



Paolo Robilliard D'onofrio^(*)

La **E.I.R.L.** y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor^(**)

“(…) CREEMOS MÁS CONVENIENTE CONSIDERAR QUE DEBE DISTINGUIRSE ENTRE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES, IDEADAS PARA SER CONTINENTE DE UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL INDIVIDUAL, Y LAS SOCIEDADES, PUES AUNQUE EN ESTAS SE ADMITA UNA SITUACIÓN DE UNIPERSONALIDAD, DE TODAS FORMAS NO PIERDEN SU ESENCIA COMO INSTITUCIONES JURÍDICAS PARA DAR FORMA A EMPRENDIMIENTOS COLECTIVOS.”

1. Las Sociedades de Favor

Este artículo es una adaptación de parte de los resultados de una investigación más amplia sobre el fenómeno de la constitución de sociedades de favor en nuestro medio. Bajo dicha investigación se verificó que en la realidad empresarial peruana se presentaba de forma muy reiterada el indicado fenómeno, y cuando hubo que preguntarse qué se había hecho o podía hacerse al respecto, fue materia de obligatorio análisis la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante, E.I.R.L.).

Ahora bien, ¿qué entendemos por sociedades de favor? A lo largo de este trabajo utilizaremos el término “sociedad de favor” para referirnos a aquella sociedad constituida por dos o más personas, pero en interés de únicamente una de ellas; es decir, a aquellos casos por todos conocidos en que se finge intención asociativa con el único propósito de cumplir -formalmente -con la exigencia de pluralidad de socios impuesta por ley. El elemento definitorio de las sociedades de favor es pues para

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Adjunto de docencia en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Estudio Echecopar Abogados.

(**) El presente artículo es un extracto adaptado de la Tesis del mismo autor para optar el Título de Abogado por la Universidad de Lima, titulada *Las sociedades de favor y la personalidad jurídica en el desarrollo de la actividad empresarial en el Perú*, sustentada en el año 2009.

(1) En este sentido, no nos referiremos a sociedades de favor cuando el “favor” de los participantes en la constitución de la sociedad sea una participación efectiva como socios, con todo lo que dicho estatus implica, y aunque en términos económicos fuera irrisoria.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

nosotros el propósito de cumplir solo formalmente con la exigencia legal de pluralidad de socios⁽²⁾.

Por mucho tiempo las sociedades de favor han sido consideradas como anomalías jurídicas, y evitar su formación ha sido una de las razones para permitir el ejercicio individual del comercio con responsabilidad limitada en Europa⁽²⁾. Sin embargo, en los países europeos se optó fundamentalmente por permitir la unipersonalidad en las sociedades, mientras en el Perú la alternativa escogida ha sido la E.I.R.L. Como veremos, la E.I.R.L. en el Perú nació con la especial misión de acabar con las sociedades de favor. Veamos los resultados.

2. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

2.1. Principales aspectos de su regulación legal

La primera mención que nuestro Derecho positivo hizo de la E.I.R.L. fue a través de la Ley de la Pequeña Empresa del Sector Privado, aprobada por Decreto Ley 21435⁽³⁾. De hecho, tal como se desprende de los Considerandos de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aprobada por el Decreto Ley 21621 (Ley de E.I.R.L.), esta norma fue luego dictada como consecuencia de haber sido considerada la E.I.R.L. como forma de organización empresarial por el indicado Decreto Ley.

La definición legal de la E.I.R.L. la encontramos en el artículo 1 de la Ley de E.I.R.L.:

“La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley 21435”

Como puede apreciarse en la definición legal, la E.I.R.L. no es un mero individuo con responsabilidad limitada para el

“LA FIGURA DE LA E.I.R.L. RESULTA SIENDO MUY AMIGABLE PARA QUIENES TIENEN UNA CONCEPCIÓN -ERRADA A NUESTRO JUICIO -DE LA SOCIEDAD COMO UN CONTRATO, EN LUGAR DE RECONOCER QUE ES SU ACTO CONSTITUTIVO EL QUE PUEDE TENER -Y GENERALMENTE TIENE -CARÁCTER CONTRACTUAL”

ejercicio de sus actividades económicas, sino la ley ha optado por otorgarle, además de la responsabilidad limitada, personería jurídica para que la calidad de empresario recaiga jurídicamente en dicho ente y no en su titular. Como consecuencia del otorgamiento de personalidad jurídica, es claro que también se reconocería que el patrimonio de la E.I.R.L. es diferente al de su titular.

Asimismo, de la propia definición legal de esta figura jurídica se desprende que la misma se encontraría reservada para las actividades propias de pequeñas empresas, pero a ello volveremos más adelante.

En lo que respecta al acto de constitución, la Ley de E.I.R.L. deja en claro que este ente se constituye por voluntad unipersonal, y es por ello que Sardón sostiene que “la constitución de una empresa social resulta tanto un acto jurídico como un contrato, mientras que la constitución de una empresa individual conforma sólo un acto jurídico”⁽⁴⁾.

(2) BOQUERA MATARREDONA, Josefina. *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*. Madrid, Civitas, 1996. p. 30

(3) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Lima. n.º 37. 1991. p. 49.

(4) SARDÓN, José Luis. *La empresa individual en el derecho peruano*. En: La Revista de Postgrado. Lima. Universidad del Pacífico. Diciembre de 1991. Volumen 3. n.º 8. p. 62.



Paolo Robilliard D'onofrio

La E.I.R.L. puede ser constituida únicamente por personas naturales, y en todo momento el Titular debe ser también persona natural (artículo 4), no pudiendo adjudicarse el derecho del Titular a una persona jurídica (artículo 30). Además, a diferencia del régimen inicialmente establecido, con la legislación vigente cada persona natural podrá ser Titular de una o más E.I.R.L. (artículo 5, modificado por la Ley 26312, del 16 de mayo de 1994).

Al igual que en el caso de las sociedades, la E.I.R.L. adquiere personalidad jurídica con su inscripción en los Registros Públicos (artículo 13).

El derecho que el titular mantiene sobre el capital de la E.I.R.L.- o, mejor dicho, sobre el rendimiento que éste genere es considerado un bien mueble incorporal que no puede ser incorporado a títulos valores (artículo 25), lo cual evidentemente limita de cierta forma su libre transferibilidad, pero de todas formas tal derecho puede ser transferido por acto inter vivos o por sucesión mortis causa (artículo 27). Además, el derecho del titular puede ser gravado con garantía mobiliaria -antes prenda-, así como ser materia de embargo y otras medidas judiciales, sin que por ello se afecten los derechos del titular como órgano de la E.I.R.L. (artículo 35)⁽⁵⁾.

En caso de fallecimiento del titular, y si los sucesores fueran varias personas, se constituirá un régimen de copropiedad sobre el derecho, por un plazo improrrogable de cuatro años. En este plazo los sucesores -copropietarios- deberán adoptar alguna de las siguientes medidas: (i) adjudicar la titularidad de la E.I.R.L. a uno solo de ellos- procediéndose con la división y partición- ;(ii) transferir el derecho a una persona natural; o, (iii) transformar la E.I.R.L. en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada. En caso se cumpliera el plazo sin haberse adoptado alguna de las referidas medidas, la E.I.R.L. quedará automáticamente disuelta y los sucesores del titular asumirán responsabilidad personal e ilimitada sobre la marcha de la empresa (artículo 31).

Son órganos de la E.I.R.L. su titular -órgano máximo a cargo de las decisiones sobre los bienes y actividades de la E.I.R.L. (artículo 37) -y la Gerencia -órgano a cargo de la administración y representación de la E.I.R.L. (artículo 43). La Gerencia puede estar conformada por una o más personas naturales -los Gerentes -que sean designadas por el titular (artículo 44), quien además podría asumir él mismo el cargo de Gerente, debiendo en tal caso emplear para todos sus actos la denominación "Titular-Gerente" (artículo 45).

Con relación a la responsabilidad del titular de una E.I.R.L., como consecuencia del beneficio de la responsabilidad limitada -reforzado con el reconocimiento de personalidad jurídica -el titular no responde personalmente por sus obligaciones (artículo 3). Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la responsabilidad limitada del titular no opera, y por lo tanto este responderá ilimitadamente por las obligaciones de la E.I.R.L., en los siguientes casos señalados por el artículo 41 de la Ley de E.I.R.L.:

- a) Cuando la E.I.R.L. no esté debidamente representada. Entiende Torres y Torres Lara que la Ley se refiere a la representación a través de un Gerente, pues es éste y no el Titular quien representa a la E.I.R.L., conforme al artículo 43 de la misma⁽⁶⁾.
- b) Cuando el titular hubiere efectuado retiros que no respondían a beneficios debidamente comprobados. Esto, según lo entiende Torres y Torres Lara, equivale a efectuar retiros del patrimonio sin que fueran utilidades⁽⁷⁾.

(5) De manera similar ocurre en la garantía mobiliaria -antes prenda -y en las medidas cautelares sobre acciones. Tal como se establece en los artículos 109 y 110 de la Ley General de Sociedades, en ambos casos los derechos de accionista son reconocidos a su propietario.

(6) TORRES Y TORRES LARA. *Op. cit.*; pp. 52 y 54.

(7) *Ibid.* p. 52.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

- c) Cuando se produce la pérdida del 50% o más del capital, y el mismo no fuera reducido conforme al procedimiento establecido en la Ley, o no se procediera con la disolución de la E.I.R.L.

