



# EL TEMA DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Depto. de Derecho Civ.  
Dirección

*Pablo Andrés Córdoba A.*

«Tratándose de Decuriones o de otras corporaciones, nada importa que continúen los mismos, que queden algunos o que todos hayan cambiado, pero si la corporación se redujo a uno solo, lo más aceptable es que puede demandar y ser demandado, ya que el derecho de todos se concentró en él y subsiste el nombre de la corporación»

Ulpiano, D. 3.4.7.2<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

**L**A SOCIEDAD UNIPERSONAL es uno de aquellos temas que atraen a los aficionados del derecho societario, no sólo por su naturaleza “innovativa” sino por la parodia que puede llegar a representar.

La figura ha sido muy criticada, incluso desde el punto de vista sociológico que reflexiona sobre el progresivo aislamiento del ser humano, cada día menos capaz de relacionarse con fines de colaboración con sus semejantes. Se podría afirmar que es el ejercicio práctico del individualismo respecto del derecho de iniciativa económica.

Así mismo, el hecho de que los acreedores fuertes jamás aceptarán una limitación de responsabilidad así delineada, exigiendo garantías personales del único socio o constituyente, entrega muchas dificultades operativas a la institución.

Por lo atrás anotado, pareciera que la figura estuviera destinada al fracaso.

No obstante la sociedad y la empresa unipersonal pueden ser consideradas como una manera más de organizar la actividad empresarial, en la cual el asociarse puede ser sólo una eventualidad.

El tema nos interesa aún más si recordamos que con la Ley 222 de 1995<sup>2</sup> se consagró en Colombia, de manera expresa, la limitación de la responsabilidad del comerciante individual persona natural o jurídica, con lo que se terminó de una vez por todas, al menos desde el punto de vista del derecho positivo, con la idea de que la sociedad comercial tradicional constituía el único instrumento adecuado para ejercer la actividad mercantil sin comprometer la propia responsabilidad, quizá revaluando el dogma de la pluralidad en el acto constitutivo como causa de la limitación de la responsabilidad del comerciante.

Por consiguiente, el reconocimiento en el ordenamiento mercantil colombiano de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada constituye una oportunidad para la jurisprudencia y la doctrina de redimensionar, en el ámbito del derecho societario, dos temas fundamentales: limitación de la responsabilidad y personalidad jurídica.

<sup>1</sup> *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana por A. Dors y otros.

<sup>2</sup> Ley 222 de diciembre 20 de 1995. Aunque también es pertinente nombrar el Decreto 1080 de 1996.

Así las cosas, no obstante la gran utilidad de contemplar la posibilidad del ejercicio de la empresa con limitación de la responsabilidad hasta lo comprendido o aportado para el ejercicio de tal actividad y la oportunidad de conseguir este beneficio con un acto de voluntad unilateral, la empresa unipersonal del derecho colombiano plantea muchos interrogantes que deberán ser resueltos en el futuro.

El objeto de este breve ensayo no es plantear y resolver todas las inquietudes que la institución puede ocasionar, sino el individuar algunos aspectos que a nuestro juicio pueden constituirse como los más importantes en el tema de la sociedad unipersonal.

Nos cuestionaremos entonces sobre la compatibilidad de la empresa unipersonal con la teoría general del contrato, de las sociedades y de la responsabilidad patrimonial; trataremos de determinar si el derecho positivo consagró la posibilidad de la constitución unipersonal de una sociedad de responsabilidad limitada o la simple y pura empresa unipersonal de responsabilidad limitada, o incluso una mezcla de los dos institutos, intentando definir la discusión existente sobre este punto.

Para el desarrollo del tema se acudirá, en la medida de lo posible, al derecho comparado y más concretamente al derecho comunitario europeo, en razón de que, si bien la sociedad unipersonal representa novedad en nuestro ámbito, es muy conocida en el Viejo Continente por el desarrollo que sobre el punto se ha evidenciado en los ordenamientos nacional y comunitario, respectivamente.

Por tratarse tan sólo de un ensayo, se tratará el tema en forma breve, buscando la mayor profundidad y concreción, y se establecerán, en orden, los puntos a tratar: el problema de la unipersonalidad, el tema contrato-sociedad-responsabilidad, la constitución del ente, su funcionamiento y, en particular, el punto empresa unipersonal-sociedad unipersonal.

## II. UNIPERSONALIDAD - DISCIPLINA SOCIETARIA EN GENERAL

### A. LA ELECCIÓN DE NUESTRO LEGISLADOR

DESDE EL PUNTO DE VISTA técnico, la disciplina de la sociedad unipersonal tiene el inconveniente que se refiere a la disciplina general de las sociedades comerciales, es decir, si el hecho de la unipersonalidad hace necesaria la modificación de una materia contemplada desde el principio para tipos de organización de la actividad empresarial pluripersonal.

Es menester entonces distinguir los momentos de la persona jurídica, esto es, las fases de constitución y operatividad de la sociedad unipersonal, cuestionándonos en qué dirección y bajo cuáles aspectos la característica de la unipersonalidad requiere soluciones distintas a las adoptadas en la disciplina general y tradicional de las sociedades mercantiles.

En Italia, algunos autores, con referencia a la primera fase, afirman como de poco relieve el hecho de que una sociedad pueda constituirse con un acto unilateral, pues el acto constitutivo de la sociedad comercial es de carácter eminentemente organizativo de la actividad empresarial, pudiendo ser la creación de una sociedad tanto de naturaleza unilateral como plurilateral<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> CARLO ANGELICI, "Società Unipersonali: L'esperienza comparatistica", en *Rivista Le Società*, julio de 1993, pp. 893 ss.

¿Se puede afirmar lo mismo respecto del derecho colombiano? En la mayoría de los ordenamientos en los cuales se ha consagrado la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal puede valer la consideración de los juristas italianos, pues la unilateralidad del acto, en sentido estricto, no tiene influencia sobre los criterios de interpretación del instituto, simplemente se trata de una nueva modalidad del tipo societario de las limitadas; no se podrá, por ejemplo, siempre tratándose de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, afirmar una estrecha conexión con la voluntad individual del fundador, entre otras razones porque en el derecho societario son más beneficiosos los criterios de interpretación de naturaleza objetiva.

¿Pero la poca importancia de una conexión estrecha con la persona del fundador cobija también a nuestra empresa unipersonal? Con el fin de entregar un principio de solución a esta cuestión, en nuestra opinión se debe partir de la afirmación de que el legislador colombiano, al consagrar la limitación de responsabilidad del empresario individual, no consagró la unipersonalidad como una modalidad de la sociedad de responsabilidad limitada sino la posibilidad de la creación de una persona jurídica diferente a los tipos societarios regulados en el Código de Comercio.

Así las cosas, también se puede afirmar, sin caer en una gruesa equivocación, que con la introducción de la empresa unipersonal en el derecho comercial nacional no se creó un nuevo tipo societario, es decir, una nueva clase de sociedad comercial, sino que el legislador entregó simplemente una nueva alternativa de ejercer el comercio con limitación de responsabilidad.

