revista-doctrina/agencia.htm>, consulta de 1ro de octubre de 2004.
- UNCTAD: *Alcance y definición. Manual del participante*, 2003.
- URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 20ma edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. II, 3ra edición, Parte I, Editorial José María Bosch, 1991.
- _____ : *Derecho Mercantil*, t. I, 2da edición, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona.
- _____ : *Introducción al Derecho Mercantil*, 5ta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

LEGISLACIÓN

- Acuerdo 3827 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de fecha 6 de diciembre del 2000.
- Acuerdo No. 5290, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de fecha 11 de noviembre del 2004.
- Cámara de Comercio de la República de Cuba. *Principales Regulaciones sobre Sucursales y Agentes*. La Habana, 2002 [documento electrónico], p. 1-10.
- Código Civil. Ley 59 de 16 de julio 1987
- Código de Comercio de Cuba de 22 de agosto de 1885, hecho extensivo a Cuba. Real Decreto de 28 de enero de 1886, vigente desde el 1 de mayo de 1886.
- Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Decreto 206 de 10 de abril de 1996, Reglamento del registro de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 17 de 24 de mayo de 1996.
- Decreto Ley 226 de 6 de diciembre del 2001, “Del Registro Mercantil”, publicado por la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 2 de 10 de enero del 2002.
- Decreto Ley 166 de 15 de julio de 1996 dictado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relativo a las “Contravenciones del Sistema de Contratación de Personal y otras Regulaciones Laborales”.
- Ley 50 de 28 de diciembre de 1984, De las Notarías Estatales, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución 70 de 9 de junio de 1992 del Ministro de Justicia.
- Ley 73 de 4 de agosto de 1994, Ley del Sistema Tributario, publicado en la *Gaceta de la República de Cuba*, edición extraordinaria, no. 8, de 5 de agosto de 1994.
- REINO DE ESPAÑA. *Código de Comercio Español* [en línea]. Fuerteventura, Las Palmas: Manrique & Manrique Abogados, s.d. En: <<http://www.bufetemanrique.com/ccom/coingral.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- REINO DE ESPAÑA. CORTES: “Ley no. 9 de 30 de abril de 1992 de Mediación en Seguros Privados”. *Boletín Oficial del Estado* de 2 de mayo de 1992.
- REINO DE ESPAÑA: “Real Decreto de 22 de agosto de 1885: Código de Comercio”. En Ignacio Arroyo (ed.). *Código de Comercio y Legislación Mercantil*, 9na ed., Tecnos S.A., Madrid, 1993.

REINO DE ESPAÑA. SENADO: *Ley no. 12 de 29 de mayo de 2002, del Contrato de Agencia* [en línea]. S.l.: Jurisweb.com, 1997. En <<http://www.jurisweb.com/legislacion/mercantil/Ley%20Contrato%20agencia.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.

_____: *Ley no. 9/1992 de Mediación de Seguros Privados*, Zaragoza: Integral Brokerage Services Correduría de Seguros s.l., s.d. En: <http://www.ibssl.com/ley_de_mediacion_de_seguros_priv.htm>. Consulta de 2 de octubre de 2004.

REPÚBLICA ARGENTINA. SENADO DE LA NACIÓN: *Código Civil de la República Argentina* [en línea]. Buenos Aires: REDETEL- Revista Electrónica del Derecho de las Telecomunicaciones. Secretaría de Comunicaciones. República Argentina, 2000. Disponible en: <<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.

REPÚBLICA DE AUSTRIA. PARLEMENT ÖSTERREICH: *Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der selbstständigen Handelsvertreter. Handelsvertretergesetz 1993* (Ley de los Agentes Comerciales) [en línea]. Viena: Wirtschaftskammern Österreichs, 8 de julio de 2004. En: <<http://wko.at/direkt/dt/handelsvertg.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.

REPÚBLICA DE CUBA. ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR: *Ley no. 77 de 5 de septiembre de 1995 “De la Inversión Extranjera”*, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 3 de 6 de septiembre de 1995, p. 5.

REPÚBLICA DE CUBA. COMITÉ EJECUTIVO DEL CONSEJO DE MINISTROS: Decreto no. 206 de 10 de abril de 1996 “Reglamento del Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras”.

REPÚBLICA DE CUBA. CÁMARA DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CUBA: *Principales Regulaciones sobre Sucursales y Agentes*, La Habana, 2002 [documento electrónico], pp. 1-10.

REPÚBLICA DE CUBA. CONSEJO DE ESTADO: “Decreto Ley no. 226 de 6 de diciembre de 2001 del Registro Mercantil”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria no. 2, de 10 de enero de 2002.

_____: *Decreto-Ley no. 177 de 2 de septiembre de 1997: “Sobre el Ordenamiento de Seguros y sus Entidades”*.

REPÚBLICA DE CUBA. MINISTERIO DE FINANZAS Y PRECIOS. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS: “Resolución no. S-1 de 11 de enero de 2001”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 15 de enero de 2001, no. 7, p. 97, edición ordinaria.