Como puede apreciarse, existe cierta incertidumbre -y por lo tanto inseguridad jurídica -respecto de cuándo se aplicará esta drástica sanción de desconocer la responsabilidad limitada. Asimismo, titular y gerente son solidariamente responsables entre sí por los actos infractores de la ley que sean practicados por alguno de los dos, y que consten en el libro de actas sin que el otro los revoque o adopte medidas para impedir su efecto -en el caso del titular-, o los impugne judicialmente luego de conocerlos -en el caso del gerente- (artículo 52).

En materia de reducción obligatoria de capital, el régimen de la E.I.R.L. tiene exigencias más estrictas que aquellas previstas para las sociedades anónimas. Según el artículo 220 de la Ley General de Sociedades, será obligatoria la reducción de capital cuando las pérdidas hayan disminuido el capital de una sociedad en más del 50%, y hubiese transcurrido un ejercicio sin que ello haya sido superado -salvo que se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, de forma tal que se compense el desmedro-. En el caso de la E.I.R.L., en cambio, tal como lo establece la ley bastaría con que se verifique la disminución del capital en más del 50%, sin que deba transcurrir un ejercicio adicional, para que se genere la obligación de reducir el capital -salvo que se capitalicen reservas o se realicen nuevos aportes, para compensar el desmedro- (artículo 59).

De difícil comprensión resulta lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de E.I.R.L., en tanto establece que, si al término de un ejercicio económico se apreciara una diferencia de más del 20% entre el importe del capital y el del patrimonio real, deberá procederse a aumentar o disminuir el capital para que correspondan capital y patrimonio. Como es sabido, el patrimonio equivale a la diferencia entre el activo y el pasivo de la E.I.R.L., es decir, en palabras simples representa aquello sobre lo cual tendría derecho el Titular -incluyendo eventuales reservas obligatorias o voluntarias-. El capital es solo una de las cuentas del patrimonio, y usualmente sólo habrá equivalencia entre capital y patrimonio tras la constitución de

la empresa, pues en dicho momento el titular tendría derecho solamente sobre la totalidad del capital, al no haberse verificado utilidades ni pérdidas que incrementaran o disminuyeran el valor del patrimonio. Entonces, exigir, como aparentemente lo hace la Ley de E.I.R.L., una correspondencia entre capital y patrimonio, equivaldría a negar la posibilidad de que existan reservas obligatorias o voluntarias, utilidades no distribuidas, pérdidas acumuladas, entre otros. A fin de evitar una incongruencia tan grande, habrá que entender que la correspondencia entre capital y patrimonio a que se refiere la ley es en realidad una exigencia de disminuir la brecha entre patrimonio y capital a no más del 20%, lo cual sin embargo no deja de ser contraproducente pues, por ejemplo, se estaría negando la posibilidad de que la E.I.R.L. pueda contar con sólidas reservas voluntarias que en realidad cumplirían una función de garantía frente a los terceros.

Al igual que en el régimen societario, se permite que el titular pueda establecer sucursales de la E.I.R.L. en otras zonas del territorio nacional (artículo 69).

Un asunto de vital importancia es la posibilidad de transformación de la E.I.R.L. en sociedad y viceversa, toda vez que el mundo actual de los negocios exige mecanismos simplificados para el pase de la unipersonalidad a la pluripersonalidad, y viceversa, en el control de las empresas. Sobre el particular, la Ley de E.I.R.L. (artículo 71) establece que la transformación de una E.I.R.L. en una sociedad se regirá por las reglas de la Ley General de Sociedades, por lo que no debería haber mayor complicación en esta operación; por su parte, cuando una sociedad se transforme en una E.I.R.L. la operación se regirá por las reglas de la Ley de E.I.R.L., las cuales son simples y tampoco deberían conllevar mayor complicación.



Paolo Robilliard D'onofrio

En cuanto a la fusión de empresas, se permite la incorporación de una E.I.R.L. a otra -disolviéndose aquella sin liquidarse -y la constitución de una nueva E.I.R.L. que asuma la totalidad del patrimonio de otras E.I.R.L. que se disolverían -sin liquidarse-, pero cuando este tipo de reorganizaciones involucren sociedades la Ley de E.I.R.L. solo hace referencia a la posibilidad de que sea la E.I.R.L. la que se incorpore en una sociedad, disolviéndose sin liquidarse (artículo 76).

2.2. La E.I.R.L. y las empresas individuales de responsabilidad limitada en el Derecho comparado

A efectos de comprender en qué categoría empresarial se encuentra nuestra E.I.R.L., es pertinente tener presente que esta figura local es en realidad solo un tipo de lo que en doctrina se llama también empresa individual de responsabilidad limitada, pues con este nombre pueden encontrarse figuras sustancialmente diversas en los diferentes sistemas empresariales. A decir de Marín, se trata de diferentes fórmulas de patrimonio separado que buscan establecer un equilibrio entre la autonomía patrimonial y la seguridad de los terceros⁽⁸⁾. Podría decirse, en otros términos, que el elemento común es el ser fórmulas para la limitación de la responsabilidad de un empresario individual, sin para ello recurrir a la forma societaria.

La primera formulación teórica acerca de la empresa individual con responsabilidad limitada le corresponde al austriaco Oskar Pisko y se remonta a 1910, año en que este profesor de la Universidad de Viena formula una propuesta legislativa contenida en su obra *Die Beschränkte Haftung des Einzelkaufmannes -Eine legislatorische studie*⁽⁹⁾. El proyecto

de Pisko fue reconocido legislativamente en el Principado de Liechtenstein -en 1925-, regulándose la empresa individual de responsabilidad limitada junto a las sociedades de un solo socio. Aparte de Liechtenstein, nos enseña Marín que son pocos los países que han adoptado esta fórmula, pues "la mayoría, redefiniendo el contrato de sociedad, han insertado la nueva figura en el ámbito del ya elaborado derecho de sociedades"⁽¹⁰⁾.

Guarda relación con ello el que la Décimo Segunda Directiva del Consejo Europeo en materia de sociedades⁽¹¹⁾, en virtud a la cual la mayoría de los países miembros de la Comunidad Europea introdujeron en sus sistemas la sociedad unipersonal, reconoció también, en su artículo 7, la posibilidad de que los Estados opten alternativamente, a nivel legislativo, por la empresa individual de responsabilidad limitada⁽¹²⁾, estableciendo garantías equivalentes a las pensadas para las sociedades unipersonales en tal Directiva. Esta posibilidad de escoger entre la sociedad unipersonal y la empresa individual de responsabilidad limitada fue, a decir de Sirotti, una previsión más que realista, pues algunos Estados miembros, como Italia, titubeaban al tener que acoger en sus sistemas a la sociedad unipersonal, por motivos vinculados a la tradición del instituto societario⁽¹³⁾.

(8) MARÍN HITTA, Luis. *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal* Colección Tesis Doctorales. Murcia, Ediciones Laborum, 2001. p. 83.

(9) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, proyecto de Ley tipo para América Latina*. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970. p. 22. Según Maisch el título de la obra de Pisko podría traducirse como "La limitación de la responsabilidad del comerciante individual".

(10) MARÍN. *Op. cit.*; p. 83

(11) Directiva 89/667/CEE.

(12) Como una forma de afectación patrimonial.

(13) SIROTTI GAUDENZE, Andrea. *La Società unipersonale nel sistema europeo delle imprese*. Napoli, Esselibri, 2003. p. 86. Se ha dicho, sin embargo, que "El legislador comunitario parece inclinarse por una doble opción, pero destaca la fórmula societaria por establecer una más fácil delimitación patrimonial y de responsabilidades" (SERRA MALLOL, Antonio. *Las sociedades unipersonales en el Derecho español*. Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003. p. 23). La preferencia por la sociedad unipersonal en la Directiva es innegable, pues salta a la vista que la opción de la empresa individual de responsabilidad limitada ha sido incluida en un solo artículo y con carácter de excepción. A pesar de las objeciones, finalmente incluso Italia optó por dar cabida a las sociedades unipersonales en su legislación.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

La doctrina europea, influenciada seguramente por la legislación portuguesa⁽¹⁴⁾, no parte por definir la empresa individual de responsabilidad limitada como una persona jurídica, sino más bien como una institución que “se basa en la constitución de un patrimonio autónomo y de destino especial”, pues se considera que “Empresa individual de responsabilidad limitada es la creada por una persona física para ejercer el comercio con la responsabilidad limitada al montante del capital declarado afecto a la actividad comercial”⁽¹⁵⁾.

Siendo este el orden de las ideas, creemos apropiado considerar que el otorgamiento de personalidad jurídica a una empresa individual de responsabilidad limitada -como ocurre en el Perú -es solamente una opción legislativa que bien podría no ser acogida. Es más, en doctrina se sostiene que la empresa individual de responsabilidad limitada es una excepción en el Derecho comparado, por haber sido introducida en muy pocos países⁽¹⁶⁾, por lo que si además se toma en cuenta que esta forma empresarial en ocasiones es adoptada como patrimonio de afectación, entonces debe quedar en claro que la alternativa peruana de E.I.R.L., como persona jurídica, definitivamente no representa una gran corriente de pensamiento, ni mucho menos legislativa.

Ahora bien, adviértase que otra parte de la doctrina maneja un concepto bastante más amplio de empresa individual de responsabilidad limitada, el cual abarca incluso a las sociedades unipersonales como figura admitida⁽¹⁷⁾. Por nuestra parte, creemos más conveniente considerar que debe distinguirse entre las empresas individuales, ideadas

para ser continente de una actividad empresarial individual, y las sociedades, pues aunque en estas se admita una situación de unipersonalidad, de todas formas no pierden su esencia como instituciones jurídicas para dar forma a emprendimientos colectivos.