El hecho de afirmar cuanto se ha dicho también nos entrega los fundamentos para concluir que la empresa unipersonal no es una sociedad comercial, pues el artículo 80 de la Ley 222, al determinar las normas aplicables a la primera, afirma que será objeto, previa compatibilidad, de *«las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada»*<sup>4</sup>. Se deduce que la misma ley reconoce implícitamente que la empresa unipersonal no es una sociedad comercial al reenviar a las normas sobre sociedades comerciales.

La solución adoptada en nuestro ordenamiento jurídico confirma la naturaleza contractual de la sociedad comercial, pues nuestro Código de Comercio en el artículo 98 se refiere todavía al contrato de sociedad como aquél por el cual *«dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social»*<sup>5</sup>.

La posición de nuestro legislador se confirma con el examen de las normas referentes a los tipos societarios en particular, pues ninguno de éstos podrá constituirse con un acto unilateral, lo que permite aseverar que en el ordenamiento jurídico-mercantil colombiano no existen sociedades unipersonales.

## B. EL CONFLICTO DE INTERESES

RESPECTO A ESTE punto la Ley 222, en línea preventiva que consideramos drástica prohíbe al empresario, directamente o por interpuesta persona, retirar para sí o para

<sup>4</sup> *Reforma al Código de Comercio y Reestructuración de la Superintendencia de Sociedades*. Compilación normativa realizada por Ministerio de Desarrollo Económico-Superintendencia de Sociedades, 1996.

<sup>5</sup> *Código de Comercio*. Santafé de Bogotá, Ecoe Ediciones, 1996.

un tercero cualquier bien de propiedad de la empresa unipersonal, salvo que se trate e que uno de los problemas que se analizan en el tema societario y en particular sobre la sociedad unipersonal es el que se refiere al conflicto de intereses, con mayor razón si se busca una adecuada protección de los terceros.

Pero entre regular y prohibir existen muchas diferencias, por lo que creemos excesivas las prohibiciones contempladas en el artículo 75 de la Ley 222. Sobre este punto no se entregó ninguna alternativa nueva al derecho de sociedades en general, al contrario, creemos se retrocedió en la medida que se cercena una posibilidad, como la de contratar con la persona jurídica, que es común hoy en tratándose de cualquier tipo societario.

Para una mejor explicación, partimos de la base de que prohibir no es siempre la solución más adecuada, muchas veces es conveniente, y la experiencia lo ha demostrado, el criterio de la permisividad.

La Directiva 89/667/C. E. E. de diciembre 21, por la cual se consagra la normatividad sobre la sociedad unipersonal y la empresa unipersonal en el derecho comunitario europeo, acoge la permisividad como fundamento de la institución (art. 5º de la directiva)<sup>6</sup>, exigiendo solamente en caso de un negocio socio-sociedad la celebración por escrito y la inscripción del acto en el libro de actas del consejo de administración.

De la misma forma solucionan el problema el ordenamiento alemán, francés, luxemburgués e italiano<sup>7</sup>.

La finalidad de dicha exigencia es alcanzar cierta seguridad jurídica, al menos formal, obligando a dejar siempre huella de los actos con el fin de su reconstrucción en un momento determinado. Así mismo, y éste es el punto fundamental, porque la sociedad unipersonal constituye un sujeto diferente al socio, y es esencial diferenciar las esferas jurídicas del socio y la sociedad como punto de partida de la existencia de la persona jurídica-sociedad, pues de lo contrario, con dicha confusión se realizaría de hecho una superación de la personalidad jurídica de la sociedad<sup>8</sup>.

Otro objetivo de las mencionadas exigencias comunitarias se encuentra en la oponibilidad de las operaciones frente a terceros, particularmente en el caso en el cual la sociedad se encuentre sujeta a un proceso concursal y sea necesario determinar la fecha exacta de algunas operaciones con el fin de ejercitar las acciones revocatorias.

No estamos de acuerdo con la elección adoptada por el legislador colombiano, toda vez que se hubiera podido establecer con todas sus consecuencias la personalidad jurídica respecto de la empresa unipersonal y con ella la independencia del ente jurídico respecto de su fundador. Así mismo, se perdió la oportunidad de reglamentar, así sea únicamente con referencia a la empresa unipersonal, un punto que en el derecho nacional quizá brilla por su dispersión: el conflicto de intereses.

### C. RESPONSABILIDAD

RESPECTO DE LA exposición del empresario y de los administradores de la empresa unipersonal, la Ley 222 de 1995 consagra, en el parágrafo del artículo 71<sup>9</sup>, de manera que consideramos clara y afortunada la responsabilidad solidaria del titular

<sup>6</sup> *Rivista Le Società*, I, 1990.

<sup>7</sup> GmbH alemana de 1980; en Francia la Ley 697 de julio 11 de 1985; en Italia el Decreto Legislativo 88 de marzo 3 de 1993; en Luxemburgo la Ley de diciembre 28 de

1992 que modificó la Ley sobre sociedades comerciales de agosto de 1915.

<sup>8</sup> CARLO ANGELICI, *Op. Cit.*

<sup>9</sup> Ya citada en nota 4.

de las cuotas de capital y de los administradores cuando la empresa sea utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros. No obstante, debemos recordar la adaptabilidad de la teoría del abuso del derecho para los casos en los cuales, con anterioridad a la Ley 222, se determinaba el fraude de los socios, accionistas y administradores de las sociedades de capital para deducir su responsabilidad ilimitada. Consideramos sin duda que el contar con una norma específica es una ventaja apreciable en la praxis, pero lamentamos la ausencia de la misma respecto a las sociedades comerciales.

De otra parte, corresponderá al intérprete adecuar la aplicación de la norma para entregarle correspondencia con la realidad, para hacerla compatible con el ejercicio de las acciones revocatorias en los procesos concursales, etc.

Lamentamos también que no se haya consagrado para el efecto una vía procesal especial, con el fin de buscar la agilidad que requiere la vida de los negocios, pues con la congestión jurisdiccional y lo formal del proceso ordinario se premiará a quien actuó irregularmente. Es pertinente mencionar en este punto la conveniencia de la difusión de la conciliación, que con ocasión del artículo 229 de la ley deberá desarrollar la Superintendencia de Sociedades<sup>10</sup>.

#### D. TÉRMINO DE DURACIÓN - OBJETO INDETERMINADO

LLAMA LA ATENCIÓN lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 222 con referencia al término de duración y al objeto de la empresa unipersonal.

Respecto al término de duración creemos que es un avance que deberá ser considerado por el derecho societario general, es decir, se debe dejar de considerar que la sociedad comercial es un contrato a tiempo determinado, en razón de que simplemente se trata de un tipo contractual dirigido a la organización de la actividad empresarial individual o colectiva.

En lo referente al objeto indeterminado, pensamos que la elección del legislador es la correcta: obligar la precisión tratándose de sociedades comerciales, toda vez que los órganos de éstas siempre deberán actuar dentro de ciertos límites impuestos por la actividad mercantil para la cual fue constituida la sociedad, mientras que con la empresa unipersonal, que se dirige más hacia las personas naturales que ejercen el comercio, es pertinente la posibilidad de cambiar de actividad cuando el empresario lo considere necesario, sin necesidad de reformar los estatutos, o más aún, conceder la posibilidad de ejercer varias actividades mercantiles contemporáneamente sin que se tenga que analizar si se actúa dentro de determinados límites o no.