- _____ : “Resolución no. S-2 de 8 de enero de 2001”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 18 de enero de 2001, No. 8, p. 116, edición ordinaria, Año XCIV.
- REPÚBLICA DE CUBA. MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR: *Resolución no. 190 de 3 de mayo de 2001* “Reglamento sobre la Actividad de Importación y Exportación”. En CÁMARA DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CUBA: *La Compraventa Internacional*, s.l., vol. 19.
- _____ : “Resolución no. 27 de 8 de enero de 1997”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 28 de febrero de 1997, p. 35.
- _____ : Resolución no. 69 de 26 de febrero de 2004. “Procedimiento de Solicitud de Oferta, Elaboración del Pliego de Concurrencia y Análisis de Precios”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria no. 26 de 30 de abril de 2004, año CII.
- _____ : Resolución no. 40, de 7 de febrero de 2000: “Nuevas Indicaciones Metodológicas para la Concertación de Contratos de Compraventa de Importación de Mercancías Utilizando los INCOTERMS Vigentes (1990) del Grupo o Categoría C”, s.l., s.f., s.e.
- _____ : Resolución no. 550, de 13 de noviembre de 2001: “Procedimiento para la Tramitación de Expedientes por el Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras”. En REPÚBLICA DE CUBA. CÁMARA DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CUBA: *Principales Regulaciones sobre Sucursales y Agentes*, La Habana, 2002 [documento electrónico].
- REPÚBLICA FRANCESA. LE SENAT DE LA FRANCE: *Loi no. 91-593 du 25 juin 1991 Relative Aux Rapports Entre Les Agents Commerciaux Et Leurs Mandants* (Ley Relativa a las Relaciones entre los Agentes Comerciales y sus Mandantes) [en línea]. Reims: L’Annuaire International des Agents Commerciaux, 12 de abril de 2004. Disponible en: <<http://www.laniac.org/page.php/fr/legal/1189/>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- REPÚBLICA ITALIANA: *R.D. de 16 de marzo de 1942: Codice Civile Italiano* versión de Gazzetta Ufficiale no. 79 de 4 de abril de 1942 Roma: Masatani & partner avvocati, s.d.: <<http://www.massatani.com/codice%20civile/Codice%20civile%20B.htm>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.
- Resolución no. 11, de 31 de marzo del 2000 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, derogó la Resolución 19 de 1996, establece el “Régimen laboral del personal contratado para prestar servicios en las sucursales y otras normas relacionadas con el contrato de prestación de servicios”.

- Resolución no. 12, de 23 de abril de 1998 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al “Impuesto sobre documento”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.22 de 4 de mayo de 1998.
- Resolución no. 15, de 1998 de la Aduana General de la República: “De los requisitos y tratamientos aplicables a los faltantes y sobrantes de origen”.
- Resolución no. 15, de 2001 dictada por el Ministerio de Comercio Exterior, relativa a la “Importación de artículos destinados a satisfacer sus propias necesidades y para el cumplimiento de sus actividades económicas”.
- Resolución no. 24, de 24 de noviembre de 1995 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al “Impuesto sobre ingresos personales en moneda extranjera o pesos cubanos convertibles”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.32 de 27 de diciembre de 1995.
- Resolución no. 25, de 8 de enero de 1997 dictada por el Ministerio de Comercio Exterior: “Sobre las Medidas administrativas a aplicar a las sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras por violaciones cometidas”.
- Resolución no. 3, de 1997 de la Aduana General de la República: “Normas para la aplicación del régimen aduanero de depósitos de aduanas”.
- Resolución no. 30, de 18 de noviembre de 1995 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al “Impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 1, de 2 de enero de 1996.
- Resolución no. 31, de 16 de noviembre de 1994 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa a la “Tasa por la radicación de anuncios y propaganda comercial”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.19 de 15 de diciembre de 1994.
- Resolución no. 32, de 2001 de la Aduana General de la República: “Modelo de Declaración para las importaciones y exportaciones sin carácter comercial”.
- Resolución no. 32, de 8 de diciembre de 1999 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relativa a “Fijar las tarifas para el cobro de los servicios prestados por la concesión de permisos de trabajo”.
- Resolución no. 37, del MINVEC de fecha 31 de julio del 2001.
- Resolución no. 379, de 31 de diciembre de 2003, dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al “Impuesto sobre utilidades”.
- Resolución no. 230, de fecha 29 de octubre de 2002, del Ministro de justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no. 58 en fecha 4 de noviembre de 2002.

- Resolución no. 4, de 17 de Mayo del 2000 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la que se establecen las “Tarifas a cobrar por la entidad empleadora a la sucursal por el servicio de la fuerza de trabajo”.
- Resolución no. 4, de 1997 de la Aduana General de la República, *Normas para el depósito temporal de las mercancías*.
- Resolución no. 48, de 17 de septiembre de 1997 dictada por el Ministerio de Finanzas y Precios, relativa al “Impuesto sobre el transporte terrestre”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria, no.38, de 26 de noviembre de 1997.
- Resolución no. 550, de 13 de noviembre del 2001, relativa al “Procedimiento para la tramitación de expedientes por el registro nacional de sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras” dictado por el Ministerio de Comercio Exterior”, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición no.80 de 16 de noviembre del 2001.
- Resolución Conjunta del Ministerio del Interior y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 8 de febrero del 2000, regula las “Normas a cumplir por los extranjeros y personas sin ciudadanía, para realizar actividades profesionales o laborales”.
- UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA. COMISIONADO EUROPEO PARA EL EMPLEO Y LA EMPRESA: *Directiva Europea S.I. no. 33 de 1994* [en línea]. Bruselas: Government of Ireland. Houses of the Oireachtas, Irish Statute Book Database, 1994. Disponible en <<http://www.irishstatutebook.ie/ZZSI33Y1994.html>>. Consulta de 2 de octubre de 2004.