3. ¿Para qué nació esta figura en el Perú?: La E.I.R.L. y las Sociedades de Favor

La coyuntura en la cual Pisko formuló su propuesta fue la de la aparición de muchas sociedades de favor en Austria, las que se constituían mediante el recurso a “*blosser strohmann*” o “prestanombres”⁽¹⁸⁾. La introducción de la E.I.R.L. en el ordenamiento jurídico peruano respondió a una necesidad económica, y de hecho el Perú fue uno de los Estados pioneros en la previsión de un mecanismo para la limitación de responsabilidad del empresario individual; pero no suele ser de común conocimiento que, de forma análoga a lo ocurrido en Austria, la E.I.R.L. también fue introducida en nuestro sistema para acabar con las sociedades de favor.

Si se pretende indagar sobre los orígenes de la E.I.R.L. en el Perú, es ineludible hacer

(14) Siendo Portugal el único país miembro de la Comunidad Europea que ha optado por introducir en su ordenamiento jurídico la empresa individual de responsabilidad limitada. Esta figura jurídica, tal como ha sido implementada en Portugal, se basa en la constitución de un patrimonio autónomo destinado a un fin determinado (BOQUERA. *Op. cit.*; p.185). Otras experiencias con empresas individuales de responsabilidad limitada pueden encontrarse en Colombia, República de San Marino, Costa Rica, España y Argentina (en estos dos últimos casos, a nivel de propuestas legislativas).

(15) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 186.

(16) BOLAÑOS VELARDE, Víctor. *La constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. En: El Jurista. Lima. n.º 5. 1992. p. 21.

(17) En este sentido Weigmann (WEIGMANN, Roberto. “*La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*”. En: Atlas de Derecho Privado Comparado. (*Atlante di diritto privato*). Tercera Edición en italiano (1999). Francesco Galgano (Coordinador). Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Otro. Madrid. Fundación Cultural del Notariado. 2000. pp. 346-347), quien hace un recuento de los diferentes países del mundo que admiten la empresa individual de responsabilidad limitada, sea como sociedad unipersonal, sea mediante otras formas especiales.

(18) MAISCH. *Op. cit.*; p. 22.



Paolo Robilliard D'onofrio

referencia al Proyecto de Ley Tipo para América Latina, sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, elaborado por la profesora Lucrecia Maisch von Humboldt⁽¹⁹⁾. La obra de esta reconocida catedrática de aulas peruanas constituye una pieza fundamental en el desarrollo de la limitación de la responsabilidad del empresario individual en la región.

Tal como lo expuso Ricardo La Hoz Tirado en 1970, al prologar la obra de Maisch, uno de los aspectos fundamentales de dicha investigación fue la “innegable importancia y necesidad de acordar un instrumento jurídico por medio del cual el empresario individual pueda gozar del justo beneficio de la limitación de responsabilidad, sin acudir a ficciones de formas societarias que implican una desnaturalización de las instituciones y un fraude a la ley”⁽²⁰⁾.

En efecto, la propia Maisch sostuvo lo siguiente al justificar la idoneidad de su proyecto:

“La evolución hacia la limitación de la responsabilidad en el derecho societario, que ha alcanzado su perfección respecto a tales entidades pluripersonales, ha originado una forma patológica: la sociedad unipersonal, ficción jurídica, pero necesaria”⁽²¹⁾

Sostuvo además Maisch que, paralelamente al ámbito societario, se advertía desde hacía más de un siglo -esto es, desde la segunda mitad del siglo diecinueve -la necesidad de encontrar una fórmula que permitiera al empresario individual limitar sus riesgos al capital afectado a la empresa. La falta de esta fórmula -de acuerdo a la autora -condujo a que la necesidad económica originara una proliferación de sociedades ficticias o unipersonales⁽²²⁾.

Es así que Maisch, siguiendo al suizo Wieland, propuso construir la empresa individual de responsabilidad limitada con las reglas de las sociedades unipersonales, pero desprendiéndola de su encuadramiento ficticio⁽²³⁾. Así, en palabras de Bolaños, con la E.I.R.L. “el pequeño empresario

que quiere beneficiarse de la responsabilidad limitada ya no necesita recurrir a un artificio, como el conseguir testaferros, para lograrlo”⁽²⁴⁾.

Ante las necesidades identificadas por la doctrina, en agosto de 1953, en el marco de la III Convención de Cámaras de Comercio del Perú desarrollada en Cusco, se optó por recomendar a la Comisión Reformadora del Código de Comercio la regulación de la E.I.R.L.

Finalmente la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada fue promulgada el 14 de setiembre de 1976, mientras era Presidente de la República el General de División E.P. Francisco Morales Bermudez Cerrutti.

Si bien el texto legislativo le restó potencial eficacia a las propuestas de Maisch, al restringir la E.I.R.L. al ámbito de las empresas de reducidas dimensiones, de todas formas las coincidencias entre el proyecto de Maisch y la versión legislativa peruana son evidentes en temas tan relevantes como la imposibilidad de que las personas jurídicas puedan fundar una E.I.R.L. (artículo 2 del proyecto), la atribución de personalidad jurídica a la E.I.R.L. (artículo 3 del proyecto), la limitación de la responsabilidad hasta el monto del patrimonio de la E.I.R.L. (artículo 5 del proyecto) y la posibilidad de que una misma persona sea fundadora o titular de más de una E.I.R.L. (artículo 6 del proyecto). Esta última coincidencia, no obstante, recién se produjo con la modificación de la Ley de E.I.R.L. en 1994, pues originalmente no era posible la titularidad de más de una empresa de este tipo.

(19) MAISCH. *Op. cit.*

(20) *Ibid.* p.13.

(21) *Ibid.* p.18.

(22) *Ibid.* p.19.

(23) *Ibid.* p. 21.

(24) BOLAÑOS. *Op. cit.*; p.20.

Como podrá haberse apreciado, la inserción de la E.I.R.L. en el sistema empresarial peruano respondió al acogimiento de un proyecto que vio en el fenómeno de las sociedades de favor una manifestación de una necesidad que requería ser atendida.

4. Algunas ventajas de la forma en que ha sido introducida la E.I.R.L. en nuestro sistema

Lógicamente, la E.I.R.L. fue introducida legislativamente en nuestro medio porque se le veía como una herramienta útil para la actividad empresarial. Entre las ventajas que representa esta figura legal, de la forma en que ha sido regulada en nuestro sistema, podemos destacar las siguientes:

- a) La sociedad como contrato y su (supuesta) imposibilidad de acoger emprendimientos unipersonales.

La figura de la E.I.R.L. resulta siendo muy amigable para quienes tienen una concepción -errada a nuestro juicio -de la sociedad como un contrato⁽²⁵⁾, en lugar de reconocer que es su acto constitutivo el que puede tener -y generalmente tiene -carácter contractual. Así, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley portuguesa, que recoge una modalidad de empresa individual de responsabilidad limitada, se establece que esta alternativa es la solución preferida al problema de la limitación de responsabilidad del empresario individual, pues se mantiene la fidelidad a la idea de la sociedad como contrato⁽²⁶⁾.

Ahora bien, incluso para quienes, como nosotros, tienen una perspectiva diferenciadora de la sociedad -como ente jurídico -del contrato de sociedad -como acto constitutivo de dicho ente-, la alternativa de la E.I.R.L. termina también siendo amigable en términos conceptuales, pues si se reconoce que las sociedades son, por definición, manifestaciones

de colectividades organizadas, entonces en principio resultaría lo conceptualmente más coherente optar por la limitación de responsabilidad del empresario individual a través de una fórmula diferente a las sociedades unipersonales, que son la otra alternativa de fuerza en la doctrina.

- b) Limitación de responsabilidad y personalidad jurídica para el empresario individual

La alternativa peruana ha sido regular la E.I.R.L. otorgándole personalidad jurídica, lo cual en principio contribuiría a demarcar más firmemente los límites en la responsabilidad del titular, pues ya no solo se trataría de una concesión legislativa a favor del empresario natural, sino también una consecuencia razonable de la personalidad jurídica. Asimismo, este reconocimiento de personalidad jurídica permite, como señala Torres y Torres Lara⁽²⁷⁾, que la E.I.R.L. y su propietario puedan contratar⁽²⁸⁾.

La opción de admitir una limitación de responsabilidad genera siempre opiniones encontradas, las cuales se radicalizan cuando se trata de beneficiar a un individuo no agrupado. Así, por ejemplo, cuando en Colombia se introdujo la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada inicialmente se adoptaron posiciones muy proteccionistas para con los acreedores⁽²⁹⁾, optándose finalmente por apreciar las dificultades prácticas y la desmotivación que ellas originaban⁽³⁰⁾, y desistiéndose de los múltiples

(25) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 56.

(26) *Ibid.* p. 58.

(27) TORRES Y TORRES LARA. *Op. cit.*; p. 50.

(28) Téngase en cuenta que en los diferentes sistemas agrupados en la Comunidad Europea se han introducido las sociedades unipersonales fijando drásticas reglas restrictivas en cuanto a la contratación con el socio único, mientras que nuestra E.I.R.L. goza de cierta anarquía en este ámbito.

(29) Por ejemplo, obligando la publicitación de la intención de constituir la empresa para permitir la oposición de terceros.