#### E. CESIÓN DE CUOTAS - UNIPERSONALIDAD - PLURIPERSONALIDAD

DIJIMOS ANTERIORMENTE que el legislador colombiano no adoptó un nuevo tipo societario y que, como consecuencia de ello, la empresa unipersonal no constituye una nueva modalidad del tipo societario de las limitadas.

<sup>10</sup> La Superintendencia de Sociedades ha demostrado mucha capacidad en la resolución de conflictos, con particular referencia en materia de procesos concursales; igualmente en los conflictos societarios está llamada, por su conoci-

miento de la materia, a desarrollar un papel fundamental. No se debe olvidar el destacado rol de la Superintendencia en la elaboración de muchos proyectos que han reformado el derecho comercial colombiano.

Dicha solución trae consecuencias importantes para la vida de la empresa unipersonal respecto de la cesión de cuotas por parte del titular de la empresa, efectos que no se presentarán en el evento de la cesión total de cuotas a una sola persona sino más bien cuando dicha operación involucre como cesionarios parciales o totales a una o varias personas, encontrándonos así en una situación ante la cual la empresa unipersonal no puede subsistir y deberá convertirse a sociedad comercial, lo que subraya una vez más el hecho que la empresa unipersonal no es sociedad.

En la hipótesis concerniente a la cesión de la totalidad de las cuotas de la empresa unipersonal a una persona natural o jurídica, no se presenta ninguna clase de problema, toda vez que la empresa continuará en su esencia siendo unipersonal por confluir la propiedad de todas las cuotas de capital en un solo titular.

La situación cambia totalmente en el caso de una cesión parcial o total a una o varias personas, físicas o jurídicas, pues en dicho momento la unipersonalidad deja de existir. Exige la Ley 222 en su artículo 76 que la cesión se perfecciona por *«documento escrito que se inscribirá en el registro mercantil correspondiente. A partir de este momento producirá efectos la cesión»*<sup>11</sup>.

La norma apenas citada es la aplicación de la informalidad como principio del derecho mercantil en la medida que éste necesita, en virtud de la realidad económica, de formas jurídicas ágiles que permitan a los intervinientes en el tráfico jurídico lograr sus objetivos con el menor costo de transacción posible. No obstante ello, la ley es incompleta en la hipótesis del artículo 77<sup>12</sup>, pues exige la constitución de una sociedad comercial, ésta sí llena de formas que deberán ser cumplidas por los contratantes que, deberán soportar un incremento de los costos de transacción.

La causa de este problema se encuentra, a nuestro juicio, en dos aspectos:

1. El haber elegido la empresa unipersonal y no la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, pues en el primer caso cuando exista una pluralidad sobrevenida se tendrá que acudir a una segunda formalidad para continuar el ejercicio de la empresa de una manera regular, y

2. La falta de una reforma general del derecho societario general con una tendencia fuerte a la informalidad de los actos de comercio, como debe ser, en un país que necesita de inversionistas no sólo nacionales sino internacionales. No consideramos acorde con la realidad del país el que todavía se exija la constitución de sociedades por medio de escritura pública, defendemos eso sí la publicidad del acto para obtener no sólo la oponibilidad del acto sino la protección a terceros<sup>13</sup>. A este respecto el principio que animó la reforma fue bastante acertado: desformalizar al menos la constitución de una persona jurídica con el fin de ejercer el comercio con limitación de responsabilidad, pero lastimosamente se agotó allí, sin reformar la raíz propia del problema.

Tal como quedó la situación en nuestro ordenamiento, se requerirá acudir a la tradicional constitución de una sociedad comercial para la continuación de la actividad empresarial.

Pero a nuestro juicio el problema no se agota allí, pues es pertinente preguntarse qué sucede cuando se realiza la cesión de cuotas que implica la insubsistencia de la

<sup>11</sup> Ya citada nota 4.

<sup>12</sup> Ya citada nota 4.

<sup>13</sup> Creemos que la institución notarial en nuestro país es muy útil en la medida que podría aportar su reconocida experiencia con el fin de facilitar la constitución y funciona-

miento de las sociedades y la disminución de los costos de transacción que ello acarrea. La necesidad de una reforma al punto se sentirá cada día más por la necesidad de atraer inversionistas a nuestro país.

unipersonalidad y no se constituye la sociedad comercial inmediatamente. Para ser más concretos, la ley afirma que la nueva sociedad asume sin solución de continuidad todos los derechos y obligaciones de la empresa unipersonal: ¿qué sucederá entonces en el caso de las operaciones realizadas por los adquirentes después de la cesión pero anteriores al vencimiento de los seis meses y a la constitución de la sociedad?

Al respecto, creemos que podrían existir dos alternativas: la primera se fundamenta en considerar el acto de cesión como un acto de voluntad del titular de la empresa unipersonal respecto de las causales de disolución de la misma; la segunda en aplicar las normas relativas a las sociedades comerciales de hecho y el parágrafo del artículo 116 por la no inscripción del instrumento público en el registro mercantil.

En la primera alternativa, entonces, sería pertinente aplicar el principio por el cual no se pueden realizar operaciones nuevas que no se encuentren relacionadas con la liquidación de la empresa, lo que es contrario a la lógica toda vez que la adquisición de las cuotas supone la intención de los compradores de desarrollar la actividad económica que venía ejerciendo el empresario único, es más, se puede afirmar que puede constituir un motivo bastante importante para la negociación.

Esta solución tiene fundamento desde el punto de vista de las normas aplicables a la empresa unipersonal, pero no creemos que sea la adecuada puesto que las consecuencias de la ocurrencia de una causal de disolución no se le pueden aplicar a una empresa que seguramente está en pleno funcionamiento. El aplicar la causal de disolución de la empresa consistente en la pluralidad sobrevenida con el mismo criterio de la causal originada en la desaparición de la pluralidad en los tipos societarios sería, a nuestro parecer, una equivocación, pues en la mayoría de los casos y en tratándose de sociedades la disminución de la pluralidad se encuentra muy relacionada con la crisis empresarial, es decir, se partía de otro supuesto, pues la sociedad debía terminarse.

Debemos reconocer que la causal de disolución de la sociedad por la concentración de todas las partes de interés, cuotas sociales y acciones en cabeza de un solo socio no implica hoy, con la reforma, el tener que acudir a la búsqueda desesperada de accionistas para sanear la causal de disolución. No obstante ello, es claro que un signo de crisis de la empresa-sociedad es el desinterés de sus asociados o, más aún, la concentración de las participaciones en un solo socio, y esto constituye un indicio claro del por qué el legislador en este caso consagra la disolución de la sociedad: prohíbe iniciar actividades nuevas, hace perentoria la liquidación, consagra responsabilidades, regula la actuación de los órganos de la sociedad, etc.<sup>14</sup>.

Por el contrario, creemos que la solución adecuada es la aplicación de las normas sobre la sociedad mercantil de hecho, toda vez que la cesión ya perfeccionada implica que el antiguo empresario ya nada tiene que ver y que por el contrario existen varias personas que de hecho se encuentran asociadas. Se repite que esta interpretación opera únicamente en el evento de faltar la constitución e inscripción de la sociedad inmediatamente a la cesión de las cuotas de capital.

Así mismo es conveniente notar la existencia de varios momentos: si se efectuó la cesión y no se celebró el contrato de sociedad por los nuevos socios, todas las obligaciones que en adelante adquieran en ejercicio de la actividad que desarrollaba la empresa unipersonal se entenderán adquiridas en cabeza de ellos, al tenor de lo

<sup>14</sup> Artículos 79, 80 y 81 de la Ley 222 de 1995, ya citada; y los artículos 218 y siguientes del *Código de Comercio* igualmente citado.

dispuesto en las normas sobre la sociedad de hecho; si el caso es de una sociedad constituida, esto es, existe una escritura pública que da vida a la persona jurídica sociedad, entonces se aplicará el parágrafo del artículo 116 del Código de Comercio respecto de los administradores.

Creemos oportuno decir que esta disparidad se encuentra fundamentada en la llamada conversión a sociedad y viceversa, pues en la hipótesis de sociedad unipersonal con pluralidad sobrevenida solamente sería necesaria una transformación de la sociedad en otro tipo societario, si el nuevo número de socios así lo exigiese, pues en caso de un aumento no mayor a 24 socios podría continuar con el ropaje de sociedad limitada sin necesidad de tener problemas con una posible disolución. De manera análoga se resolvería el caso inverso de la unipersonalidad sobrevenida, pues simplemente, si se tratase de un tipo societario diferente al de las limitadas, sería necesaria una transformación de la sociedad a limitada en su modalidad de unipersonal.

En nuestro sentir, el problema deriva de la falta de regulación en la misma ley con respecto a la conversión, que en pocas palabras significa constitución pero sin solución de continuidad, olvidando el legislador proveer una solución respecto de los negocios jurídicos celebrados en el interregno empresa-sociedad y viceversa. Creemos hubiese bastado una remisión a las normas sobre transformación (aunque podríamos pensar en una solución basada en la analogía) o haber regulado específicamente el punto con el fin de otorgar protección a todos los interesados, incluidos los terceros.

## F. LOS GRUPOS

LA DECISIÓN DEL legislador colombiano de regular la empresa unipersonal correspondió a una necesidad, que se hacía sentir desde hace mucho tiempo, de limitar la responsabilidad del empresario individual, especialmente la de personas naturales que temían ejercer el comercio por miedo a perder no solamente lo comprometido en la actividad comercial. Es posible que la empresa unipersonal, y nos auguramos que así sea, constituya un punto de partida importante para el desarrollo de las empresas medianas y menores.

Pero de todas maneras no podemos olvidar que la empresa unipersonal es un instrumento que puede ser utilizado por otra persona jurídica, generando el problema no de si es permitido a las personas jurídicas crear unilateralmente otras personas jurídicas sino el relativo al de los grupos de sociedades, pues en últimas, cuando se legisla sobre la sociedad unipersonal o sobre la empresa unipersonal se genera implícitamente un efecto con la regulación de los grupos empresariales, con el problema de la subordinación y el control de las sociedades, en últimas de las empresas.

Observamos cómo el artículo 75 de la Ley 222<sup>15</sup> al determinar ciertas prohibiciones nos entrega la idea, como fruto de una decisión política que entiende el instituto como instrumento de organización de empresas no muy grandes, de la no adaptabilidad de la empresa unipersonal como miembro de un grupo de sociedades.

<sup>15</sup> La prohibición del empresario de contratar con la empresa unipersonal y de ésta con

otras empresas unipersonales del mismo titular. Ya citada nota 4.

Se sabe que el tema de los grupos empresariales es interferido de manera especial por lo que se dicte en materia de sociedad o de empresa unipersonal<sup>16</sup>, pues no es difícil encontrar cierta correspondencia en la filosofía que justifica una clara regulación especial de ambos, basada sobre una mayor peligrosidad hacia los terceros y las minorías derivada de la peligrosidad del hecho consistente en la sociedad como instrumento de una actividad empresarial que en ella no se agota.

Pareciera así que el legislador colombiano quisiera precluir la utilización de la empresa unipersonal para la organización de un grupo, pues con las prohibiciones establecidas se golpea una característica esencial de los grupos: que sus miembros puedan contratar entre sí, incluso con la persona que detenta el control. Esa es una de las mayores ventajas de los grupos de sociedades, que en materia de empresa unipersonal está vedada en derecho colombiano.

No obstante lo anterior, dicha utilidad no se cercena si la empresa es utilizada como cabeza de grupo o incluso en el rol de única empresa unipersonal dentro de una serie de sociedades controladas por una sola sociedad. Así, en el primer caso la empresa podrá contratar con sus controladas y, en el segundo, contratar con las demás controladas.

De todas maneras creemos que es contradictorio el hecho de que la empresa unipersonal sea privada de su principal utilidad respecto de los grupos: la limitación de la responsabilidad cuando se la quiere utilizar como sociedad subordinada o hija de un grupo.

### III. EL PROBLEMA DE LA SOCIEDAD Y EL CONTRATO

YA DIJIMOS QUE nuestro legislador no llegó a la constitución unipersonal de una sociedad de responsabilidad limitada sino a la empresa individual de responsabilidad limitada.

No obstante ello, la elección de una u otra vía tiene origen en una antigua querrela a la cual nos referiremos en la medida de lo posible. Pero más importante aún es preguntarse: ¿cuál es la compatibilidad de la sociedad unipersonal con la teoría general del contrato, de las sociedades y de la responsabilidad patrimonial?<sup>17</sup>

Una primera respuesta la encontramos en la idea de que nuestro Código de Comercio en su artículo 98 define el contrato de sociedad pero no establece que las sociedades comerciales tengan una raíz únicamente contractual. Desde dicho punto de vista hubiese sido compatible el establecer la posibilidad de constituir una sociedad limitada por medio de un acto unilateral.

Esta posición es confirmada por un sector de la doctrina italiana, en especial Marasà<sup>18</sup>, quien afirma que la fórmula del artículo 2247 del Código Civil italiano

<sup>16</sup> El artículo 2º numeral 2 de la XII Directiva C. E. E. se refiere al punto.

<sup>17</sup> GIORGIO OPPO, "Società, Contratto, Responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)", en *Rivista di Diritto Civile*, 1993, pp. 183 y ss. Oppo se preocupa en este artículo especialmente de los problemas que acarrea para la teoría contractual de

la sociedad y para la teoría general del contrato la posibilidad en el ordenamiento italiano de constituir una Sociedad Limitada por medio de un acto unilateral, con especial referencia al artículo 2247 del Código Civil italiano.

<sup>18</sup> GIORGIO MARASÀ, "Su una proposta di riforma dell'articolo 2247 C. C.", en *Giurisprudenza Commerciale*, 1, 1992, pp. 1005 y ss.

entrega una definición del contrato de sociedad, pero no afirma que la sociedad sea un contrato por lo que no excluye que la sociedad pueda tener un origen no contractual<sup>19</sup>.

No obstante ello, me parece que en nuestro derecho comercial la sociedad, como relación, no puede originarse sino de un acto de las partes, es decir de un contrato, o incluso de la ley, que puede crear tanto una relación entre sujetos como un ente. Pero hipotizar que todo lo que puede hacer la ley lo puede hacer la autonomía privada es errado, pues en Colombia existen sociedades originadas en la autonomía privada por medio del contrato, también sociedades de creación legal, pero no sociedades comerciales nacidas de la autonomía privada y sin contrato.