(30) Argumentándose además, entre otras cosas, que en realidad los acreedores del empresario individual no verían mermadas sus garantías, pues se trataría simplemente del cambio de un activo por otro en el patrimonio de su deudor.



Paolo Robilliard D'onofrio

formalismos. En este sentido, aunque se consideró que se podría producir una desmejora para los acreedores⁽³¹⁾, se dice que se hizo el mismo análisis que correspondería al evaluarse la pertinencia de un sistema de limitación de responsabilidad, considerándose que las ventajas de esta forma empresarial superarían ampliamente a las desventajas⁽³²⁾.

c) Agilidad en la transferencia empresarial

A diferencia del escenario descrito por Boquera, en el cual la empresa individual de responsabilidad limitada tendría que ser transferida mediante cesión global de su activo y pasivo, siguiendo cada elemento su propia ley de circulación⁽³³⁾, en el caso de la E.I.R.L. peruana es posible la transferencia del derecho del Titular sobre la empresa, por lo que se facilita la libre transmisibilidad y se descarta un posible cuestionamiento de importante relevancia.

En general la E.I.R.L. tiene un tratamiento bastante compatible con el de las sociedades, y además permite transformaciones entre ambas formas empresariales que, al ser simplificadas, en principio incentivarían la adopción de la forma E.I.R.L. como alternativa para desarrollar actividad empresarial de manera individual, por lo que se haría mal en sostener que esta figura no tiene ventajas destacables.

5. Problemas que afronta la E.I.R.L. en nuestro sistema

Sin ánimos de abarcar todos los aspectos desfavorables que se dice poder encontrar en la introducción de la E.I.R.L. en nuestro sistema jurídico, o en la forma en la cual ello ha ocurrido, en este punto haremos referencia a algunos de los cuestionamientos más relevantes que podrían hacerse a esta figura jurídica:

a) Limitación de responsabilidad y Principio de Unidad del Patrimonio

Desde una perspectiva teórica, uno de los principales argumentos que la doctrina esgrime en contra de la empresa individual de responsabilidad limitada es la supuesta ruptura que conlleva del principio de unidad del patrimonio o de la responsabilidad patrimonial universal. Carabajo, por ejemplo, sostiene que, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades unipersonales, en el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada esta ruptura no tiene amparo dogmático posible, justificándose solamente como excepción⁽³⁴⁾.

En efecto, desde el Derecho Romano se ha asumido que todo patrimonio ha de tener un único titular, y ningún sujeto puede tener más de un patrimonio, pero se dice que con la admisión de la E.I.R.L. un solo sujeto -el titular -sería titular de dos patrimonios separados⁽³⁵⁾. El patrimonio de cada persona es indivisible y único, por lo que no se admite que se tenga más de un patrimonio, y todos los derechos y obligaciones de un sujeto forman parte de un todo.

Solá Cañizares afirma que, si se mantiene el principio de un individuo humano (un patrimonio), entonces la empresa individual de responsabilidad limitada seguirá siendo una excepción. No obstante, con mucha razón este autor considera que, si un principio jurídico se opone a la realidad de la vida económica y social, es ese principio lo que debe cambiarse, y no la realidad⁽³⁶⁾.

Se ha sugerido que una forma de evitar esta complicación dogmática sería otorgar

(31) Al no poder perseguir activos tangibles, sino participaciones en una empresa.

(32) REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. Bogotá, Temis, 2004, Tomo 1. pp. 580-581.

(33) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 205.

(34) CARBAJO CASCÓN, Fernando. *La sociedad de capital unipersonal*. Navarra, Aranzadi, 2002. p. 65. Habría que entender que Carabajo está considerando un supuesto de empresa individual de responsabilidad limitada sin personalidad jurídica.

(35) BOLAÑOS. *Op. cit.*; p. 22.

(36) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 35.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

personalidad jurídica a la empresa individual de responsabilidad limitada, y esta de hecho ha sido la opción del legislador nacional (aunque, como veremos, trae otro tipo de complicaciones). Sin embargo, no creemos que ello sea estrictamente necesario, pues nos parece exagerado llevar el principio de unidad del patrimonio al extremo de incluso negar la posibilidad de que el ordenamiento jurídico, de una u otra forma, limite la responsabilidad de un individuo para privilegiar intereses considerados superiores. Son múltiples los casos en que el ordenamiento podría optar por privar a los acreedores de hacerse cobro con determinados bienes de sus deudores, limitando su garantía genérica a una cierta porción de patrimonio. Esto no puede ser visto como algo reprobable que, al contrariar el principio de unidad del patrimonio, perturbe los cimientos del sistema jurídico. En ese sentido, consideramos adecuado seguir haciendo lo que siempre se ha hecho, aunque quizá de forma inconsciente: entender el principio de la unidad del patrimonio en el sentido que la regla general es responder con todo el patrimonio por las obligaciones asumidas, sin perjuicio de los casos especiales en que legal o -por qué no-convencionalmente, se limite la responsabilidad a alguna porción de patrimonio. Si se quiere ver a la E.I.R.L. como una excepción, no vemos en ello un problema, pues incluso todo el régimen de limitación de responsabilidad podría ser visto como algo excepcional, pero de ninguna forma ello nos debe llevar a sustentar la afectación de principios jurídicos para poner trabas al Derecho en su función de secundar a las necesidades económicas.

Tal como lo consideró Pisko al proponer su empresa individual de responsabilidad limitada, un adecuado régimen de publicidad sobre las condiciones concretas de formación y conservación del patrimonio empresarial debería bastar para justificar el beneficio de la responsabilidad limitada⁽³⁷⁾. Claro que antes se tendría que haber identificado la necesidad y conveniencia de otorgar la responsabilidad limitada ante determinado supuesto, priorizándose los intereses considerados superiores.

Es cierto que la E.I.R.L. puede implicar una situación de desventaja para ciertos acreedores personales del Titular, pero no es menos cierto que las necesidades económicas han

demostrado hace ya mucho que tal situación ha de ser tolerada en beneficio de intereses superiores. Ahora bien, indudablemente debe procurarse que tal desventaja sea del menor grado posible, y para ello debemos partir por reconocer que el constituyente de una E.I.R.L. en realidad -y al menos en principio -no está menguando su patrimonio a través del ocultamiento de bienes o alguna otra forma de defraudación a los acreedores -como sería el caso de una simulación para aparentar la salida de determinados bienes del patrimonio del deudor-, toda vez que la afectación de los bienes que aporta a la empresa le otorga un derecho sobre la misma, el cual se mantiene como garantía -genérica -a favor de los acreedores. Creemos que ni siquiera sería necesario que la E.I.R.L. tenga personalidad jurídica, o que el derecho se encuentre representado en uno o más títulos valores, para que se considere parte del patrimonio al alcance de los acreedores personales.

Si bien podríamos estar de acuerdo con considerar la conveniencia de introducir ciertas medidas que propone Boquera para evitar situaciones injustas para los acreedores, como son (i) exigir un capital cierto, determinado y en proporción con el volumen de las actividades de la empresa; (ii) cuidar una correcta determinación y valoración de los bienes y derechos afectados; (iii) imponer el respeto a la realidad de las aportaciones; y, (iv) evitar el uso personal de los bienes de la empresa⁽³⁸⁾; habría que precisar que las mismas no tienen por qué ser exclusivas de la E.I.R.L., sino incluso aplicables al régimen societario, pues éste podría también ser utilizado indebidamente para perjudicar acreedores. La exigencia de pluralidad de socios dejó de ser hace ya mucho una verdadera garantía para los acreedores en

(37) CARBAJO. *Op. cit.*; p. 52.

(38) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 192.



Paolo Robilliard D'onofrio

un gran número de casos -incluyendo, por supuesto, las sociedades de favor -. Ahora bien, creemos que toda medida que se quisiera introducir respecto a la E.I.R.L. tendría que ser, dentro de lo posible, a través de un control posterior de los actos o del establecimiento de reglas similares a las del régimen societario, pues ya se ha demostrado con creces -con la presencia de las sociedades de favor -que esta figura es particularmente susceptible de ser dejada de lado ante el más mínimo desincentivo para su utilización.

b) ¿Menor acceso al crédito?

Se cree que a través de la E.I.R.L. el empresario individual tendría una posición desventajosa frente al acceso al crédito. Sobre el particular, De la Cámara que “la pretendida igualdad de la concurrencia de los sujetos en el mercado se mueve en el plano de las proposiciones teóricas ‘porque el pequeño empresario verá cómo se difumina su ambicionada responsabilidad limitada tan pronto como tenga que recurrir al crédito’”⁽³⁹⁾.

Sobre este mismo punto, y en posición coincidente, Boquera manifiesta que “la empresa individual de responsabilidad limitada no tendrá fácil acceso a los créditos, puesto que las entidades bancarias o los particulares exigirán para concedérselos garantías personales”⁽⁴⁰⁾.