La doctrina italiana<sup>20</sup>, que es la que nos interesa por la similitud con el caso colombiano, no en cuanto a la adopción de la empresa unipersonal sino en la concepción sobre el contrato de sociedad y en la definición de la misma, afirma que no se puede entender la introducción de la sociedad unipersonal en el sentido de poderse constituir la sociedad comercial sin contrato, es decir, como acto unilateral, pues la norma que permite la constitución unilateral es una excepción, siendo todavía general la nulidad o la causal de disolución por falta de pluralidad de personas. Así las cosas, la sociedad unipersonal no es sociedad como contrato ni como relación, pues no es lo uno ni lo otro<sup>21</sup>.

Pero después de todo esto es pertinente preguntarnos: ¿entonces qué es la sociedad unipersonal? Es un ente o más exacta o simplemente una persona jurídica que se beneficia de la compatibilidad que posee con las normas organizativas y gestionales de la persona jurídica-sociedad? ¿O más bien la cualificación de una simple y pura empresa unipersonal de responsabilidad limitada con personalidad jurídica y más genéricamente con referencia a la constitución de un patrimonio separado destinado al ejercicio de la empresa?<sup>22</sup>.

Aquí es importante recordar cómo la sociedad comercial es una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados, según nuestro artículo 98 del Código de Comercio; razón por la cual es pertinente al mencionar la palabra sociedad comercial reconocer el valor de las palabras constitución, gestión, contabilidad, reglas y controles societarios, etc.

Pero más que todo lo anterior, cuando se habla de sociedad unipersonal nos referimos a la separación del patrimonio personal del constituyente o del único socio del patrimonio social y a la existencia de un interés personal y un interés social. De todas maneras, si dicha distinción no es legislativamente clara existirá campo para discutir sobre los temas del abuso de la personalidad jurídica y confusión de patrimonios.

Cabe recordar cómo el concepto de interés de la sociedad es de mucho tiempo el terreno sobre el cual se miden dos teorías opuestas: la teoría institucional y la teoría contractual de la sociedad. Se puede afirmar que en esta discusión se encuentra implícita la prevalencia de una filosofía sobre otra, lo que quiere decir que no

<sup>19</sup> A mi parecer existe mucha similitud entre el artículo 98 de nuestro Código de Comercio y el artículo 2247 del Código Civil italiano. Basta recordar la influencia del segundo cuando se estaba elaborando el primero.

<sup>20</sup> Oppo, *Op. Cit.* 17.

<sup>21</sup> Me parece que es diferente el fenómeno de la escisión de sociedades en la cual siempre

subyace un acuerdo entre los socios.

<sup>22</sup> El esquema de la constitución de un patrimonio separado para el ejercicio de la empresa es adoptado por Portugal, pues la XII Directiva C. E. E. estableció igualmente dicha posibilidad, siempre y cuando esté reglamentada con las mismas garantías, respecto de terceros, que rodean a la sociedad unipersonal.

es un problema simplemente normativo el que determina la solicitud de una reforma por parte de los sostenedores del institucionalismo.

Según la teoría institucional, que es defendida sobre todo en Alemania, el interés de la empresa, es decir la eficiencia productiva, se sobrepone o trasciende el interés personal de los socios, por ser un instrumento de desarrollo económico general; así el interés de los socios adquiere carácter marginal.

El adoptar la teoría institucional comporta muchos cambios, especialmente en la sociedad anónima, imponiéndose un ejecutivo fuerte, una administración independiente de la asamblea para no hacer de la repartición de utilidades el criterio prevalente, etc.<sup>23</sup>.

A la teoría institucional se contraponen la contractual, que es propugnada sobre todo en Italia y que concibe el interés social como el interés común de los socios, en otras palabras rechaza la teoría de la sociedad institución desconectada de la persona de los socios, afirmando que la sociedad es una relación contractual de varias personas que no envuelve otro interés distinto al de las partes contrayentes.

Lo que se quiere notar es cómo la admisión de la sociedad unipersonal podría comportar cambios importantes en la teoría general de las sociedades, comenzando por la misma naturaleza contractual del acto constitutivo, que deberá ser examinada nuevamente, el elemento esencial de la pluralidad, etc.<sup>24</sup>.

Tal y como es la realidad positiva colombiana, después de analizar el punto deducimos que en nuestro derecho se comienza por precisar que la sociedad comercial sigue siendo un contrato (art. 98 C. de Co.) en el cual pueden participar dos o más personas. El fenómeno de la sociedad está entonces colocado en el ámbito general de los contratos (libros tercero y cuarto del Código Civil y del Código de Comercio, respectivamente), por lo que se le aplican a las sociedades todas las normas sobre los contratos en general que no sean derogadas expresamente por el Libro segundo del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad, como lo ha hecho la mayoría de ordenamientos europeos, de admitir excepcionalmente la constitución unipersonal de la sociedad limitada para evitar el entregar la personalidad jurídica a un patrimonio separado o, más aún, consagrar un patrimonio separado<sup>25</sup>.

Se optó por esta solución precisamente para permitir los contratos sociedad unipersonal-socio regulando de manera particular el conflicto de intereses e incluso el contrato consigo mismo; la presentación de los créditos a favor del socio único en caso de quiebra de la sociedad y particularmente el problema de la insinuación de los créditos; la exigencia de controles como los revisores, etc.<sup>26</sup>.

Con la adopción de la empresa unipersonal por la nueva ley sobre sociedades se obtiene la ventaja de la claridad sobre el punto relativo a la naturaleza contractual de la sociedad, no hay duda de que ello entrega tranquilidad al ambiente jurídico comercial en la concepción contractualística imperante entre nosotros; pero al mismo

<sup>23</sup> Para profundizar sobre la teoría de la sociedad-institución véase Francesco Galgano, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, 1988, Vol. 7, "La società per azioni", pp. 57 y ss.

<sup>24</sup> JAEGER y DENOZZA, *Appunti di Diritto Commerciale*, I, 2ª ed., Giuffrè, 1992, p. 108.

<sup>25</sup> Respecto a la XII Directiva C. E. E., todos los países miembros han preferido adoptar la solución mencionada, con excepción de

Portugal que consagró la empresa unipersonal como patrimonio separado sin personalidad jurídica.

<sup>26</sup> ANGELICI, en el escrito citado al inicio de este ensayo, menciona al respecto el artículo 181 del BGB alemán, respecto a los contratos consigo mismo y al contrato socio-sociedad unipersonal; así mismo la ley belga de sociedades en el artículo 133 entrega una solución al respecto.

tiempo supone un atraso en el sentido de evitar la discusión sobre la institucionalidad, que en mi concepto cada día es más importante en el derecho societario comparado: cabe recordar el debate tan profundo que existe en Europa y Estados Unidos sobre el *Corporate Governance* como consecuencia de la importancia de la sociedad-institución en la generación de avance económico y social.

#### IV. CONSTITUCIÓN

REFERIRSE A LA constitución de la empresa unipersonal implica necesariamente reconocer las bondades de la nueva ley al permitir la formación de una persona jurídica sin la necesidad de cumplir la formalidad de la escritura pública, desviándose del parámetro general delineado para los tipos societarios. Esto beneficia especialmente a las personas naturales que quieran desarrollar empresa en nuestro país, con limitación de responsabilidad, sin socios y con pocos costos en la constitución del nuevo ente.