Con el fin de determinar si efectivamente, desde el punto de vista del acceso al crédito, la E.I.R.L. era una mala alternativa para el empresario individual, nos permitimos consultar a tres expertos en análisis crediticio de diferentes bancos del país. En particular, nos interesaba descubrir si la siguiente

expresión de Sardón es correcta: “Los bancos están interesados en la solvencia material de la empresa que pide un crédito más que en la forma jurídica que haya adoptado”⁽⁴¹⁾

Según pudimos determinarlo en nuestro simbólico estudio de la realidad, la citada expresión de Sardón quedaría confirmada en la práctica peruana. No es pues cierto que una posición de desventaja frente al acceso al crédito sea razón para dejar de lado la alternativa de la E.I.R.L. como forma de hacer empresa. En realidad, creemos que lo que existe es una apreciación general de que una sociedad es preferible, incluso en cuanto al acceso al crédito, aunque no se tengan razones fundadas para creerlo.

c) Subsidiarias totalmente controladas

La E.I.R.L. no es instrumento para que una persona jurídica limite responsabilidad en un emprendimiento empresarial. En el Proyecto de Ley Tipo para América Latina de Maisch también se privaba a las personas jurídicas de esta posibilidad, argumentándose que la esencia de la E.I.R.L. era ser una institución para la limitación de responsabilidad del empresario individual, y si eran varias las personas que pretendían limitar su responsabilidad tenían para ello diversas formas societarias a su disposición⁽⁴²⁾.

(39) DE LA CÁMARA, citado por IGLESIAS PRADA, Juan Luis. *La Sociedad Unipersonal y el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. En: La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Rafael Bonardell y Otros (Coordinadores). Madrid. Dykinson. 1994. p. 924.

(40) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 200. En sentido similar Bolaños, quien reconoce que se ha dicho que los beneficios de la limitación de responsabilidad en realidad son menores que los perjuicios. Muestra de ello sería la disminución en el acceso al crédito, pues según este autor el sistema financiero generalmente exige a las empresas individuales de responsabilidad limitada el aval de su titular, por lo que la responsabilidad limitada queda reducida a nada (BOLAÑOS. *Op. cit.*; p. 24). Creemos, por un lado, que el análisis costo-beneficio de la figura lo deben realizar aquellos a quienes está dirigida su utilización, pues finalmente serán ellos quienes decidan si limitar o no su responsabilidad como empresarios individuales. Por otro lado, la situación de acceso al crédito no debería ser muy diferente en el caso de una sociedad con pluralidad sustancial pero con deficiente situación patrimonial.

(41) SARDÓN. *Op. cit.*; p. 64.

(42) MAISCH. *Op. cit.*; p. 99.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

Nosotros pensamos que es un desacierto que la alternativa peruana para hacer frente a las sociedades de favor no facilite una salida para las muy difundidas subsidiarias totalmente controladas. En general, impedir que las personas jurídicas puedan limitar su propia responsabilidad -y ya no la de sus miembros- nos parece que carece de fundamento, pues la lógica es la misma que al permitirse la limitación de responsabilidad del empresario persona natural. La voluntad colectiva de la persona jurídica perfectamente podría ser en el sentido de realizar un emprendimiento empresarial sin asociarse con alguien más, y negarle a las personas jurídicas una forma jurídica para hacerlo equivale a empujarlas hacia una simulación de sociedad. No podemos evitar preguntarnos qué diferencia puede haber entre la participación de una persona jurídica como socia en una sociedad, o como titular de una E.I.R.L., que pudiera justificar la exclusión de esta segunda posibilidad.

La fundamentación de Maisch no pasa de ser muy débil, pues confunde la intención de limitar la responsabilidad de la persona jurídica con la de sus miembros, que ya está limitada a través de la personificación del ente. Es obvio que si dos o más personas buscan limitar su responsabilidad, no tendría sentido que acudieran a la E.I.R.L., pero ¿por qué no podría hacerlo una persona jurídica, en tanto sujeto de derecho independiente de sus miembros?

d) Inversión extranjera

Entre otras limitaciones al aporte que puede realizar el titular a la E.I.R.L., la ley impide que se aporten bienes que tengan carácter de inversión extranjera directa⁽⁴³⁾. Esta disposición, a decir de Bolaños -que a su vez sigue a Flores Polo-, esteriliza la potencialidad financiera y generatriz que caracteriza a la Pequeña Empresa⁽⁴⁴⁾; y en todo caso no se encuentran razones por las cuales deba limitarse la posibilidad de que

las E.I.R.L. sean también instrumentos para la inversión extranjera.

e) Ineficiencia de nuevas figuras jurídicas

Cuando Boquera repasa las alternativas que tuvo el legislador español para limitar la responsabilidad del empresario individual, considera que acoger la empresa individual de responsabilidad limitada sería introducir una nueva figura jurídica al Derecho y, por ende, una labor más trabajosa y complicada que la sociedad unipersonal. Como contraargumento, los defensores de la empresa individual de responsabilidad limitada sostienen que debe optarse por la fórmula más eficiente, y no por la más cómoda⁽⁴⁵⁾.

Es cierto que en el Perú ya se optó por introducir la E.I.R.L., y por lo tanto ya se optó por esa laboriosa y complicada labor, pero creemos que estas décadas de existencia de la E.I.R.L. respaldan el argumento de Boquera, y en definitiva no se ha terminado con la compleja misión de introducir adecuadamente la figura jurídica en nuestro Derecho. Definitivamente, cuando Boquera hace referencia a la complejidad de la labor no se refiere al mero acto legislativo de aprobar una norma que introduzca la empresa individual de responsabilidad limitada, pues para ello bastaría con copiar alguno de los proyectos existentes, sino al tedioso proceso de insertar la nueva figura jurídica en el ordenamiento jurídico y hacer que sea empleada conforme a lo querido.

(43) Si se observan las estadísticas sobre inversión extranjera que publica la Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú -PROINVERSION -podrá tenerse una idea de qué es lo que debe entenderse por "Inversión Extranjera Directa". Para PROINVERSION este tipo de inversión extranjera se refiere a los distintos tipos de aporte al *capital social* (incluyendo reducciones y transferencias de participación) en las empresas establecidas en el país; en otras palabras, se trata de inversiones efectivamente realizadas. *No se incluyen dentro del concepto los flujos por préstamos, ni la valorización de mercancías u otros activos que no estén destinados al capital de la empresa local.*

(44) BOLAÑOS. *Op. cit.*; p.34.

(45) BOQUERA. *Op. cit.*; pp. 53-54.



Paolo Robilliard D'onofrio

Sería mezquino negar que la E.I.R.L. ha sido útil para ciertos sectores de la sociedad -probablemente en mayor medida para la constitución o formalización de las más pequeñas empresas -, pero la abundancia de sociedades de favor, así como la indudable preferencia por la forma societaria incluso para la actividad empresarial individual, demuestran que la figura jurídica E.I.R.L. no se ha insertado realmente en nuestro Derecho como debería haber ocurrido para ser un instrumento realmente eficiente. En realidad los años transcurridos y la actitud de los operadores del Derecho nos indican que ni siquiera se está todavía en ese difícil camino de introducir la “nueva” figura jurídica, sino más bien se evidenciaría que la fórmula escogida no solo no fue la más cómoda, sino tampoco la más eficiente.

f) Límites dimensionales

El artículo 1 de la Ley de E.I.R.L. impone -a nuestro juicio innecesaria y perjudicialmente -una limitación más a esta forma jurídica, en tanto exige que su empleo sea “para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa”, haciéndose incluso remisión expresa al derogado Decreto Ley 21435, que fuera reemplazado por el Decreto Ley 23189, Ley de la Pequeña y Mediana Empresa.

El régimen de las micro, pequeñas y medianas empresas es una alternativa -no una exigencia -que todo empresario individual ha tenido o tiene para acogerse a ciertos beneficios establecidos por el Estado como mecanismo de promoción⁽⁴⁶⁾. Ahora bien, en el ámbito de las empresas de poca dimensión existe un confuso conglomerado de normas que en esta oportunidad no vale la pena aclarar, bastando con reconocer que debe entenderse que la Ley de la E.I.R.L. en realidad impone que las actividades a desarrollar por la E.I.R.L. sean las propias de la micro o pequeña empresa, y que estas constituyen regímenes promocionales optativos para favorecer e incentivar este tipo de empresas de poca dimensión.

En sexto punto de este trabajo volveremos sobre este tema, cuando tratemos las razones que a nuestro criterio han sido

determinantes para que la E.I.R.L. no fuera verdaderamente una solución al problema de las sociedades de favor.

g) ¿La personalidad jurídica?

A nuestro juicio, el problema del otorgamiento de personalidad jurídica a la E.I.R.L. es el principal obstáculo teórico que debe afrontar esta alternativa escogida por el legislador peruano para hacer frente al fenómeno de la constitución de sociedades de favor.

Se ha dicho bien que la empresa individual de responsabilidad limitada implica necesariamente la intangibilidad de ciertos bienes afectados a la actividad empresarial, y por lo pronto es necesario elegir entre (i) concederle personalidad jurídica; o (ii) acudir a la figura del patrimonio separado o patrimonio de afectación⁽⁴⁷⁾.

Como se ha visto, desde el punto de vista teórico la empresa individual de responsabilidad limitada encuentra un inconveniente en el principio de indivisibilidad del patrimonio, y en ciertos sistemas ello se ha querido salvar mediante el otorgamiento de personalidad jurídica a esta forma empresarial unipersonal, lo que a su vez también ha acarreado -otros -problemas de orden teórico⁽⁴⁸⁾. Sobre el particular, téngase en cuenta el siguiente argumento de Marín:

“Desde el punto de vista teórico fácilmente salvaríamos este obstáculo (el del principio de indivisibilidad del patrimonio) atribuyendo personalidad jurídica a la empresa individual, pero entonces no seríamos consecuentes con las

(46) Téngase en consideración que por Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, se ha precisado que una Micro y Pequeña Empresa puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, constituida bajo cualquier forma de organización empresarial contemplada en la legislación vigente.

(47) MARÍN. *Op. cit.*; p. 80.

(48) *Ibid.*; pp. 92-93.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

premisas de las que hemos partido en nuestro estudio: la personalidad se concede o debe concederse, salvo contadas excepciones, bajo la existencia de un substrato pluripersonal del que evidentemente carece la empresa individual⁽⁴⁹⁾ (el añadido es nuestro)

Con respecto al caso particular de la E.I.R.L. peruana, haciendo referencia a los antecedentes de su proyecto Maisch confiesa que el asunto de la personalidad jurídica fue uno de los problemas más arduos de la institución que tuvo que tomar en cuenta para elaborar su propuesta, habiendo identificado tres posiciones entre las cuales debía hacerse la elección: (i) regular la E.I.R.L. sin personalidad jurídica⁽⁵⁰⁾; (ii) reconocerle a la E.I.R.L. personalidad jurídica de manera indirecta, como sería simplemente disponer “créese la entidad jurídica”, o establecer que el titular no podrá realizar acto alguno antes de la inscripción⁽⁵¹⁾ o; (iii) reconocer expresamente la personalidad jurídica de la E.I.R.L., sobre la base de opiniones como la de Stratta, según la cual “el ordenamiento jurídico es formalmente soberano para reconocer sujetos allí donde lo juzgue conveniente. Y si puede hacerlo en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, lo mismo puede hacerlo con la empresa individual⁽⁵²⁾.”

Cuando Espinoza compara la E.I.R.L. con la hacienda europea -como patrimonio autónomo -afirma que muchos autores suelen confundirlas, pero sostiene que son figuras diferentes porque en la E.I.R.L. el titular del patrimonio “inútilmente” tiene que constituir “ficticiamente” una persona jurídica⁽⁵³⁾. En obra posterior, Espinoza luego califica a la E.I.R.L. como “una excepción poco feliz del concepto de

persona colectiva”. Según este autor, se crea una persona jurídica para “imputar un complejo de derechos y deberes a una unidad abstracta -la cual pasa por un proceso de individualización -que, en realidad, se trata de una colectividad de seres humanos”, y por lo tanto es un error de la Ley de E.I.R.L. aplicar este proceso de abstracción en el caso de una persona natural, pues esta no deja de tener su “exacta dimensión existencial: se es una persona, por consiguiente, se es una individualidad (...) Es inexacto e inadmisibles cambiar esta realidad⁽⁵⁴⁾”. Espinoza es pues claro en señalar que “la esencia de una persona jurídica está dada en la pluralidad de personas que la componen para lograr un fin común⁽⁵⁵⁾.”

Para Fernández Sessarego, el término más apropiado para aquella persona que se dedica con su capital y trabajo a la actividad empresarial es “empresario con responsabilidad limitada⁽⁵⁶⁾”. El autor nacional, luego de afirmar que la persona jurídica solo se explica frente a una colectividad, sostiene que en la hipótesis del empresario individual “no es necesario crear formalmente un centro unitario de referencia normativa ya que él existe en la realidad cuando se trata de la persona natural”. Para ello, dice Fernández Sessarego, el ordenamiento jurídico debería

(49) Ibid; p. 93.

(50) Esta fue la primera posición adoptada por la doctrina, y en particular por Pisko. Sin embargo, se advierte que Pisko en toda su obra configura a la empresa como un ente distinto a su titular, haciéndola aparecer como titular de derechos y obligaciones. Maisch atribuye el inicial posicionamiento de la doctrina en este sentido a que “la evolución de las ideas se desarrolla en forma gradual” (MAISCH. *Op. cit.*; pp. 100-101).

(51) Se trataría de una posición intermedia que Maisch atribuye a Freitas, en Brasil, y a Stratta, en Argentina, y de la cual concluye que, si un ente es capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones, entonces es evidente que es sujeto de Derecho, y por ende -dice -persona jurídica (MAISCH. *Op. cit.*; pp. 101-102).

(52) STRATTA, citado por MAISCH. *Op. cit.*; p. 104

(53) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La naturaleza jurídica de la empresa*. Tesis. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1989. p. 46.

(54) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Quinta Edición. Lima, Rodhas, 2006. p. 731.

(55) *Loc. Cit.*

(56) *Loc. Cit.*



Paolo Robilliard D'onofrio

solo otorgarle -a la persona natural -el beneficio de separar parte de su patrimonio para aplicarlo a la actividad empresarial, y "para ello no es necesario designar lingüísticamente a la persona individual o natural con la expresión 'persona jurídica'⁽⁵⁶⁾.

Hay, básicamente, cuatro extremos de las oposiciones que se formulan a la personalidad jurídica de la E.I.R.L. sobre los cuales quisiéramos dejar sentada una posición. En primer lugar, tenemos el argumento según el cual una misma persona no podría poseer dos personalidades jurídicas distintas, y por lo tanto en el caso de la E.I.R.L. no sería posible que un mismo individuo sea persona natural y persona jurídica a la vez. Este argumento en realidad no nos genera mayor preocupación, pues creemos que la categoría jurídica de "persona" es una creación jurídica que, como tal, puede ser utilizada como herramienta para cumplir fines valiosos para el Derecho. Así, si manteniendo la coherencia jurídica se opta por atribuirle calidad de persona -jurídica -a un ente tras el cual se encuentra otra persona -natural o, ¿por qué no?, también jurídica-, con el objeto de imputarle derechos y deberes a ese ente, no encontramos nada que reprocharle a esta medida. Es errado sostener que el titular de una E.I.R.L. tenga una doble personalidad jurídica, o que sea a la vez persona natural y jurídica. El Titular es una persona natural -reconocida como tal por el Derecho-, y a la vez es el trasfondo humano de una persona jurídica independiente, tan independiente que la configuración de tal trasfondo humano podría variar indefinidamente -incluso adquiriendo pluralidad a través de la transformación en sociedad -sin que por ello la personalidad jurídica termine o varíe. La personalidad jurídica puede ser un muy útil instrumento simplificador de la función reguladora del Derecho, por lo que no creemos saludable ponerle trabas a partir de fundamentos que vayan más allá de su función jurídica.

Un segundo argumento que cuestionamos es aquel según el cual el otorgamiento de personalidad jurídica a la E.I.R.L. en realidad crea más problemas de los que resuelve. Nosotros creemos que el reconocimiento de personalidad jurídica a la E.I.R.L. es en realidad muy útil, y para sustentar esto

nos remitimos a nuestro comentario que a continuación haremos del tercer argumento. Por su parte, el único problema de peso que pensamos podría decirse que nace de tal atribución de personalidad, es de origen conceptual, y sobre el mismo nos referiremos en nuestro comentario al cuarto de los argumentos que venimos comentando.

El tercer argumento al cual queremos hacer referencia es el relativo a que no existirían razones prácticas para conferir la personalidad jurídica a la E.I.R.L. En realidad creemos que existen razones prácticas de mucho peso para reconocerle personalidad jurídica a la E.I.R.L. Y nuestras razones van más allá de fortalecer la separación patrimonial o permitir la interacción jurídica entre el Titular y la E.I.R.L., pues al fin y al cabo a través de otros medios la potestad reguladora del Derecho podría permitir esas mismas consecuencias. El motivo por el cual creemos que la personalidad jurídica debe conferírsele a la E.I.R.L. es porque ello resulta útil, muy útil, y para ello justamente se ha ideado la institución de la personalidad jurídica. Dotar de personalidad jurídica a la E.I.R.L. permite evitar una compleja regulación de esta figura como patrimonio de afectación, teniendo en cuenta las innumerables situaciones que podrían presentarse y ser fácilmente resueltas a partir de un simple razonamiento jurídico respecto a la personalidad jurídica. Tal como lo dice Reyes, la personificación jurídica de la E.I.R.L. -o la de su símil colombiana, la E.U.R.L. -resulta "más práctica, dada la innegable aceptación del concepto y la difusión de sus desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios"⁽⁵⁷⁾. Los operadores del Derecho peruano -y seguramente los del mundo entero -tienen interiorizado el concepto de persona

(56) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas; exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil*. Novena Edición. Lima, Grijley, 2004. pp. 232-233.

(57) REYES. *Op. cit.*; pp. 588.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

jurídica, y por lo tanto bastaría decirles que la E.I.R.L. es una para que ya comprendan gran parte de esa institución.

Lo dicho precedentemente nos lleva al cuarto de los argumentos que queríamos comentar. Se trata del tantas veces escuchado argumento de que la personalidad jurídica se concede cuando existe un substrato pluripersonal, una colectividad de seres humanos que constituye la esencia de la persona jurídica, y cuya ausencia convertiría a la E.I.R.L. en lo que Espinoza llama “una excepción poco feliz del concepto de persona colectiva”⁽⁵⁸⁾. Esta es, creemos, la gran duda teórica que cubre a la E.I.R.L. como persona jurídica, por lo que consideramos que sería muy conveniente, en beneficio de la coherencia del sistema jurídico, que se aclare la situación de esta figura jurídica. La idea de la pluralidad de sujetos en el concepto de persona jurídica es algo muy interiorizado en los operadores jurídicos de nuestro medio, por lo que una primera apreciación del problema nos llevaría a alinearnos con la parte de la doctrina que ve en la E.I.R.L. una excepción legal al concepto de persona jurídica, y por lo tanto una incoherencia jurídica. Si se concluyera que en nuestro sistema la personalidad jurídica es un atributo para las colectividades organizadas, por más que no estuviéramos de acuerdo con que así sea, no quedaría más que concluir que efectivamente la figura jurídica de la E.I.R.L. colisiona frontalmente con el concepto de persona jurídica.