También deberemos referirnos a la innovación respecto del registro mercantil: a partir de la Ley 222 de 1995 éste tiene una función constitutiva con referencia al nacimiento de una persona jurídica, es decir, ya no cumplirá únicamente el efecto de publicidad y oponibilidad.

El primero de los puntos mencionados trae el beneficio de imponer pocos costos de transacción a la constitución de empresas unipersonales, lo que posiblemente incidirá en su propagación; el segundo se pone al día con una práctica que está en vigor en muchos países: conceder la personalidad jurídica no desde la celebración del acto constitutivo-contrato, sino a partir de su inscripción en la oficina correspondiente<sup>27</sup>.

Así las cosas, la empresa unipersonal se constituye mediante documento escrito en el cual deberá expresarse todo cuanto exige el artículo 72 de la nueva ley<sup>28</sup>. La empresa deberá constituirse por escritura pública cuando los aportes destinados requieran para su transferencia dicha formalidad, por ejemplo los inmuebles.

En cuanto al contenido del artículo 72, nos remitimos a la teoría general de las sociedades, resaltando eso sí las novedades anotadas anteriormente con respecto al objeto indeterminado y a su término de duración. Es digna de mención la posibilidad de que la empresa sea administrada por personas distintas al único constituyente, lo que creemos positivo, pues en este caso el empresario queda totalmente separado de la administración, evitando un posible conflicto de interés. En esta hipótesis a nuestro parecer se debió permitir la celebración de operaciones entre el constituyente y la persona jurídica.

Conviene referirse de manera breve al nacimiento de la persona jurídica: ésta se presenta únicamente cuando se realice la inscripción en la Cámara de Comercio, es decir que pueden existir actos anteriores a la inscripción que en nuestro sentir serán imputables únicamente a quien los cumplió, no solamente por la falta de la persona jurídica sino por la inoponibilidad frente a terceros. Esta puede ser la solución general; eso sí advertimos que se pueden presentar muchas particularidades cuando existan actos desarrollados a nombre de la empresa aún no inscrita y con dicho conocimiento por parte de quienes celebran el acto con ella, etc.

<sup>27</sup> Directivas 68/151 y 77/91 C. E. E., en *Codice Società*, Edizioni The Best Guide, 1991, pp. 823 y ss.

<sup>28</sup> Ya citada nota 4, ver p. 40.

En materia de constitución, para finalizar, lo más complicado es disciplinar o definir la situación antes de la inscripción, pues en estricto rigor se podrá tener empresa pero no persona jurídica; ello constituye un problema general del derecho societario que adquiere mayor importancia en el caso en comento.

Con el fin de dejar la inquietud, uno de los principales puntos importantes por analizar sobre la constitución de empresas unipersonales y sociedades unipersonales es el de un empresario individual, que ya ejerce la actividad, que quiere limitar su responsabilidad, acudiendo así a la disciplina de la constitución de una sociedad unipersonal o de una empresa unipersonal, en la cual aportará el establecimiento o la empresa, la cual no cesará de funcionar esperando la inscripción.

Sobre este aspecto es bueno resaltar el hecho de la constitución por parte de un solo sujeto, pues ello hará más difícil la individualización de los bienes objeto del aporte, y más dificultoso será explicar cómo dichos bienes pueden formar parte de un patrimonio separado desde el momento del acto constitutivo y antes de la inscripción. La solución a este problema partirá de la necesidad de equilibrar la exigencia de la subsistencia del patrimonio destinado a la persona jurídica que aún no ha nacido y, de otra parte, la exigencia de no cerrar absolutamente la posibilidad de operar antes de la inscripción perdiendo las oportunidades comerciales que se presenten en ese segmento determinado de tiempo.

En el derecho comparado existen varias formas o modelos de regular esta situación. En el derecho italiano el último inciso del artículo 2475<sup>29</sup> del código consagra lo siguiente: «*La società può essere costituita con atto unilaterale. In tal caso, per le operazioni compiute in nome della società prima della sua iscrizione è responsabile, in solido con coloro che hanno agito, anche il socio fondatore*». Esta norma es interpretada en conjunto con el artículo 2331 también de la misma obra que preceptúa: «*Effetti dell'iscrizione.- Con l'iscrizione nel registro [...] la società acquista la personalità giuridica. Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito...*»<sup>30</sup>. Si analizamos la primera norma citada, nos daremos cuenta que se extendió la responsabilidad, por las operaciones cumplidas antes de la inscripción de la sociedad unipersonal, también al único socio.

De todas maneras con la extensión de la responsabilidad al único fundador no se soluciona el problema de los actos cumplidos con anterioridad a la inscripción de la sociedad, es decir antes del nacimiento de la persona jurídica. Por este motivo, en el derecho comparado y en tratándose de la sociedad unipersonal existen dos modelos: el primero adopta una solución que es minoritaria internacionalmente pero muy defendida por la más autorizada doctrina italiana<sup>31</sup>, según la cual la sociedad antes de su inscripción viene asimilada a la inscrita, reconociendo a la primera un patrimonio que puede ser centro de imputación de derechos y responsabilidades; el segundo modelo, que es contrapuesto, es el adoptado en el *common law*<sup>32</sup> y tiene como regla fundamental salvaguardar el patrimonio destinado a la sociedad, por lo cual ésta una vez constituida deberá ratificar las operaciones anteriores a su constitución formal.

<sup>29</sup> SALVATORE PATTI, *Codice Civile*, Giappichelli, 1994, p. 474.

<sup>30</sup> *Op. Cit.*, p. 424.

<sup>31</sup> GIORGIO OPPO, en *Scritti Giuridici*, II, "Diritto delle Società. Forma e pubblicità

nelle società di capitali", Padova, 1992, pp. 195 y ss.

<sup>32</sup> Companies Act. 1985, section 36C, que fue modificada por la Companies Act de 1989.

Dejando esta inquietud, terminamos lo relacionado con la constitución de la empresa unipersonal para entrar al análisis del punto concerniente a su funcionamiento.

## V. FUNCIONAMIENTO

EL TEMA DE LA sociedad unipersonal ha sido dominado por una sensación de peligrosidad fundamentalmente por la falta de socios minoritarios que ejerzan una tutela indirecta de los terceros por el control que efectúan de los socios mayoritarios. Así mismo, y como tuvimos oportunidad de manifestarlo, es esencial la regulación del conflicto de intereses.