No es propósito de este trabajo ahondar respecto de la noción de persona jurídica, pero consideramos que habernos topado con esta problemática, a propósito del análisis de la E.I.R.L., debería ser pretexto para preguntarnos si es que no se trata de un concepto jurídico que requiere revisión⁽⁵⁹⁾.

Volviendo a las posibilidades que Maisch reconoció para la implementación de la E.I.R.L., consideramos que regular esta figura sin personalidad jurídica habría sido perfectamente posible desde el punto de vista teórico -configurándola como un patrimonio de afectación-, pero quizá en el ámbito práctico los problemas no habrían sido pocos. Muy probablemente la complejidad en la comprensión del esquema de la E.I.R.L.

como patrimonio de afectación, o los vacíos normativos que involucraría su introducción, habrían sido suficientes para que se prefirieran las sociedades de favor, y posiblemente el número de empresas constituidas como E.I.R.L. hubiera sido menor al actual.

En cambio, no creemos que hubiera sido igual de posible la inserción de la E.I.R.L. con personalidad jurídica reconocida solo de manera indirecta. Según entendemos, sería legalmente imposible que un ente se constituya como persona jurídica si es que la ley no le confiere expresamente esa posibilidad. Tal como se desprende del artículo 77 del Código Civil -aplicable a cualquier persona jurídica -, una persona jurídica recién existe a partir de su inscripción, o a partir del momento que se establezca por norma especial, y evidentemente para que pueda procederse a la inscripción, o para que una norma establezca expresamente la excepción a la inscripción, se requiere un reconocimiento legal expreso de la personalidad jurídica para determinada forma jurídica. Somos del parecer de que cuando se habla de reconocimiento de personalidad jurídica de manera indirecta en realidad se está haciendo referencia al reconocimiento de subjetividad jurídica. A nuestro criterio, basta que el ordenamiento jurídico le atribuya deberes y derechos a un ente -y no a sus miembros -para que se le pueda considerar sujeto de Derecho, es decir, centro de imputación de derechos y deberes. Para la adquisición de personalidad jurídica será en cambio necesario un reconocimiento legal y el cumplimiento de la formalidad exigida, que por regla general es la inscripción registral. La distinción es tenue, pero solo de esta manera se explica en nuestro sistema

(58) ESPINOZA. *Op. cit.*; p. 731.

(59) Al respecto, nos remitimos al trabajo de Tesis original o a nuestra adaptación sobre la materia particular, publicada en otra sede. ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo. *Finalmente, ¿qué son las personas jurídicas?*. En: *JUS Doctrina & Práctica*. n.º 1 Enero 2009. Lima. Grijley. p. 489-510).



Paolo Robilliard D'onofrio

la existencia de, por ejemplo, asociaciones no inscritas o sociedades irregulares no inscritas. Ahora bien, en todo caso igual no vemos razones por las cuales se hubiese tenido que optar por esta alternativa del reconocimiento indirecto de la personalidad -o subjetividad -jurídica, pues usándose los mismos argumentos podría cuestionarse la necesidad de crear un centro de imputación de derechos y deberes diferente al individuo -persona natural -si lo tiene solo a él como sustrato personal.

h) Herramienta de fraude

Al analizar la posibilidad de que se pueda cometer fraude a través de la limitación de la responsabilidad, Bolaños hace bien en reconocer que esta posibilidad no es privativa de la E.I.R.L. -sino también podría ocurrir en el campo de las sociedades-, y que además en realidad es cuestión de una adecuada regulación que impida dicho fraude⁽⁶⁰⁾.

Sin embargo, Bolaños considera que se mantiene la posibilidad de defraudar mediante los contratos que se celebren entre la E.I.R.L. y el Titular, y vincula esto de alguna manera al otorgamiento de personalidad jurídica. Así, este autor sostiene que estos contratos serían objetables “por que (sic) para que haya contrato es necesario que existan dos centros de interés distintos”, y por lo tanto “Técnicamente no podrían contratar la EIRL con su titular, porque son el mismo centro de interés. Pero prácticamente, al haber esta distinción de sujetos, la contratación se puede tornar necesaria. La constitución de la EIRL como patrimonio afectado a un fin, nos parece que resolvería ese problema”⁽⁶¹⁾.

En primer lugar, no consideramos que la definición de parte de un contrato deba depender de supuestos e indeterminables “centros de interés”, sino más bien de la forma como las propias partes, o la ley -en el caso de los contratos típicos-, estructuran las obligaciones que surgirán del contrato. En este sentido, Titular y E.I.R.L. serán contrapartes cuando sus obligaciones se estructuren de tal forma que creen una relación jurídica obligatoria entre ellas, y lo que determina

la capacidad de la E.I.R.L. para obligarse es justamente el reconocimiento de personalidad jurídica por parte del ordenamiento. Si el subjetivo interés que se encuentra detrás de cada una de las partes -y que en nada debe ni puede interesarle al Derecho -resulta siendo el mismo, ello en nada afecta la configuración de la relación jurídica obligatoria, pues se trata de sujetos jurídicamente distintos.

La posibilidad de defraudar a través de la contratación entre Titular y E.I.R.L. sin embargo está siempre presente, por lo que el Derecho debe estar atento para afrontar tales supuestos, pero en nada ayudaría que la E.I.R.L. sea estructurada como patrimonio de afectación, pues las posibilidades de fraude se mantienen y, por el contrario, se complica mucho la interacción jurídica entre el Titular y la empresa. Piénsese por ejemplo en la ideal situación de que una persona jurídica pueda establecer subsidiarias, sin necesidad de simular una sociedad, a través de la constitución de una empresa individual -sea a través de una E.I.R.L., sea quizá a través de una sociedad unipersonal-, ¿podría acaso concebirse que esa subsidiaria no pueda contratar con su matriz? Pues lo mismo ocurre entre el empresario persona natural y sus empresas; las necesidades del mundo de los negocios exigen la posibilidad de contratación entre titulares y empresas, y esta contratación debe ser sencilla y no desincentivadora. Para esto también es útil la personalidad jurídica de la E.I.R.L.

Frente a eventuales conductas fraudulentas, tanto si se estuviera ante una persona jurídica como ante un patrimonio de afectación, el órgano jurisdiccional estará facultado para

(60) BOLAÑOS. *Op. cit.*; p. 25. Nosotros precisaríamos que en realidad sería más eficiente una regulación que sancione las conductas fraudulentas a posteriori, pues de lo contrario pretender evitar el fraude sería un esfuerzo muy grande y probablemente inútil, pues las pretensiones fraudulentas han demostrado siempre encontrar nuevas salidas.

(61) BOLAÑOS. *Op. cit.*; p. 25.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

corregir las desviaciones en la limitación de responsabilidad, desconociendo la personalidad jurídica, de ser el caso. Es de esta forma que debe evitarse que las personas naturales se oculten indebidamente tras las personas jurídicas, y no impidiendo la constitución de estas, que son de gran utilidad para los fines del Derecho.

6. La ‘misión incumplida’: La E.I.R.L. como alternativa a constituir una Sociedad de Favor

En los puntos previos nos hemos centrado en los problemas de la E.I.R.L., sobre todo desde un plano teórico, pero consideramos que existen incluso más importantes problemas en la realidad práctica que han llevado a que en nuestro sistema abunden las sociedades de favor pese a haberse introducido hace ya décadas la figura de la E.I.R.L. para hacerles frente.

La realidad no nos permite dudar de que la E.I.R.L. ha sido útil para que cierto sector del empresariado local -presumiblemente el representante de la más pequeña empresa -pueda constituir o formalizar empresas. Sin embargo, en el otro lado de la moneda, las sociedades de favor han continuado siendo un fenómeno de consideración pese a la ya añeja regulación de la E.I.R.L. en nuestro medio. Esto nos lleva pues a concluir que la E.I.R.L. en realidad no es una alternativa eficiente para todo tipo de emprendimiento empresarial individual, pues en innumerables ocasiones se prefiere simular la pluralidad para constituir una sociedad de favor, antes que recurrir a su forma jurídica.

Si se trata de preguntarnos cuáles son las razones que en la práctica han sido determinantes para que la E.I.R.L. incumpla esta misión de hacer frente al fenómeno de las sociedades de favor, un primer asunto que salta a la vista es el relativo a la idoneidad de la E.I.R.L. para dar cabida a emprendimientos de diferentes dimensiones. Como ya se ha visto, la legislación nacional dispone que la E.I.R.L. “se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña (o Micro) Empresa”⁽⁶²⁾ (el añadido es nuestro). Esto nos lleva a pensar que la E.I.R.L. encuentra serias limitaciones en

cuanto a la dimensión del emprendimiento al cual puede prestarle su forma jurídica, pues una empresa que pretende la calificación de Pequeña (o Micro) Empresa tiene límites respecto del número de trabajadores con que puede contar, y el nivel de ventas anuales que puede mantener.

¿Será esta una de las causas por las cuales la E.I.R.L. no ha podido ser un instrumento eficaz para ponerle fin a las sociedades de favor? Al parecer no. Ninguno de los asesores legales consultados para el trabajo de campo de la Tesis de la cual el presente es una adaptación, consideró que se opta por las sociedades de favor debido a que la E.I.R.L. se encontraría reservada para empresas de pequeñas dimensiones. Lo que ocurre -creemos -es que en la práctica la forma E.I.R.L. puede ser empleada para empresas de cualquier dimensión, pese a que la intención del legislador del llamado Gobierno Revolucionario fue manifiesta al pretender reservarla para los pequeños emprendimientos empresariales.