La nueva ley en materia de empresa unipersonal tutela a los terceros de muchas maneras:

- a. Consagra el nacimiento de la persona jurídica sólo a partir de la inscripción en el registro mercantil (art. 71);
- b. Enuncia la responsabilidad solidaria del empresario y los administradores de la empresa unipersonal, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley y en perjuicio de terceros (par. art. 71);
- c. Establece de manera clara el contenido que el acto constitutivo de una empresa unipersonal deberá tener, entregando un control bastante estricto por parte de las Cámaras de Comercio (art. 72);
- d. Enuncia de manera clara la responsabilidad de los administradores de la empresa (art. 73);
- e. Regula el aumento y la disminución del capital de la empresa (art. 74);
- f. Establece la prohibición al empresario de retirar bienes de la empresa, salvo en el caso de utilidades. Así mismo prohíbe la contratación del empresario con la empresa y de ésta con otras empresas unipersonales del mismo titular. Reiteramos lo anotado precedentemente sobre este punto (art. 75);
- g. Determina con exactitud desde cuándo surte efecto la cesión de las cuotas de capital de la empresa (art. 76);
- h. Consagra cómo deberá ser la justificación de utilidades y confiere al contador independiente el deber de dictaminar sobre los estados financieros de la empresa (art. 78);
- i. Regula la disolución de la empresa (art. 79);
- j. Precisa las normas aplicables a la empresa unipersonal, con especial referencia a las de la sociedad de responsabilidad limitada, en las que, se recuerda, se debe cubrir todo el aporte al momento de la constitución (art. 81);
- k. Entrega a la Superintendencia de Sociedades la inspección, vigilancia y control de las empresas unipersonales (art. 80)<sup>33</sup>; y
- l. Amplía la aplicación de los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades previstos para las sociedades comerciales (art. 80).

Respecto al funcionamiento interno de la empresa unipersonal, sabemos que ésta deberá tener una administración que en principio tiene un amplio espectro de

<sup>33</sup> En nuestra opinión que en este caso se trata de una norma muy útil, especialmente si se trata de una nueva figura. De todas maneras mantenemos dudas sobre su constitucionalidad y sobre la operatividad de la supervisión, pues

se debió entregar de manera clara al ente gubernamental la posibilidad de determinar cuáles empresas unipersonales supervisar en determinado momento, etc.

actuación, pues las limitaciones deberán ser expresas y estar contenidas en el acto constitutivo.

Así mismo existe la posibilidad de que el empresario sea el administrador de la empresa unipersonal, adaptándose a las exigencias de la vida de los negocios de quienes desean seguir al frente de una empresa.

¿Pero se puede hablar en la empresa unipersonal de órganos sociales? O mejor, ¿serán aplicables a la empresa unipersonal todas las normas sobre los órganos societarios que trae el código para las sociedades comerciales?

Desde el punto de vista del órgano administrativo creemos que no existirá ningún obstáculo para dicha asimilación, pero respecto al órgano máximo no es así, pues la ley no habla de manera expresa de éste. La asimilación a las sociedades será tortuosa toda vez que dicho tema constituye una característica de la empresa unipersonal: por ser un ente jurídico no societario no tiene un órgano máximo, cuenta sólo con la administración<sup>34</sup>.

Cuando se habla de sociedad unipersonal se regula, en la mayoría de los ordenamientos, el funcionamiento del órgano máximo con ciertas particularidades referidas al caso de que el socio único sea al mismo tiempo administrador y junta de socios, caso en el cual se exige la publicidad de los actos que debe aprobar el segundo órgano al primero; el caso de la administración por un tercero; el caso de los estados financieros, etc.

Para finalizar este punto es pertinente traer el ejemplo de la XII Directiva C. E. E.<sup>35</sup> y la legislación de la mayoría de los países miembros<sup>36</sup>. Se presenta como ejemplo la legislación de Luxemburgo, que tiene regulada de manera clara el caso de la unipersonalidad de los órganos de la sociedad unipersonal<sup>37</sup>.

## VI. SOCIEDAD - EMPRESA UNIPERSONAL

EN MATERIA DE limitación de la responsabilidad del empresario individual podemos encontrar múltiples modelos legislativos, razón por la cual detectamos durante el desarrollo de los puntos anteriores la referencia a los institutos de la sociedad y de la empresa unipersonal. Sin duda alguna, ha quedado claro el hecho que en el derecho comparado se trata de figuras diferentes.

No obstante las referencias anteriores, creemos oportuno referirnos de manera específica al punto, toda vez que con el mencionado análisis se pretende puntualizar las principales diferencias existentes en el derecho comparado.

<sup>34</sup> Creemos que dicha afirmación se confirma al observar el derecho comparado: la directiva comunitaria sobre la materia diferencia en el artículo 7º entre sociedad y empresa unipersonal, exigiendo para la segunda las mismas garantías que en la directiva se establecieron para la primera. En nuestra ley lo único que se hizo fue remitir en general a las normas sobre sociedades comerciales y en especial a las relativas a sociedades de responsabilidad limitada, sin que existieran en nuestro ordenamiento referencias expresas al evento de la unipersonalidad, en particular de los órganos sociales.

<sup>35</sup> En el artículo 4º de la directiva se establece de manera clara que el socio único ejercita los poderes de la asamblea de so-

cios, exigiendo que cuando se tomen decisiones en dicha sede se deje el acta respectiva o se redacten por escrito.

<sup>36</sup> Antes y después de la XII Directiva C. E. E., todos los ordenamientos internos de los países miembros tienen consagrada la sociedad y no la empresa unipersonal, con la excepción de Portugal que eligió la segunda.

<sup>37</sup> En Luxemburgo se adaptó el derecho societario a la XII Directiva C. E. E. mediante ley expedida el 28 de diciembre de 1992, reformando la normativa existente desde 1915. Los artículos 163 numeral 3, 200, etc., son una muestra de ello al determinar una serie de publicidades y regular la actuación del único socio en sede de asamblea y de administración.

Así, las soluciones admitidas respecto de la limitación de la responsabilidad del comerciante individual son básicamente dos, cada una con sus propias características.

#### A. LA CREACIÓN DESDE EL INICIO DE UNA SOCIEDAD UNIPERSONAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

CONSISTE BÁSICAMENTE EN la admisibilidad de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con un solo socio. Por esta alternativa se han mostrado a favor la mayoría de ordenamientos europeos, fundamentalmente el alemán y francés<sup>38</sup>.

En los países europeos, en especial aquéllos influenciados por la cultura jurídica alemana, y latinoamericanos, se ha discutido en forma directa el problema, es decir la admisibilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada, incluso han existido encendidos debates y algunos proyectos de ley al respecto. Pero se adoptó la solución de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada fundamentalmente por dos razones: la gran difusión práctica de las sociedades unipersonales en Alemania, de mucho tiempo admitidas por la doctrina y la jurisprudencia<sup>39</sup>; y la mayor facilidad en organizar un régimen jurídico en la situación de unipersonalidad, lo que implicaba solamente algunas modificaciones de las normas sobre sociedades limitadas, mientras la alternativa de la empresa unipersonal traía grandes dificultades.

En Francia se puede afirmar que estas dos razones también tuvieron plena operancia, procediendo a una renuncia al concepto de sociedad como contrato y entregando un vestido institucional a las sociedades que serán consideradas en adelante como una técnica de organización de la empresa; así la sociedad con un solo socio no deja de ser sociedad.

Otro fundamento importante para la adopción de la sociedad unipersonal consiste en admitir que el sustento de la responsabilidad limitada no es la pluralidad de asociados, en otras palabras, el dominio de hecho de una sociedad por un solo socio no es fundamento para deducir una responsabilidad ilimitada<sup>40</sup>.

Es notable, como lo afirma la mayoría de la doctrina<sup>41</sup>, que el objeto de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada concierne a la limitación de la responsabilidad al capital invertido en el ejercicio individual de la empresa, imputando la empresa a una persona jurídica de la cual el interesado es el único socio.

En la mayoría de los países de la C. E. E. se adoptó la constitución unipersonal de una persona jurídica sociedad, pues ésta se encuentra regulada por normas preexistentes que en alguna medida se modifican, pero que hacen más versátil la solución a muchos problemas, por ejemplo, el pasaje de individual a colectivo del ejercicio de la empresa.

Aspectos importantes en materia de sociedad unipersonal son los relacionados con la regulación de su constitución, también con el ejercicio y control de la gestión

<sup>38</sup> En Alemania la GmbH-Novelle de 1980 y en Francia la Ley 85-697 de 1985.

<sup>39</sup> Se debe recordar la influencia del derecho alemán en la armonización jurídica europea.

<sup>40</sup> GIAN FRANCO CAMPOBASSO, "La responsabilità del socio nella s.r.l. unipersonale", en *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, pp. 229 y ss.

SCOTTI CAMUZZA, "L'unico azionista", en *Trattato delle Società per azioni*, II, 2, Torino, 1991, pp. 682 y ss.

<sup>41</sup> F. W. MAITLAND, "The Corporation sole", en *Law Quarterly Review*, N° 16, p. 335; también Kustermann, "Osservazioni sulla s.r.l. unipersonale italiana", en *Le Società*, 1993, 740, y M. S. Spolidoro, "La legge sulla s.r.l. unipersonale", en *Le Società*, 1993, p. 114.

y la contabilidad; así como la separación patrimonial socio-sociedad, la distinción entre interés personal y social, los contratos sociedad-socio, el proceso concursal de la persona jurídica y la prelación de créditos en dicho caso, la formación de los actos sociales, etc.

Un punto importante que simplemente queremos dejar mencionado es el del abuso de la personalidad jurídica: no hay duda que tratándose de sociedades comerciales existe un espacio importante para discutir sobre el asunto, pero dicho ámbito no se presenta para los patrimonios separados y las personas jurídicas creadas por la autonomía privada y destinados al ejercicio individual de la empresa de manera diferente a la sociedad de responsabilidad limitada<sup>42</sup>. Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 11 de la ley portuguesa sobre la empresa comercial individual de responsabilidad limitada<sup>43</sup>.

En nuestro sentir el escoger la sociedad unipersonal entrega ventajas en cuanto a una mayor elasticidad en una óptica evolutiva de la empresa, pues es más simple el pasaje a sociedad ordinaria mediante la cesión de cuotas que la transferencia de la empresa o su aporte a una sociedad.

En cuanto a la XII Directiva C. E. E., encontramos que ésta se refiere especialmente a las sociedades de responsabilidad limitada<sup>44</sup>, buscando uniformar las normativas de los Estados miembros respecto de este tipo societario en caso de la presencia de un solo socio, admitiendo la unipersonalidad desde la constitución o por la concentración de las participaciones en una sola persona pero manteniendo la limitación de la responsabilidad por las operaciones sociales<sup>45</sup>.

La directiva comunitaria sobre la materia resolvió una vieja discusión que existía entre los juristas del *civil* y del *common law*: adoptó la responsabilidad limitada del empresario individual, sea por medio de la técnica societaria, caso en el cual la idea sustancial será la diferencia entre personalidad física o jurídica del socio y personalidad jurídica de la sociedad, manteniendo intacto el principio de unicidad del patrimonio en un solo titular; sea por medio de la empresa unipersonal que tiene su raíz en la derogatoria de la unicidad patrimonial para lograr la separación de varios patrimonios pertenecientes a un solo sujeto.

## B. LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

COMO TUVIMOS OPORTUNIDAD de afirmarlo, su fundamento se encuentra en la posibilidad de un solo sujeto de contar con varios patrimonios separados entre sí. El ejemplo clásico de ordenamiento que haya adoptado esta figura es el de Portugal, que justifica su elección sobre la fidelidad a la idea de sociedad como contrato<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Oppo, ya citado.

<sup>43</sup> En Portugal se adoptó el modelo del patrimonio separado empresa unipersonal mediante el Decreto Ley 248 de agosto 25 de 1986. El artículo 11 deja claro que en caso de insolvencia de la empresa no se acude a la teoría del abuso de la personalidad jurídica sino al principio de la separación patrimonial. La ley se encuentra con su comentario en un ensayo de Paola Balzarini denominado

"L'impresa individuale a responsabilità limitata in Portogallo", en *Rivista delle Società*, 1998, II, pp. 848 y ss.

<sup>44</sup> Se discute sobre la aplicación de la directiva a la anónima.

<sup>45</sup> Artículos 1º y 2º de la directiva, ya citada.

<sup>46</sup> En la exposición del Decreto Ley 248 de agosto de 1985 se hace expresa mención del punto.

Se acude a la idea de patrimonio de destino, pues según algunos la sola expresión sociedad sugiere dos sujetos, así, usarlo cuando existe un único constituyente parece una violenta ficción<sup>47</sup>.

Cuando nos referimos a la empresa unipersonal tenemos que hacerlo necesariamente con respecto a la posibilidad de la existencia o no de la personalidad jurídica de la misma. De nuestra parte no reconocemos a este punto una importancia fundamental, pues si se quiere únicamente limitar la responsabilidad el resultado puede ser alcanzado por las dos vías, advirtiendo eso sí que es más directa la consagración del patrimonio separado.

Consideramos que el punto más delicado de esta construcción jurídica se encuentra en la garantía de la integridad patrimonial del nuevo sujeto o del patrimonio separado, por lo lagunoso de la regulación de los contratos entre el constituyente y la empresa. Así mismo por su poca disponibilidad a inserirse en el campo de los grupos societarios.

En este punto es pertinente mencionar el Estado de Delaware, Estados Unidos, cuya *General Corporation Law*<sup>48</sup> es un modelo muy consultado en el derecho comparado por su carácter permisivo, no sólo por el contenido de la ley sino por los precedentes judiciales existentes. La solución que consiste en la constitución de un nuevo ente se fundamenta en la concepción, quizá persistente en el *common law*, que explica el nacimiento de la persona jurídica como una concesión de la autoridad soberana<sup>49</sup>. Simplemente se exige el cumplimiento de ciertas condiciones para obtener dicho privilegio, logrando agilidad en la justificación de la existencia de un sujeto independientemente de un contrato.

Por lo demás, creemos haber hecho bastantes referencias a la empresa unipersonal, razón por la cual no creemos lógico repetir cuanto se ha dicho.

Baste, para finalizar esta aproximación breve al tema, afirmar que será la práctica la encargada de decidir sobre las bondades o defectos de la figura, correspondiendo a la Superintendencia de Sociedades, a los jueces y a la doctrina interpretar las normas de acuerdo con las necesidades de la vida comercial, no sin antes llamar la atención sobre la necesidad actual de emitir opiniones en clave comparada.

<sup>47</sup> A. SAYAG, "De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi 85-697 du 11 juillet 1985", en *Semaine juridique*, 1985, I, 3217.

<sup>48</sup> N° 101.a permite a una persona física o jurídica la constitución de un nuevo ente "singly

or jointly with others". Véase en Model Business Corporation Act.

<sup>49</sup> A. A. BERLE JR., *Historical inheritance of American Corporations*, 1950, pp. 1 y ss.