En la etapa constitutiva de una E.I.R.L. no es posible determinar objetivamente si es que esta será o no una empresa de pocas dimensiones, pues en principio no se conoce el número de trabajadores que tendrá, ni mucho menos el nivel de ventas anuales que ostentará. La E.I.R.L. simplemente se constituye al cumplirse con las formalidades requeridas. ¿Qué ocurrirá luego de la constitución de la E.I.R.L. si finalmente termina por no reunir las características de una micro o pequeña empresa, o si simplemente no se acoge al régimen aplicable a estas? Realmente nada. Si bien el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa⁽⁶³⁾ establece la pérdida

(62) Artículo 1 de la *Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*.

(63) Aprobado por Decreto Supremo 009-2003-TR.



Paolo Robilliard D'onofrio

de la condición de microempresa o pequeña empresa, según sea el caso, si se superaran los límites máximos de trabajadores y/o niveles de ventas, no encontramos que esto pueda traer consecuencias a la forma jurídica E.I.R.L. En efecto, la ley no contiene ningún tipo de sanción para la E.I.R.L. que no desarrolle exclusivamente actividades de empresa de pequeñas dimensiones, por lo que en la práctica no existirán problemas en que se constituya una E.I.R.L. para dar cabida a grandes emprendimientos unipersonales. Esto se encuentra muy interiorizado en los operadores jurídicos nacionales, por lo que no creemos que influya directamente en la persistencia del fenómeno de las sociedades de favor, aunque bien podría haber sido alguno de los múltiples factores que, en algún momento, contribuyó a hacer más atractivas las sociedades.

El segundo aspecto que queremos tratar es el de una aparentemente inmotivada preferencia por la forma jurídica societaria, antes que por cualquier otra fórmula empresarial, como la E.I.R.L. No podemos dudar de que en nuestro medio existe gran preferencia por constituir sociedades, incluso cuando el emprendimiento empresarial es individual, y los participantes en el mercado no tienen realmente claro cuál es la razón de ello.

Los empresarios que constituyen sociedades de favor en su mayoría atribuyen su preferencia por las sociedades a una inexistente situación tributaria más beneficiosa, y a una apreciación del mercado más favorable hacia estas formas empresariales. Sus asesores legales, por su parte, en su mayoría consideran que la preferencia hacia las sociedades se refiere a su mejor y más favorable regulación legal, pero en buena medida también atribuyen el favoritismo a la confianza que las sociedades otorgan al mercado. Téngase en cuenta, sin embargo, que tales empresarios en su mayoría no atribuyen su decisión de simular a una recomendación de sus asesores legales, por lo que probablemente la cuestión

relativa a la más favorable regulación legal tenga poco peso como causal directa del fenómeno⁽⁶⁴⁾.

Todo indica que múltiples factores habrían llevado a una consciencia colectiva de que las sociedades son el mecanismo más adecuado para desarrollar actividad empresarial, incluso asumiéndose los costos y riesgos que involucraría tener que simular una realidad asociativa. Tratar de encontrar los orígenes precisos de esta preferencia sería tarea ardua y digna de una investigación específica. Por lo pronto, a nosotros nos basta con reconocer que esa preferencia existe, y por cuestiones que van más allá de la sola regulación legal de la E.I.R.L., a tal punto que nos atreveríamos a sostener que, incluso si la regulación legal de la E.I.R.L. fuera idéntica a la aplicable a las sociedades, un importante sector empresarial seguiría optando por las sociedades de favor para el desarrollo de su actividad empresarial individual.

Según nos enseña Cabanellas, las ventajas económicas de la sociedad⁽⁶⁵⁾ llevaron a que en la década de los setentas se generara la difundida creencia, entre economistas y empresarios, de la existencia de una tendencia a la expansión indefinida de las unidades de producción cuando se estructuraran bajo la forma societaria. Esto, dice Cabanellas, explica la actual preferencia por las sociedades⁽⁶⁶⁾.

Pese a referirse a una realidad distinta a la nuestra -España-, creemos que el

(64) Esta información refleja los resultados obtenidos en el trabajo de campo incluido como parte del trabajo de Tesis del cual el presente artículo es un extracto adaptado.

(65) Que serían: (i) la innecesidad de negociar caso por caso la aplicación que se dará a los factores de producción aportados; y (ii) la permisión de una economía técnica de escala sin la creación de una estructura financiera demasiado riesgosa -a través de préstamos, por ejemplo, para la compra de una maquinaria costosa. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario; Parte General*. Buenos Aires, Heliasta, 1996, Tomo 1. p. 65).

(66) *Ibid.*; p. 66-67.

La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor

razonamiento de Boquera termina siendo muy preciso para explicar lo que ha ocurrido en nuestro país. Para este autor “El auge de las estructuras societarias y su mayor y mejor regulación relegan a la empresa individual a un segundo plano”, pero además reconoce que quizá también influye el amplio conocimiento que se tiene de la forma societaria⁽⁶⁷⁾. En este último sentido se pronuncia también Weigmann, quien defiende a las sociedades unipersonales, por sobre la empresa individual de responsabilidad limitada, al considerar que “La sociedad es un esquema familiar para el mundo de los negocios”⁽⁶⁸⁾.

Una verdad prácticamente incuestionable, y que debe guiar nuestro razonamiento al analizar la figura de la E.I.R.L., es que “si los requisitos exigidos para limitar la responsabilidad del empresario individual son muy severos, complicados o costosos, éste continuará acudiendo a las sociedades de favor”⁽⁶⁹⁾. Por razones que podemos intuir pero no precisar, para el empresariado local resulta muy costoso o complicado asumir la forma jurídica E.I.R.L., en comparación con acoger la forma societaria pese a tener que simular para ello. Sea por una cuestión de regulación legal, sea por un asunto de apreciación por el mercado, sea por costumbre o conocimiento, sea por simplicidad, o sea simplemente por una fidelidad inexplicable, lo cierto es que las sociedades son -y seguramente seguirán siendo -la forma jurídica preferida para llevar a cabo actividad empresarial -colectivamente o no -, pues no existen razones de fuerza que orienten las decisiones de los empresarios en otro sentido, como podría ser, por ejemplo, el caso de los pequeños empresarios que antes se veían forzados a acudir a la E.I.R.L. para beneficiarse de un régimen de promoción⁽⁷⁰⁾.

Finalmente, no queremos dejar de mencionar el hecho de que la E.I.R.L. no sea un instrumento para dar cabida a emprendimientos individuales de personas jurídicas. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que parte del fenómeno de las sociedades de favor responde a una necesidad absoluta

que tienen las personas jurídicas de formalizar sus subsidiarias totalmente controladas a través de sociedades simuladas, pues la E.I.R.L. ni siquiera les es útil como una mala alternativa.

7. A manera de conclusión: Si la sociedad es alternativa para acoger emprendimientos unipersonales, ¿qué son entonces las personas jurídicas?

Hemos visto en esta oportunidad que la E.I.R.L. no ha sido útil para hacer frente al fenómeno de las sociedades de favor, pues consideramos que la figura jurídica ya escogida por gran parte del sector empresarial es la sociedad. Creemos entonces que la forma de sincerar las cosas y hacer frente al fenómeno de las sociedades de favor sería admitir plenamente las sociedades unipersonales. No obstante, al igual que lo que ocurre con la E.I.R.L., ante esta alternativa se presentan cuestionamientos de orden conceptual respecto de la posibilidad de que un ente unipersonal sea dotado de personalidad jurídica.

Para un mayor detalle de nuestra posición, nos remitimos al trabajo de Tesis original o a la adaptación del mismo autor sobre la materia particular, publicada en otra sede⁽⁷¹⁾. Sin embargo, para los efectos de este trabajo nos basta con precisar que, para nosotros, el concepto de persona jurídica implica lo siguiente: (i) que es el ordenamiento

(67) BOQUERA. *Op. cit.*; p. 58.

(68) WEIGMANN. *Op. cit.*; p. 355.

(69) MARÍN. *Op. cit.*; p. 71.

(70) Hoy pueden acceder al régimen de las micro y pequeñas empresas también sociedades.

(71) ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo. *Finalmente, ¿qué son las personas jurídicas?*. En: *JUS Doctrina & Práctica*. n.º 1 Enero 2009. Lima. Grijley. pp. 489-510.



Paolo Robilliard D'onofrio

jurídico el que da origen a los sujetos de Derecho, atribuyéndoles capacidad según la voluntad del legislador; (ii) que las personas jurídicas son sujetos de Derecho reconocidos como tales con carácter general, es decir, a efectos de la aplicación de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto; (iii) que la existencia jurídica de la persona jurídica es independiente a la existencia jurídica de la persona o personas que, de ser el caso, la integren como parte de su sustrato personal, y por lo tanto ni la pluralidad de sujetos ni la

existencia de un sustrato personal son elementos esenciales para la atribución de personalidad jurídica; y (iv) que la atribución de personalidad jurídica es un ejercicio discrecional de las funciones del legislador, debiendo en todo caso tenerse como derrotero únicamente la necesidad de que el ente correspondiente goce de existencia jurídica independiente.

Precisamos que, para nosotros, la adopción de este concepto ni siquiera requiere de medida legislativa alguna, bastando que los operadores jurídicos finalmente se acostumbren a una noción de persona jurídica acorde con la realidad; una que se aleja de la colectividad como elemento definitorio.